

15

Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia

Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia

SECCIONES

DOCTRINA - LEGISLACIÓN - JURISPRUDENCIA - MISCELÁNEAS



N° **15**
CARACAS, 2020



La caución para recurrir la nulidad del laudo arbitral como garantía del resultado del proceso

Pedro RENGEL NÚÑEZ*
RVLJ, N.º 15, 2020, pp. 339-360.

SUMARIO

Introducción 1. La doctrina nacional 2. La jurisprudencia nacional
2.1. *Caso Distribuidora Punto Fuerte, año 2004*
2.2. *Caso GYCSA, año 2005* 2.3. *Caso Inmovercadero, año 2007*
2.4. *Caso Promociones ITT, año 2010* 2.5. *Caso Inversora Bosquemar, año 2011*
2.6. *Caso Irma Cavallo Raffaldi y otros, año 2011* 2.7. *Caso Construcciones Pasval, año 2016*
2.8. *Caso Constructora Norberto Odebrecht, año 2017* 2.9. *Caso Pacific Sky Corporation, año 2019* **Conclusiones**

Introducción

La Ley de Arbitraje Comercial, en su Capítulo VII, regula la anulabilidad del laudo arbitral y dispone en su artículo 43 que contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad, que deberá interponerse por escrito ante el tribunal superior competente del lugar donde se hubiere dictado. Dicha norma contempla que la interposición del recurso no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral, a menos que, a solicitud del recurrente, el tribunal superior lo ordene, previa constitución por el recurrente, de una

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. **New York University**, *Master in Comparative Jurisprudence*. **Universidad Monteávila**, profesor de postgrado. Socio de Travieso Evans Arria Rengel & Paz.

caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en caso de que el recurso fuere rechazado.

Por su parte, el artículo 45 *eiusdem* dispone que, en el auto por medio del cual el tribunal superior admita el recurso, se determinará la caución que el recurrente deberá dar en garantía del resultado del proceso, en un término de diez días hábiles a partir de dictado dicho auto, estableciendo expresamente que si no se presta la caución o no se sustenta el recurso, el tribunal lo declarará sin lugar.

En el presente trabajo pretendemos analizar el tratamiento que cronológicamente la doctrina y la jurisprudencia nacional le han venido dando al citado artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, que, como sabemos, fue publicada y entró en vigencia en abril de 1998.

1. La doctrina nacional

Ya en ese mismo año 1998, HENRIQUEZ LA ROCHE fue de los primeros en ocuparse del tema. Este autor sostiene que las reglas de nulidad del laudo en materia comercial introducen una novedad, opuesta al facilismo en la utilización de los recursos que ha caracterizado nuestro proceso judicial, sobreprotector del derecho de la defensa en perjuicio de la pronta obtención de la cosa juzgada. Según este autor la regla que ordena caucionar no es inconstitucional por el hecho de que tutele o reconduzca al cumplimiento de una condición pecuniaria el ejercicio de la defensa. Al respecto plantea que una solución similar está contemplada en el artículo 599.6 del Código de Procedimiento Civil que dispone que se decretará el secuestro de la cosa litigiosa cuando, dictada la sentencia definitiva contra el poseedor de ella, este apelare sin dar fianza para responder de la misma cosa y sus frutos¹.

En obra subsiguiente del 2000, HENRIQUEZ LA ROCHE afirma que, según lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, la constitución

¹ HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*. T. v. Organización Gráfica Capriles. Caracas, 1998, p. 62.

de la garantía requiere la previa admisión del recurso, y que la caución no es optativa, no procede sustanciar un recurso de nulidad del laudo si no se ha prestado, como necesidad de medio, la caución fijada por el tribunal superior, por así deducirse del citado artículo 45 *in fine*: «si no se presta la caución o no se sustenta el recurso, el tribunal lo declarará sin lugar». Señala HENRIQUEZ LA ROCHE que podría argumentarse que, como la falta de caución produce la declaratoria sin lugar y no la inadmisibilidad del recurso, porque, según la propia norma, el tribunal en el mismo auto donde admite el recurso fija el monto de la caución, pareciera posible la sustanciación del recurso de nulidad sin caución a reserva de constituirla previo a la sentencia para evitar la declaratoria sin lugar del recurso, pero, según este autor, habría que tomar en cuenta que un recurso de nulidad sin caución haría aleatoria las resultas de ejecución, lo cual se torna más gravoso para el ejecutante².

En 1999, MEZGRAVIS difiere de HENRIQUEZ LA ROCHE. Según MEZGRAVIS, la fianza a que se refiere el artículo 599.6 del Código de Procedimiento Civil no es exigida para poder apelar, sino para que no prospere el secuestro. Para este autor, la falta de la caución establecida en el artículo 45 parece estar consagrada como un motivo de improcedencia, cuando en realidad debió haberse tratado como una causal más de inadmisibilidad, pues la declaratoria sin lugar supone un pronunciamiento sobre el mérito o fondo del asunto y, bajo este supuesto, únicamente se está declarando que el recurrente no cumplió con uno de los requisitos exigidos por la ley para poder darle curso al recurso. Este autor entiende que la exigencia de la caución tiene por justa finalidad evitar la interposición maliciosa del recurso de nulidad, cuestión que, a su modo de ver, es muy realista si se tiene en cuenta la creciente y vergonzosa falta de ética que reina entre los litigantes en Venezuela, pero no obstante señala que es hartamente conocida la inconstitucionalidad del principio *solve et repete*, no solo declarada por el Tribunal Constitucional italiano y por otras Cortes constitucionales de Europa, sino por la Corte Suprema de Argentina y por nuestra propia Corte Suprema de Justicia. En opinión de este autor, una multa al finalizar el proceso o una condena en costas con un

² HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *El arbitraje comercial en Venezuela*. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Caracas, 2000, p. 292.

porcentaje mayor al ordinario hubiese sido una mejor solución, no tanto por los efectos pecuniarios que ello pudiera representar, sino porque sería una forma de combatir esa lamentable realidad sin el riesgo de que pudiera ser declarada inconstitucional.

Aunque MEZGRAVIS afirma que el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial aparentemente se inspira en la legislación colombiana³, no encontramos disposición similar en dicha legislación; ni el Decreto N.º 1818 de 1998⁴ ni el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano de 2012⁵ contemplan que se requiere caución para recurrir en nulidad un laudo arbitral. Habría que decir que no encontramos disposición similar en la Ley Modelo UNCITRAL⁶ ni en otras legislaciones arbitrales inspiradas en ella –como, por ejemplo, la peruana⁷–, así como tampoco en el *Federal Arbitration Act* de los Estados Unidos de América⁸, el *Arbitration Act* de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte⁹, la Ley de Arbitraje española¹⁰ o el Código de Procedimiento Civil francés¹¹.

³ MEZGRAVIS, Andrés: «Recursos contra el laudo arbitral comercial». En: *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1999, pp. 254-256.

⁴ Revisado en BENETTI SALGAR, Julio: *El arbitraje en el Derecho colombiano*. Themis. Bogotá, 2001, pp. 292-294.

⁵ Revisado en: *Revista Internacional de Arbitraje*. N.º 17. Legis. Bogotá, 2012, pp. 190-192.

⁶ *Vid.* https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

⁷ *Vid.* <http://www2.congreso.gob.pe>. Nótese que el Decreto Legislativo que norma el arbitraje en Perú no establece el requisito de caución para recurrir, aunque contempla que las partes pueden acordar una garantía a otorgarse si se impugna el laudo; su artículo 66.1 dispone que la interposición del recurso de nulidad del laudo no suspende su ejecución, salvo cuando la parte que lo impugne lo solicite y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable.

⁸ *Vid.* <https://sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf>.

⁹ HARRIS, Bruce *et al.*: *The Arbitration Act 1996, A Commentary*. Wiley Blackwell. Oxford, 2014, p. 375; la sección 70.6 dispone que la Corte podrá ordenar a la parte impugnante de un laudo arbitral proveer garantía de los costos de su impugnación.

¹⁰ *Vid.* <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

¹¹ Cuya última reforma en 2012 revierte la regla de que la impugnación del laudo suspendía su cumplimiento y ahora contempla que la acción para revocar un laudo

También, en 1999, GABALDÓN, sostiene que respecto al artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial han surgido opiniones en el sentido de que esa disposición es inconstitucional por violar el derecho de defensa, pero cita a GOVEA, con quien dice coincidir, y quien, para sostener su constitucionalidad, afirma que la doctrina del *solve et repete* de la antigua Corte Suprema de Justicia del 14 de agosto de 1990, caso Scholl de Venezuela, no es de considerar en este asunto, pues, si la Ley de Arbitraje Comercial solo admite la arbitrabilidad sobre derechos disponibles, es razonable convenir en que, a través del acuerdo arbitral, los compromitentes aceptan voluntariamente, sin reservas, los dictados de la ley¹².

Posteriormente, en 2001, HUNG VAILLANT nos dice que el tema de la consignación de garantías como requisito para el ejercicio de recursos contra decisiones jurisdiccionales ha sido planteado ante el Tribunal Constitucional español, que ha declarado en varias decisiones que no existe infracción de la norma constitucional. HUNG VAILLANT se manifiesta partidario de la conclusión a la que llega GOVEA, apoyada por GABALDÓN, aunque no está de acuerdo con el razonamiento utilizado, pues para HUNG VAILLANT el fundamento básico consiste en que la constitución de garantía como presupuesto para la tramitación del recurso en ningún momento viola la garantía constitucional, debido a que en tal supuesto hay dos intereses contrapuestos igualmente legítimos: el del vencedor que tiene interés en la ejecución del fallo y el del vencido que alega su nulidad. Según HUNG VAILLANT, en este conflicto parece lógico preferir la protección de la parte a quien favorece el fallo, ya que los derechos subjetivos alegados por este y que fueron objeto de la controversia, cuentan, en principio, con un reconocimiento expresamente declarado en el laudo arbitral por el tribunal que las partes libremente escogieron y previo el procedimiento que las partes también escogieron voluntariamente, procedimiento que imponía, desde el inicio, el requisito de constitución de garantías

no suspende su ejecución. Véase: MOURRE, Alexis y CHESA, Valentine: «La Ley de Arbitraje francesa: innovación y consolidación». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. N.º 17. Legis. Bogotá, 2012, pp. 96-98.

¹² GABALDÓN, Frank: *Análisis de la Ley de Arbitraje Comercial*. Livrosca. Caracas, 1999, p. 136.

para poder ejercer el recurso de nulidad contra el laudo. Concluye HUNG VAILLANT diciendo que el derecho de la parte a quien favorece el laudo tiene, por la propia decisión objeto de impugnación, una apariencia y presunción de existencia, extremo que justifica la exigencia de la caución, y que no debe olvidarse que también la parte favorecida por el laudo tiene derecho constitucional a una justicia expedita y sin dilaciones indebidas, conforme al artículo 26 de la Constitución de 1999¹³.

En 2002, RODNER sostiene 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. RODNER dice que la respuesta es no, aunque no explica en que radica la falta de claridad que él observa en la Ley¹⁴.

En 2013, MEZGRAVIS, CARRILLO y SAGHI, en trabajo colectivo sobre el recurso de nulidad del laudo arbitral, ratifican lo explicado previamente por MEZGRAVIS, en su trabajo anteriormente citado, sobre la falta de la caución prevista en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial como motivo de improcedencia del recurso, aunque, en opinión de estos autores, debió ser de inadmisibilidad. Citan la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, que veremos más adelante –casos GYCSA y Distribuidora Punto Fuerte–, donde se afirma que considerar la exigencia de la caución como formalismo no esencial escapa a la realidad procesal, pues la caución va dirigida a garantizar los daños que puedan causarse al evitar con la demanda de nulidad la ejecución del laudo, que la previsión de la norma antes citada es un requisito de admisibilidad del recurso de nulidad que no se contrapone a los principios constitucionales de acceso a la justicia, gratuidad e igualdad, y que el derecho de la parte gananciosa a ejecutar fallos que le favorecen sin tácticas dilatorias temerarias de la parte perdedora constituye una importante manifestación de la tutela judicial efectiva¹⁵.

¹³ HUNG VAILLANT, Francisco: *Reflexiones sobre el arbitraje en el Derecho venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001, pp. 221 y 222.

¹⁴ RODNER S., James Otis: «La anulación del laudo arbitral». En: *Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2002, pp. 849 y 850.

¹⁵ MEZGRAVIS, Andrés; CARRILLO, Marcos y SAGHI, Pedro: «El recurso de nulidad contra el laudo arbitral». En: *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los*

Lo cierto es que la Ley de Arbitraje Comercial en sus artículos 43 y 45 habla de caución. En el artículo 43 se refiere a la caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso de que el recurso fuere rechazado, y que debe constituir el recurrente que solicita al tribunal superior la suspensión de la ejecución del laudo arbitral. En el artículo 45 se refiere a la caución que el tribunal superior fijará en el auto de admisión del recurso de nulidad y que el recurrente debe dar en garantía del resultado del proceso, so pena de que el recurso sea declarado sin lugar. Parecen ser dos cauciones diferentes, una para garantizar la ejecución del laudo cuya suspensión es solicitada por el recurrente, y que solo se requiere si el recurrente solicita dicha suspensión, y otra que fija el tribunal para garantizar el resultado del proceso, sin la cual el tribunal declarará sin lugar el recurso. En todo caso, nos parece que si la caución del artículo 45 es requisito sin el cual el recurso debe declararse sin lugar, a lo sumo podría decirse que la caución del artículo 43 para suspender la ejecución del laudo estaría sobrando, puesto que con la caución del artículo 45 se cumpliría el requisito para que el recurso no fuere declarado sin lugar, y también serviría para suspender la ejecución del laudo.

En nuestra opinión, cuando el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que si no se presta la caución para garantizar el resultado del proceso el tribunal declarará sin lugar el recurso, no deja margen de interpretación para concluir que pueda ser posible recurrir la nulidad del laudo sin caucionar porque no se solicita la suspensión de la ejecución del laudo. Aunque el recurrente no solicite la suspensión de la ejecución del laudo, debe caucionar por mandato de la Ley de Arbitraje Comercial, en cuyo caso también podría solicitar la suspensión de la ejecución del laudo con base en la caución prestada. Esto ha sido confirmado numerosas veces por la jurisprudencia nacional, como veremos de seguida.

2. La jurisprudencia nacional

Como vimos más arriba, hay un serio apoyo doctrinal para sostener que respecto a la caución prevista en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial

15 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Editorial Sabias Palabras. Caracas, 2013, pp. 538-541.

no estamos en presencia de la inconstitucional *solve et repete* (paga para reclamar). Nos parece que MEZGRAVIS lo asomó en 1999 como un riesgo, pero a estas alturas la jurisprudencia sobre nulidad de laudos arbitrales tanto de los Tribunales Superiores en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas competentes como del Tribunal Supremo de Justicia tanto en Sala Constitucional como en Sala de Casación Civil ha dejado muy claro el tema, reiterando que la caución del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial no es inconstitucional, y que es un requisito obligatorio sin el cual el recurso de nulidad debe ser declarado sin lugar. En efecto, hasta la fecha ya van nueve sentencias de tribunales superiores que en forma continua y reiterada han venido declarando sin lugar recursos de nulidad de laudos arbitrales por falta de la caución prevista en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial. Por si fuera poco, cuatro de estas sentencias a su vez han sido confirmadas por dos sentencias de la Sala Constitucional y dos de la Sala de Casación Civil. A continuación las resumiremos, en orden cronológico.

2.1. Caso Distribuidora Punto Fuerte, año 2004

Comencemos con una primera sentencia, del 15 de octubre de 2004, caso Distribuidora Punto Fuerte DPF C. A., donde el Tribunal Superior Séptimo declaró sin lugar el recurso de nulidad contra un laudo arbitral del 5 de diciembre de 2000 por falta de consignación de la caución prevista en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial¹⁶. La recurrente intentó acción de amparo constitucional contra dicha decisión y la Sala Constitucional lo declaró sin lugar, sosteniendo que:

... 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

¹⁶ La referencia de esta sentencia la encontramos en la sentencia de la Sala Constitucional citada *infra* que decide la acción de amparo que fue intentada en su contra.

que pueden experimentar por la suspensión de su ejecución mientras se espera la resolución definitiva del recurso propuesto¹⁷.

Aunque aquí parece referirse a la caución del artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, la Sala agrega que «la única opción que tenía el juez en este caso 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». Además refiere la Sala que, como en la audiencia constitucional la actora confesó que había solicitado la suspensión de los efectos del laudo arbitral cuando ejerció el recurso de nulidad, debía entonces declarar sin lugar la acción de amparo intentada, por cuanto no se transgredió el derecho de acceso a la justicia de la accionante. Concluye la Sala que el Juzgado «no actuó fuera del ámbito de la competencia constitucionalmente entendida pues aplicó correctamente el artículo 45 *eiusdem* al declarar sin lugar el recurso de nulidad por falta de caución».

2.2. Caso GYCSA, año 2005

El siguiente caso es el recurso de nulidad de laudo arbitral intentado por Gerencia y Control de Ingeniería GYCSA, donde recayó sentencia del Tribunal Superior Noveno en fecha 11 de agosto de 2005¹⁸. La recurrente consignó fianza judicial emitida por una empresa de seguros y al mismo tiempo pidió la desaplicación por control difuso de la Constitución del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial. La parte beneficiada por el laudo alegó que tal desaplicación dejaría a su representada imposibilitada de accionar contra la recurrente por daños y perjuicios que se puedan ocasionar por la interposición del recurso y además subrogaría al Juez la responsabilidad de GYCSA en responder por dicha interposición temeraria. La sentencia declaró improcedente la solicitud de desaplicación del citado artículo 45, asentando que:

... no lucen convincentes los argumentos aducidos por el solicitante respecto a una violación directa de la Constitución, antes por el contrario, la norma contenida en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial lo que busca es garantizar los posibles daños y perjuicios que se causen con

¹⁷ TSJ/SC, sent. N.º 1121, del 20-06-07.

¹⁸ Consultada en el expediente del caso, N.º 7151.

la interposición del recurso de nulidad, lo cual en nada resulta violatorio de los derechos constitucionales denunciados, ya que la gratuidad de la justicia (artículo 26 de la Constitución) impide el cobro de aranceles judiciales, no siendo éste el caso de caución contenida en la norma, la cual, como ya se dijo, constituye una garantía por los posibles daños en el trámite del recurso.

Señala además la sentencia que a la recurrente le fue otorgado tanto el lapso establecido en la Ley de Arbitraje Comercial como la prórroga solicitada para la consignación de fianza bancaria, lo cual, según la sentencia, no fue cumplido, por cuanto la fianza consignada fue constituida por una empresa aseguradora, y no por una entidad bancaria, para responder por las resultas del juicio cursante ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia y no para garantizar la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales del presente recurso de nulidad, de manera que la sentencia desechó la fianza, y de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, declaró sin lugar el recurso.

En este caso la recurrente intentó recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior, el cual fue declarado sin lugar por la Sala de Casación Civil¹⁹. En esta sentencia la Sala determinó que, tal como lo estableció la recurrida, es evidente que a la accionante en nulidad de laudo arbitral se le concedieron todas las oportunidades previstas en la ley para la presentación de la caución a que se refiere el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, e incluso se le concedió más de los 10 días hábiles a que se refiere la norma citada, y asimismo la Sala constató la participación activa de la recurrente, primero en el reconocimiento de su obligación de caucionar para que proceda la sustanciación y análisis de la demanda, pues fueron constantes pidiendo a través de diligencias y escritos, que se fijara la caución omitida en el auto de admisión, luego pidiendo la sustitución de la establecida por el Juez, pidiendo nuevamente que se sustituyera por otra, y en segundo lugar porque la recurrente ejerció el medio recursivo que le ha permitido impugnar la decisión que declaró sin lugar el recurso de nulidad. Adicionalmente, la Sala estableció que:

¹⁹ TSJ/SCC, sent. N.º 225, del 21-04-08.

... pretender señalar –como lo alegan los formalizantes– que la caución exigida por el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial es un formalismo no esencial, escapa de la realidad procesal, toda vez que ella va dirigida a garantizar los daños que puedan causarse al evitar, con la demanda de nulidad, la ejecución del laudo arbitral, recurso que constituye una excepción al cumplimiento inmediato del mismo, pues su interposición obliga a que el órgano jurisdiccional revise los presupuestos legales que debieron cumplirse en la sustanciación de dicho laudo arbitral.

Asentó la Sala que no hay la indefensión delatada, por cuanto se le garantizó al recurrente las oportunidades necesarias para que diera cumplimiento con lo ordenado en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial. El formalizante planteó una supuesta inmotivación del *a quo* al no exponer los motivos que lo llevan a determinar que no lucen convincentes los argumentos aducidos por el solicitante, pero la Sala en su sentencia resalta que, contrario a lo sostenido por el formalizante, son palpables las razones que ofreció el jurisdicente para apuntalar su conclusión jurídica, pues el Tribunal recurrido sí motivó suficientemente su decisión al establecer la razón de ser del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, lo que se debe entender por gratuidad de la justicia y la inexistencia de violación directa de principios o garantías constitucionales.

Según la Sala, los recurrentes sostienen que el laudo arbitral se encontraba en fase de ejecución, por lo que no era viable solicitar que se preste caución, que ya existía una fianza judicial y que el laudo fue dictado hace más de dos años y su beneficiaria no lo había ejecutado, lo que debía llevar al Juez, en aras del derecho a la defensa, la confianza legítima y la igualdad procesal, a pronunciarse y a no desechar el recurso por un formalismo no esencial. Sobre esto la Sala dejó sentado que no encontró que se establezca alguna condición como la pretendida por el formalizante, para acordar la caución, 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 del laudo arbitral, cuestión que sucedió en autos, por lo que la recurrida aplicó e interpretó correctamente la norma antes citada. Agrega la Sala que:

... acceder al pedimento de los formalizantes de obviar su omisión procesal al no consignar la fianza bancaria establecida por la recurrida, y en nombre de los principios constitucionales de confianza legítima, igualdad procesal y derecho a la defensa, casar la sentencia y ordenar una decisión de fondo, llevaría a esta Sala de Casación Civil a violentar e infringir precisamente esos principios a la confianza legítima, la igualdad procesal y, en definitiva, el derecho a la defensa de la contraria en el presente asunto, dado que si desconocemos la existencia de formas de los actos procesales para determinados casos –como el de autos– entonces dónde queda la confianza legítima que tanto aluden los formalizantes, la igualdad procesal abanderada por los recurrentes, cuando en beneficio del *indubio pro* defensa, se admita que los requisitos de procedencia de las formas de los actos procesales pueden ser vulnerados, infringidos, violados o desconocidos por aquellos quienes por su omisión no dieron cumplimiento a esas formas procesales de los actos.

Según la Sala, los formalizantes alegaron que, con la entrada en vigencia de la Constitución, el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial deviene contrario a la Carta Magna, porque violenta el principio de acceso a la justicia, el de gratuidad, además de que se trata de un mero formalismo y de crear una discriminación ante la ley por el hecho de no establecerse en ninguna norma que para intentar recursos dentro de la jurisdicción ordinaria deba caucionarse las resultas de esos procesos. Al respecto la Sala en su sentencia asentó que:

... pretender establecer una presunta discriminación existente entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral, que violentaría los postulados constitucionales es ciertamente algo temerario. En la jurisdicción ordinaria las decisiones emanan de los jueces nombrados para tal fin; en cambio, en la jurisdicción arbitral, las decisiones son dictadas por profesionales del Derecho escogidos por las partes en conflicto; aunado a ello, la nulidad de los laudos arbitrales solo puede ser solicitada mediante el respectivo recurso de nulidad y con fundamento en las causales taxativas establecidas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, mientras que en materia ordinaria, no existen causales taxativas para alzarse contra un fallo

adverso (...) existen diferencias entre los procedimientos arbitrales y los ordinarios, al punto de ser excluyentes entre sí, lo cual no debe ser considerado –como pretenden los recurrentes– como una discriminación sino que precisamente la existencia de procedimientos distintos que resuelven asuntos también distintos, obviamente tendrán requisitos o requerimientos que también serán distintos. Cabe destacar que dentro de la jurisdicción ordinaria, aun cuando para ejercer el recurso extraordinario de casación ciertamente no se exige caución, el mismo está sometido al cumplimiento de ciertos requisitos de admisibilidad y no por ello es discriminatorio.

2.3. *Caso Inmoverado, año 2007*

El siguiente caso es el de Inmoverado C. A. Se trata de una sentencia de fecha 5 de junio de 2007 del Tribunal Superior Segundo²⁰, que declaró sin lugar el recurso de nulidad intentado contra laudo arbitral. Señala la sentencia que «de las actas procesales se evidencia que durante la sustanciación del recurso la recurrente no dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, especialmente en lo que respecta a la consignación de la caución que le fuera fijada, y que en ningún caso se puede considerar como optativa, lo que de suyo hace que este Tribunal Superior deba declarar sin lugar el recurso de nulidad impetrado contra el laudo arbitral».

2.4. *Caso Promociones ITT, año 2010*

Otra sentencia fue dictada el 17 de diciembre de 2010, por el Tribunal Superior Séptimo²¹, en el caso de un recurso de nulidad de laudo arbitral intentado por Promociones ITT C. A. Esta sentencia igualmente declaró sin lugar el recurso de nulidad por no haberse presentado la caución o fianza prevista en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial. La accionante interpuso recurso de casación contra dicha sentencia y la Sala de Casación Civil lo declaró sin lugar al no encontrar la denunciada infracción del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial por parte del Juez Superior, ya que dicho artículo

²⁰ Consultada en el expediente del caso, N.º 06-9714.

²¹ La referencia de esta sentencia la encontramos en la sentencia de la Sala de Casación Civil citada *infra* que decide el recurso de casación que fue intentado en su contra.

es claro y no da lugar a ninguna otra interpretación que la hecha por esa superioridad. Asienta la Sala que:

... al disponer el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial que «si no se presta la caución o no se sustenta el recurso, el tribunal lo declarará sin lugar», esta se constituye en una norma procesal clara y precisa (...) no existe la supuesta infracción del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial por error de interpretación en cuanto a su contenido y alcance, porque el Juez Superior en respecto al acatamiento de las normas y de la no interpretación cuando las mismas son claras aplicó la consecuencia lógica y jurídica prevista en el delatado artículo, razón suficiente para determinar la improcedencia de la presente delación²².

2.5. Caso Inversora Bosquemar, año 2011

Seguimos con la siguiente sentencia, de fecha 11 de marzo de 2011 dictada por el Tribunal Superior Noveno, caso Inversora Bosquemar C. A.²³ Una vez más la sentencia declaró sin lugar el recurso de nulidad con base en que «el legislador estableció en forma expresa una sanción para aquellos supuestos en los cuales el recurrente no constituyere la garantía requerida para asegurar las posibles resultas del proceso», concluyendo que «si en un lapso de diez días a partir de la fecha del auto no se consigna el monto fijado como garantía, el tribunal debe proceder a declarar sin lugar el recurso interpuesto». Señala el Tribunal que constató que la caución requerida por el legislador no había sido constituida habiendo transcurrido con creces el lapso previsto en la Ley para la constitución de la caución sin que el recurrente la prestara, por lo que declaró sin lugar el recurso con fundamento en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial.

La recurrente intentó recurso de casación el cual fue declarado sin lugar por la Sala de Casación Civil²⁴ –cita su sentencia N.º 225/2008, caso GYCSA– y concluye que «la caución representa una formalidad esencial en el procedimiento

²² TSJ/SCC, sent. N.º 507, del 02-11-11.

²³ Consultada en el expediente del caso, N.º 8423.

²⁴ TSJ/SCC, sent. N.º 586, del 29-11-11.

de nulidad del laudo arbitral, que garantizará los daños y perjuicios que se puedan ocasionar con tal procedimiento». Según la Sala, «se evidencia que la parte actora incumplió con su obligación de presentar caución, y como resultado de ello, el *ad quem* declaró sin lugar la pretensión, decidiendo conforme a derecho, es decir, de acuerdo a lo previsto en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, sin causar menoscabo al derecho de defensa, razón por la cual no hay quebrantamiento de formas procesales y menos aún infracción de los artículos 12, 15 y 206 del Código de Procedimiento Civil».

La Sala también afirma que la sentencia recurrida sí motivó suficientemente su decisión al aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, es decir, que al no presentarse caución se da la declaratoria sin lugar del recurso. También asienta la Sala que el juez no pudo incurrir en falta de aplicación del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, pues evidentemente sí lo aplicó como norma apropiada, por lo que se descarta que incurriera en falta de aplicación ni en falsa aplicación del citado artículo. Tampoco hay error de interpretación puesto que el juez de alzada consideró que como había transcurrido con creces el lapso de los diez días previstos en la citada norma para presentar caución y la parte actora nunca constituyó la misma, procedía declarar sin lugar el recurso, lo cual hizo ajustado a derecho de conformidad con el ya referido artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial. Concluye la Sala que, de la lectura de dicho artículo, se desprende que «la consecuencia jurídica procesal, ante la falta de presentación de caución, es la declaratoria sin lugar del recurso de nulidad interpuesto contra el laudo arbitral».

2.6. Caso *Irma Cavallo Raffaldi y otros, año 2011*

Pasamos al siguiente caso, el recurso de nulidad de laudo arbitral intentado por Irma Cavallo Raffaldi y otros, donde recayó sentencia de fecha 4 de abril de 2011, del Tribunal Superior Sexto²⁵. La sentencia afirma que:

... con relación al deber de caucionar, la Sala Constitucional ha señalado que «se ha reconocido la constitucionalidad de la exigencia de una

²⁵ Consultada en el expediente del caso, N.º 10-1063.

caución por parte del juez ordinario que conozca de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, ya que, dada la naturaleza excepcional del recurso y que la intención del legislador es precisamente garantizar la efectividad del laudo una vez dictado, es una forma de garantizar a las partes del proceso que resulten cubiertas ante los eventuales daños o perjuicios que puedan experimentar por la suspensión en su ejecución mientras se espera la resolución definitiva del recurso –*vid.* sentencia de esta Sala N.º 1121/2007–. Reconociéndose así, que una de las más importantes manifestaciones de la tutela judicial efectiva (*ex* artículo 26 constitucional) es el derecho de la parte gananciosa a ejecutar aquellos fallos favorables, sin la admisibilidad de tácticas dilatorias temerarias por la parte perdedora» (*vid.* Sala Constitucional, sent. N.º 1541 del 17 de octubre de 2008, caso Procuraduría General de la República).

Esta sentencia también declaró sin lugar el recurso de nulidad interpuesto porque la recurrente no prestó la caución fijada por el Tribunal Superior, siendo que conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, si no se presta la caución o no se sustenta el recurso, el tribunal lo declarará sin lugar. La sentencia dejó sentado que «el legislador empleó una redacción con sentido disyuntivo al usar la conjunción “o”, lo cual permite afirmar que no se trata de dos supuestos concurrentes o concomitantes, sino que será suficiente que se dé uno u otro para declararse sin lugar el recurso».

2.7. Caso Construcciones Pasval, año 2016

En el siguiente caso, Construcciones Pasval C. A., el Tribunal Superior Noveno dictó sentencia de fecha 15 de marzo de 2016 y declaró sin lugar el recurso de nulidad por falta de consignación de la caución fijada por el Tribunal y exigida en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial. La sentencia señala que la recurrente solicitó prórroga el último día para la consignación de la caución aduciendo dificultades en la disposición de numerario, sin traer a los autos prueba alguna de las circunstancias que le impidieron dar cabal cumplimiento a su obligación de dar caución, por lo que habiéndose limitado a señalar esos motivos, ello por sí solo no es suficiente ni puede ser considerado como grave o no imputable a la parte para que se le conceda

la prórroga, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que los términos o lapsos procesales no podrán prorrogarse después de cumplidos, sino en casos expresamente determinados por la Ley o cuando una causa no imputable a la parte que lo solicita lo haga necesario. El Tribunal cita la sentencia de la Sala de Casación Civil N.º 507/2001 (caso Promociones ITT C. A.) para concluir que se impone la declaratoria sin lugar del recurso de nulidad incoado, toda vez que la recurrente no dio cumplimiento en el término legal de diez días hábiles, a su obligación de otorgar la caución que le fuera fijada por el Tribunal.

La recurrente interpuso solicitud de revisión constitucional de la sentencia y la Sala Constitucional declaró que no ha lugar a la revisión interpuesta. Sostuvo que:

... no puede considerarse, como lo pretende la hoy solicitante, que el Tribunal le otorgara una prórroga para la consignación de la caución con tan solo presentar una diligencia el último día del lapso (...) Tampoco puede asumirse que mientras se provea la referida solicitud de prórroga, se produzca una especie de suspensión que evite la consumación de la preclusión del lapso de los diez días, ello causaría incertidumbre e inseguridad jurídica, además que implicaría la concesión de ventaja a una de las partes en detrimento de la otra, lo cual podría configurar indefensión (...) no puede sostenerse que la desestimación del recurso de nulidad por parte del Juzgado Superior, por no haberse consignado la caución, signifique un formalismo exagerado, pues tal como se indicó *supra*, el dispositivo declarado obedece a la aplicación de una consecuencia jurídica prevista en la norma; distinto sería el supuesto dado en el caso de que, Construcciones Pasval C. A. hubiese consignado la caución luego de la solicitud de prórroga y antes del pronunciamiento emitido (...) a través del cual la misma fue negada, toda vez que en ese lapso, que casualmente fue de aproximadamente diez días, pudo haber solucionado los supuestos inconvenientes que tenía para la consecución de la señalada garantía y haberla presentado ante el Tribunal, el cual debía, en ese supuesto, pronunciarse sobre la consignación luego de un detenido juicio de ponderación²⁶.

²⁶ TSJ/SC, sent. N.º 108, del 20-03-17.

La Sala cita otra sentencia suya –N.º 1121/2007, caso Distribuidora Punto Fuerte– y señala que, tal como lo dispone el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, no le estaba dado al Juzgado Superior pasar a conocer sobre el fondo de lo planteado en el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, por el hecho de que la parte recurrente no satisfizo esa exigencia legal, y de allí que la Sala estimó que no existe ningún tipo de violación constitucional en el fallo dictado, ya que la declaratoria hecha por dicho Juzgado no implica desconocimiento o violación de criterio constitucional alguno establecido como precedente, por el contrario, lo expuesto por la Sala denota lo errado de los argumentos argüidos por el solicitante, pues no hubo desconocimiento de principio o norma constitucional alguna, ni mucho menos fue producto de un error de interpretación.

2.8. Caso Constructora Norberto Odebrecht, año 2017

Pasamos a considerar otro caso, Constructora Norberto Odebrecht S. A., donde el Tribunal Superior Noveno dictó sentencia con fecha 24 de noviembre de 2017²⁷. Esta sentencia de nuevo establece que de la simple lectura del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial se deduce que la caución es un requisito esencial para la continuación del recurso de nulidad de laudo arbitral con la finalidad de garantizar su posterior ejecución y los perjuicios eventuales en caso de ser rechazado. En su apoyo, la sentencia cita a HENRÍQUEZ LA ROCHE y su obra *El arbitraje comercial en Venezuela*, donde el autor sostiene que la caución no es optativa y no procede sustanciar un recurso de nulidad del laudo si no se ha prestado, como necesidad de medio, la caución fijada por el Tribunal Superior. Concluye la sentencia que, siendo que el Tribunal fijó el monto de la caución sin que la recurrente la hubiere consignado en autos, debe forzosamente declararse sin lugar el recurso planteado.

2.9. Caso Pacific Sky Corporation, año 2019

Por último entramos a revisar la más reciente decisión para la fecha de este trabajo, dictada por Tribunal Superior Séptimo en fecha 18 de octubre de 2019, caso Pacific Sky Corporation S. L.²⁸ La sentencia declaró inadmisibile el

²⁷ Consultada en el expediente del caso, N.º 2017-000858.

²⁸ Consultada en el expediente del caso, N.º 2019-000308.

recurso de nulidad por incumplimiento del requisito de admisibilidad exigido en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, al no constituirse garantía eficaz y suficiente para garantizar la ejecución del laudo recurrido y los perjuicios eventuales en caso de que el recurso fuere rechazado.

En este caso las recurrentes acompañaron fianza de empresa aseguradora, fianza esta que fue objetada por las contrapartes de las recurrentes en el procedimiento arbitral, actuando en el caso como terceros interesados, quienes alegaron la falta de suficiencia y eficacia de la fianza, por lo que el Tribunal abrió la articulación probatoria prevista en el artículo 589 del Código de Procedimiento Civil.

Por un lado, la sentencia comienza declarando que es carga de las recurrentes la prueba de si la fianza presentada por ellas y objetada por los terceros interesados es idónea para cumplir los requerimientos exigidos por el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial. Dice la sentencia que no consta en autos que la parte recurrente haya traído a los autos el último balance certificado por contador público, así como la última declaración de impuesto sobre la renta y el correspondiente certificado de solvencia de la fiadora, por lo que no dio cumplimiento a los requisitos exigidos por el artículo 590 del Código de Procedimiento Civil.

Las recurrentes acompañaron certificaciones emanadas de la empresa aseguradora del porcentaje de suficiencia de patrimonio propio no comprometido y de margen de solvencia. Aun cuando la sentencia desecha estas pruebas por no haber certeza de su contenido y no estar ratificadas en autos, la sentencia no obstante declara que, en caso de haber surtido valor probatorio, los montos de las certificaciones están muy por debajo del exigido para la constitución de la fianza. Las recurrentes también acompañaron copia de una certificación emanada de una empresa extranjera que afirma ser reaseguradora de la fiadora respecto a la fianza otorgada; la sentencia desechó también esta prueba por haber sido impugnada por los terceros intervinientes y no existir en autos instrumento original de la misma y su respectiva ratificación.

La sentencia destaca que la fianza aparece otorgada a favor del Juzgado Superior que conoce de la causa, lo cual evidencia un error en la constitución de la fianza que la torna en ineficaz. La sentencia además aprecia que la fianza dice tener por objeto garantizar los daños y perjuicios que pueda ocasionar el procedimiento, pero no señala que sea para garantizar la ejecución del laudo objeto del recurso en caso de que este fuere rechazado, tal como lo ordena el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial. En definitiva, la sentencia declara que la fianza presentada es ineficaz e insuficiente para cubrir los eventuales daños y perjuicios que pudieran producirse con las resultas del juicio y para la suspensión de los efectos del laudo arbitral.

En relación con los efectos que produce la falta de constitución válida de la garantía exigida por el Tribunal, la sentencia transcribe parcialmente el trabajo publicado en la obra *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, por los autores MEZGRAVIS, CARRILLO y SAGHY, sobre el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, y respecto a la importancia de la garantía exigida y la admisibilidad la sentencia trae a colación la decisión de la Sala de Casación Civil N.º 225/2008, caso GYCSA, que recalca que la propia Ley señala que el recurso se declarará sin lugar en caso de no presentarse la garantía, pues la previsión contenida en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial es un requisito de admisibilidad del recurso de nulidad del laudo arbitral.

Conclusiones

- i. Autorizada doctrina nacional (HENRÍQUEZ LA ROCHE, GABALDÓN, HUNG VAILLANT) coincide en que la caución exigida en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial es un requisito obligatorio para la procedencia del recurso de nulidad del laudo arbitral, y su incumplimiento acarrea la declaratoria sin lugar del recurso por mandato expreso de la norma. Además sostiene que el requisito de caución no es inconstitucional, ya que, así como el vencido tiene derecho a impugnar el laudo por la vía legalmente prevista, el vencedor tiene derecho a su ejecución, a sabiendas ambos de que

la Ley exige para su impugnación la constitución de garantía del resultado del proceso.

- ii. En nuestra opinión, cuando el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que si no se presta la caución para garantizar el resultado del proceso el tribunal declarará sin lugar el recurso, no deja margen de interpretación para concluir que pueda ser posible recurrir la nulidad del laudo sin caucionar, por el hecho de que no se haya solicitado la suspensión de la ejecución del laudo.
- iii. La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores en nueve sentencias de los años 2004, 2005, 2007, 2010, 2011, 2016, 2017 y 2019, y del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala de Casación Civil del 2008 y 2011 y en Sala Constitucional del 2007 (amparo) y 2017 (revisión constitucional), de forma constante y reiterada ha venido ratificando la constitucionalidad del requisito de constituir caución para que proceda el recurso de nulidad del laudo arbitral, desechando las peticiones de desaplicación del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial por control difuso de la Constitución, así como los argumentos de inconstitucionalidad y violación del derecho a la defensa y de acceso a la justicia esgrimidos por los recurrentes. En todas estas sentencias se ha ratificado una y otra vez que la falta de constitución de la caución exigida al recurrente en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial acarrea forzosamente que el Tribunal Superior que conoce del recurso de nulidad del laudo deba declararlo sin lugar.

* * *

Resumen: El autor examina la exigencia del artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial de prestar caución para recurrir de la nulidad del laudo arbitral. En tal sentido, recopila la doctrina más autorizada exponiendo los diversos argumentos interpretativos de la disposición legal, así como glosa la jurisprudencia de los tribunales superiores y del Tribunal Supremo de Justicia

que ha tratado el asunto. **Palabras clave:** Arbitraje Comercial, nulidad, caución, laudo arbitral. Recibido: 19-02-20. Aprobado: 13-05-20.