

Milagros Betancourt C.¹
Greyza Ojeda F.²

EL ROL DEL ÁRBITRO DE URGENCIA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES ANTICIPADAS ESPECIAL REFERENCIA A VENEZUELA Y A LAS NORMAS DEL CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACION Y ARBITRAJE- CEDCA

INTRODUCCIÓN:

La figura del Arbitro de urgencia se ha venido incorporando progresivamente desde el año 2010 en los Reglamentos de las diversas instituciones arbitrales, tanto domésticas como internacionales, cada uno con sus procedimientos y normas, como respuesta a las situaciones surgidas en los negocios y contrataciones que en muchos casos hacen necesario, ante las controversias surgidas, la adopción de medidas urgentes de protección al demandante.

En el ámbito internacional la precursora fue la CCI en su *«Pre-Arbitral Referee Procedure»*, implementada en 1990. Pero, al contrario de lo que está ahora sucediendo, estas reglas (*«Pre-Arbitral Referee Procedure»* de la CCI), no estaban incorporadas en el cuerpo principal de su Reglamento y además exigían el pacto expreso de las partes para su aplicación (sistema *opt-in*), por lo que este mecanismo fue sólo usado 12 veces desde 1990 hasta 2012.³

La normativa venezolana en materia de arbitraje es relativamente reciente. La Ley de Arbitraje Comercial vigente desde 1999 regula tanto el arbitraje: institucional e independiente, definiendo al primero como aquel *“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”*

De acuerdo con esta ley el arbitraje institucional

se realiza de acuerdo a los reglamentos de los Centros de Arbitraje, el cual debe regular todo lo concerniente a la constitución del tribunal, las notificaciones, la recusación y reemplazo de árbitros y toda la tramitación del proceso. Así mismo debe incluir el procedimiento para la elaboración de la lista de árbitros y las tarifas de honorarios para árbitros y de gastos administrativos del proceso.

Esta misma ley en su artículo 26 otorga facultad a los árbitros para dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto del litigio salvo acuerdo en contrario de las partes y supeditadas a garantías suficiente si lo estima pertinente. La ley no hace distinción entre medidas cautelares anticipadas, es decir antes del inicio del proceso, o las que se puedan dictar durante el transcurso de éste.

El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Centro independiente vinculado a la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria –VENAMCHAM– con base en las disposiciones de la mencionada Ley de Arbitraje Comercial se rige por un Reglamento con una estructura que permite un proceso eficiente, rápido y completamente transparente.

El Reglamento del CEDCA contiene disposiciones que podemos calificar de novedosas o de avanzada, que han contribuido de manera significativa al desarrollo del arbitraje institucional en Venezuela, entre ellas, las previsiones específicas para decretar Medidas Cautelares, tanto de manera anticipada,

1. Abogada, egresada de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas. Director Ejecutivo del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje- CEDCA, centro vinculado a la Cámara Venezolano-Americana de Industria y Comercio. Artículos publicados en temas de arbitraje: La proyección social del CEDCA. 2008, Arbitraje en ausencia, 2010; Aportes del CEDCA al arbitraje institucional en Venezuela, 2010. Notas sobre la evolución del arbitraje en Venezuela y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) –conjuntamente con Franca Valente Girado– 2012, La adhesión de Venezuela a la Convención de Nueva York, 2013.

2. Abogada, egresada de la Universidad Santa María de Caracas, Director Técnico/Secretario Ejecutivo del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-CEDCA. Artículos: Diez razones para considerar el arbitraje institucional 2008. Conciliación en el CEDCA 2009; El Acta de Términos de Referencia en el proceso del CEDCA. 2009; Dinámica de la audiencia conciliatoria en el CEDCA, 2010; El arbitraje institucional, 2013.

3. MIRO GILLI, Màrius. La decisión del Árbitro de Emergencia. *Su contenido, ejecutabilidad y ejecución*. Revista del Club Español del Arbitraje. No. 16. 2013. pp 37 -39

iniciado el arbitraje pero antes de la designación del tribunal arbitral que conocerá del fondo del asunto, como durante el proceso.

La reglamentación del CEDCA establece una disposición en consonancia con lo dispuesto en el artículo 26 de la mencionada Ley de Arbitraje Comercial de 1999, y permite que el Tribunal Arbitral, dictar las medidas cautelares. Así mismo prevé el Reglamento en su artículo 36.2 que cuando circunstancias de urgencia lo ameriten y salvo acuerdo en contrario cualquiera de las partes podrán solicitar al Directorio del CEDCA que designe un **Tribunal de Urgencia**, para que resuelva exclusivamente el decreto de las medidas cautelares solicitadas.

Tal como lo refiere la exposición de motivos del Reglamento del Centro, resulta muy conveniente, para lograr una tutela jurisdiccional más efectiva, permitirle a cualesquiera de las partes, inmediatamente después de introducida la demanda y sin tener que esperar la constitución del tribunal arbitral definitivo, poder obtener de un tribunal arbitral designado por el Centro, a esos únicos efectos, las medidas cautelares que aseguren el derecho que se reclama. La medida que se dicte podrá ser revisada por el tribunal arbitral que conocerá del fondo de la controversia, inmediatamente después de su constitución y a solicitud de la parte interesada.

Como consecuencia directa de la vital importancia de las medidas cautelares de urgencia, especialmente las dictadas antes de la constitución del tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia; en el arbitraje internacional, el árbitro de urgencia se ha convertido en una figura con peso específico, en particular en el arbitraje institucional, pero es poco lo que se ha escrito sobre su actuación y de su responsabilidad en el proceso arbitral.

En el presente trabajo aspiramos ofrecer un análisis del tema con especial referencia al caso de Venezuela, con base en la doctrina disponible, en el Reglamento del CEDCA y en la experiencia práctica vivida en dicho Centro.

I.- EL ÁRBITRO DE URGENCIA

1.- CONCEPTO Y FUNDAMENTO JURIDICO

El árbitro de urgencia, es aquel a quien corresponde actuar para resolver un procedimiento de adopción de medidas cautelares urgentes, siempre que una controversia se encuentre sometida al arbitraje bajo un reglamento institucional que contemple la existencia del procedimiento de solicitud de medidas urgentes de protección, y que no exista un acuerdo expreso de las partes en contra de la aplicación del régimen respectivo.⁴

El árbitro de urgencia se desempeña usualmente en el arbitraje institucional, nacional o internacional. Hoy en día vemos que son numerosos los centros e instituciones arbitrales que lo han incorporado a sus Reglamentos los cuales desarrollan sus reglas en cuanto a la forma de designación y funciones. El fundamento de su existencia misma podemos encontrarlo en el artículo 17 de la Ley modelo UNCITRAL.⁵

Así mismo la Ley modelo señala en su artículo 9° que «no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un Tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el Tribunal conceda esas medidas».

En el caso de Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial, promulgada en 1998, toma el contenido de la Ley Modelo UNCITRAL y dispone en su artículo 26 que *«Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.»*

No distingue la ley nacional entre medidas cautelares durante el proceso de aquellas que puedan ser solicitadas antes de la constitución del Tribunal Arbitral que decidir.

La función jurisdiccional cautelar, como toda función jurisdiccional, tiene, a la par del fin privado, un cometido de eminente orden público, cual es

4. CORTES ARAUJO, Bernardo. *El Árbitro de Urgencia*. Revista del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción. México. 2013. P.1

5. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte medidas provisionales cautelares que el Tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El Tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas?*

evitar que la inexcusable tardanza del proceso de conocimiento —llevado indistintamente por jueces públicos o privados—, no haga ineficaz la administración de justicia.

El fundamento del poder jurisdiccional cautelar de los árbitros jueces privados lo encontramos en el artículo 258 de la Constitución de 1999, que dispone un mandato a la ley de el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos, disposición que en concordante con el artículo 3° de la Ley de Arbitraje Comercial, según el cual «podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir».

Como indica Ricardo Henríquez La Roche, toda función jurisdiccional requiere el aseguramiento y la efectividad de la sentencia, y por tanto, el árbitro goza de un poder cautelar, en razón del solo compromiso arbitral, salvo pacto expreso en contrario (Art. 26 Lac), recordando que en general, toda normativa del arbitraje está sometida a la voluntad de ambas partes; son ellas quienes determinan la posibilidad de que sean dictadas medidas cautelares en el arbitraje que dirima un eventual conflicto de intereses entrabas.⁶

El árbitro de urgencia tiene la misma naturaleza jurídica que el árbitro que conoce el fondo de la controversia, por ende su legitimidad de origen es la misma siendo diferentes sus funciones jurisdiccionales que están limitadas conforme al mandato otorgado por las partes.

En el libre ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes éstas podrán configurar el proceso arbitral de la forma que deseen, por ello, siempre podar decidir excluir o no la posibilidad de emplear medidas cautelares anticipadas o de urgencia en los arbitrajes. Es por ello, que en principio el deseo de las partes manifestado en el acuerdo arbitral es el que signará las reglas del arbitraje, y en particular la procedencia o no de la figura del árbitro de urgencia.

En la actualidad son incuestionables las ventajas que las medidas cautelares anticipadas otorgan a cualquier proceso adjudicativo, éstas constituyen una herramienta vital para la eficacia de los mismos. El auge de las medidas cautelares de urgencia ha sido tal que su implementación se ha sofisticado e instrumentalizado a través de diferentes reglamentos de instituciones arbitrales que han incorporado normar específicas que regulen todo lo relativo al árbitro de urgencia.

2. Naturaleza y funciones.

El árbitro de urgencia surge como una figura novedosa que otorga un mayor valor agregado al usuario del arbitraje.⁷

Aún cuando la característica de los árbitros es su carácter temporal, a diferencia de aquellos que deben resolver la controversia y los asuntos de fondo, la actuación del Árbitro de urgencia es provisional y perentoria, circunscrita a conocer y resolver un asunto puntual y previo al proceso, como lo es determinar un medio de tutela urgente *“que no puede supeditarse hasta la constitución del Tribunal Arbitral”*⁸

Tiene facultad exclusiva para dictar medidas cautelares previas al inicio del procedimiento. El árbitro de urgencia tiene una función de naturaleza cautelar que constituye una forma de actuación del derecho por su naturaleza preventiva.⁹

“No podemos olvidar que el Procedimiento de Emergencia es una vía excepcional y privilegiada para la adopción de tales medidas cautelares, cuya competencia correspondería normalmente al Tribunal, y que no deja de mermar algunas garantías: como la no decisión por el propio Tribunal y la extrema rapidez para la oposición y defensa. No olvidamos que son revisables por éste, que puede dejarlas sin efecto o modificarlas, pero subsiste la excepcionalidad en su adopción a la que nos hemos referido”.¹⁰

La función del Árbitro de Urgencia es esencialmente una; se circunscribe a resolver

6. HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. Estudio que corresponde a la exposición realizada en la primera jornada del *Taller de Actualización para Conciliadores y Árbitros* organizado por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Caracas, 2011, pp.1-2

7. Idem 2 CORTES ARAUJO, Bernardo

8. Sentencia No. 1067 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela del 3 de noviembre de 2010. Demandante Astivenca, Astilleros de Venezuela, C.A.. Demandado Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore

9. ALMANDOZ, Alfredo, PERERA Pedro, ANGRISANO Humberto, GONZALEZ CARVAJAL, Jorge. *La Colaboración de los Tribunales ordinarios. El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Editorial Sabias Palabras, C.A. Caracas, 2013. p. 457.

10. Idem 1 MIRO GILI, Màrius

"exclusivamente sobre el decreto de medidas cautelares solicitadas".¹¹ Si no hay urgencia la solicitud de medida debe aguardar la constitución del Tribunal Arbitral ordinario y la entrega del expediente a dicho Tribunal.¹²

Se traduce esto en que no puede el Árbitro de Urgencia pronunciarse sobre el fondo de la demanda arbitral a la que usualmente va acompañada ni sobre los aspectos sustantivos de la misma. Sobre este punto abundaremos más adelante.

En el marco de su función esencial, de acuerdo con el Reglamento del CEDCA el árbitro de Urgencia tiene la facultad de conocer de la oposición a la medida por parte de quien resulte afectado, siempre que para el momento de la solicitud de oposición no esté constituido el tribunal definitivo, quien podrá, a requerimiento de la parte interesada, revisar la medida, revocarla, confirmarla o modificarla, de ser el caso.¹³

3.- Designación

El arbitraje de urgencia o de emergencia, como también se le denomina, por su naturaleza misma, ha encontrado su desarrollo en el arbitraje institucional, pues ante la necesidad de las partes de hacerse de una medida cautelar, resulta muy ventajoso contar con una institución arbitral que conduzca todo este proceso. Vemos como hoy en día, numerosos centros de arbitraje han adaptado sus reglas de manera de introducirlo y regularlo.

En tal sentido, la designación o nombramiento del árbitro de urgencia generalmente es realizado por la institución donde habrá de conducirse el arbitraje, de acuerdo al procedimiento que tenga establecido.

Conforme a la normativa del CEDCA, el árbitro de urgencia decidirá sobre medidas preventivas *inaudita parte*, es decir, sin oír a la otra parte, por ende, la propia naturaleza de la solicitud hace imposible que ambas partes participen en la selección del árbitro de urgencia. Es por ello que el Directorio del CEDCA, a través de un riguroso pero

expedito mecanismo, deberá designar al árbitro que conocerá las señaladas medidas cautelares anticipadas o de urgencia. Vista tal circunstancia el Centro de arbitraje es cuidadoso en la designación, procurando que el árbitro de urgencia efectúe las revelaciones correspondientes que permitan determinar si tanto objetiva (imparcialidad) como subjetivamente (independencia) llena los extremos para aceptar al cargo.

En el caso de Venezuela, el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, contempla que la designación del árbitro de urgencia procede en circunstancias específicas y exclusivamente, a solicitud de parte. Conforme a la normativa que regula este supuesto, el Directorio del CEDCA es el ente encargado de realizar el nombramiento del árbitro de urgencia, siempre de forma rotativa y tomando en consideración los siguientes elementos: (i) el árbitro de urgencia sólo podrá ser elegido de la Lista oficial del Centro, y no podrá estar desempeñándose en ese momento como árbitro en otro arbitraje en el Centro. "La designación de estos árbitros la hará el Directorio del CEDCA de manera rotativa entre los inscritos en la lista de oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA".¹⁴

4.- DERECHOS Y OBLIGACIONES.

El Árbitro de Urgencia tiene en principio los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro árbitro. Los comentaremos a continuación:

4.1 DERECHOS

4.1.1 Autonomía para decidir.

El Árbitro de Urgencia, es autónomo en su actuación y en la toma de su decisión. Su actuación debe seguir las reglas del derecho sustantivo aplicables a situaciones que ameriten la adopción de medidas para garantizar los derechos del demandante. La motivación debe referirse fundamentalmente a las condiciones para que proceda la solicitud de medida cautelar, conforme al Reglamento del Centro, a la competencia que le es atribuida de acuerdo al Reglamento y a la ley y que las medidas que se acuerden cumplen

11. Artículo 36 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA

12. Idem 3 HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo

13. El artículo 36.5 del Reglamento del CEDCA dispone: El Tribunal Arbitral de Urgencia que haya dictado la medida cautelar conocerá de la oposición, sin perjuicio de que en los casos a que se refiere el artículo 36.2 de este Reglamento, a solicitud de la parte interesada, el Tribunal Arbitral designado conforme a los artículos 23 y 24 de este Reglamento, también revise dichas actuaciones y revoque, modifique, suspenda o confirme la medida dictada, o exija la ampliación de la garantía otorgada, o declare que esta garantía ya no es necesaria.

14. Art 36.2 citado en el estudio del Henríquez La Roche, op. cit 3.

los requisitos establecidos para su otorgamiento, conforme a la normativa legal vigente.

En el caso del Reglamento del CEDCA se le da la potestad de resolver a su sólo criterio, si subordina la medida cautelar "al otorgamiento de garantía suficiente y eficaz para responde a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle" art. 36.3, potestad está fundamentada en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial

4.1.2 Cobro de Honorarios:

Tiene el Árbitro de Urgencia el derecho a recibir una contraprestación para cubrir sus honorarios profesionales y los costos en que pueda incurrir. Su actuación, está sujeta al previo pago de las cantidades correspondientes a estos conceptos, al menos así lo establece el Reglamento del CEDCA en su artículo 36.2 como sigue: "... previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice de Costos y Honorarios de este Reglamento..."

Concurrentemente, el mismo Reglamento en su artículo 55.3 dispone que "*Cuando sea solicitada la designación de un Tribunal Arbitral a los fines del decreto de medidas cautelares previstas en el artículo 36 de este Reglamento, la parte solicitante deberá consignar la provisión de fondos correspondientes a los honorarios de los árbitros y gastos que a tales efectos fije el Director Ejecutivo*".

Con estas disposiciones, se garantiza el derecho del Árbitro de recibir el pago de su provisión de manera oportuna. "En todo caso, al ser una actividad remunerada, puede generarle responsabilidad si no ejecuta aquello para lo que ha sido contratado".¹⁵

5.2 Obligaciones

5.2.1 Deber de revelar. Imparcialidad e independencia.

Dadas las condiciones especiales en las que es designado el árbitro de urgencia, debe ser especialmente cuidadoso al efectuar las revelaciones pertinentes, estando obligado a

revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Recordemos que bajo la normativa del CEDCA y como principio general, para el momento en el que se efectúa la revelación, una de las partes, específicamente la que podría quedar afectada por la eventual medida cautelar otorgada, no estará al tanto del contenido de la misma. Ante este escenario, únicamente la parte que solicita la medida cautelar y tiene un interés directo en la misma por ser el eventual beneficiado, es quién podrá ejercer control oportuno sobre las revelaciones del árbitro de urgencia. Por esta circunstancia, que inevitablemente genera un desequilibrio, es que las Instituciones arbitrales deben ser sumamente cuidadosas en la apreciación de las revelaciones efectuadas por el árbitro de urgencia que puedan comprometer su imparcialidad e independencia. Eventualmente, la parte afectada por la medida cautelar otorgada, una vez que esté en conocimiento de la misma bien sea por su ejecución o porque fue notificado de su existencia antes de su materialización efectiva, podría recusar al árbitro de urgencia, siempre que éste siga en funciones y existan motivos justificados que generen dudas respecto de su imparcialidad e independencia.¹⁶

El deber de revelar es fundamentalmente una obligación ética y las normas de ética profesional, entendidas como principios de orden moral que deben guiar la actuación del operador jurídico, adquieren especial importancia tratándose del ejercicio de la actividad arbitral.¹⁷

El objetivo del deber de revelación es dar a las partes los elementos suficientes para que valoren si el árbitro prospectivo reúne los requisitos correspondientes para que determinen —con toda la información relevante— si desean ejercer el derecho que permite garantizarlo: la recusación.¹⁸

Es pues un deber insoslayable para los árbitros revelar cualquier circunstancia que pueda poner en tela de juicio su imparcialidad e independencia para resolver el asunto o la controversia que le ha sido confiada por las partes.

15. CLAY, Thomas. *El Árbitro*. Colección Cátedra Bancolombia de Derecho Económico, financiero y del Mercado de Valores. Serie Arbitraje internacional. No.2. Bogotá 2012 p. 28

16. Art. 25.2 Reglamento del CEDCA: "Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevenidas a su designación. Los nombrados por el Directorio del CEDCA o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se notifique su designación"

17. FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. *Contenido ético del deber de Revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión*. Anuario Latinoamericano de arbitraje. Año 3. No. 3. Editorial Jurivec E.I.R.L. Lima, 2014 p, 200

18. GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. *El Árbitro*. Editorial Porrúa, México, 2008, p.18

Esta obligación de revelar se encuentra recogida en todas las leyes y reglamentos de arbitraje, tomado esencialmente del artículo 12.1 Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), conocida por sus siglas en inglés como UNCITRAL, y hoy en día se ha configurado como un auténtico principio fundamental del arbitraje tanto interno como internacional y que es una consecuencia directa del principio de buena fe.¹⁹

Esta norma es aplicable también a los Árbitros de Urgencia. En algunos Reglamentos hay disposición expresa referida a éstos, en otros, simplemente se remiten a las disposiciones que en esta materia contienen las normas modelo.

Así pues, en el caso de la CCI en la reciente reforma del Reglamento efectuada en 2012, en la cual se incorporó formalmente el Árbitro de Urgencia y el procedimiento para su actuación, se establece expresamente la obligación de "ser y permanecer imparcial e independiente de las partes involucradas en la controversia" (artículo 2 (4) del Apéndice V) y se recoge el deber de revelación en los términos siguientes "Antes de ser nombrada, toda persona susceptible de actuar como árbitro de emergencia suscribirá una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia.(Artículo 2(5) del Apéndice V)".

En el caso del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje -CEDCA- en Venezuela, si bien en el capítulo referido al Arbitro de Urgencia y de medidas cautelares no hay un señalamiento expreso a este punto, son aplicables las disposiciones referidas a la imparcialidad de los árbitros y al Código de Ética del CEDCA, bajo el cual se comprometen a desempeñar su función (artículo 22.4).

El contenido de las revelaciones de los árbitros es el que podrá definir la imparcialidad e independencia de su actuación, condiciones indispensables y compromiso ineludible por parte del árbitro.

En opinión de Eloy Anzola, la necesaria independencia e imparcialidad de quien juzga

es una preocupación muy antigua, por lo que su regulación tiene vieja data. Entre nosotros, el requerimiento de independencia e imparcialidad se manifiesta por primera vez, de manera Casi exagerada, en las normas vigentes en la América hispana durante la época colonial. Añade además que, las principales y modernas leyes de arbitraje, así como los reglamentos de los Centros institucionales de arbitraje, en efecto exigen que todos los postulados para ser árbitros, antes de su aceptación o confirmación, hagan una declaración en la que aseveren, sin reservas, su independencia o imparcialidad, y de hacerlo con reservas, que las mismas no provoquen objeciones fundadas de las partes.²⁰

5.2.2 Deber de confidencialidad

Es reconocido universalmente que los árbitros están obligados a guardar la confidencialidad de la información que conocen con motivo del arbitraje, no son uniformes las opiniones acerca del fundamento jurídico sobre el cual ese deber se apoyaría. La explicación más atinada es la que brinda Thomas Clay: sin perjuicio de las obligaciones deontológicas que los árbitros puedan tener al amparo de los Códigos de Ética o Normas de Conducta a las cuales estén sujetos, o del principio de confianza y buena fe inherente a su condición de árbitro a su juicio, "el verdadero fundamento jurídico que impone a los árbitros el deber de guardar el secreto sobre lo que conocen durante el curso de un arbitraje, es el vínculo convencional que lo une con las partes a través del 'contrato de arbitrar'. Se trata de una obligación civil contractual -e incluso precontractual- que entraña responsabilidad en caso de violación".²¹

El Arbitro de Urgencia no escapa del cumplimiento de este deber de confidencialidad durante su desempeño, el cual se requiere, a nuestro juicio, mayor compromiso cuando se trata, en la mayoría de las veces, del otorgamiento de medidas cautelares inaudita parte.

El Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA refiere este aspecto al carácter confidencial del proceso previsto en su artículo 40.3.²² y a la conducta que debe observar el árbitro de acuerdo

19. Idem FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. Op.cit 15

20. ANZOLA, J. Eloy. *Independencia e Imparcialidad de los árbitros*. Memoria Arbitral Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-CEDCA. Editorial Torino. Caracas 2011. Página

21. CAIVANO, Roque J. *El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo*. Lima Arbitration Review, No. 4 2010/2011 p.126

22. Salvo acuerdo en contrario, toda actuación realizada por las partes o prueba aportada al proceso, tendrá carácter confidencial. Cualquier interesado podrá solicitar copia del Laudos, previo pago del costo de reproducción, salvo que las partes expresamente hubieren acordado su confidencialidad.

al Código de Ética del mismo Centro, cuyo Canon VI le impone ser leal a la relación de confianza y confidencialidad inherente a su cargo.

6. RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO DE URGENCIA

La responsabilidad del árbitro de urgencia deriva de la naturaleza contractual de su relación con las partes, por un lado, y con el Centro de Arbitraje por el otro.

Tengamos presente que la facultad cautelar de los árbitros surge en el momento de la suscripción, por ambas partes, del acuerdo de arbitraje que consiente tácitamente esa posibilidad, acuerdo éste que como todo contrato, es ley entre las partes. De la misma manera, al momento que el árbitro acepta su designación por la institución arbitral para resolver la solicitud de medida cautelar, surge entre ambos una relación contractual que debe ser honrada cabalmente por las dos partes y que de no ser así traerá consecuencias.²³

Al Árbitro, a diferencia del juez, su investidura le viene directamente de las partes, por ello determinar el régimen de responsabilidades del árbitro debe fundamentarse en esta doble premisa, su función jurisdiccional y el origen contractual de su misión.

En consecuencia los árbitros deben estar claros en que el incumplimiento de sus obligaciones puede dar lugar a responsabilidad contractual, por estar ligadas a la misión del árbitro prevista en el contrato de arbitraje.

III. LA DECISION DEL ÁRBITRO DE URGENCIA Y SU EJUCION.

1. Naturaleza de la decisión: A la decisión que adopta el Árbitro de Urgencia se le denomina de distintas maneras. En el Reglamento del CEDCA, se le cita como Decreto de medida cautelar, o como Decisión. Adicionalmente, en la mayoría de los reglamentos se establece que la misma debe ser motivada principio éste que se recoge en el

Reglamento del CEDCA en su artículo 36.3.

Se llame como se llame la decisión dictada, nunca será el «Laudo» entendido como tal – como creo debe entenderse–, es decir: como la decisión sobre la controversia de fondo de las partes: la controversia principal que someten al Tribunal arbitral, ya la resuelva en una cuestión incidental o previa o en una parte del fondo (Laudo parcial), ya la resuelva totalmente: Laudo total. Una decisión sobre la adopción de medidas cautelares será siempre esto –una decisión sobre medidas cautelares– cualquiera que sea el nombre que le demos.²⁴

2. Notificación: En muchos Reglamentos, la notificación de la decisión a las partes la realiza directamente el propio Árbitro, dentro del mismo plazo que tiene para dictarla.²⁵

En otros, se realiza a través del Centro o institución arbitral respectiva. El Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, deja en cabeza del árbitro la decisión de cuando debe el Centro debe notificar la decisión y el contenido de la medida a la parte a quien va dirigida.²⁶

3. Ejecución: La ejecutabilidad de la decisión del Árbitro de Emergencia es acaso el reto más importante para el éxito o no de la figura.²⁷

Cabe preguntarse si para la ejecución de toda decisión u orden de un Árbitro de Urgencia es necesario ejercer el imperium reservado por el Estado.

En Venezuela se ha resuelto el problema diferenciando medidas compulsivas de medidas no compulsivas. Resulta innecesario solicitar el auxilio de un órgano oficial para que asista a un tribunal arbitral en la ejecución de medidas que no requieren el uso de la fuerza pública o autoridad-compulsión– es decir, para la ejecución de medidas cautelares no compulsivas, por lo que el árbitro podrá ejecutar medidas que no requieran el uso de la fuerza pública.²⁸

23. MEZGRAVIS, Andrés. Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano. Memoria arbitral. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-CEDCA. Editorial Torino. Caracas, 2011 pp.283-284

24. Idem MIRO GILLI, Màrius. Op.cit.1

25. Idem MIRO GILLI, Màrius. Op.cit.1

26. Artículo 36.3 "Estas medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada y podrán ser inaudita parte cuando así lo considere justificado el Tribunal Arbitral de Urgencia, el cual determinará la oportunidad, si fuere el caso, en la que se deberá notificar la demanda o la medida cautelar o su rechazo a la parte contra quien se dirigen o solicitan las medidas cautelares".

27. Idem MIRO GILLI, Màrius. Op.cit.1

28. Idem ALMANDOZ, Alfredo, PERERA Pedro, ANGRISANO Humberto, GONZALEZ CARVAJAL, Jorge, op. Cit.3

IV.-PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO DE URGENCIA SOBRE EL FONDO DE LA DEMANDA

Es meridianamente claro que el árbitro de urgencia tiene funciones y obligaciones delimitadas que devienen de su propia naturaleza. Pero a pesar de ello, generalmente se somete a consideración del árbitro de urgencia la procedencia de medidas cautelares nominadas o innominadas, y para decidir motivadamente y de forma coherente sobre el otorgamiento o negativa de las citadas medidas, es necesario tocar la médula del asunto.

Claro está, que el árbitro de urgencia mal podría prejuzgar sobre las cuestiones de fondo porque él no conocerá sobre los aspectos sustantivos de la controversia, esto le corresponde al tribunal arbitral definitivo, que es el encargado de ello. Pero a pesar de que el procedimiento está diseñado para que el árbitro de urgencia no adelante opinión sobre temas medulares, y si lo hiciera tangencialmente, esto no empañe el proceso, dada la proliferación de recursos de nulidad en contra de decisiones interlocutorias que tocan puntos fundamentales del proceso, consideramos que las decisiones en esta instancia requieren precisión y fundamentación muy específica, siempre alineada con la teoría de las medidas cautelares y sus requisitos de procedencia, como lo son: *fumus boni iuris* (suposición de certeza del derecho invocado), *periculum in mora* (Presunción grave del riesgo manifiesto de que quede ilusorio el fallo), *periculum in damni* (la existencia de un fundado temor de que una parte pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a la otra).

Necesariamente, el árbitro cautelar debe verificar el cumplimiento de estos extremos de procedencia y allí radica la importancia del correcto desempeño de sus funciones; pero en el caso de las medidas *inaudita parte* quedará a criterio del árbitro de urgencia ponderar equilibradamente los supuestos exigidos dependiendo de las circunstancias concretas.

A todo evento, bajo el reglamento del CEDCA la parte o el tercero afectado podrá solicitar ante el Tribunal de fondo la revisión de la actuación del árbitro cautelar y de las medidas otorgadas, conforme a lo previsto en su artículo 36.5.²⁹

COMENTARIO FINAL

Como corolario del presente trabajo podemos afirmar que el árbitro de urgencia es una figura que ha ido adquiriendo cada vez más importancia en el arbitraje, en virtud de las ventajas que para las partes puede significar contar con una decisión previa que no haga ilusorio un posible laudo arbitral a su favor.

Por su particular función, el árbitro de urgencia debe cuidar con mayor esmero los parámetros de su actuación en cuanto a la imparcialidad, independencia y confidencialidad, para evitar ver comprometida su responsabilidad, la cual surge, como lo hemos acotado, del contrato de arbitraje suscrito entre las partes y de la relación con la institución arbitral correspondiente.

29. 27Citar 36.5