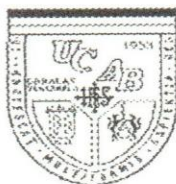


AAQ 4776.

TESIS
DP2005
P6



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POST GRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE CIVIL Y COMERCIAL

Trabajo Especial de Grado, presentado
Como requisito parcial para optar al Gra-
do de Especialista en Derecho Procesal

Autor: Abog. Ana Mary Portillo Garrillo
Tutor: Abog. Paolo Longo Falseta

Maracaibo, Mayo de 2005

AGRADECIMIENTO

Al profesor Paolo Longo, ejemplo de constancia y reconocimiento profesional, por haber aceptado la tutoría de esta tesis, sin más interés que el de apoyar a los jóvenes abogados a destacar en su trayectoria jurídica, siendo este arduo pero significativo trabajo el primer paso para ello.

Al Profesor Freddy Vallenilla, por su valiosa colaboración en la orientación y corrección de los aspectos metodológicos de esta tesis, quien gentilmente luego de la culminación de su cátedra continuó ofreciendo su inmejorable ayuda para continuar el desarrollo de esta investigación.

A la Dirección General de los Estudios de Post Grado del Área de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, ya que, por la meritoria labor que realizan en ese departamento contribuyen con todos los estudiantes a obtener el título de Especialista en Derecho Procesal.

Al Colegio de Abogados del Estado Zulia, por trasladar a sus instalaciones las diversas especialidades que en el Área de Derecho ofrece la Universidad Católica Andrés Bello; permitiendo con esta alternativa, que los abogados zulianos se incorporen a la excelencia académica que brinda esta insigne casa de estudios.

A todas aquellas personas e instituciones que de alguna u otra manera contribuyeron a alcanzar esta meta.

A todos mil gracias

La autora.

DEDICATORIA

A Dios, con quien siempre estaré en deuda, por haberme dado, a pesar de todos los obstáculos la fortaleza necesaria para alcanzar otra meta importante en mi carrera.

A mis padres, Alonso y María, simplemente por creer en mí y por alentarme a seguir adelante.

A mis hermanas, Ruth y Lourdes, por permanecer a mi lado en las alegrías y tristezas, por celebrar mis triunfos y ayudarme a levantar en mis fracasos.

A mis sobrinos José Manuel y Laura, quienes son mi inspiración y esperanza en el futuro.

La autora.

ADVERTENCIA

Esta monografía es propiedad de la Abogada Ana Mary Portillo, presentada como requisito para optar al grado de Especialista en Derecho Procesal, en la Universidad Católica Andrés Bello, y no puede ser publicada en todo o en parte, o resumirse sin el consentimiento escrito de la autora.

INDICE GENERAL

	Pág.
AGRADECIMIENTO	ii
DEDICATORIA	iii
ADVERTENCIA	iv
LISTA DE SIGLAS	x
RESUMEN	xi
INTRODUCCION	1
CAPITULOS	
I. MEDIDAS CAUTELARES	
1. Cambios Ocurredos en el Código de Procedimiento Civil desde 1.836 hasta 1.987 en relación con las Medidas Cautelares	6
2. El Fenómeno Cautelar y su Problemática	14
3. El Poder Cautelar del Juez	18
4. Requisitos de Admisibilidad y Procedencia de las Medidas Cautelares	25
5. Calificación de las Medidas Cautelares según el Derecho Venezolano	31
6. Tipos de Medidas Cautelares según el Código de Procedimiento Civil Vigente	33
7. Definición de Medidas Cautelares	41
II. EL ARBITRAJE	
1. Naturaleza Jurídica del Arbitraje	46

1.1 Teoría Contractualista	47
1.2 Teoría Jurisdiccionalista	53
1.3 Teoría Intermedia	57
2. Principios Generales que regulan el Arbitraje en el Derecho Venezolano	65
2.1 Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes	66
2.2 Principio Pro – Arbitraje	67
2.3 Principio de la Libertad de Formas.	69
3. Características del Arbitraje	71
4. Tipos de Arbitraje	72
4.1 Arbitraje Institucional	73
4.2 Arbitraje Independiente	81
5. Tipos de Árbitros	84
6. Concepto de Arbitraje	92
III. MEDIDAS CAUTELARES EN EL JUICIO DE ARBITRAJE PREVISTO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	
1. El Arbitraje en el Código de Procedimiento Civil	95
1.1 Generalidades	95
1.2 Campo de Aplicación	100
1.3 Características del Arbitramento	102
2. Medidas Cautelares en el Arbitramento	104
3. Sistemas sobre la Admisibilidad de Medidas Cautelares en el Arbitramento	110
4. Medidas Cautelares en el Arbitraje de Equidad	113

5. La Necesaria Intervención Judicial en las Diferentes Fases del Procedimiento Arbitral	117
6. Jurisprudencia sobre las Medidas Cautelares en el Arbitramento	121
IV. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL PREVISTO EN LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL	
1. Generalidades	131
2. Requisitos de Admisibilidad y Procedencia de las Medidas Cautelares en Sede Arbitral	138
3. Características de las Medidas Cautelares en Sede Arbitral	140
4. Tipos de Medidas Cautelares a dictarse según la Ley de Arbitraje Comercial	155
5. Ejecución de Medidas Cautelares por los Árbitros	160
6. Regulación de las Medidas Cautelares en los Principales Reglamentos de los Centros de Arbitraje de Venezuela	167
6.1 La Adopción de Medidas Cautelares conforme a lo Previsto en el Reglamento del CEDCA	167
6.2 La Adopción de Medidas Cautelares conforme a lo Previsto en el Reglamento del CACCC	170
V. INCIDENCIA DEL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES QUE RECAIGA SOBRE LOS DERECHOS DE TERCEROS	
1. Intervención de Terceros	172
1.1 Generalidades	172
1.1.1 Terceros en el Derecho Sustantivo	177
1.1.2 Terceros en el Derecho Procesal	180
2. Trámite de Oposición a la Medida Cautelar	182
2.1 Oposición del Tercero al embargo	188
3. Juicio de Tercería	191

4. Tercería Coadyuvante	197
5. Intervención Forzada d Terceros	200
6. Efectos del Laudo Arbitral frente a los terceros	201
VI. SISTEMA LEGAL DE DERECHO COMPARADO REFERIDO A LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE	
1. Consideraciones Generales	204
2. América Latina	209
2.1 Perú	209
2.2 Argentina	212
2.3 Panamá	214
2.4 Honduras, El salvador y Nicaragua	216
2.5 Guatemala	217
2.6 Ecuador	219
2.7 Bolivia	220
2.8 Costa Rica y Paraguay	222
2.9 México	224
2.10 Colombia	226
3. Europa	228
3.1 España	228
3.2 Alemania	233
3.3 Suiza y Francia	235
3.4 Italia	236
3.5 Rusia	237

4. Norteamérica	238
4.1 Estados Unidos	238
5. Asia	239
5.1 República Popular China y Hong Kong	239
6. El Arbitraje Internacional	241
CONCLUSIONES	249
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	262

LISTA DE SIGLAS

Art. /Arts.	Artículo/s
CACCC	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas
CBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
C.C	Código Civil
C.C.I	Cámara de Comercio Internacional
C de Co.	Código de Comercio
CEDCA	Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje.
C.N.Y.	Convención de Nueva York de 1.958
CPC	Código de Procedimiento Civil
DAS	Comité Alemán de Arbitraje
DIS	Instituto Alemán de Arbitraje
Ed.	Edición
LAC	Ley de Arbitraje Comercial
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil Española
MARC	Medios Alternativos de Resolución de Conflictos
Reimp.	Reimpresión.
Trad.	Traducción
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Vol/Vols.	Volumen/s

INTRODUCCIÓN

Los fuertes intereses económicos que cada día se mueven alrededor del comercio internacional junto a la creciente complejidad de las relaciones comerciales han impulsado, desde hace tiempo, el desarrollo del arbitraje; mecanismo de resolución de conflictos por excelencia.

En la actualidad nadie discute que el arbitraje sea una de las mejores y más adecuadas fórmulas para remediar los conflictos surgidos al hilo de operaciones comerciales, así como nadie cuestiona la existencia de importantes problemas teóricos y prácticos que le acompañan y que están todavía sin resolver, reclamando desde hace años una solución efectiva, especialmente por lo que a nuestro sistema se refiere.

En consecuencia la adopción de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral será imprescindible, al igual que ocurre en el ámbito judicial. Razón por la cual el análisis del tema tiene por objetivo general; determinar si las medidas cautelares son procedentes en el arbitraje civil y comercial, de manera que las partes además de contar con los requisitos de rapidez, inmediación y transparencia que brinda el arbitraje, cuenten con bienes de la otra parte como garantía de la ejecución material del laudo definitivo; ya que, de nada sirve obtener un laudo favorable si el mismo no es efectivo, es decir si no puede concretarse por que la contraparte se ha insolventando para el momento de la ejecución

definitiva del laudo y no se hallan bienes suficientes para cumplir con el dispositivo del mismo.

Desde este punto de vista, la presente investigación se propone analizar los diferentes problemas teóricos y prácticos que plantea la tutela cautelar en el marco de un procedimiento arbitral, en cuanto que, en ocasiones, la eficacia misma del arbitraje puede depender de la adopción de una medida de protección adecuada a las exigencias del caso.

No debemos olvidar, por otra parte, que el arbitraje está sometido, por su misma naturaleza, a toda una serie de límites que son inherentes a la propia institución, tales como la ausencia de poder coercitivo o la imposibilidad de dirigirse contra terceras personas ajenas al acuerdo arbitral, limitaciones que derivan de su fundamento puramente contractual. Es por ello que la institución no puede funcionar de forma independiente y autónoma, siendo necesaria la cooperación de los jueces en algunas fases del procedimiento arbitral, y, es precisamente esta colaboración entre ambas instituciones la que convierte al arbitraje en una auténtica alternativa a la resolución judicial de la controversia; por lo que, se impone abandonar una vez por todas, la tradicional y errada concepción del arbitraje como una entidad considerada intrusa en el ámbito jurisdiccional, para afianzar la idea de complementariedad entre una y otra.

La necesaria conexión entre la justicia arbitral y la estatal se observa esencialmente en el complejo tema de las medidas cautelares dictadas en

apoyo de un procedimiento arbitral, habida cuenta de la dificultad de hacerlas efectivas en la práctica con la consecuente inseguridad jurídica que ello pueda suponer. Son muchas y de diversa índole las cuestiones que, a pesar de su enorme relevancia siguen sin respuesta, lo que se traduce en graves trastornos para el desarrollo mismo de la justicia, interrogantes estás, que trataremos de despejar a lo largo de la investigación planteada con apoyo ó soporte de numerosos textos y destacados autores, nacionales y extranjeros, estudiosos del arbitraje y de las medidas cautelares; así como de la legislación existente en nuestro país que regula el arbitraje, específicamente el Código de Procedimiento Civil y la Ley de Arbitraje Comercial, así como, la jurisprudencia nacional referida a la materia en estudio.

Dejando claro, que la investigación es monográfica a nivel descriptivo, razón por la cual se encuentra apoyada en una amplia revisión bibliografica; la recolección de la información se efectuó, considerando los objetivos y preguntas planteadas, mediante técnicas de lectura, resumen y clasificación de la información, y para ello se utilizó la técnica de análisis de contenido, la que a través de la codificación permitió transformar los aspectos importantes de contenido en unidad de análisis y el instrumento que se empleó es la matriz de análisis de contenido, la cual facilitó analizar la información obtenida de las fuentes documentales.

Quizá uno de los problemas presentados en el devenir de la investigación, es la muy escasa literatura venezolana referida al tema específico de las medidas cautelares en el arbitraje civil y comercial, razón por la que debió recurrirse a la bibliografía y legislación existente en el Derecho Comparado, fundamentalmente en el Derecho Español.

Otra de las dificultades halladas es el vacío de investigaciones (Tesis de Pre -Grado y Post Grado) sobre los Medios Alternativos de Resolución de Disputas (Mediación, Conciliación y Arbitraje) en las diferentes Universidades Públicas y Privadas del Estado Zulia y además de ello, en los anaqueles de sus bibliotecas se encuentra poca o ninguna literatura al respecto, razón por la cuál, Internet se convirtió en una apreciable ayuda en la búsqueda de información, más sin embargo, son estos obstáculos los que justifican la elaboración de la presente investigación monográfica, de manera que pueda servir en un futuro como fuente bibliográfica a otras indagaciones sobre el tema.

Por otra parte, la importancia de las medidas cautelares, en el específico ámbito arbitral ha aumentado de forma considerable en las últimas dos décadas. Ello es debido, sin duda alguna, a la consideración del arbitraje como la principal vía de resolución de controversias en el comercio nacional e internacional, por cuanto en este sector existe una mayor movilidad, tanto de personas como de sus bienes a través de las fronteras de los diferentes estados y países, lo que implica que el arbitraje sea parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, y

precisamente, uno de los instrumentos para obtenerla son las medidas cautelares.

La monografía que a continuación se presenta, está estructurada de la siguiente manera:

Capítulo Primero: Define las medidas cautelares de acuerdo a su clasificación en el derecho venezolano

Capítulo Segundo: Conceptualiza el arbitraje sobre la base del juicio arbitramento y del arbitraje comercial.

Capítulo Tercero: Determina la procedencia de las medidas cautelares en el juicio de arbitraje previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Capítulo Cuarto: Determina la procedencia de las medidas cautelares en el juicio de arbitraje previsto en la Ley de Arbitraje Comercial.

Capítulo Cinco: Precisa la incidencia del decreto de medidas cautelares que recaiga sobre derechos de terceros.

Capítulo Sexto: Analiza el sistema legal en el derecho comparado referido a las medidas cautelares en el arbitraje civil y comercial.

Finalmente, se presentan las conclusiones generales de la investigación como resultado de la labor realizada, así como las referencias bibliograficas utilizadas para la elaboración del presente trabajo.

CAPITULO I

MEDIDAS CAUTELARES

El presente capítulo, no constituye un estudio agotador del interesante tema de las "medidas cautelares" por eso ofrecemos una visión general con lo cual se pone en manos del lector una herramienta sencilla pero completa, para entender y comprender toda la problemática de las medidas, y así poder concluir con una definición que abarque todos los aspectos estudiados.

1. CAMBIOS OCURRIDOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DESDE 1.836 HASTA 1.987 EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES

Como una sección especial titulada "Del secuestro judicial y arraigo" nuestro primer Código de Procedimiento Civil (CPC) del 12 de Mayo de 1.836, influenciado por el Código de Procedimiento Civil Francés y por la Legislación Española e inspirado en su fuente por Las Siete Partidas de Alfonso El Sabio establecía que; "En cualquier estado de la causa él demandante podrá pedir, secuestro o embargo judicial... además, también, el arraigo"; que consistía en la obligación del demandado de no salir del país mientras no presentará bienes suficientes para responder del monto de la cantidad demandada, bienes estos, que quedarían hipotecados hasta finalizar el juicio por sentencia o que fuera necesario levantar dicha medida

por cualquier otro motivo. Se da aquí una situación curiosa pues el demandado también podía solicitar que el demandante afianzase las resultas del pleito cuando se temiese fundadamente su posible ausencia del país.

El Código Arandino confundía en una sola enumeración las causales del secuestro y del embargo judicial, utilizando los dos términos sinónimamente sin posibilidad de separación, y sin establecer los requisitos correspondientes a uno u a otro, de tal manera que ambas figuras formaban legal y doctrinariamente un sólo concepto, misma confusión que se nota en nuestro Código Civil vigente, donde en algunos casos el secuestro se asimila a embargo.

Esta estructura se mantuvo en los Códigos de 1.863, 1.873 y 1.880 en los cuales lo atinente a medidas cautelares era como una incidencia del juicio.

En el Código de 1.897 sí bien continuó siendo una incidencia, pasó a constituir un título llamado "De la incidencia sobre medidas precautelativas y otras, y de la tercería", dividido en tres secciones; la primera dedicada a las medidas; la segunda, a las "otras incidencias" y la última a la tercería, Título que estaba incorporado dentro del libro consagrado al juicio ordinario, lo que siguió igual en el Código de 1.904. En éstos las medidas precautelativas eran; la prohibición de enajenar, el secuestro y el arraigo.

Un cambio ocurrió en el Código de 1.916, pues aún cuando se le ubicó en el libro destinado al procedimiento ordinario, la denominación fue la de

"incidencias sobre medidas preventivas y otras y de la tercería". Y no sólo hubo cambio en el nombre, sino que se precisó mejor la índole, naturaleza, causas, y procedencia de las medidas, que pasaron a ser tres: la prohibición de enajenar y gravar inmuebles; el secuestro de cosas determinadas (muebles o inmuebles); y el embargo de muebles.

Cada medida respondía a causales propias y se regulaba la incidencia que surgía; en este Código continuó incluyéndose, dentro del mismo título, a las otras incidencias y a la tercería, y distinguió claramente entre embargo y secuestro, eliminando la tradicional medida de arraigo. Además de eso, el artículo 368, solamente exigía el *fumus boni iuris* como requisito para decretar la medida, es decir que se acompañará un medio de prueba que constituyera al menos presunción grave del derecho reclamado.

De igual manera, establecía este ordenamiento procesal que la solicitud de medidas preventivas podía hacerse por *cualquiera de las partes* según los casos; sobre este aspecto el nuevo CPC nada dice, pero se infiere de su articulado.

Así mismo, se le establecía al juez, que acordare una medida de prohibición con una caución deficiente, una responsabilidad subsidiaria por los daños y perjuicios no satisfechos. Como es de observarse sólo se mencionaba la medida de prohibición de enajenar y gravar, sin nombrar al embargo.

Un nuevo Código entró en vigencia el 16 de Marzo de 1.987, el cual introdujo importantes y sustanciales modificaciones, así:

- En vez de constituir un título dentro del juicio ordinario, ahora es un nuevo libro: El tercero.
- La tercería pasó a ser un capítulo del juicio ordinario.
- En el anterior Código se establecía como orden de las medidas: la prohibición de enajenar y gravar; el secuestro; y el embargo. En el nuevo, el orden comienza con el embargo, sigue con el secuestro y termina con la prohibición.
- Se suprimió la posibilidad de decretar "conjuntamente" el embargo y la prohibición cuando se pidieren por una causal común.
- El Código derogado de 1.916 preveía una medida adicional al embargo y a la prohibición de enajenar y gravar, que era la prohibición de salida del país del afectado por una u otra medida, que se mantenía en vigencia mientras se ejecutara la misma. Pero tal prohibición fue suprimida, por considerarla violatoria de la garantía de libre tránsito.
- Incorpora *el periculum in mora*, es decir, la presunción grave no sólo del derecho que se reclama, sino también de la prueba, al menos presuntiva, del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo.
- Incorporación de las disposiciones o medidas complementarias
- Incorporación de las medidas cautelares innominadas.

- Otro cambio de significativa importancia que recoge la nueva normativa procesal, es la exigencia del artículo 587, el cual es del tenor siguiente: *Ninguna de las medidas de que trata este título podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquél contra quien se libren, salvo los casos previstos en el artículo 599. (Es decir los supuestos para que proceda el secuestro)* Recordemos que el artículo 382 del Código de 1.916, expresaba: *Ninguna de las medidas de que trata esta sección podrá ejecutarse sino sobre bienes de que esté en posesión aquel contra quien se libre...* El fundamento que guió a los proyectistas del nuevo Código fue que tanto en los casos de medidas cautelares como en el de la oposición de terceros es muy probable una futura ejecución forzada cuyo resultado al menos en el embargo y en la prohibición de enajenar y gravar, es la transferencia de la propiedad de la cosa sobre la cual versa la medida, como consecuencia del remate y la subsiguiente adjudicación; y desde este punto de vista resulta claro que el criterio predominante no puede ser el de la posesión, sino el de la propiedad que se traduce en seguridad y protección para los intereses de las partes y de los terceros.
- Se elimina la responsabilidad subsidiaria que el Código derogado colocaba a cargo del juez, por acordar una medida de prohibición aceptando una caución deficiente que no le permitiera responder de posibles daños y perjuicios. Sobre este aspecto el artículo 590 de la

vigente normativa procesal civil, señala que el juez podrá decretar el embargo (no mencionado en el código del 16) y la prohibición de enajenar y gravar, cuando no estén llenos los extremos de ley, siempre que se ofrezca y constituya garantía suficiente para responder a la parte contra quien obre la medida de posibles daños y perjuicios; pero hace la salvedad de que las garantías o cauciones ofrecidas sólo serán las señaladas taxativamente en el mencionado artículo y que son las siguientes: Fianzas de empresas de seguros, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia, hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos, prenda sobre bienes ó valores y sumas de dinero. De manera que, fue por la indiscutible eficacia y seriedad de estas garantías que se libró al juez de responsabilidad subsidiaria y al mismo tiempo se puso limite a los abusos que el sistema anterior aceptaba.

- Por último el Libro se denomina ahora "Del Procedimiento Cautelar y de Otras Incidencias" el cual consta de tres títulos, el primero de ellos, se denomina "De las Medidas Preventivas", el título II llamado "Del Procedimiento de las Medidas Preventivas" y el título III designado con el nombre de "Otras Incidencias". Como se observa, tanto el Título I como el Título II, se refieren a las medidas preventivas, en el primero se destacan las disposiciones generales y en el segundo, se contemplan varios

supuestos, entre ellos; el decreto, la oposición de parte, el trámite por separado, e incidentalmente la oposición del tercero. Pero es de advertir que, tanto en la denominación de los respectivos Títulos, como en sus primeros artículos, el 585 y el 601 del mismo Código, se incurrió en una inadvertencia: Tanto en el nombre del título como en la frase usada por la disposición, son reiteraciones del derogado CPC, y, por eso aluden a las medidas preventivas, pero omiten por completo las providencias cautelares, y las omiten porque, esto se agregó posteriormente, sin haberse hecho la debida corrección tanto en la denominación como en las disposiciones normativas, apenas se estatuyo la frase providencia cautelar en el parágrafo segundo del art. 588.

No obstante ese olvido, sostenemos que todo cuanto vamos a indicar es referido a las providencias cautelares, ya que como se explicará detalladamente con posterioridad, todas las medidas cautelares son medidas preventivas, pero no todas las medidas preventivas son cautelares.

Resumiendo, podemos decir:

- Ahora la materia constituye un nuevo libro y con denominación cambiada.
- El nuevo Código distingue entre medidas preventivas en sentido estricto (secuestro, embargo y prohibición de enajenar y gravar), y otras providencias cautelares, las que quedan al criterio del juez en su

índole, alcance, efectos, configuración y fines, y por eso es que el título dedicado a esto lo denomina "Del procedimiento cautelar y de otras incidencias", ya que dentro de lo cautelar tenemos las medidas preventivas, en sentido estricto, al lado de las cuales hay ahora las medidas "complementarias" y las providencias cautelares; y por eso el párrafo primero del art. 588 comienza diciendo: "Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas..."

- Ahora, las medidas tradicionales de embargo y de prohibición de enajenar y gravar se ejecutan sobre bienes propiedad del afectado y el secuestro puede serlo o no sobre bienes propiedad del afectado, pero en caso de que no sea el propietario al menos deberá estar en posesión de ellos; porque así se desprende de los numerales 1, 2, 5, 6 y 7 del art. 599.
- Se precisa mejor el propósito y meta de las medidas preventivas.
- Se establece el objeto y alcance de las demás providencias cautelares.
- Se regula mejor y con más precisión la práctica del embargo.
- Se regula el trámite para cuando haya exceso en la práctica o ejecución.
- La oposición del 3^{ro}, que antes se incluía dentro de la misma sección, ahora se contempla dentro del libro dedicado al juicio ordinario,

concretamente en los arts. 370 ord. 2, 377 y 378 en concordancia con el art. 546.

2. EL FENÓMENO CAUTELAR Y SU PROBLEMÁTICA

Las medidas cautelares constituyen un fenómeno no esencial a los procesos judiciales, eso siempre y cuando los trámites se desarrollaran con rapidez y sencillez, y las partes cumplieran de buena fe sus respectivas cargas y obligaciones. Si ello fuera así, sin duda, las cautelas serían irrelevantes.

Sin embargo, sabemos que ello no es así, entendemos que las medidas cautelares son la medicina necesaria para las patologías procesales. No cabe duda que investigar esa medicina es una labor de ciencia, y es curioso que sea la propia ciencia procesal, la encargada de estudiar ese remedio para sus propias patologías.

Las medidas cautelares, constituyen pues, un verdadero fenómeno, es decir, un ente capaz de erigirse como uno de los temas preferidos de cualquier estudioso del derecho. De manera que, el fenómeno cautelar debe ser entendido, como la posibilidad de asegurar preventivamente los resultados de un juicio de cognición, y en aras de obtener no sólo la justicia formal, principal objetivo del juicio de cognición, sino también la justicia material

preventiva, que es el fin concreto de la institución cautelar. Es por ello que medidas cautelares y tutela judicial efectiva resultan términos tan cercanos.

Un viejo aforismo jurídico reza *La justicia cuando es tardía no es justicia*, así que la mera declaración formal de un derecho no implica satisfacción, pues nada hacemos con una sentencia que se convierta en inejecutable que es como no tener sentencia alguna. De tal forma que la labor jurisdiccional se manifiesta y debe traducirse en un proceso revestido de las formalidades necesarias para garantizar a los justiciables que la decisión del juez será justa y equitativa, pero sobretodo que será ajustada a derecho, es decir que, la parte victoriosa de la controversia debe tener los medios suficientes para precaver y garantizar que aquella declaratoria formal de su derecho tendrá en la práctica la concreción suficiente. Sólo así, la función jurisdiccional estará garantizando por un lado, la plenitud del ordenamiento jurídico, y, por otro, la satisfacción jurídica de las partes y la legitimidad.

La justicia formal, tiene que ver, con el establecimiento del derecho subjetivo o la relación jurídica pretendida por las partes. Este establecimiento no es más que un juicio de verosimilitud que realiza el juez a lo largo del proceso, y por ello, el proceso cumple con la misión de convencer al juez de que una de las partes tiene la razón o que ninguna la tiene, o que formalmente no se puede conocer de la pretensión propuesta.

Por otro lado, la justicia material preventiva, persigue que efectiva y concretamente el juicio de verosimilitud plasmado en la sentencia pueda satisfacer la pretensión de las partes en el proceso; es decir, que quien tiene la razón, desde el punto de vista formal; pueda concretar esa razón en la realización por parte del obligado del dispositivo sentencial.

Nuestra vigente Constitución, propugna la necesidad de lograr la "justicia material" en cada caso concreto; así lo estatuye en el art. 257, al decir: "El proceso constituye el instrumento fundamental para la realización de la justicia"

Esta necesidad de garantizar la justicia material constituye la plataforma ideológica sobre la cual se fundamenta la institución de las medidas cautelares y que permite visualizarla como un derecho. Pero, hay que tomar en cuenta que no se trata de cualquier justicia material, se trata de lo que hemos llamado *justicia material en su aspecto preventivo* (Ortiz, 2002) es decir que antes de que el juicio de cognición finalice pueda la parte interesada y mediante comprobación *prima facie* de ese derecho, asegurar cautelarmente que la ejecución de la justicia formal se cumpla de manera efectiva; por ello existe preventivamente.

Hacemos referencia a la Justicia Material Preventiva, pues las medidas cautelares no tienen esa finalidad exclusiva; ya que la ejecución de la sentencia (voluntaria o forzada), también tiende a realizar esa justicia material; la diferencia está en que es de carácter preventivo y la otra es

definitiva o ejecutiva. Esta falta de diferenciación ha originado que reputados autores confundan las medidas cautelares con la ejecución anticipada de la sentencia e incluso la ordenanza procesal civil alemana encuadró la institución cautelar dentro de la ejecución forzosa.

Las medidas cautelares, tanto por su estructura como por su naturaleza son propias del campo procesal y responden a una manifestación de un poder de prevención de todos los órganos del poder público y, dentro de estos, los órganos del Poder Judicial. Sin embargo, una cosa es la función preventiva de los órganos del poder público y otra cosa es la jurisdicción preventiva dentro de la cual se inserta la institución de las medidas cautelares.

En el marco de la función jurisdiccional a lado de los momentos clásicos de cognición, decisión y ejecución, se presenta sin duda alguna lo que hemos denominado tutela preventiva propiamente dicha (Ortiz, 2002), entendiendo por preventivo cualquier actuación de los órganos jurisdiccionales que tienda a evitar la ocurrencia de un daño de cualquier tipo. Esa tutela preventiva va a depender de cual es el objeto tutelado; de cual es el objeto de protección por parte del juez y si esa pretensión tiene como único propósito la preservación de la futura ejecución del fallo, entonces se habla de una tutela preventiva cautelar.

Si bien es cierto que todos los órganos del poder público pueden prevenir, sólo a la función jurisdiccional le corresponde decretar y ejecutar

medidas cautelares. Toda medida cautelar es una medida preventiva, pero no toda medida preventiva es cautelar.

No podemos, jurídicamente, adjudicar la misma naturaleza a otras medidas, que ciertamente persiguen un aseguramiento, pero que no son precisamente cautelares; tal es el caso de las pruebas preconstituídas, los juicios interdictales (el interdicto por perturbación; por ejemplo) y el juicio de amparo, a las cuales les pertenece el carácter de la prevención y lo asegurativo, pero difieren radicalmente de otras notas propias de un sistema de medidas cautelares. La finalidad inmediata de las medidas cautelares, no es otra que, garantizarle al titular del derecho, que una vez recorridas las fases del proceso, la ejecución de la sentencia dictada por el juez no será ilusoria. Esto se debe a que la parte que se sabe vencida puede deshacerse de los bienes y de esa manera sería muy difícil la efectiva materialización de la obligación fijada por la decisión jurisdiccional.

3. EL PODER CAUTELAR DEL JUEZ

Toda la teoría general de las medidas cautelares responde a un hecho indudable de la realidad: *El tiempo que dura el proceso*, entendido esté último como el instrumento a través del cual los órganos jurisdiccionales cumplen su función tradicional y constitucionalmente asignada, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La declaración del derecho por el juez en orden a la resolución de un conflicto, no se realiza en forma instantánea. El proceso exige tiempo para poder decidir justamente, pero en muchas ocasiones, este tiempo, paradójicamente, corre en contra de quien solicita la tutela jurisdiccional de sus derechos. Como señala Chinchilla, C (1.991): "No hace falta ser un especialista en derecho para saber que la eficacia de la justicia depende, en gran parte, de la rapidez con que se otorgue... es evidente que un proceso con todas las garantías debidas requiere tiempo: es como se ha dicho, el precio que hay que pagar por la calidad de las sentencias" (p 27).

La tutela cautelar se erige entonces, como el mecanismo más idóneo para permitir al juez que decida haciendo uso de todo el tiempo que, razonablemente, necesite para ello, sin que esto signifique arriesgar la utilidad del proceso, seriamente cuestionada por una sentencia tardía.

En efecto, la labor preventiva que la ley asigna al juez con la finalidad de proteger los derechos de las partes y mantenerlas en sus legítimas expectativas frente al proceso, se evidencia claramente del contenido del art. 17 del CPC conforme al cual "El juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesal, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes" Y ello constituye, lo que Ortiz (2002) citado por Viloria (2003, 30)

ha calificado en el campo cautelar como : “los poderes del juez, donde cobra vida la institución de las medidas innominadas”.

Por otra parte, Ortiz, R (2002), considera que: “No existe en el campo de las medidas cautelares prevista en el Código de Procedimiento Civil alguna norma que expresamente le atribuya al juez la potestad de dictar las medidas cautelares sin que lo haya solicitado alguna de las partes, por lo que rige con plenitud el principio dispositivo” (p 645).

Hemos visto que el principio dispositivo abarca tres grandes aspectos a saber:

- La imposibilidad del juez en materia civil de iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes; situación está que responde al principio *Nemo iudex sine actore* (art. 11 del CPC) lo que no debe confundirse con la dirección procedimental del proceso que corresponde al juez según el art. 14 ejusdem.
- La fijación del thema desidendum y la prohibición para el juez de suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados (art. 12 ejusdem).

- Decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones opuestas sin que pueda absolver la instancia

En realidad las medidas cautelares es un “derecho” de las partes en atención a su derecho de accionar, esto explica que, una vez acreditados en juicio los extremos exigidos por la norma para la procedencia de la medida, no es facultativo del juez, proceder a decretarla sino que, constituye una obligación por el deber genérico de administración de justicia.

En efecto la norma – principio de las medidas cautelares se encuentra establecida en el art. 585 del CPC y a tal efecto señala: “Las medidas establecidas en este título las decretará el juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (...)” es decir, en ningún momento se deja al libre criterio del juez la oportunidad de decretar la medida sino sólo de verificar que los supuestos de hecho estén debidamente acreditados en el expediente respectivo. De manera que, al conceptuar las medidas cautelares como una verdadera facultad de las partes de asegurar preventivamente su derecho, entonces es lógico pensar que no es potestativo del juez sino precisamente de las partes el decreto de alguna medida cautelar. Es decir, que el juez no tiene discrecionalidad para apreciar si acepta o no los requisitos de procedencia de la medida, de modo que está atado o sujeto a que se cumplan los extremos del art. 585 del CPC

(*Periculum in mora* y *Fumus boni iuris*), y del *periculum in damni* exigido en el párrafo primero del art. 588 ejusdem, es decir, cuando una de las partes amenace seriamente con causar lesiones en los derechos de la otra.

Por otra parte, el mencionado art. 585 establece que las medidas cautelares, sin distinguir entre típicas o innominadas, deberán decretarse cuando estén cumplidos los requisitos antes señalados, y como quiera que el art. 588 remite con estricta sujeción a tales requisitos, una vez verificados estos junto con el requisito exigido en el art. 588 (*periculum in damni*), el juez, "debe" también decretar la medida innominada.

La diferencia esta en que, en el caso de las típicas, el legislador determinó el contenido de la medida, mientras que en el caso de las innominadas se deja "abierto" para que dependiendo de la situación fáctica concreta, pueda decretarse la que sea más adecuada a la solicitud de las partes. En este aspecto seguimos a Rocco, U (1.983) quien a afirmado que: "La única diferencia está no en la naturaleza de la función de la actividad o del poder que se reconocen a los órganos jurisdiccionales, sino en la mayor o menor determinación específica de ellos" (p 410).

Así pues, sí el juez se encuentra en presencia de un supuesto en el cual estén plenamente demostrados los requisitos previstos en el art. 585, su discrecionalidad pierde terreno y la conjugación verbal "podrá" ya no es la voluntad del juez, sino la voluntad de la ley, es decir el juez está obligado a decretar la medida solicitada.

Rondón, H (1.997) disertando sobre las medidas cautelares innominadas, afirmó:

Estimamos que, por lo que atañe a las medidas taxativas, si están dados los supuestos constitutivos del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, el juez debe acordar la providencia que le es solicitada, sólo que la determinación de cada uno de estos supuestos, exige una especial apreciación por su parte, cuyos resultados deberá figurar en un auto suficientemente motivado que los obliga a constatar una situación aparentemente paradójica. En efecto el juez no tendría la discrecionalidad para decidir sobre la medida solicitada si están presentes los presupuestos previstos en el art. 585 del CPC. Y para cada caso específico, en razón de los cual no puede hablarse de discrecionalidad, sino que la tarea del juez es una labor vinculada, automática, de ejecución, de la previsión normativa (...). Por lo que atañe a las medidas cautelares innominadas consideramos que no puede haber una respuesta diferente, por cuanto no puede afirmarse que el juez sea libre para medir la oportunidad o conveniencia de ejercer su facultad legal, acordando o negando una providencia que le hubiere sido requerida" (p 310).

En fin, cada ordenamiento jurídico elige cual debe ser su sistema; así, el CPC brasileño establece en el art. 597 que: "Sólo en casos excepcionales, expresamente autorizados por la ley, determinará el juez las medidas cautelares sin audiencia de las partes". Sin embargo, Almeida, F (1.992) ha señalado que: "Precisamente esta norma permite a los jueces del Brasil decretar medidas de oficio y no debe dársele la misma interpretación que se da al art. 804 del mismo Código, el cual establece la tutela cautelar a pedido del actor, sin audiencia del demandado" (p 89).

Por otra parte, Lacerda, G (1.981) "Habla de un poder legal del juez, esto es, las medidas tendrían su origen en la ley y no en el poder cautelar general" (p 110).

A su vez la legislación Panameña prevé, que el juez puede sustituir de oficio y bajo su personal responsabilidad la medida decretada siempre que con tal proceder se mantengan plenamente garantizados los intereses del actor, tal posibilidad está dada en el art. 521 del Código Judicial de Panamá, así mismo lo prescribe el art. 611 del Código de Procedimiento Civil Peruano, pero en nuestro derecho el juez sigue estando sometido a lo alegado por las partes y no puede suplir defensas y peticiones.

De igual manera, la novísima Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000, impone en su art. 721 la necesaria instancia de parte para solicitar una medida cautelar; de manera que el actor, principal o reconvencional, podrá solicitar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare y en el párrafo segundo de la misma norma establece la prohibición expresa para el tribunal de acordar de oficio una medida cautelar; así como la negativa para el juez de acordar medidas más gravosas que las solicitadas.

Así pues, con base en las anteriores consideraciones puede afirmarse que; las medidas cautelares no son una "potestad" de los jueces sino una

necesidad de las partes (interés) y un derecho de estas de precaver los efectos perniciosos que la conducta de la otra parte puede causar en sus derechos, así pues, la función jurisdiccional, si bien es exclusiva de los jueces, requieren del concurso de la actividad de las partes, y el ordenamiento jurídico regula tanto la actividad de estas a través del ejercicio de la acción como la actividad de los órganos en ejercicio de la jurisdicción, en este sentido, la acción, es un poder – derecho, esto es, un poder entregado a la voluntad del interesado, recíprocamente moderado en su ejercicio por un sistema de cargas y responsabilidades, y de la misma manera la función del juez, es una actividad reglada como poder – deber, de allí que la sentencia en cuanto mandato sea la más fiel representación de ese poder, mientras que a través del deber cumple con la orden del legislador, que le impone juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, para lo cual deberá comprender que el ejercicio de ese poder no es absoluto y libre.

4. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Los requisitos de admisibilidad se refieren a las condiciones necesarias para que la medida sea conocida y analizada, es decir *admitir* del latín *mittere* que significa *darle entrada a algo o a alguien*, luego en lo que se refiere a los procesos y a las medidas, no significa otra cosa que *darle*

entrada a la petición al conocimiento por parte del juez, por lo general se decretan in limine litis, por lo que puede considerarse como una especie de juicio preliminar para darle entrada a algo.

En cambio hablar de *procedencia* significa que lo *pedido o pretendido* se encuentra ajustado a las necesidades de protección anticipada. Representa un juicio sobre el mérito, y por regla general se decretan en la sentencia de fondo, por lo que, sólo puede ser el resultado de la tramitación de una pretensión, es decir que, se refiere a las condiciones materiales de idoneidad.

Una pretensión puede ser inadmisibile y será por ello improcedente, pero también es viable que una pretensión admisible luego resulte inepta o improcedente.

¿Cuáles son los requisitos de admisibilidad?

Pendente Litis: La regla general en nuestro derecho es que las medidas cautelares sólo pueden solicitarse en el marco de un procedimiento judicial iniciado o en curso. Conviene determinar, sin embargo ¿Desde cuando hay proceso? Y la respuesta es; desde el mismo momento en que el órgano judicial se pronuncia sobre la admisibilidad o no de la pretensión, es a partir de ese momento que el juez puede decretar o no medidas cautelares.

La moral, las buenas costumbres o disposición expresa de la ley: Dispone el art. 341 del CPC que el tribunal admitirá la demanda si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o alguna disposición

expresa de la ley. Este requisito previsto para la validez del proceso también resulta aplicable a las medidas cautelares, es decir con independencia del mérito de la petición cautelar o del cumplimiento de sus requisitos de fondo; las cautelas no pueden ser admitidas, cuando atenten contra el orden público, la moral o las buenas costumbres.

El interés general o colectivo: Se refiere al hecho de que toda actuación judicial tiene que considerar la afectación del interés general, es decir, si están involucrados intereses generales o colectivos, o dicho en otras palabras, toda actuación judicial debe analizar el efecto que la misma pueda producir en la esfera jurídica de los derechos fundamentales de las demás personas, de forma que, la tutela anticipada de un derecho no signifique menoscabo de los derechos de los demás miembros de la comunidad organizada; por lo que resulta conveniente medir el efecto material que la medida pueda producir sobre los bienes colectivos (cultura, educación, ambiente, desarrollo económico; entre otras circunstancias).

¿Cuáles son los requisitos de procedencia?

(Periculum in mora): Por un afán de nuestra comunidad científica de utilizar expresiones latinas, se explica que esté requisito se haya interpretado erróneamente, en efecto, hablar de *periculum in mora* significa literalmente, peligro de mora o peligro a causa de un retardo. Pero, si bien el tiempo en que deba dictarse la sentencia de fondo puede atrasarse como ocurre frecuentemente, sin embargo, en el campo cautelar, “la causa para decretar

la cautela no es el peligro por la mora o la demora (actividad del juez) sino que el requisito apunta a determinar una serie de hechos objetivos, apreciables aún por 3^{ros}. “ Redenti, Podetti y Leo Rosenberg (Citados por Ortiz, 2002, 283).

Luego, no se trata de la mora del juez lo que produce la necesidad de la cautela, sino la actividad de las partes durante el desarrollo del proceso. Y es el propio art. 585 del CPC quien se encarga de despejar la duda, al establecer que; se trata del fundado temor de que quede ilusoria la ejecución del fallo.

Sobre la base de los argumentos expuestos, puede definirse el *periculum in mora*, como:

La probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuido en su ámbito patrimonial o extramatrimonial, o de que una de las partes pueda causar daño en los derechos de la otra (conducta poco correcta y de manera desleal) debido a los retardos de los procesos jurisdiccionales, aunado a otras circunstancias provenientes de las partes con la consecuencia de quedar ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctico. (Ortiz. 2002, 283 – 284)

En efecto, ese peligro, que bien puede denominarse riesgo de infructuosidad del fallo, no se presume sino que debe manifestarse de manera probable o potencial, además de ser cierto y serio; en otros términos el *periculum in mora* no se presume por la sola tardanza del proceso sino

que debe probarse de manera sumaria, prueba está que debe ser a lo menos una presunción grave, constituyendo esta presunción un contenido mínimo probatorio, de modo que puede utilizarse todos los medios de prueba previstos en las leyes procesales e incluso el sistema de la libertad de prueba pautado en el CPC, además esta situación debe constar en el expediente para que el juez pueda decretar la medida cautelar de que se trate.

Nuestro Código de Procedimiento Civil, establece en el art. 585 lo siguiente: "Las medidas preventivas establecidas en este título las decretará el juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama". Debemos reparar en la frase *presunción grave de esta circunstancia*. En el derecho comparado encontramos expresiones como *perjuicio inminente o irreparable o urgencias o circunstancias graves*. El intérprete debe preguntarse cuáles serán los medios de prueba idóneos para producir el efecto del convencimiento del juez de que existe tal riesgo y tal peligro. Según algunos doctrinarios, tal peligro debe juzgarse conforme a un juicio objetivo de una persona razonable, o como se refirió anteriormente, derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por 3^{ros}.

Fumus boni iuris: Bajo esta expresión se esconde la exigencia de una apariencia de mejor derecho o la apariencia de certeza o de credibilidad del

derecho invocado por parte del sujeto que solicita la medida. La parte que solicite una medida cautelar deberá presentar una prueba que acredite el derecho en que basa su pretensión. A esté tenor el mencionado art. 585 establece... siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de está circunstancia y *del derecho que se reclama* (fumus boni iuris). En definitiva, la expectativa jurídica que se pretende tutelar debe presentar un alto grado de probabilidad de éxito, en el sentido de que, en la resolución final del proceso, se reconozca efectivamente el derecho en que se funda su pretensión, de manera que el solicitante de una medida cautelar debe afirmar y probar la presencia de una situación jurídica cautelable, dicha pretensión se fundará en la posibilidad razonable de que este derecho alegado exista, el juez decidirá por tanto, en función de la mera apariencia no de la certeza, es decir que este principio de prueba será de libre apreciación por el tribunal que tenga que adoptar la medida en cuestión, como dice Calamandrei (1945) "es un juicio de probabilidad o verosimilitud del buen derecho" y Ortiz (2002, 295) dice que es: "una posición jurídica tutelable o verosimilitud en el derecho"; pero la discrecionalidad aludida en modo alguno significa *arbitrariedad*, pues la norma del art. 585 antes transcrita está dejando la potestad de completar con su apreciación el supuesto de hecho; desde luego que estamos hablando de la *discrecionalidad dirigida*, estos es, la norma establece la premisa mayor y la consecuencia jurídica y entra en juego el arbitrio del juez para valorar la prueba producida, ello trae como

contrapartida que si los requisitos están probados, no podría el juez rechazar dicha prueba, y en ese caso estaría obligado a decretar la medida solicitada.

Por otro lado, debe tenerse claro que, para que la medida pueda ser decretada deben concurrir al unísono ambos supuestos (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*).

5. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SEGÚN EL DERECHO VENEZOLANO

Una de las clasificaciones más importantes, por lo novedoso de su propuesta, es la efectuada por Ortiz, R (2002, 394 – 395) quien en su texto “El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas” las agrupa así:

Medidas Preventivas

- Medidas Preventivas de Naturaleza No Cautelar (Salvaguarda de los Bienes de la Vida; Medidas Preventivas de Tutela de Derechos).
- Medidas Preventivas de Naturaleza Cautelar (Salvaguarda de la Efectividad y Eficacia del Fallo; Medidas Cautelares).

Medidas Preventivas de Naturaleza No Cautelar: En efecto sobre la base de la tutela preventiva se dictan las medidas de tutelas de derecho y sobre la base del poder cautelar las medidas cautelares. Algunas manifestaciones de la tutela preventiva no cautelar son:

- Medidas Preventivas sobre Pruebas: Esto es, cuando se tema con fundamento que una prueba va a desaparecer, entonces, el juez, a

solicitud de parte, puede desplegar una actividad tendiente a evitar que tales pruebas disminuyan en su calidad probatoria y en su propia existencia; éste es el objetivo específico del retardo perjudicial, previsto en los arts. 813 y siguientes del CPC, y cuya base consiste en *el fundado temor* de que desaparezca algún medio de prueba.

- Medidas Preventivas de Protección a Derechos o Garantías Constitucionales: Lo cual significa que la *causa* y el *objeto* de tales medidas de protección, es, evitar que se cometa un daño a los derechos constitucionales de los ciudadanos. Éste es el caso específico del procedimiento de amparo constitucional cuando se intenta frente a una amenaza de lesión a derechos constitucionales, pues en este caso su fin no es *restablecedor* sino estrictamente preventivo.
- Medidas de Tutela Anticipada por Mandato de la propia Constitución: Son aquellas que tienden a evitar o prevenir la ocurrencia de una situación dañosa o lesiva a derechos constitucionales en el curso de un proceso, pero cuya causa se encuentra en la necesidad de restablecer, preventivamente, la situación judicial lesionada o la situación que más se asemeje a ella.
- Medidas Preventivas de Tutela de Derechos: En este caso, se persigue que la actividad del juez evite situaciones lesivas a derechos

e intereses de una de las partes en un proceso o de un tercero, en el cual, sin importar la futura ejecución del fallo, lo más importante es resguardar los derechos de los interesados. Tal es el caso del art. 58 del CPC y del art. 191 de Código Civil.

Medidas Preventivas de Naturaleza Cautelar: Este es el campo concreto de las medidas cautelares.

Medidas Preventivas que procuran la Efectividad y Eficacia de un Proceso Judicial: En este caso, la actividad preventiva del juez apunta a garantizar la futura ejecución de un fallo judicial y para garantizar la efectividad del proceso judicial mismo. Tal es el caso de las *medidas cautelares*. De modo que la tutela cautelar quedaría clasificada así:

- Poder cautelar típico, especial o determinado: (Medidas Cautelares Típicas).
- Poder cautelar atípico, general o indeterminado (Medidas Cautelares Innominadas).

6. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES SEGÚN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VIGENTE

La categorización que se describe a continuación es una síntesis de las clasificaciones señaladas por Zoppi, P (1.999) en su texto "Providencias

Cautelares en el Código de Procedimiento Civil Venezolano" y por Ortiz, R (2002) en su obra "El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas":

- Medidas Cautelares Típicas
- Medidas Cautelares Complementarias
- Medidas Cautelares Atípicas o Innominadas

En efecto, el art. 588 del CPC establece textualmente lo siguiente: "En conformidad con el art. 585 de este Código, el tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas: 1. El embargo de bienes muebles; 2. El secuestro de bienes determinados; 3. La prohibición de enajenar y gravar inmuebles".

Como puede apreciarse, el nuevo Código conserva la tradicional división tripartita, pautada en el CPC de 1.916, y, en efecto mantiene, como medidas preventivas las de: Embargo de bienes muebles, Secuestro de bienes determinados (muebles e inmuebles, según sea el caso); y Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Medidas Cautelares Típicas:

El Embargo: Es una medida preventiva de carácter cautelar, que, a solicitud de parte y en el curso de un proceso, puede decretar el juez previa la comprobación de los requisitos de ley, sobre bienes muebles propiedad de aquel contra quien se dirija la medida, impidiendo el uso, goce, disfrute y disposición de tales bienes por el tiempo que dure el proceso principal, y los

cuales quedaran afectos a responder del contenido del dispositivo sentencial de condena expresado en la definitiva (Ortíz, 2002).

En el CPC vigente el embargo se encuentra regulado en el Capítulo II, en las disposiciones que van desde el art. 591 hasta el art. 598, y la oposición del tercero al embargo se haya estipulada en el art. 546 y en el art. 370 ord. 2 ejusdem.

El embargo, se divide en: preventivo y ejecutivo, pero hay que hacer la salvedad de que en un sistema de medidas cautelares sólo se podrá admitir el embargo preventivo, pues el segundo tipo, el embargo ejecutivo, por su propia naturaleza no responde a una finalidad cautelar pues sus efectos son definitivos y procede cuando haya habido sentencia definitivamente firme y haya transcurrido el lapso establecido en el art. 524 sin que se hubiere cumplido voluntariamente la sentencia. De tal forma que el embargo ejecutivo o definitivo, no es una medida cautelar.

El Secuestro: La voz "secuestro" proviene del latín *sequestrum* que alude a la acción y efecto de secuestrar, esto es, depositar judicialmente o gubernativamente una alhaja en poder de un tercero hasta que se decida a quien le pertenece (Ortíz, 2002). Por secuestro entiende el Diccionario de la Lengua Española: "El depósito judicial por embargo de bienes, o como medida de aseguramiento en cuanto a los litigios". De forma que desde el punto de vista etimológico embargo y secuestro tienen la misma connotación. Por su parte Cabanellas, G (1.991) nos entrega las siguientes acepciones de

la voz secuestro: "Depósito de una cosa litigiosa, embargo de bienes, detención y retención forzosa de una persona y exigir por su rescate" (p 310).

Otra definición muy conocida es la que indica que el secuestro es: La privación de la posesión y libre disposición de una o varias cosas muebles o inmuebles materia de litigio, para preservarlo, en manos de un tercero, a favor de quien resulte triunfador.

Sí en lo relativo al embargo y a la prohibición de enajenar y gravar el nuevo Código de Procedimiento Civil es más amplio, en cuanto al secuestro mantuvo los mismos principios del derogado. En efecto, lo sometió a las mismas causales especiales, taxativas y únicas, fuera de las cuales no es posibles secuestrar un bien. El art. 599 del CPC enumera taxativamente las causales por las cuales se puede decretar el secuestro.

El secuestro, según Ortiz, R (2002, 340 – 341) a su vez puede, presentar dos modalidades: El *secuestro convencional* y el *secuestro judicial*.

El secuestro convencional: Se entiende como tal el depósito de una cosa litigiosa hecha por dos o más personas en manos de un tercero, quien se obliga a devolverla después de la terminación del pleito a aquel a quien se declare debe pertenecerle. (Art. 1.781 del Código Civil), indicando además que salvo pacto en contrario de las partes, el depósito es remunerado, pudiendo recaer sobre bienes muebles o inmuebles. Este tipo de secuestro se rige únicamente por el Código Civil. (arts. 1.780 al 1.784 del C.C)

El secuestro judicial: Es el depósito de bienes muebles e inmuebles materia de un litigio que, en manos de tercero y para fines preventivos y de conservación, decreta el tribunal. Se rige por las disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil. (arts. 1.785 al 1.787 del C.C) y (art. 599 del CPC).

En ese sentido, *el secuestro*, salvo la excepción de secuestrar bienes propios de quien se ha alzado con los bienes hereditarios, se dirige exacta y esencialmente a poner en depósito la cosa litigiosa y no alguna otra, y salvo la particularidad anotada obra contra el objeto de la demanda, contra la cosa que se pide y reclama; siendo que tales bienes deben identificarse en el decreto, porque son bienes determinados (cosa litigiosa, cosa comprada, inmueble arrendado, bienes de la comunidad conyugal, del cónyuge administrador).

Prohibición de Enajenar y Gravar. Es aquella medida cautelar, a través de la cual el tribunal, a solicitud de parte y cumpliéndose los requisitos del art. 585 del CPC vigente, impide que el afectado por la medida pueda de alguna forma vender o traspasar la propiedad de un bien inmueble (litigioso o no) o de alguna manera gravarlo en perjuicio de su contraparte (Ortiz, 2002). Está regulado en los arts. 600 y 605 del CPC.

Es preciso señalar que los arts. 589 y 590 del CPC, tienen aplicación en las medidas típicas antes indicadas.

Medidas Cautelares Complementarias: Están previstas en el único aparte del art. 588 del CPC en los siguientes términos: “Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere dictado”.

Zoppi, P (1.999) comenta: “No se trata de medida distinta, sino de un complemento para asegurar la eficacia del embargo, del secuestro o de la prohibición” (p 35); luego no funcionan autónoma e independientemente, sino que deben adecuarse a aquellas. De tal manera que sólo cuando se hubiere dictado una medida típica y la misma se revele insuficiente y se siga corriendo el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, puede el juez acordar las medidas que considere adecuadas para garantizar la eficacia y calidad de la medida dictada. Y por eso el Código deja ello al prudente arbitrio del juez, quien puede según su criterio, hacer acompañar la medida de otras disposiciones que permitan darle efectividad, elasticidad y amplitud, es decir, las medidas complementarias son meramente facultativas o potestativas, a diferencia de las medidas clásicas que son de obligatorio cumplimiento si están llenos los extremos de ley.

Medidas Cautelares Atípicas o Innominadas: Las medidas atípicas o innominadas en nuestro derecho están prevista en el Libro Tercero de nuestro Código de Procedimiento Civil bajo la denominación *Del Procedimiento Cautelar y de otras Incidencias*; y expresadas en el art. 588 ejusdem en sus tres párrafos.

Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el art. 585, el tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño el tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Parágrafo Segundo: Cuando se decrete alguna de las providencias cautelares previstas en el parágrafo primero de este artículo, la parte contra quien obre la providencia podrá oponerse a ella, y la oposición se sustanciará y resolverá conforme a lo previsto en los arts. 602, 603 y 604 de este Código.

Parágrafo Tercero: El tribunal, podrá atendiendo a las circunstancias, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el art. 590. Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se aplicará lo dispuestos en el único aparte del 589.

Y es precisamente, sobre la base del precitado artículo que el autor Rengel, A (1.989) propone el siguiente esquema definitorio sobre las medidas cautelares innominadas:

Son aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de la otra (p 91).

Desde otro punto de vista, encontramos que, dentro de la generalidad y amplitud de términos empleados por el Código de Procedimiento Civil en materia cautelar, al menos en relación con las medidas innominadas, nos hace una indicación o señalamiento importante: El Tribunal lo que puede es autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, así como adoptar cualquier providencia cuyo objeto sea hacer cesar la continuidad de la lesión, es decir no son medidas que recaigan directa y precisamente sobre bienes, y es lo que se conoce con el nombre del *Poder Cautelar del Juez Civil*.

Desde este enfoque, puede afirmarse sin lugar a dudas que; las medidas cautelares innominadas requieren siempre la concurrencia de tres extremos o requisitos: 1. La presunción grave del derecho que se reclama; 2. La presunción grave de que no se haga ilusoria la ejecución del fallo y; 3. El fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a los derechos de la otra. Este temor o riesgo, es distinto del que se exige, para acordar las medidas típicas (el que no se haga ilusoria la ejecución del fallo), pues aquí de lo que se trata es de la actitud positiva o negativa (acción u omisión) de una de las partes en perjuicio de los derechos de la otra, se trata de poner fin a una actitud ilegal, ilegítima o ilícita de una parte, que perjudique el derecho de la otra.

En efecto, muchas veces el objeto del litigio o el derecho reclamado no se satisface con una mera prohibición de enajenar, con un embargo o secuestro, porque nada de esto sería útil para impedir la lesión, sino que es

menester dictar otras providencias, precauciones o cautelas, tendientes no ya a la futura ejecución del fallo, sino a que cese el daño. Pero como en estas medidas también puede haber errores, la ley no deja indefensa a la parte contra quien se dicta, pues expresamente la autoriza para oponerse a ella.

En definitiva, cada medida atendiendo a lo que preceptúa, el art. 585, tiene una finalidad y alcance distinto, según lo que se reclame o litigue: la entrega o devolución de una cosa determinada; el pago de una cantidad de dinero; la anulación de un acto registrado; la reivindicación de muebles o inmuebles; etc, de modo y manera que, en cada caso deberá precisar el juez, si es indispensable una medida cautelar y, en caso afirmativo, cuál de las tres sería la procedente y oportuna.

7. DEFINICIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, y está a su vez equivale, a un conjunto de precauciones tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales medidas, a aquellas que el juez o árbitro han dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho (Rión, 1997).

A continuación se presentan una serie de definiciones relativas a las medidas cautelares sobre la base del procedimiento arbitral presentadas por

LaPiedra, R (2003) en su trabajo de Tesis Doctoral, titulado "La Intervención Judicial en la Adopción de Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional":

Las medidas cautelares se podrían definir como aquellos instrumentos procesales a disposición de las partes, dirigidos, bien a favorecer la futura consecución de una demanda o bien a impedir que dicha demanda quede frustrada. También se les ha denominado como precautelativas, asegurativas o provisionales, lo cierto es que su finalidad primordial es la de evitar que la parte perdedora haga nugatorio y estéril el triunfo del adversario, el cual podría encontrarse con la situación de que su victoria en la litis no tendría sobre que materializarse, quedándole sólo una sentencia a su favor pero ningún bien del perdedor del cual cobrarse para hacer efectiva su pretensión, bien sea porque esté se insolventó real o fraudulentamente o por que de una u otra manera a ocultado sus bienes para eludir su responsabilidad procesal, circunstancia esta, que, puede darse tanto en un procedimiento judicial como en un procedimiento arbitral.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que trabaja actualmente en la innovación de la Ley Modelo Uncitral, y que entre otras cosas pretende modificar lo relativo a las medidas cautelares, ha propuesto una definición de las mismas en el proyecto de reforma en los siguientes términos: Por medida cautelar se entiende "Toda medida de carácter temporal, establecida en forma de laudo o de otra forma,

dictada por el tribunal arbitral en cualquier momento antes de pronunciar el laudo en virtud del cual se dirima la controversia definitivamente". Se hace depender pues, de dos elementos fundamentales: En primer lugar, de la existencia de una demanda de arbitraje; y, en segundo lugar, de la demostración de la existencia de un riesgo, ya sea presente o futuro, y de que la solución dictada como consecuencia de aquella no pueda ser efectiva. (LaPiedra, 2003).

El art. 24 del Convenio de Bruselas de 1.968 (hoy Reglamento 44/2001) conocido comúnmente como el Reglamento "Bruselas I" define las medidas cautelares, como aquellas medidas destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho, con el fin de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento se pide en la demanda sobre el fondo del asunto. Este convenio y el actual reglamento de Bruselas I impiden que se utilice una definición exclusiva de medidas cautelares para el arbitraje, ya que según sus redactores, no se trata de un concepto propio y especial del procedimiento arbitral, en tanto que las medidas cautelares funcionan igual, tanto respecto de un procedimiento judicial como de uno arbitral.

Se puede extraer una noción general de medidas cautelares, teniendo en cuenta, sobre todo la similitud que presentan al respecto los diferentes sistemas nacionales. Una descripción plenamente efectiva en el marco arbitral sería el conjunto de medidas que pueden ordenarse con carácter previo a la resolución de fondo de un litigio, pero que no prejuzgan la

decisión final del mismo. Es, precisamente, este perfil el que permite calificarlas de provisionales, de modo que el objeto de las medidas cautelares vendría a ser garantizar el cumplimiento del laudo, conservando bienes o haberes que se puedan utilizar para llevar a cabo la ejecución del mismo en caso de ser necesario. De hecho la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil Española, dispone que la finalidad de las medidas cautelares no es otra que la de garantizar la efectividad de la decisión final. Así señala el art. 721 que: "... todo actor, principal o reconvencional, podrá solicitar del tribunal..., la adopción de medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare" (LaPiedra, 2003).

Por otra parte, el Diccionario Jurídico Temático de Derecho Procesal (2000 – 163), define las medidas cautelares así:

Es a través de esta denominación o la de providencias precautorias como los Códigos Procesales se refieren a una serie de medidas asegurativas que debe tomar en cuenta el juez a fin de preservar la materia de los juicios, pudiendo tomarse dichas medidas antes o durante el procedimiento y su naturaleza es meramente preservativa, provisional y temporal y se funda en el temor de que una persona contra la que se pretenda entablar o se haya entablado una demanda, se ausente o se oculte; y la posibilidad real de que se oculten o dilapiden algunos bienes sobre los que deba ejercitarse una acción real, o el temor de que el deudor los oculte o enajene cuando la acción sea personal y sean los únicos bienes que tuviere.

De igual manera, Osorio, M (1.986) define las medidas cautelares como: "Cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para prevenir que la resolución del mismo pueda ser más eficaz" (p 458).

Y por último y no menos importante es la definición de Ortiz, R (2001 – 163) quien considera que debe entenderse por medidas cautelares: "El conjunto de medidas preventivas cuya finalidad inmediata es prevenir un daño en los derechos subjetivos de los intervinientes en un proceso, y mediatamente, la futura ejecución y efectividad de un fallo a dictarse en un proceso jurisdiccional".

CAPITULO II

EL ARBITRAJE

El Arbitraje Civil y el Arbitraje Comercial, representan una variable del arbitraje, por ello es menester conceptualizar primeramente el arbitraje, para posteriormente podernos referir a cada una de las especies del mismo, y es por lo que a continuación explanaremos las nociones fundamentales referidas al arbitraje, para luego concluir con un concepto que abarque todos los aspectos estudiados:

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Existe una discusión en Venezuela sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, instituyéndose en uno de los temas más polémicos en materia arbitral, ya en la actualidad ha perdido un poco de interés, pero hasta hace algunos años atrás, era el tema preferido de los autores para referirse al arbitraje. La importancia de determinar la naturaleza jurídica del arbitraje, no es una cuestión puramente académica, sino que de la posición adoptada van a derivarse importantes consecuencias prácticas, como puede ser por ejemplo, lo relativo a la normativa aplicable supletoriamente ante la existencia de posibles lagunas, al alcance y límites de la revisión en vía

jurisprudencial del laudo a través del recurso de anulación ó de la eficacia de decisiones arbitrales extranjeras.

Se discute si los árbitros ejercen una función jurisdiccional o simplemente privada; ello, por que resulta un tanto difícil caminar con pies firmes en el estudio de una institución sin saber cual es su naturaleza. Y es por esa razón que a continuación se describen las principales teorías que pretenden establecer la naturaleza jurídica del arbitraje:

1.1 TEORÍA CONTRACTUALISTA:

Esta teoría sigue la tradición civilista del Derecho Romano, entre sus representantes se encuentran, Gluck, Wach y Chiovenda; la cual se enmarca en el ámbito del derecho privado; por su carácter contractual, aunque con contenido procesal (Rojas. 2001, 25).

Para Gluck, Citado por Rojas (2001, 25) la constitución de un árbitro, tiene lugar por medio de un doble contrato, por un lado el convenio de las partes, que se ponen de acuerdo en que la solución de la controversia sea dejada en manos de un tercero y por ende someterse a la decisión que este señale, contrato este que se llama compromiso y los árbitros se dicen árbitros compromisorios; y por el otro extremo, el acordado entre las partes y el árbitro, por el cual este se obliga a decidir la cuestión que le ha sido

deferida según el acto de compromiso, contrato esté que se llama receptum y tiene la naturaleza de un mandato.

Para Wach, Citado por Rojas (2001, 25) el arbitraje es similar al proceso y tienen en común, el que ambos litigios finalizan con un laudo arbitral o sentencia, las cuales poseen casi la misma eficacia, pero se diferencian en que el procedimiento arbitral no es un ordenamiento coactivo. Según este autor el fundamento del arbitraje esta en el arbitrio de las partes, por lo que los árbitros no tienen ni jurisdicción ni imperium.

Según Chiovenda, Citado por Rojas (2001, 25) el arbitraje implica una renuncia al conocimiento de una controversia por obra de la autoridad judicial.

Al compromiso – sostiene – la ley le reconoce una relevancia procesal negativa, en cuanto concede a las partes una excepción procesal, porque si una de las partes introduce una demanda y cita a la otra parte ante el juez, esta última puede impedir el examen mediante la excepción de compromiso, que significa la renuncia al procedimiento judicial. De igual manera afirma el autor, que, el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción propia ni delegada, y aunque su laudo es irrevocable por la voluntad de las partes, no tiene fuerza ejecutiva.

El Estado hace ejecutivo el laudo, mediante un acto del propio órgano jurisdiccional; este acto de jurisdicción respeta la naturaleza privada del laudo en sus orígenes y en su exterioridad.

Así mismo, el llamado "Principio Contractual del Pacto Arbitral" considera al árbitro como mandatario de las partes, por lo que el laudo arbitral adolecería de los elementos de una sentencia, siendo por el contrario una simple ejecución del mandato por el compromisario. Esta teoría se enmarca en el ámbito del derecho privado, por su carácter contractual, aunque con contenido procesal (Comisión Andina de Juristas, 2004).

Así pues, es menester recordar, que la autonomía de la voluntad de las partes, es una característica fundamental que priva en todo contrato y entre ellos el de arbitraje, por lo que al respecto es necesario preguntarse: ¿La autonomía de la voluntad de las partes deriva por que hay una ley de arbitraje que así lo contempla, deriva de la Constitución o siempre ha sido una facultad que las partes han tenido? ¿Será que el monopolio exclusivo del que hacen mención algunos autores se ha relajado? ¿Cuál de estas ideas será la correcta? La respuesta parece sencilla, por que estos mecanismos de resolución de justicia, incluyendo el arbitraje, existen antes de la jurisdicción, son mecanismo que cuando ni siquiera estaba organizado el Estado ya ellos existían. Entonces hay que tener claro dos menciones: Se les reconoce ó se les prohíbe esa autonomía de la voluntad, la cual es preexistente, no es algo nuevo creado por el Estado; por lo que una ley podría reconocerla o prohibirla, establecer que esa facultad que tenían las personas hace 2500 años ya no la van a tener, como por ejemplo que el Estado actual no les permita a los particulares resolver sus controversias, por considerar que esa

atribución es exclusiva del Estado, y respecto a ello, la Constitución Bolivariana de Venezuela (CBV) de 1.999 en su artículo 258, fue muy cuidadosa al aceptar los medios alternativos de resolución de conflictos como un auxiliar de la justicia y de alguna manera se dio a la tarea de promocionar algo que ya existía con antelación, pero no estaba plenamente reconocido.

Aunado a lo anterior, nuestra Constitución Vigente en ninguna de sus disposiciones reserva al poder judicial el monopolio exclusivo de la administración de justicia, e incluso, los estudiosos del arbitraje más calificados, han señalado, que es un error enorme pensar que las partes, a través del arbitraje, usurparían una función propia y exclusiva del Estado, como lo es, la jurisdicción, dado que lo que podría considerarse una función única del estado venezolano no es la decisión de las controversias, sino la tutela coactiva de los derechos.

Aún más, una lectura correcta y coordinada del artículo 253 de la Constitución Nacional (el cual determina mediante que órganos se ejerce el poder judicial); el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil (que determina quien ejerce la jurisdicción civil) los artículos 1, 2, 10 y 60 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (donde se definen los órganos del poder judicial, su autonomía y prevén excepciones al ejercicio de tal función); y el art. 2 de la Ley de Carrera Judicial, (el cual se refiere a la función de administrar justicia por parte del Estado); nos permite asentar que la institución del arbitraje es

perfectamente compatible con el ejercicio de la función jurisdiccional; ya que el Estado y la administración de justicia no pueden funcionar correctamente sin el auxilio o colaboración de los medios alternativos.

En consecuencia, lo único que se debería concluir es que, en principio, el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a los órganos del poder Judicial, quienes tienen la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo decidido en los tribunales. Sin embargo conforme a lo establecido en el art.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, existen excepciones al principio anteriormente señalado y dentro de estas excepciones estarían supuestos como el consagrado en la ley de Arbitraje Comercial, ello por haberse creado la institución del arbitraje en una ley. Por lo que cualquier pretendida incompatibilidad fue expresa y sabiamente resuelta por el legislador mediante la referida norma.

Lo que realmente ocurrió, es que desde 1.897 hasta 1.997, contábamos con un ordenamiento positivo (Código de Procedimiento Civil) que lo que hacía era limitar la facultad de los particulares de someterse a un arbitraje, con una serie de trabas a la hora de pactar un compromiso arbitral; quizá esa sea la razón por la que la institución arbitral en Venezuela durante esa época fue escasamente desarrollada, y no fue hasta la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) en el año 1.998, que nuestro país se incorpora a la tendencia mundial actual que considera el arbitraje el mecanismo por excelencia de resolución de disputas en el comercio.

Siguiendo este orden de ideas, algunos autores, entre ellos Mezgravis (2002), consideran que el arbitraje es contractual desde la firma de la cláusula arbitral hasta el laudo arbitral, en virtud de que, cuando el laudo se ejecuta, ya no forma parte del proceso arbitral, ya el proceso culminó, lo que sé esta ejecutando es esa decisión, pero el hecho de que ese acto llamado laudo tenga efectos similares al de una sentencia, no significa que pueda ser válida la tesis jurisdiccional; en virtud de que el concepto de jurisdicción posee dos elementos característicos: El poder decisorio y el Poder coactivo, por lo que los árbitros están desprovistos de esa función jurisdiccional; como la llama Rengel, A (1.991), por que carecen de la segunda cualidad que es el poder coactivo; y para este estudioso de los medios alternativos de resolución de conflictos (MARC) esto es suficiente para señalar, que el arbitraje es netamente contractual.

En este sentido debemos destacar el principio *ubi partes sunt concordēs nihil adjudicem*; que significa: Donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez.

1.2 TEORÍA JURISDICCIONALISTA:

Muestra una contraposición al principio contractual del pacto arbitral y es acogido en la mayoría de las legislaciones procesales. Según esta corriente el arbitraje tiene carácter de juicio y por ende naturaleza jurisdiccional.

De acuerdo a los defensores de esta doctrina, si bien es cierto, que el árbitro deriva su poder del compromiso de las partes, en lo que pudiera asimilarse al mandatario, desempeña su función como juez, y como tal es independiente y autónomo, y, aunado a ello, se encuentra, la similitud existente entre la función del árbitro y la del juez; y entre los efectos del laudo arbitral y la sentencia judicial.

Esta teoría basándose en el carácter público que tiene la administración de justicia como función primordial y exclusiva del Estado, afirma que el arbitraje pertenece al ámbito público, porque los árbitros poseen el carácter de verdaderos jueces a pesar de ser transitorios, y ejercitan la función jurisdiccional del Estado al dictar auténticas sentencias.

Así mismo el árbitro, solo tiene en cuenta los intereses de la justicia y dicta su fallo en derecho o equidad, pero en forma independiente, y sin otras consideraciones, que su conciencia y la ley.

Alcalá – Zamora (1.970), al respecto expone que, la sustanciación de un litigio ante jueces privados, origina, no ya un equivalente, sino un autentico proceso jurisdiccional, con la peculiaridad de que en él intervienen jueces nombrados por las partes, al amparo de la autorización estatal oportuna, sin lo cual no podrían hacer el papel de mediadores.

Echandía (1.999, 139 – 140) afirma la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, al cual califica como proceso jurisdiccional; no obstante reconoce que quienes actúan como árbitros, son particulares y no funcionarios del

Estado; y de igual manera admite que el proceso arbitral se origina en una convención o en un contrato que celebran las partes libremente, para someter un litigio futuro o presente a la vía arbitral. Más sin embargo, asevera, el autor, que los árbitros se encuentran investidos de jurisdicción, por lo que ellos no son auxiliares de justicia sino magistrados especiales y transitorios.

En lo que respecta, a los autores venezolanos, observamos que en su mayoría se encuentran inclinados a la tesis jurisdiccional, en este sentido se expone a continuación:

Cuenca (1969, 65) se adscribe a la teoría jurisdiccional, al señalar que los árbitros desempeñan una función de tal naturaleza, y tienen el mismo cúmulo de deberes y facultades que los jueces del Estado, sin embargo el carácter jurisdiccional del arbitraje no excluye la intervención de los Tribunales de la República, como sucede en la ejecución del laudo; la cual compete en forma exclusiva y excluyente al poder judicial.

Gabaldón (1.999, 44 – 45) defiende la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, fundamenta su posición en el propio ordenamiento jurídico venezolano, tanto en el CPC como en la LAC, e indica que la tesis jurisdiccional se verifica de manera más clara en este último texto legal; citando al efecto los artículos 5 y 21, y además de ello apunta que la importancia de la naturaleza jurídica, no es una cuestión puramente académica, sino que tiene consecuencias prácticas.

Igualmente expresa que en la LAC, se habla de proceso arbitral, y para que haya un proceso es necesario que exista una controversia entre las partes, que debe ser resuelta por un tercero con función jurisdiccional. Por otra parte, destaca que la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, no significa que se niegue una parte inicial de origen contractual y de acuerdo jurídico.

Matthies (1996, 13 – 14) fundamenta su posición en la legislación patria, y señala que nuestro CPC de 1987 así como el de 1.916, acoge el criterio jurisdiccional, en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, al incluirlo en el Libro Cuarto relativo a los Procedimientos Especiales. Concluye el citado autor expresando, que los árbitros son auxiliares de justicia y su facultad jurisdiccional se deriva de expresas normas del procedimiento procesal (artículos 609 y sgtes del CPC).

Gil de Troconis (1.999, 76) se adhiere a esta teoría afirmando; que el arbitraje constituye un equivalente jurisdiccional; tal posición la fundamenta en la misma esencia del arbitraje, la cual radica en el juicio que el árbitro pronuncia, para resolver la controversia que le ha sido encomendada.

Así pues, los seguidores de esta teoría, consideran que negarle al juicio arbitral el carácter jurisdiccional constituye una reducción de está a la sola fase de ejecución, con olvido de la fase principal que consiste en la declaración de certeza del precepto jurídico individualizado y concreto que es la sentencia, laudo o decisión.

Al respecto, el magistrado de la extinta Corte Suprema de Justicia, José Luis Bonnemaison, Citado por Rojas (2001, 27) señala que en el arbitraje, hay efectivamente, un proceso jurisdiccional, a pesar de que los árbitros son particulares y no funcionarios del Estado. De manera que, para el mencionado jurista, los árbitros quedan investidos transitoriamente de jurisdicción a partir de la aceptación del cargo y hasta el fin del arbitraje, y como quiera que el arbitraje es libremente pactado por las partes, resulta que en virtud del compromiso o de la cláusula compromisoría, hay un traslado o desplazamiento de la jurisdicción y la competencia, del juez al árbitro, en cada caso concreto.

En lo que respecta a la Jurisprudencia Venezolana, en sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 28 de abril de 1988, al referirse a la naturaleza del arbitraje se pronunció en los siguientes términos:

...Esta institución constituye fundamentalmente una convención entre las partes mediante el cual éstas someten una controversia a la decisión de uno o más árbitros que pueden ser de derecho o árbitros arbitradores o de equidad, los primeros deben observar el procedimiento legal y en las sentencias las disposiciones del derecho, y los segundos procederán con entera libertad, según les parezca más conveniente al interés de las partes y atendiendo principalmente a la equidad, tal como lo dispone el 618 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, el legislador cuando prevé las funciones de los árbitros, quiso investirlos de una función jurisdiccional, la cual desempeñan durante la sustanciación del arbitraje; y como consecuencia de esta función el laudo arbitral tiene

cualidad jurisdiccional, per se, es decir el laudo es una verdadera sentencia.

De esta manera y en atención a lo antes dicho la sentencia arbitral debe contener la decisión de todos los puntos planteados por las partes, o sea las cuestiones sometidas al arbitramento; y en consecuencia las partes quedan obligadas por su propia voluntad a lo decidido por el árbitro o árbitros elegidos" (Negrillas añadidas).

1.3 TEORÍA INTERMEDIA O ECLÉCTICA:

Los autores que ubican el arbitraje en un ámbito mixto, cuestionan si el arbitraje es un juicio en el sentido estricto y si el laudo arbitral configura una sentencia.

Esta Teoría representa la opinión de Carnelutti (1.952), quien al tratar la potestad jurisdiccional, afirma que sin lugar a dudas los árbitros y los jueces extranjeros carecen de jurisdicción; ya que el árbitro es un particular cualquiera, al cual las partes no pueden atribuir potestad alguna, por lo que su decisión, de por sí, no tiene eficacia imperativa; igualmente el juez extranjero, si tiene jurisdicción frente al estado al cual pertenece, no está ciertamente provisto de ella frente a un estado diverso.

Sin embargo, tanto la decisión del uno como del otro pueden adquirir la misma eficacia que la decisión de los jueces dotados de potestad jurisdiccional, cuando uno de éstos, en los modos prescritos por la ley, la

haya sometido a cierto examen y haya pronunciado respecto de ella cierta providencia.

Desde este enfoque Borjas, A (1973) afirmó la naturaleza jurisdiccional, sólo del laudo arbitral y sostuvo que:

El estado reconoce la validez y legitimidad del contrato de comprometer; pero como los particulares no podrían sin peligro del orden social, ejercer por sí mismos la función soberana, delegada en los poderes públicos, hubo la necesidad de investir a los árbitros de la autoridad pública indispensable para tomar sus decisiones, y se ha reservado la jurisdicción ejecutiva a los jueces y tribunales ordinarios, limitando la de los árbitros al mero conocimiento y decisión de los litigios. En tal virtud y en fuerza de la facultad que les confiere el compromiso, los árbitros sentencian; pero únicamente los jueces, conforme al ministerio que ejercen por ministerio de la ley, pueden ejecutar las sentencias (p 11).

Desde este punto de vista, encontramos, otros autores que han asumido una postura intermedia, o bien han construido posiciones que podemos calificar como derivadas de las anteriores, puesto que parten de críticas a las mismas; entre esos juristas encontramos a: Forchard, Rubelín, Devichi y Robert (citados por Villasmil, 2001) quienes consideran que el arbitraje es una institución autónoma, que tiene caracteres contractuales y jurisdiccionales.

En Venezuela, Badell & Grau (1.998) consideraron que: "Los árbitros al resolver una controversia intersubjetiva ejercen una función jurisdiccional,

pero de manera limitada, pues la ejecución de sus decisiones, constituye una potestad exclusiva del Poder Judicial" (p. 6).

Sin embargo, es menester destacar que los precitados autores antes de fijar su posición aseveran que la solución de la discusión en cuanto a la naturaleza del arbitraje y por ende la función de los árbitros, e incluso del laudo dictado, debe encontrarse en el elemento distintivo de la jurisdicción, puesto que si se considera que esta es la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses, debe concluirse que los árbitros ejercen la función jurisdiccional; mientras que si se plantea que la jurisdicción se caracteriza por el carácter ejecutivo de esa función, entonces debe negarse el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los árbitros (Badell, R. Y Otros. 1.998, 6). Henríquez (2000, 37) calificó el arbitraje como una institución jurídica compuesta, que esta integrada por el acuerdo de arbitraje y por el proceso arbitral, elementos que se confunden en una realidad jurídica única; como lo es el Arbitraje. Y así mismo concluye diciendo, que el primer aspecto, pone de manifiesto el origen contractualista de las facultades de los árbitros consentidas por la ley, y el segundo se refiere a la jurisdicción ejercida por los árbitros que desarrolla el proceso arbitral, con las características propias de todo proceso.

Para concluir, acerca de cual es la corriente que mejor desarrolla el arbitraje, nos vamos a permitir leer unas palabras de un autor español

llamado Pantaleón Prieto (Citado por Mezgravis, 2002) quien señala en su obra *Notas sobre la Nueva ley de Arbitraje Comercial Española* lo siguiente:

Que conviene más a aquellos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje contractual civil o un arbitraje jurisdiccional procesal. La respuesta me parece obvia, un arbitraje lo más contractual civil posible, esto es lo más informal dispositivo posible, con lo que respecta al convenio arbitral, a la designación de árbitros y al procedimiento arbitral en general; y lo más jurisdiccional procesal posible en materia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero con un sistema de recursos contra ese laudo arbitral propios de una sentencia pública.

En nuestro país se han pronunciado en contra del carácter jurisdiccional del arbitraje, Andrés Mezgravis y Alberto Baumeister, (Citados por Hung 2001, 113) con quienes compartimos el criterio sobre la naturaleza contractual del acuerdo arbitral.

Indudablemente que el arbitraje es de naturaleza netamente contractual, o como dice Henríquez (2000), que su fundamento jurídico, radica remotamente en la ley, e inmediatamente en el contrato. La fuerza vinculante del laudo deviene del acuerdo arbitral, el cual, como forma de justicia privada está autorizada por la ley, al igual que la justicia penal de escabinos y jurados, para hacer más expedita y conducente la función pública de administrar justicia. Sigue diciendo este autor que, el arbitraje, constituye una permisión al poder negocial de los justiciables, quienes quedan autorizados por virtud de las normas contenidas en el Título Primero del Libro Cuarto del

CPC y por las disposiciones previstas en la LAC para dirimir sus conflictos e intereses a través de jueces privados, en los términos y condiciones que los compromitentes estipulan, con una resolución judicial vinculante generadora de título ejecutivo.

Son los ciudadanos en conflicto quienes van a establecer las reglas dentro de las cuales se va a desarrollar la actividad de los árbitros y son ellos quienes van a otorgar obligatoriedad a la solución arbitral en un solo contrato donde se establezcan las reglas del juego, sin que sea necesaria la ratificación de la voluntad de comprometer ante un juez del Estado, ni la intervención de éste en la constitución del tribunal arbitral.

Esa naturaleza contractual o convencional del arbitraje no supone un resurgimiento o reminiscencia de la concepción del proceso arbitral como un contrato regido por categorías jurídicas *ius privatistas*. Es también un proceso judicial preordenado a la administración de justicia.

En efecto, en ordenamientos jurídicos positivos como el nuestro, en el cual la ley reconoce a los particulares el derecho de excluir del conocimiento y decisión de determinados asuntos a los órganos jurisdiccionales del Estado, debe afirmarse que tales ordenamientos colocan, en algunos supuestos, dicha exclusión dentro de la esfera de la libre disponibilidad de los particulares y por tanto les permite regular dicha posibilidad por la vía contractual como cualquier otra materia de libre disposición. En otras palabras, entendemos que el origen del arbitraje se encuentra en un acuerdo

de carácter negocial que vincula a las partes en conflicto. Todo nuestro arbitraje esta signado por la autonomía de la voluntad de las partes; de manera que en la respectiva normativa existen pocas normas que deban ser consideradas como de derecho imperativo y en consecuencia, de naturaleza no derogable por la voluntad de los particulares.

En este campo, puede afirmarse, sin reservas, que las normas legales tienen una naturaleza eminentemente supletoria; aplicables únicamente cuando falta al respecto una disposición contractual de las partes o está, de existir es insuficiente, las disposiciones legales contenidas tanto en la LAC como en el CPC, dejan un amplísimo margen a la autonomía de la voluntad de las partes; en consecuencia los sujetos de derecho pueden estructurar a su conveniencia sus derechos subjetivos dentro del marco que al efecto les determina la ley. Todo lo anterior conlleva a sostener que, salvo aquellos casos en los cuales el arbitraje contenga normas de orden público; como por ejemplo aquellas referidas al estado y capacidad de las personas, a la libertad de comercio e industria, a las acciones de carácter penal; las acciones que involucren la disposición de bienes o derechos inalienables, y sobre asuntos en los cuales no fuere admitida la transacción, como los que tienen que ver con filiación, tutela, curatela, interdicción, alimentos; tiene plena vigencia la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, que el citado poder o autonomía de la voluntad de los particulares no es absoluto e incondicionado; si no que el mismo tiene su limite en el contenido del artículo

6 del Código Civil (C.C), el cual establece: "No puede renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres"; pero no cabe duda que en los demás casos tienen aplicabilidad aquellas normas que las partes hubieren previsto a los efectos de regular sus relaciones.

Finalmente, hay que tener presente que la base fundamental del arbitraje se encuentra en la buena fe, en el deseo de las partes de solucionar sus diferencias de una manera efectiva y rápida, lo que obliga a que el principio de lealtad y probidad procesal este presente entre las partes desde autos y mientras dure el procedimiento arbitral. Por consiguiente hará falta desarrollar una cultura de arbitraje que conlleve a una aceptación pacífica, no litigiosa, del resultado del laudo y su ejecución.

Además de ello, el art. 5 de la Ley de Arbitraje Comercial expresa claramente que: *"En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria (ambas dicciones son sinónimas, significan descartar, rechazar, negar). Es exclusivo, en el sentido que descarta la jurisdicción ordinaria, la cual no puede intervenir en el proceso arbitral para tutelarlo o controlarlo en su desarrollo, sólo hay participación de los tribunales ordinarios cuando así lo ordene la LAC, como por ejemplo practicar actos de instrucción o medidas cautelares, conocer la nulidad del*

laudo o hacer cumplir su fallo de acuerdo con el procedimiento ejecutivo del CPC. Es excluyente en el sentido de que el tribunal arbitral se basta así mismo para determinar su legitimidad y para decidir, con certeza judicial, vinculante para los comprometidos en arbitraje. Esta norma establece una doble eficacia del acuerdo arbitral: La *eficacia positiva*; que consiste, en que las partes, al suscribir un acuerdo arbitral, se obliga a someter sus controversias a la decisión de los árbitros; y la *eficacia negativa*, consecuencia de la anterior, consiste en que, las partes renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, y por ende estos quedan excluidos de conocer la correspondiente disputa. Y con respecto a este artículo Mezgravis, A (1.998) plantea lo siguiente:

La ley primero utiliza correctamente la expresión "jueces" para referirse a la renuncia que realizan las partes a hacer valer sus pretensiones ante los Tribunales del Poder Judicial, pero luego añade impropriamente el término "tribunales ordinarios" para reiterar que estos quedan excluidos. Si las partes han renunciado a hacer valer sus pretensiones ante los jueces (ordinarios y especiales), no tiene sentido alguno sostener que el acuerdo arbitral sólo excluye a los tribunales ordinarios y dando a entender que todos los asuntos cuyo conocimiento corresponda a las jurisdicciones especiales no pueden ser objeto de renuncia, y por ende de arbitraje, lo cual es incierto (p 362).

Con el arbitraje, no significa que el Estado resquebraje su prerrogativa soberana. Todo lo contrario estas prerrogativas son salvaguardadas

suficientemente; ya que el estado conserva una medida de control sobre el modo como la justicia es administrada por otros en su propio territorio.

Es una nueva mentalidad que costará a los abogados comprender y asumir, pues están entrenados para la confrontación, la desconfianza y el litigio.

2. PRINCIPIOS GENERALES QUE REGULAN EL ARBITRAJE EN EL DERECHO VENEZOLANO

Del análisis concatenado de un conjunto de normas legales dispersas en diversos textos que conforman nuestro Derecho Positivo Vigente, parece adecuado deducir un conjunto de principios generales reguladores de la institución arbitral en Venezuela, los cuales deben servir; tal como lo ordena el art. 4 del C. C, para establecer la solución adecuada cada vez que existe una antinomia o una laguna legal; así como también en aquellos casos en los cuales es necesario interpretar un texto oscuro de una cláusula o un pacto arbitral. Dichos principios deben considerarse aplicables tanto al arbitraje regulado por el Código de Procedimiento Civil como al regulado por la Ley de Arbitraje Comercial (Hung, F. 2001, 63).

2.1 PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

El art. 20 y 26 de la CBV conjuntamente con el art. 6 del C.C sirven de fundamento para sostener que en el Derecho Venezolano el procedimiento arbitral está regido por el Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes. En efecto el citado art. 20 CBV expresa como garantía constitucional del ciudadano; el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, dejando a salvo aquellas limitaciones que derivan del derecho de los otros miembros del conglomerado social, así como aquellas limitaciones que derivan del orden público y social. Esta garantía constitucional es concordada con el derecho de acceso a la justicia, concebido como facultad para utilizar los órganos de administración de justicia en la defensa de los propios derechos e intereses, prevista en el art.26 ejusdem. El contenido de las normas constitucionales citadas, concordada con la interpretación del art. 6 del C.C que permite renunciar por convenios particulares a las normas legales en cuya observancia no están interesados el orden público o las buenas costumbres, razón por la cual los precitados artículos representan la base legal suficiente para sostener que en materia de resolución de conflictos intersubjetivos por vía arbitral, tiene plena vigencia el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

La vigencia y extensión de dicho principio se refleja además en el carácter de normas dispositivas que tienen la mayor parte de las disposiciones legales que regulan el arbitraje en el CPC y en la LAC.

Desde este punto de vista, así como nuestro derecho permite a las partes sustraer determinadas controversias del conocimiento y decisión de la jurisdicción estatal, también las autoriza para determinar el número y carácter de los árbitros, así como elegirlos (artículos 608 y 610 del CPC y artículos 16 y 17 de la LAC); así mismo las partes pueden señalar a los árbitros las reglas de procedimiento que deben seguir para la resolución del conflicto (artículo 618 párrafo primero del CPC y artículos 15 y 12 de la LAC); de igual manera pueden establecer el término dentro del cual los árbitros deben dictar el laudo arbitral (art. 623 del CPC y 22 de la LAC) y también se les concede la posibilidad de establecer si el asunto controvertido debe decidirse en única instancia o sí, por el contrario, no se permitirá apelación (art. 624 del CPC y art. 15 de la LAC) (Hung, F. 2001, 64 – 66).

2.2 PRINCIPIO PRO ARBITRAJE

Si partimos del hecho de que nuestro legislador ha consagrado el proceso arbitral tanto en el CPC como en la LAC, y además ordena en la Constitución la promoción de tal medio de solución de conflictos (art. 258 CBV) debe llegarse a la conclusión de que el ordenamiento positivo está

interesado en su plena vigencia, en su aplicación y en el cumplimiento de sus finalidades específicas.

El principio a favor del arbitraje deriva directamente del principio de la autonomía de la voluntad de las partes; principio conforme al cual se debe tratar de sostener su validez en todos aquellos casos de duda, siempre que tal admisión no conduzca a una violación de normas de orden público ni atenté contra las buenas costumbres. En resumen en caso de duda, se deberá pronunciar a favor de la existencia del Arbitraje (Hung, F. 2001, 66).

En este mismo sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 29 de Enero de 2002, con ponencia de la Magistrado Yolanda Jaimes Guerrero, ratificó lo que ya había expuesto en una sentencia anterior (Caso: Corporación L' Hoteles).

... Que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagró en su artículo 258, el deber que tiene el legislador de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos; como alternativa ante las típicas disputas o querellas en sede judicial, esto es, no otra cosa sino la constitucionalización de los medios alternativos para la resolución de conflictos.

Ahora bien, dicho deber de promover los medios alternativos, impuesto por la propia constitución, no se agota o tiene como único destinatario al legislador, esto es, a la Asamblea Nacional como órgano legislativo nacional; si no también, al propio operador judicial, quien deberá en la medida de lo posible, promover e incitar a las partes querellantes al avenimiento y a la conciliación, mediante el uso de cualesquiera de los medios destinados para tal fin; entre ellos los clásicos medios de autocomposición procesal (Vgr. La transacción) y otros, que si bien no arrojan una solución inmediata o ab initio, no obstante si procuran un entendimiento en cuanto a la elección de un

mecanismo alternativo a la vía judicial; siendo, en ese sentido, el arbitraje, el que por excelencia se amolda mejor a semejante desideratum.

Como puede observarse, también la jurisprudencia reconoce la existencia de dicho principio pro arbitraje. Sin embargo a pesar de que dicho principio ha sido reconocido de manera expresa y reiterada por la Sala Político Administrativa, lamentablemente, y quizá por lo novedoso de la materia, no ha sido en realidad aplicado por ésta. Por el contrario, en recientes sentencias, la mencionada Sala ha aplicado paradójicamente el principio opuesto, esto es que, *en caso de duda sobre la procedencia del arbitraje deberá trasladarse el asunto a la justicia estatal*. Tal modo de proceder a juicio de Mezgravis (2001, 133), no se ajusta al criterio constitucional antes señalado, ni a una correcta interpretación del instituto arbitral, todo lo cual atenta gravemente contra su sano y conveniente desarrollo.

2.3 PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE FORMAS

Al analizar las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje contenidas tanto en el CPC como en la LAC, parece necesario concluir que la voluntad del legislador está marcada por dos directrices fundamentales: por una parte, fijar reglas procedimentales especiales para cada asunto en concreto, sin otros límites que la observancia del orden público y el respeto a las buenas

costumbres; y, por la otra, permitir que el procedimiento arbitral se desenvuelva en forma sencilla, rápida y sin dilaciones innecesarias. El reconocimiento de tales extremos nos conduce a afirmar que sólo la violación de requisitos formales de procedimientos que sean esenciales para la obtención de una decisión justa y breve, así como aquellos que amenacen el derecho al debido proceso, deben ser tomados en consideración para declarar la nulidad del procedimiento arbitral o de alguno de los actos que lo conforman.

Este principio es también una proyección del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Son las partes quienes determinan las formas que han de seguirse en el procedimiento arbitral y sólo cuando ellas han omitido un pronunciamiento acerca de una formalidad necesaria, entran en juego los principios que al efecto están establecidos en la LAC, en el CPC ó en los reglamentos de los centros de arbitraje (sí se trata de un arbitraje institucional); principio que por lo demás esta establecido en los artículos 26 y 257 de la Constitución Nacional.

En resumen, la libertad de formas tiene como límites el deber de asegurar una tutela judicial efectiva para las partes con la observancia de unos requisitos mínimos que les aseguren los derechos y garantías procesales tipificados en el art. 49 de la CBV (Hung, F. 2001, 67 – 68).

3. CARÁCTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE

Las características que a continuación se presentan son parte de un estudio realizado por algunos estudiantes de la Universidad Católica Andrés Bello, de la Cátedra Seminario sobre Procedimientos Alternativos para la Resolución de Conflictos, dirigidos por Benigno Alarcón, los cuales reúnen y publican diversos trabajos referidos a los MARC (Universidad Católica Andrés Bello, 2004).

- La solución del conflicto es decidida por el árbitro ó árbitros neutrales y específicamente nombrados.
- El arbitraje surge de la voluntad de las partes.
- En el arbitraje hay ausencia de la competencia judicial.
- Su procedimiento se realiza con rapidez y en forma sencilla.
- Rige el principio de economía en el procedimiento arbitral.
- Se precisa la intervención de expertos.
- Los árbitros tienen poder para actuar en virtud del poder que le han otorgado las partes en el acuerdo arbitral.
- Los árbitros se supone resuelven la disputa de una manera judicial.
- El arbitraje es un sistema privado de pronunciar sentencias.
- Son las partes y no el Estado quien controla los poderes y deberes de los árbitros.

- La solución o decisión de los árbitros es final y concluyente y pone término a la disputa de las partes.
- La sentencia de los árbitros obliga a las partes en virtud de un compromiso tácito cuando se acordó el arbitraje, que ellos aceptarían y voluntariamente darían efecto a la decisión de los árbitros.
- El procedimiento arbitral y la sentencia son totalmente independientes del Estado.
- Los tribunales ordinarios sólo intervendrán, y dentro de los confines estrictos de su *lex fori*, para dar eficacia al acuerdo arbitral, para regular el procedimiento arbitral o para dar cumplimiento a la sentencia cuando ésta no ha sido voluntariamente cumplida por las partes.

4. TIPOS DE ARBITRAJE

Nuestra Ley de Arbitraje Comercial en su art. 2 señala: *El arbitraje 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.*

Como puede observarse, la ley distingue entre el arbitraje institucional y el arbitraje independiente, diferenciándose uno del otro, por el desarrollo del

procedimiento arbitral a través de un centro de arbitraje o fuera de éste, siendo las partes a quienes corresponde en el acuerdo arbitral escoger el tipo de arbitraje, es decir, someter la solución del conflicto a un centro de arbitraje comercial, o bien tramitarlo de forma independiente.

El arbitraje institucional, se denomina también arbitraje administrado o por institución permanente.

4.1 ARBITRAJE INSTITUCIONAL

En el arbitraje institucional las partes convienen en someter determinada controversia, a un centro de arbitraje o algunos de los órganos e instituciones enumerados en el artículo 11 de la LAC; y por regla general dichos organismos son instituciones preconstituídas, especializadas, con profesionales de experiencia y prestigio.

Es decir, que el arbitraje institucional es el efectuado por las Cámaras de Comercio y cualquiera otras asociaciones de comerciantes, así como las asociaciones internacionales existentes, las asociaciones vinculadas a actividades comerciales e industriales, las organizaciones cuyo objeto esté relacionado con la promoción de la resolución alternativas de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas, y las demás asociaciones y organizaciones que se creen con posterioridad a la vigencia de la ley en referencia (art. 11 ejusdem).

Dichos órganos deberán prever en sus reglamentos internos al arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias que le sean sometidas a su consideración.

Según la Ley, tales instituciones podrán organizar sus propios centros de arbitraje, lo que representa una incongruencia, según Badell & Grau (1.998, 29), al pretender separar los órganos enunciados en el artículo 11 de los centros de arbitraje. En efecto de acuerdo con el mencionado escritorio jurídico hubiese sido más preciso señalar *que los órganos enunciados en tal norma, actuarán como centros de arbitraje, de conformidad con su reglamento interno.*

Los centros de arbitraje, es la denominación más frecuente utilizada para designar al organismo encargado de organizar la constitución de un tribunal arbitral y proponer a las partes un reglamento de arbitraje, una lista de árbitros preseleccionados y una estructura administrativa permanente (art. 14 de la LAC), a su vez, una de las ventajas que ofrece este tipo de arbitraje, es que, facilita la secretaría y las salas donde han de desarrollarse las reuniones necesarias para el desenvolvimiento del proceso arbitral y para la realización de las audiencias, es decir, que estas cortes de arbitraje o cámaras de arbitraje como también se les denomina aportan su organización, que implica desde la infraestructura hasta los profesionales y normas de procedimiento específicas. El art. 13 de la LAC establece cuales son los requisitos mínimos que deben contener los reglamentos de estos centros.

El pionero en América Latina dentro de este tipo de arbitraje institucional fue el constituido por el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Isidro en la Provincia de Buenos Aires, así como el Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de la Capital Federal y el Tribunal Arbitral de la Federación de Abogados de la República Argentina.

En Venezuela, el precursor de los centros de arbitraje fue la Cámara de Comercio de Caracas. En 1.987, luego de la reforma del Código de Procedimiento Civil, designó una comisión para el estudio de los métodos alternos de solución de conflictos creando en 1.989 un Centro de Conciliación y Arbitraje (CACCC). Y con la entrada en vigencia de la LAC en abril de 1.998, la Cámara de Comercio reactivó su Centro de Arbitraje y nombró una comisión con el fin de reformar el reglamento y adaptarlo a los requerimientos de la nueva ley para cumplir lo dispuesto en su art. 11; quedando vigente a partir del 12 de Agosto de 1.998, el cual fue modificado por última vez el 23 de Febrero de 2003.

Con más reciente data también funcionan en nuestro país el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), creado por la Cámara Venezolano Americana de Comercio e Industria (VenAmCham) y el Centro Venezolano Americano (CVA) el 2 de Agosto de 1.999; y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Maracaibo (CACCM) organismo de arbitraje y mediación adscrito a la Cámara de Comercio de Maracaibo

fundado el 7 de Mayo de 1.998; y también es conocido, el Centro de Arbitraje de la Universidad Católica del Táchira.

Desde este enfoque, la clasificación de un arbitraje como institucional viene dado por la circunstancia de que las partes convengan, al momento de redactar la cláusula o acuerdo arbitral, en dirimir sus conflictos ante una institución arbitral, es por ello que a continuación presentaremos una serie de modelos o cláusulas standars propuestas por los centros de arbitraje existentes, siguiendo al efecto algunos formatos de cláusulas de arbitraje establecidas en El Reglamento del CEDCA, en el Reglamento de la Institución Alemana de Arbitraje, y las cláusulas modelos recopiladas por Sarmiento (1.999, 14 – 15) :

Cláusula Modelo de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional:

Todas las desavenencias que deriven del presente contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este reglamento (Sarmiento. 1.999, 14).

El Acuerdo de Arbitraje Modelo recomendado por el Centro para la resolución de controversias en las Américas (Miami, Florida):

Cualquier disputa, controversia o reclamación que surja de o relacionada con este contrato, o de posteriores enmiendas a este contrato, incluyendo sin limitación, el incumplimiento, la terminación, la validez o invalidez del mismo, o cualquier cuestión no contractual relacionada con el contrato, será finalmente resuelta por arbitraje de acuerdo a las reglas de arbitraje del Centro para la resolución de Controversia Comerciales en las Américas, Miami, Florida, según fueren encomendadas y en vigor de la fecha en que la disputa se presente al centro. El número de árbitros será de....., El idioma que se utilizará en el procedimiento de arbitraje, será El arbitraje se llevará a efecto en..... la decisión del laudo podrá ser presentada en cualquier corte que tenga jurisdicción (Sarmiento. 1.999, 14).

Acuerdo de Arbitraje Modelo propuesto por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACCC):

Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, su ejecución liquidación e interpretación se resolverá de acuerdo al Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, basándose en las siguientes reglas: 1. El Tribunal arbitral estará integrado por un número impar de árbitros. 2. El tribunal decidirá en derecho o equidad. 3. Se le notificará a las partes la existencia de una demanda arbitral mediante (carta, fax, correo certificado, notificación personal etc.)"

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Maracaibo sugiere la misma cláusula que el CACCC con la diferencia que propone como numeral 4. Las Precisiones sobre Medidas Cautelares y Procedimiento (Sarmiento. 1.999, 15).

En este sentido, es importante destacar, que el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Maracaibo, incluye en su reglamento una

cláusula modelo idéntica a la establecida por el reglamento del CACCC.
(Reglamento del CACCM, 2001).

Cláusula de Arbitraje prevista en el Reglamento de la Institución
Alemana de Arbitraje (DIS):

Todos los litigios que se susciten en relación con el contrato (descripción del contrato) o sobre su validez, se solucionaran definitivamente mediante la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la Institución Alemana de Arbitraje, con exclusión de la vía ordinaria. Así mismo, se recomienda la inclusión de las siguientes cláusulas: 1. Lugar en el que se desarrollará el procedimiento arbitral 2. El número de árbitros 3. El Idioma en el que se desarrollará el procedimiento arbitral (Reglamento del DIS, 1998).

Y finalmente, una de las Cláusulas Modelo propuestas por el Centro
Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA):

1. Arbitraje previsto con anterioridad: Para que las controversias que se susciten con relación a un determinado contrato sean resueltas por arbitraje, el contrato deberá incluir la siguiente cláusula:

Cualquier controversia que se suscite en relación con el presente contrato será resuelta definitivamente mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) por uno o más árbitros nombrados conforme a este reglamento (Reglamento del CEDCA, 2000).

2. Arbitraje no previsto con anterioridad: Para los casos donde las partes deseen someter un conflicto a arbitraje aun cuando no se hubiera previsto con anterioridad al nacimiento de la controversia, se recomienda el siguiente acuerdo:

Nosotros, los abajo firmantes acordamos someter la siguiente controversia a arbitraje de conformidad con el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA): (Descripción de la controversia) (Reglamento del CEDCA, 2000).

3. Libro de Aceptación de Arbitraje: El CEDCA, mantiene a disposición de los usuarios un libro oficial en el cual consta una declaración según la cual, cualquier controversia que exista o pudiere existir respecto a cualquier relación jurídica de naturaleza comercial, entre cualquiera de las personas que haya suscrito dicho libro oficial y que no hayan sido exceptuadas expresamente, será resuelta según el procedimiento establecido en su reglamento.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 12 de la LAC, en el arbitraje institucional, todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación, el reemplazo de los árbitros, y en general, todo el procedimiento aplicable, se determinará de acuerdo con el reglamento respectivo del centro de arbitraje; no obstante, según el despacho de abogados Badell & Grau (1.998, 30): "En

atención al art. 15 ejusdem, las partes podrán decidir que el arbitraje institucional se sustancie conforme al procedimiento ordinario pautado en la Ley, para el arbitraje independiente; y que además podrían también determinar las partes que el centro de arbitraje tramite el procedimiento arbitral según las disposiciones convenidas de mutuo acuerdo”.

Continúan estos autores, diciendo que; el procedimiento establecido en la LAC para el arbitraje independiente, se aplicará de manera supletoria al procedimiento consagrado en los reglamentos de los centros de arbitraje.

En definitiva, las fuentes del procedimiento arbitral de los centros de arbitraje serán las siguientes, en relación con el orden jerárquico que se indica: 1. La voluntad de las partes, 2. El reglamento del Centro de Arbitraje, 3. El procedimiento de la LAC.

En otro orden de ideas, el arbitraje institucional ha sido reconocido mundialmente, y existen centros de arbitraje bajo diversas denominaciones; En materia internacional tenemos: La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), La Asociación Americana de Arbitraje (AAA), La Asociación Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) El Comité Alemán de Arbitraje (DAS) y el Instituto Alemán de Arbitraje (DIS), entre otras.

Desde este enfoque, puede afirmarse que estaremos en presencia de un arbitraje institucional, cuando el procedimiento arbitral sea supervisado o

controlado por una institución, normalmente privada, que a su vez administre y promueva el arbitraje.

4.2 ARBITRAJE INDEPENDIENTE

Tal como lo señala el mencionado art. 2 de la LAC, es arbitraje independiente aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje.

En el arbitraje independiente, irritual o arbitraje ad – hoc, como es llamado por algunos doctrinarios, la constitución del tribunal o colegio arbitral y la fijación de las reglas de procedimiento quedan al libre juego de las partes.

El arbitraje independiente, es aquel que se desarrolla con la intervención de tribunales arbitrales designados de acuerdo a lo que al efecto hayan convenido las partes o, en caso de silencio de estas de acuerdo a lo que supletoriamente establezca la LAC. En éste arbitraje tiene una mayor aplicación el principio de autonomía de la voluntad de las partes; ya que estas pueden resolver, de la forma que consideren más conveniente, todos los asuntos relacionados con el mismo.

Este arbitraje se caracteriza por casi una absoluta libertad de las partes con relación a la determinación de las formas y de la mayoría de las reglas que ordenarán el respectivo procedimiento; circunstancia que dota al

arbitraje independiente de un amplio margen de flexibilidad, lo cual permite la más estrecha adaptación al caso particular sometido a decisión. Por otra parte, en el arbitraje independiente existe una mayor inmediación entre las partes y en el nombramiento de los árbitros.

La amplitud de la libertad de formas constituye, una ventaja y una desventaja; ya que si bien goza de una completa adaptabilidad al caso concreto, las partes tienen una mayor necesidad de actividad porque ellas deben darse a sí mismas y también a los árbitros las normas conforme a las cuales éstos llevarán a cabo su cometido y además, deben disponer todo aquello que sea indispensable para que el arbitraje comience.

Las reglas que regulan el arbitraje independiente, pueden haber sido convenidas antes de la aparición del conflicto (en previsión de la posibilidad de surgimiento del mismo) o una vez materializado éste, cuando las partes decidan someter la controversia a decisión arbitral. En este tipo de arbitraje el límite de la autonomía de la voluntad de las partes lo constituye las normas de orden público y las buenas costumbres, dentro de las cuales deben entenderse incluidas las normas que garantizan el derecho al debido proceso.

La LAC Venezolana en su capítulo III contempla la normativa que regula el arbitraje ad – hoc, que será aplicable en defecto de previsión expresa de las partes, es decir que, la mayoría de las disposiciones de la LAC acerca del procedimiento, son de carácter supletorio y se aplican sólo cuando las

partes han omitido pronunciarse sobre un punto considerado por la ley como esencial para el desarrollo del proceso, de igual forma, puede acudirse a su normativa en el caso de que se haya pactado un arbitraje institucional y las partes convengan que se seguirá lo preceptuado en dicho texto legal; o bien en él supuesto que en el Reglamento de un Centro de Arbitraje se haga remisión expresa a su articulado, o cuando en el mismo exista un vacío sobre algún punto resuelto por la LAC.

En el arbitraje independiente se elegirá un número impar de árbitros. Si las partes no lo hicieren se entenderá que son tres; lo deseable es que se designen de común acuerdo, pero de no ser posible, cada parte elegirá su árbitro y estos dos nombrarán a un tercero quien presidirá el Tribunal Arbitral.

El análisis del procedimiento arbitral implica la determinación de temas tales como: Lugar del arbitraje, idioma del arbitraje, todo lo referido a los árbitros, como; clases, número, nombramiento, reemplazo, obligaciones, inhibición y recusación; la instalación del tribunal arbitral, la fijación y depósito de honorarios y gastos, la primera audiencia de trámite, las pruebas, las medidas cautelares, la normativa referente al laudo; entre otras previsiones pautadas en el art. 15 y siguientes de la LAC.

5. TIPOS DE ARBITROS

Los árbitros pueden ser considerados como los protagonistas de la institución arbitral. Una vez que un ordenamiento jurídico ha admitido el sistema arbitral como fórmula extrajudicial de solución de conflictos e independientemente de la falta de perfección o deficiencia de la normativa legal, el mecanismo puede devenir en un contundente éxito o en un resonante fracaso por causas directamente imputables a los árbitros.

Por otro lado, el árbitro es un profesional independiente, experto e imparcial, que las partes eligen libremente para que las escuchen y tome una decisión sobre el asunto que se le presente. El árbitro no es un profesional del arbitraje, es un profesional en un sector determinado y sólo para el caso del arbitraje de derecho se exige que sea abogado en ejercicio. En otros términos, el árbitro ejerce su profesión cotidianamente como cualquier persona y sólo se desempeña como tal cuando las partes lo seleccionan entre un panel que se les ofrece y acepta oficialmente el cargo de árbitro manifestando documentadamente su imparcialidad respecto de las partes y sus representantes legales. Si bien carecen de imperium para la ejecución de sus pronunciamientos, los laudos que dictan son equivalentes a las sentencias judiciales. El juzgamiento del asunto puede confiarse a un árbitro único o a varios árbitros siempre en número impar (art. 608 del CPC) y si no hubiere acuerdo entre las partes en la elección de los árbitros, cada parte

elegirá uno, y los dos árbitros designados elegirán el tercero (art. 610 párrafo 1^{ro} ejusdem) y si alguna de las partes fuere renuente en la designación de su árbitro, o si los dos árbitros no pudieren llegar a un acuerdo para nombrar el tercero, la designación la hará el tribunal (art. 610 párrafo 2^{do} ejusdem).

De igual modo, el art. 16 de la LAC en el Capítulo III referido al arbitraje independiente, establece que las partes determinarán el número de árbitros, el cual será siempre impar, y a falta de acuerdo los árbitros serán tres, pudiendo las partes nombrar conjuntamente los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero, y si las partes no logran un acuerdo en la designación de los árbitros cada parte elegirá uno y el tercero quien será presidente del tribunal arbitral será nombrado por los dos árbitros designados con anterioridad. Si por alguna razón alguna de las partes no quisiere o no pudiere designar su árbitro o si los dos árbitros no pudieren acordar la designación del tercero, cualquiera de las partes puede acudir al tribunal de Primera Instancia Competente 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 1^{ra} instancia. En relación con el arbitraje institucional en los centros privados de arbitraje para la elección de los árbitros; se siguen los lineamientos generales de la LAC con algunas variaciones propias de cada institución.

Así pues, al igual que el Código de Procedimiento Civil en sus arts. 618 y 619, también la LAC establece en su art. 8 que los árbitros, pueden ser de derecho o de equidad.

En efecto, el art. 8 de la LAC establece lo siguiente:

Art. 8: Los árbitros pueden ser de derecho o de equidad. Los primeros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos. Los segundos procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. Si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho. Los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbre mercantiles.

A pesar de la redacción de la norma los árbitros de equidad no podrán decidir con entera libertad, porque el artículo comentado les impone dos limitaciones: Regirse por las estipulaciones del acuerdo arbitral y respetar los usos y costumbres mercantiles.

Al respecto, los arts. 618 y 619 del CPC, pautan lo siguiente:

Art. 618: Los árbitros son de derecho o arbitradores. Los primeros deben observar el procedimiento legal y en las sentencias las disposiciones del derecho. Los segundos procederán con entera libertad, según le parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad.

Parágrafo Primero: Las partes pueden indicar a los árbitros de derecho, las normas y reglas de procedimiento que deban seguir y someter a los arbitradores a algunas reglas de procedimiento. A falta de esta indicación los árbitros de derecho observarán el procedimiento legal correspondiente.

Parágrafo Segundo: En caso de discrepancia entre los árbitros ya respecto de la interpretación del compromiso o de cualquiera de sus cláusulas, ya respecto de alguna regla o forma de procedimiento a seguir, la cuestión será resuelta por el juez natural que se indica en el art. 628. La decisión del juez será dictada sumariamente con los elementos que le sean sometidos, y no tendrá apelación.

Parágrafo Tercero: Si en el compromiso no se indica de alguna manera el carácter de los árbitros se entiende que son arbitradores.

Art. 619: No podrán ser árbitros de derecho quienes no sean abogados en ejercicio.

En el arbitraje de derecho, los árbitros están obligados a aplicar el derecho al caso concreto, les está vedado el juzgamiento contra legem, por tanto deben seguir el procedimiento legal que corresponda. No obstante las partes pueden indicarles las formas y reglas de derecho a seguir, siempre que no contraríen el orden público y las buenas costumbres; y es preciso hacer la salvedad que en Venezuela de acuerdo al art. 619 del CPC, sólo los abogados en ejercicio podrán ser árbitros de derecho y aunque la LAC nada dice al respecto, esta es posterior al CPC y este último sí exige que deben ser abogados en ejercicio. Debemos recordar que el CPC en relación con el arbitramento sigue vigente en todas aquellas materias que no han sido derogadas tácitamente por la LAC. Ahora por el hecho de que la Ley de Arbitraje Comercial guarde silencio en cuanto a la exigencia de abogados en ejercicio para ser árbitros de derecho ¿Podría estar hablándose allí de una derogatoria de la normativa arbitral? No, porque no colide con el CPC, ya

que para que exista una derogatoria de ley debe haber una derogatoria expresa o tácita por otra ley ó conflictos de normas. En otras palabras todo lo que ha sido regulado en la LAC de manera especial y distinta a la forma establecida en el CPC, será entonces regulado por la LAC, y por el contrario todo lo que no haya sido regulado de manera especial por esa Ley de Arbitraje será regulado por el CPC, entonces no podemos obviar la normativa del CPC, aunque la mayoría de ella ha quedado derogada en materia comercial, en materia civil queda vigente.

En nuestro país algunos autores han comentado que, si la LAC no exige ser abogado en ejercicio, entonces no es necesario serlo para el arbitraje de derecho y algo más grave aún sucede en la lista de árbitros de las distintas Cámaras de Comercio existentes en Venezuela, en las cuales no se distingue quienes son abogados en ejercicio y quienes no lo son, lo cual podría configurar eventualmente una causal de nulidad del laudo arbitral que dicten estas personas en un arbitraje de derecho sin ser abogados en ejercicio. De modo que, hasta tanto la jurisprudencia nacional no resuelva esta situación no debería escogerse para este tipo de arbitraje una persona que no sea abogado en ejercicio, ya que la realidad es que mientras tanto no se derogue el art. 619 del CPC, en Venezuela se exige la cualidad de abogado en ejercicio para los arbitrajes de derecho.

Entonces, nos preguntamos ¿Ese abogado en ejercicio debe ser venezolano? Una primera conclusión, nos lleva a pensar que puede ser un

extranjero que se graduó en Venezuela de abogado y que esta inscrito debidamente en el Colegio de Abogados respectivo. Ahora el abogado en ejercicio en el extranjero que no ha hecho ninguna revalida en Venezuela, y tampoco está inscrito en el Colegio de Abogados ni en el inpreabogado no puede ser árbitro de un proceso arbitral en nuestro país; en efecto la Ley de Abogados en su art. 10 establece claramente que un abogado debe estar inscrito en el colegio del Estado en que ejerza, y si por cualquier razón cambia de domicilio ó comienza a ejercer habitualmente en otro Estado debe inscribirse allí; y además el art. 13 de la ley en comento dice que, no se permitirá el ejercicio de la profesión a abogados extranjeros en cuyo país de origen no se le permita el ejercicio del derecho a abogados venezolanos (reciprocidad); claro, estos son los requisitos para ser abogados en ejercicio en nuestro país ¿Pero que pasa con los árbitros elegidos para un arbitraje de derecho? ¿Sucederá lo mismo con los árbitros extranjeros en Venezuela? Pues debería existir la reciprocidad pautada en el art. 13. Por ejemplo: Sí se llega a la conclusión de que en Estados Unidos por una disposición expresa de ley, un venezolano no puede ejercer libremente el derecho y tampoco puede ser árbitro, entonces un norteamericano tampoco podría ser abogado en ejercicio ni árbitro en nuestro país. En cambio, sí a un venezolano no se le permita ejercer el derecho en Estados Unidos pero sí le es permitido ser árbitro, pues en ese caso un estadounidense podría ser árbitro en un proceso arbitral en Venezuela por la reciprocidad que señala el art. 13 de La

Ley de Abogados Vigente, claro está que, para el caso del arbitraje de derecho deberá exigírsele que sea abogado en ejercicio en su país de origen.

Por el contrario el arbitraje de equidad, implica decidir sin las limitaciones impuestas por las reglas y formas contenidas en las regulaciones legales. El art. 13 del CPC permite a las partes que tengan diferencias sobre un asunto, ocurrir de común acuerdo al tribunal respectivo con el fin de que este decida el fondo de la controversia conforme a la equidad.

Uno de los medios procesales que permite este tipo de justicia o derecho natural, es aquel determinado por los llamados árbitros arbitradores, establecidos expresamente en el art. 618 ejusdem, cuyo objetivo es administrar justicia, aplicando como fundamento de su decisión, criterios establecidos en la conciencia del hombre común. En el arbitraje de equidad puede el árbitro dar la decisión que le parezca más justa.

Los árbitros de equidad, arbitradores o amigables compondores, a diferencia de los de derecho, no están obligados en principio; en la sustanciación del procedimiento a seguir ninguna norma jurídica, pueden por consiguiente efectuar esa tramitación de la manea que consideren más conveniente pero manteniendo en todo caso la imparcialidad a la que están obligados; pero las partes pueden proveer ciertas reglas convencionales para facilitar la sustanciación del procedimiento arbitral.

La adopción de algunas normas convencionales de carácter procedimental no les otorga a los árbitros arbitradores la cualidad de árbitros de derecho, pues lo determinante de todo es que pueden decidir el mérito del asunto atendiendo a la equidad.

Es importante saber el concepto de equidad que maneja la persona a la cual que se le ha conferido el poder de decisión sobre un determinado asunto, ya que mientras más clara esté su opinión al respecto, podrá ofrecer un dictamen más igualitario, justo y conveniente para las partes involucradas en el proceso arbitral.

A tal efecto el civilista español Ruiz, R (1.991) menciona que el término equidad puede entenderse así:

a) Como medio interpretativo, el cual se utiliza para comprender el significado de la ley, b) Como moderador en la aplicación de las normas, suavizando o restringiendo su amplitud lógica – gramatical, c) Como medio para matizar el rigor natural de algunas leyes permitiendo su adecuación a situaciones concretas, d) Para decidir por sí misma y sin auxilio de otras fuentes de derecho, el caso planteado (p 320).

El autor citado afirma que en este último supuesto, la equidad es utilizable sólo cuando así lo dispone la norma jurídica que remite a la utilización de la equidad, o bien porque actúa como una manifestación de los principios generales.

Por su parte, los autores Díez y Guillón (1.998, 107) señalan lo siguiente: "Moderadamente se ha utilizado la fórmula de equidad para designar un modo de proceder jurídico que se desvincula de las reglas de derecho. Este modo de proceder es jurídico, en cuanto se resuelven conflictos que son jurídicos, pero se hace sin atender a una aplicación rigurosa de normas jurídicas"

En este contexto específico, parece algo forzado aceptar, como principio general, un arbitraje que omite la aplicación de la norma jurídica aplicable; solución a la cual consideramos posible llegar únicamente cuando existe una expresa y no equivoca manifestación de voluntad en tal sentido.

6. CONCEPTO DE ARBITRAJE

Como primera aproximación podemos precisar el arbitraje como un mecanismo mediante el cual las partes, someten la solución de todas o algunas de sus controversias a la decisión de los árbitros. Etimológicamente arbitraje proviene del latín *arbitratus*, de arbitrar, arbitraje y de *arbitrium*, que significa arbitramento (Universidad Católica Andrés Bello, 2004).

Existen numerosos conceptos de arbitraje, para los efectos de esta investigación se considera que la más importante es la de los autores Chillón, J y Merino, J (1.991) para quienes el arbitraje es:

Aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen que una cierta controversia específicamente determinada, existente entre ellas, sea resuelta, conforme a un procedimiento legalmente establecido, por tercero o terceros, a los que se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea ésta dictada conforme a derecho o conforme a equidad (p 102 – 107).

De acuerdo con Longo, P (2004, 130) el arbitraje consiste en:

Un derecho constitucionalmente consagrado, según el cual, toda persona natural o jurídica, en vez de acudir al ámbito de la tutela jurisdiccional de su interés, compromete consensualmente la solución de determinados conflictos, de común acuerdo con las demás personas involucradas y dentro de los límites que la ley establece, a fin de permitir la intervención decisoria de un árbitro único o un colegio de árbitros, especialmente contratados por las partes, los cuales, a través de un procedimiento que puede ser legal o convencionalmente establecido, concluyen en el pronunciamiento de un laudo arbitral.

Según el Diccionario Jurídico Temático de Derecho Procesal (2000) el arbitraje es:

Una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio dada por un 3^{ro} imparcial, un juez privado o varios, generalmente designados por las partes contendientes (en ausencia de su consentimiento, el nombramiento será hecho por el juez público nacional), siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva, tiene un ritual menos severo que el del procedimiento del proceso jurisdiccional. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina laudo, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, según las diversas variantes que se presenten (p 32).

Tomando como base los conceptos estudiados, podríamos considerar que el arbitraje es:

Un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, conforme al cual dos o más personas, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, acuerdan someter a un tercero imparcial llamado árbitro la resolución de su controversia, conflicto que, de acuerdo a lo que dispongan las partes, puede ser resuelto conforme a derecho o acorde a la equidad; y siguiendo el procedimiento previamente fijado por las partes o de acuerdo a la ley, decide la controversia mediante un laudo arbitral que es de obligatorio cumplimiento para las partes (Cámara de Comercio de Caracas, 2004).

Debe tomarse en cuenta que en Venezuela, el arbitraje sólo es admisible en aquellas materias susceptibles de transacción que surjan entre personas con capacidad para transigir, y además que el arbitraje no se limita a la materia comercial, sino que se permite el arbitraje en todas aquellas materia que no estén prohibidas por la ley. En este sentido la regla rectora en materia de arbitraje es la prevista en el art. 608 del CPC, que aprueba el arbitraje en todas las controversias, con tal que no sean cuestiones sobre estado y capacidad de las personas, ni sobre los demás asuntos sobre los cuales no cabe transacción; y por argumento en contrario pueden someterse a arbitraje todas aquellas disputas donde se permite la transacción.

CAPITULO III

MEDIDAS CAUTELARES EN EL JUICIO DE ARBITRAJE PREVISTO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

En el juicio de arbitramento no establece el Código de Procedimiento Civil disposición alguna que nos permita afirmar o negar la posibilidad de medidas cautelares, por lo tanto se requiere desentrañar la naturaleza de dicho procedimiento, y así poder determinar si las mismas son procedentes.

1. EL ARBITRAJE EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

1.1 GENERALIDADES

Las disposiciones sobre arbitraje contenidas en los artículos 608 al 629 del CPC (Libro Cuarto de los Procedimientos Especiales, Parte Primera, Título I Del Arbitramento) tienen una diferencia fundamental con respecto al tratamiento que se daba a la institución en el Código derogado (artículos 502 al 522 del CPC promulgado el 4 de julio de 1916). El rasgo diferencial o nota característica del nuevo tratamiento consiste en la obligatoriedad del acuerdo conforme al cual las partes convienen en someter a particulares el conocimiento y la decisión de una determinada controversia jurídica. En

efecto, de acuerdo al Código derogado, no obstante que las partes acordaran dirimir un determinado conflicto jurídico por medio de árbitros, para hacer efectivo dicho convenio, la parte que quería hacerlo valer, debía acudir al órgano jurisdiccional competente y hacer una solicitud formal para exigir la constitución del tribunal arbitral. La parte requerida podría no comparecer ante el órgano jurisdiccional o comparecer y negarse a celebrar el compromiso arbitral. En ambos casos, el convenio arbitral quedaba sin efecto y era necesario, para quien deseaba hacer valer su derecho subjetivo, ocurrir a la jurisdicción ordinaria, lo que se traduce en la falta de obligatoriedad del compromiso arbitral, es decir, las partes no podían ser obligadas a formalizar el compromiso.

Al respecto, uno de nuestros más destacados comentaristas expresa que:

El arbitramento es una institución de derecho natural... (Omissis)... El Estado reconoce así la validez y legitimidad del contrato de comprometer; pero como los particulares no podrían sin peligro del orden social, ejercer por sí mismos la función soberana, delegada en los Poderes Públicos de investir a los árbitros de la autoridad pública indispensable para ejecutar sus decisiones, a reservado la jurisdicción ejecutiva a los jueces y tribunales ordinarios, limitando la de los árbitros al mero conocimiento y decisión de los litigios... (Omissis)... El compromiso debe ser auténtico y constar por tanto de escritura pública o privada reconocida, trátese de un contrato solemne... (Omissis)... Entre nosotros como la ratificación ante los tribunales ordinarios es lo que perfecciona el compromiso, éste no es hasta entonces sino una promesa que requiere confirmación, y que la falta de ésta no acarrea responsabilidad alguna al compromitente; pues solo después de fijadas, ante los jueces ordinarios, las cuestiones que se someten al

arbitramento y de nombrados los árbitros, es que las partes quedan definitivamente ligadas por el pacto compromisorio” (Borjas. 1 973, 11 – 28).

La situación comentada constituye la tradicional diferenciación que realizaba el Código de 1.916, con relación a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral. La primera, tenía su nacimiento antes de que surgiera divergencia alguna, siendo una cláusula dentro de un contrato de otra naturaleza; mientras que, la segunda era un documento nacido para tal fin, es decir para pactar y regular un arbitraje ante una controversia que ya se ha materializado, cuya fuente no es necesariamente contractual. Pero, lo que realmente causa perplejidad en la actualidad es constatar que tanto el CPC derogado como los anteriores a él, hayan exigido, para la formulación de la cláusula compromisoria; la necesidad de redacción de un documento con determinadas características formales de contenido y otorgamiento; erigiendo las formalidades a requisitos *ad solemnitatem*, y, no obstante el cumplimiento de tales exigencias legales, hayan concluido negando todo carácter obligatorio a las estipulaciones contenidas en dicho documento formal en caso de que ambas partes no acordaren, ante el órgano jurisdiccional competente, la formalización del compromiso arbitral. Ante esta circunstancia, el arbitraje no logró consolidarse como medio alternativo de resolución de conflictos, pues resultaba sencillo sustraerse del compromiso

arbitral, sin que hubiese posibilidad legal de constreñir el cumplimiento de la cláusula de compromiso arbitral.

Por otra parte Henríquez, R (2000) considera que:

El Código de Procedimiento Civil prevé en los artículos 608 y siguientes, en forma fragmentaria e incompleta las reglas sobre arbitramento, adoleciendo de lagunas legales sobre cuestiones importantes... (Omissis)... El arbitramento se mantuvo en desuso en el país a raíz del artículo 504 del Código de Procedimiento Civil de 1.916 que posibilitaba la rebeldía unilateral frente a la decisión de validez del compromiso (p 127 – 128).

Afortunadamente tanta incongruencia terminó con la promulgación y entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1.987, con el cual se logran importantes avances en esta materia, pues el art. 609 de dicho ordenamiento establece que de negarse una parte a cumplir el compromiso arbitral, la otra puede presentar ante el tribunal que deba conocer o esté conociendo el asunto, el instrumento en el cual conste dicho compromiso, expresando las cuestiones que por su parte quiera someter al arbitramento, luego de lo cual se ordena la citación de la parte renuente para que conteste acerca del compromiso en el quinto día siguiente.

Luego puede ocurrir que el requerido: a) Acepte el compromiso, en cuyo caso debe señalar las cuestiones que desea someter a arbitramento, y al día siguiente se procederá a la elección de los árbitros; b) No asista, y en este

supuesto la cláusula se tiene por válida y se procederá a la elección de los árbitros, quienes decidirán ateniéndose a las cuestiones sometidas a arbitraje por el solicitante; o c) Niegue la obligación de someter la controversia a arbitraje, hipótesis en la cual el tribunal abrirá una articulación probatoria de quince días y decidirá dentro de los cinco días siguientes. Este fallo es apelable en ambos efectos, y contra la decisión del Juez Superior no es admisible el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el 611 del CPC. Si fuere establecida la validez de la cláusula compromisoria, la controversia se sustanciará mediante el procedimiento de arbitraje previsto en el indicado Código, y el laudo que le ponga fin, si fuere de derecho, será inapelable, salvo pacto, en contrario, por disposición del 624 ejusdem. Con esta reforma se imprime mayor eficacia al arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, y se permite el control de la arbitrariedad de las partes respecto del cumplimiento de la obligación adquirida con anterioridad. (Sentencia Nº RC – 0082 de la Sala de Casación Civil del 8 de Febrero de 2002, con Ponencia de Franklin Arriechi; en el juicio de Hanover. P.G.N. Compressor C.A, contra Consorcio Consaconveca).

En el presente se evita distinguir entre una y otra (cláusula compromisoria y compromiso arbitral), por lo que se denomina como acuerdo de arbitraje, todo pacto o convenio entre sujetos de derecho para acudir a un arbitraje, lo cual engloba a las dos categorías anteriormente referidas, el cual debe cumplir con una serie de requisitos de forma y fondo que cada

ordenamiento jurídico exige, y que por lo general están referidos a la capacidad jurídica y el consentimiento de las partes que lo suscriben, el objeto de la controversia, el contenido del acuerdo, la forma del respectivo documento, entre otras.

1.2 CAMPO DE APLICACIÓN

Antes de la vigencia de la LAC; la regulación sobre arbitraje contenida en el CPC, era aplicable a la resolución de conflictos intersubjetivos referentes a toda clase de materias, con la única excepción de las cuestiones que versaran sobre el estado y capacidad de las personas y sobre asuntos en los cuales no fuere admitida la transacción, es decir cuando la controversia trascendiera a materias de interés general o de orden público, pues en estos casos será necesaria la intervención formal del poder judicial. Pero con la entrada en vigencia de la LAC, ha decir de Hung (2001), queda reducido el campo de aplicación del CPC ya que cuando la materia objeto de la controversia es considerada comercial, serán de aplicación preferente las normas contenidas en la LAC.

Sin embargo, Mezgravis (2002) considera absurdo pensar que si una controversia no es esencialmente comercial no puede ser regulada por una cámara de comercio o por la LAC ó por el contrario; si una disputa es eminentemente comercial no pueda ser reglamentada por el juicio de

arbitraje establecido en el CPC, dado que, el mismo Código de Procedimiento Civil en su art. 618, establece que las partes basándose en el tan nombrado principio de la voluntad de las partes pueden escoger el procedimiento que les resulte más conveniente; de manera que si ellas están en un arbitraje de naturaleza civil, pero desean aplicar las normas de procedimiento de una determinada cámara, ello no va a transformar la naturaleza de la controversia de civil a comercial; y tampoco resulta incompatible esa aplicación ¿Por qué? Porque el mismo CPC, que regula el arbitramento, permite con absoluta libertad que las partes escojan las normativas del procedimiento que mejor se adapten a sus necesidades, y es el CPC, quien le abre las compuertas a la autonomía de la voluntad de las partes y eso permite que las mismas incorporen a sus contratos esa normativa de naturaleza neutra.

En definitiva, según el Código de Procedimiento Civil, las partes tienen la posibilidad de elegir libremente las reglas de procedimiento que han de aplicarse, de manera que, como se indico anteriormente, sí es un arbitraje civil pueden las partes decidir la aplicación de las estipulaciones contenidas en el reglamento del CEDCA ó del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas ó de la Ley de Arbitraje Comercial, e igualmente en una disputa de carácter netamente mercantil pueden las partes en base al principio de la autonomía de la voluntad elegir las reglas establecidas en el

CPC para desarrollar el procedimiento arbitral, y por ello la controversia no perdería su naturaleza civil o mercantil, según sea el caso.

1.3 CARÁCTERÍSTICAS DEL ARBITRAMIENTO

El Código de Procedimiento Civil de 1.987, al igual que sus precedentes, no define el arbitraje. Sin embargo, el análisis de sus disposiciones permite enunciar con facilidad sus características (Matthies, 1996). En efecto:

- Es un procedimiento especial regulado por los artículos 608 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.
- La rapidez y la celeridad son las principales motivaciones para que dos o más partes en conflicto elijan la vía arbitral para solucionar sus controversias. Poco o nada se ganaría si los árbitros estuvieran sujetos a las mismas formalidades, exigentes y preclusivas, de los juicios ordinarios.
- Es indispensable el que dos o más partes en previsión de uno o varios conflictos o en presencia de los mismos, manifiesten su intención inequívoca de someterse al régimen especial previsto en el Código de Procedimiento Civil para el arbitramento.
- El arbitramento sólo puede versar sobre asuntos que puedan ser objetos de transacción. En consecuencia, no puede recaer sobre

cuestiones de estado y capacidad, ni sobre otras materias de orden público.

- Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio.
- El cargo de árbitro, una vez aceptado es irrenunciable. El árbitro que sin causa legítima se separe de su cargo será responsable penalmente por el delito de denegación de justicia.
- Los árbitros son de derecho o arbitradores.
- El nombramiento de los árbitros se hace en el tribunal.
- Dictado el laudo debe ser consignado en el tribunal para su ejecución. (art. 625 del CPC).
- Las partes pueden abreviar o concentrar actos procesales en beneficio de la ligereza del proceso mismo.
- A falta de estipulación expresa, no se concede apelación ni a los laudos dictados en derecho ni a los dictados en equidad (art.624).
- Las partes pueden indicar a los árbitros de derecho, las formas y reglas de procedimiento y someter a los arbitradores a algunas reglas de procedimiento. A falta de esta indicación los árbitros de derecho observarán el procedimiento legal correspondiente (parágrafo primero del art. 618 del CPC).
- La reforma procesal de 1.987 fue incompleta, porque nada dice sobre el procedimiento probatorio en el arbitraje, sólo señala el parágrafo

tercero del art. 614 del CPC que al día siguiente de la constitución del tribunal arbitral comenzará a correr el lapso probatorio ordinario que se computa por días hábiles, es decir, 15 días para promover, 3 días para oponerse y 30 días para evacuar los medios de prueba, lo que a nuestro entender atenta contra la celeridad que se busca en el proceso arbitral. Es muy conveniente que las partes tomen en cuenta las deficiencias del CPC para determinar entre las reglas que deben seguir los árbitros todo lo relativo a la fase probatoria, incluyendo, naturalmente, todo lo pertinente a la promoción, admisión y evacuación de pruebas.

- En Venezuela, el arbitramento significa que la sustanciación del procedimiento se hace ante los árbitros, siempre nombrados con concurrencia del juez.

2. MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAMENTO

Para todos son conocidas las medidas cautelares destinadas a garantizar la sentencia final y evitar que alguna de las partes sé insolvente en el curso del procedimiento. En Venezuela, tanto el Código de Procedimiento Civil anterior como el vigente nada establecen sobre la posibilidad de que los árbitros o el juez (ante quien se hubiere constituido el arbitraje) decreten una

medida cautelar en contra de una parte de la que se tengan graves indicios de estarse insolventando.

Si nos remitimos al capítulo referido a las medidas cautelares, el Código parece aclarar que sólo el juez tiene las facultades para decretarlas, pero no dice que las pueda dictar en procedimientos especiales como lo es el arbitraje.

Matthies, F (1.996), considera que: "Una de las partes tendría que hacer una solicitud de medidas cautelares a uno de los árbitros para que éstos, de estar de acuerdo con la medida, soliciten al juez su ejecución" (p 64 – 65).

La posición de Matthies (1.996) no es en sí una novedad. Así, en los comentarios referidos al Código de Procedimiento Civil de Austria; leemos: "Los árbitros son en principio los jueces de su propia competencia. Sin embargo no tienen el poder de imponer medidas provisionales y cautelares de protección. En caso de necesidad deben enviar una solicitud en tal sentido al tribunal competente. En situaciones de urgencia, hasta las partes pueden hacer la solicitud de tales medidas al tribunal competente" (Matthies. 1996, 65).

En otro orden de ideas, Gabaldón (1.987) piensa que tales medidas son factibles desde todo punto de vista en el proceso arbitral del CPC.

El Código actual (art. 622) al igual que el anterior, sólo establece un deber genérico de los tribunales ordinarios o especiales como de las demás autoridades públicas de colaborar con los árbitros en su función. Por ello a

pesar de las diversas opiniones doctrinarias, queda abierta la interrogante si ante un juicio de arbitramento un juez se sentirá con la autoridad de decretar una medida de este tipo.

En el plano del arbitraje civil internacional las medidas cautelares también parecen tener dificultades en su implementación. El alemán Schlosser (1.989), citado por Matthies (1996, 65), se lamenta de una decisión adoptada por el tribunal Cantonal en Ginebra el 6 de Mayo de 1.983, el cual negó una solicitud de este tipo con los siguientes argumentos: "Las partes al someterse al arbitraje internacional privado, conscientemente aceptan de antemano que el mecanismo de solución de la disputa no conduce a un pronto aseguramiento de las cuestiones esgrimidas. Más bien han escogido una vía que se sitúa al margen de toda justicia estatal, y con ella de la protección preliminar que ella pueda ofrecer".

Complacido, se siente en cambio Schlosser (1.989) citado por Matthies (1996, 65) con la evolución de este tema en Francia y en los Estados Unidos. Para el caso de Francia, destaca el autor la reforma del Código de Procedimiento Civil Francés de 1.981 y en especial la facultad conferida a los jueces en el arbitramento de ordenar lo que en dicho ordenamiento se conoce con el nombre de *provisión*. Para el caso de los Estados Unidos cita el ejemplo de la compañía Sperry International vs. Un Banco Israelí; en el que los árbitros ordenaron que la suma en disputa fuese depositada en una

cuanta bancaria bloqueada hasta que el laudo definitivo estableciere los derechos y obligaciones de ambas partes.

Otro autor alemán, Borris (1.987) citado por Matthies (1.996, 66) es más vacilante en su análisis de la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos en cuanto a la admisibilidad de las medidas cautelares en el juicio de arbitramento. El precitado autor piensa que las medidas precautelares no son posibles en el procedimiento arbitral norteamericano, sea éste nacional o internacional, a excepción de las medidas de embargo y secuestro en el área de arbitraje marítimo o de comercio marítimo, en donde son concedidas con facilidad. Comenta Borris (1.987) citado por Matthies (1.996, 66) el caso de *McCreary Tire & Rubber Co. vs. Ceat*, en el que el tribunal judicial niega la procedencia de medidas de este tipo basándose en el fundamento de que; el arbitramento es un procedimiento en el que las partes desean excluir la intervención judicial, sin embargo, menciona un precedente judicial contrario *Carolina Power & Light Co. vs. Uranex* en el que un tribunal californiano considera procedentes medidas cautelares solicitadas al dictaminar que su negativa le restaría eficacia al procedimiento arbitral.

Explana Schlosser (1.989) citado por Matthies (1.996, 65) que las medidas precautelares (como las llaman en Alemania) deben equipararse a laudos arbitrales parciales y que ambas son susceptibles de exequátur o reconocimiento en otros países. Cabe advertir que la medida cautelar de los jueces o árbitros americanos lleva por título: Laudo arbitral parcial.

En lo que respecta a Venezuela, se planteó ante la extinta Corte Suprema de Justicia una solicitud formulada por un tribunal arbitral con sede en California (Integrity Insurance Company vs. Seguros Orinoco) para que la compañía venezolana depositara en los Estados Unidos 1.300.000,00 \$ como garantía de las resultas del juicio. La Corte dio entrada a la solicitud, pero hasta la fecha de hoy ha omitido pronunciarse sobre su admisibilidad y en consecuencia sobre su ejecución en Venezuela (Matthies. 1.996, 66).

Sobre la base de los anteriores comentarios Feo, R (1.962) se pregunta:

¿Podrán promoverse ante los árbitros incidencias, como la tacha de documentos por falsedad, ó solicitarse un secuestro, arraigo o afianzamiento? A lo que responde: Respecto de los arbitradores, ellos obran libremente atendiendo al interés de las partes. Es decir que salvo pacto en contrario podrán aceptarse este tipo de incidencias; claro está sometiéndolas a reglas aplicables al caso. En cuanto a los árbitros de derecho es indudable que deben admitirlas, sustanciarlas y decidir las legalmente. Más, si debiere darse ejecución a alguna interlocutoria, los árbitros deberán pasarla autenticada al tribunal llamado a ejecutarlas para que, con las formalidades legales proceda a ello (p 12).

En razón de los argumentos expuestos con anterioridad, Matthies, F (1.996) considera que: "En una próxima reforma del Código de Procedimiento Civil deben aclararse éste y otros puntos que han quedado abiertos en el CPC de 1.987" (p 66). Y continua este autor diciendo que; en Venezuela, en el juicio de arbitramento, deberán ser los jueces quienes

dicten siempre las medidas cautelares, o luego del laudo, las medidas ejecutorias.

Sin ir más lejos, que hacer, por ejemplo, si una empresa constructora paraliza la obra por falta de acuerdo en determinadas cuestiones con la promotora, implicando dicha suspensión un posible riesgo inminente para la seguridad ciudadana, por cuanto comienza la época de lluvias y pelagra la estabilidad de la estructura ya realizada. ¿Y si una de las partes involucradas en un conflicto surgido en el ámbito del comercio nacional o internacional pretende hacer desaparecer su patrimonio mediante una transferencia de fondos al extranjero, para evitar que un laudo arbitral, dictado en su contra, pueda hacerse efectivo? ¿Quién estará legitimado para ordenar una medida cautelar en relación con un procedimiento arbitral? ¿El árbitro? por ser quien está conociendo del fondo del asunto ¿O, por el contrario el juez? que es quien dispone de la prerrogativa del poder público, ¿qué sucede si una medida para ser efectiva debe dirigirse contra un tercero ajeno al convenio arbitral? ¿Cómo se articula correctamente la intervención del juez antes, durante y después de un procedimiento arbitral? Y, sobre todo, ¿Cómo frenar, por ejemplo, el uso de tácticas dilatorias por una de las partes? ¿Qué tipo de medidas se ajustan más y mejor a los problemas concretos que se van planteando en el ámbito de las relaciones comerciales nacionales e internacionales? ¿Qué presupuestos o requisitos se exigen para adoptar las medidas cautelares en apoyo del arbitraje? ¿Son estos de obligatorio

cumplimiento? Estas y muchas más son las preguntas que, hoy por hoy, están en la mesa de trabajo de la mayoría de los cuerpos legislativos del mundo, pero sobretodo que justifican la elaboración de la presente investigación monográfica.

3. SISTEMAS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAMENTO

La admisibilidad de las medidas cautelares en materia de arbitramento, desde el punto de vista jurídico, no se ha resuelto de manera uniforme, sino que se conocen varios sistemas a saber: (Sarmiento. 1.999, 58 – 59).

- *Los ordenamientos que las han prohibido expresamente:* El Código Procesal Brasileño, en el art. 1086, dispone que le está prohibido al tribunal arbitral emplear medidas cautelares coercitivas contra las partes y contra los terceros. En este caso, el arbitraje a que se refiere el mencionado Código es de naturaleza jurisdiccional, más sin embargo es primordial aclarar que esa sección del CPC brasileiro fue derogada por la Ley de Arbitraje N° 9307/96; por lo que, actualmente en el Brasil el arbitraje es disciplinado únicamente por esa ley, que en líneas generales sigue el modelo Uncitral, y señala que habiendo necesidad de medidas coercitivas o cautelares, los árbitros podrán

solicitarlas al órgano del Poder Judicial que sería originariamente competente para el conocimiento de la causa.

- *Los ordenamientos que las permiten expresamente:* El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, tal y como su nombre lo indica, es un Código tipo, no vigente en ningún país, pero constituye una valiosísima fuente del Derecho Comparado y establece en su art. 367. 2 que las partes pueden, y en su caso el tribunal arbitral, solicitar al tribunal judicial que adopte medidas cautelares.
- *Los ordenamientos que permiten la adopción de medidas cuando el laudo es impugnado o en la etapa de ejecución:* En este sentido el Código Procesal Civil Panameño permite, en el art. 1441, que la parte en cuyo favor se dictó la decisión, pueda obtener medidas cautelares sin necesidad de caución en aquellos casos en que el laudo ha sido impugnado; y el Código de Trámites Guatemalteco, en el art. 293 permite la ejecución provisional, previa caución.
- *Existe, finalmente otro sistema, que es el contenido en el Código de Procedimiento Civil Venezolano, el cual silencia todo pronunciamiento del tribunal arbitral acerca de las medidas cautelares.* En este sentido se ha interpretado tradicionalmente, y fue durante muchos años motivo suficiente para descalificar el procedimiento arbitral pautado en el CPC, y dado que el legislador procesal no facultó expresamente al

tribunal arbitral para decretar este tipo de medidas, ello le estaba vedado. Al respecto, Sarmiento, C (1.999) expresa:

... Hay que interpretar que, ante el silencio del legislador, el tribunal tiene facultad plena para decretar medidas cautelares al no haberle sido limitada tal potestad. Por consiguiente estimamos que es factible que, en un procedimiento arbitral regido por el Código de Procedimiento Civil Venezolano, el tribunal arbitral puede decretar este tipo de medidas siempre que concurren el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, o cuando el actor constituya alguna caución de las permitidas por el art. 590 del Código de Procedimiento Civil (p 59).

Otros autores patrios piensan que tratándose del arbitramento, las partes deberían recurrir a los tribunales ordinarios en solicitud de cualquier medida cautelar e informar posteriormente al árbitro, cuestión está que no interferiría en su potestad para conocer el fondo del asunto. Pero, frente a esta posición existe otra que reconoce a los tribunales arbitrales la facultad para dictar medidas cautelares en concurrencia con los tribunales ordinarios y para ello debe exigirse una cláusula que atribuya tal poder a los árbitros.

Tenemos que establecer que como características fundamentales de las medidas cautelares están: la instrumentalidad, la temporalidad y la anticipación a la ejecución, en este caso del laudo arbitral. La medida cautelar se subordina siempre, a un proceso principal existente o futuro; además no es definitiva no está llamada a perdurar, sino que su existencia viene limitada como máximo, a la duración del proceso principal.

Ahora bien, la orientación jurídica tradicional, en materia de arbitraje, reconoce al árbitro la facultad de decidir, pero no la de ejecutar, es decir que, la mayoría de los doctrinarios consideran que; la ejecución esta reservada a los tribunales ordinarios, y es por ello que, las medidas cautelares en el arbitraje constituyen uno de los campos típicos de colaboración entre los tribunales ordinarios y los tribunales arbitrales, con las funciones bien diferenciadas. Así mismo, las medidas cautelares pueden pedirse y decretarse desde que el tribunal asume su competencia hasta antes de dictar el laudo. El tipo de medidas, el cómo y el cuándo, es tarea del legislador nacional.

En efecto, El Código de Procedimiento Civil vigente en nuestro país no establece disposición alguna sobre las medidas cautelares en el arbitraje, lo que representa un inconveniente para el arbitramento, ya que la adopción de medidas cautelares por parte del árbitro, sería una gran herramienta para obtener una solución efectiva del proceso.

4. MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE DE EQUIDAD

El árbitro, incluso el de equidad, debe decidir conforme a las garantías constitucionales individuales, sociales, económicas y políticas. Los derechos fundamentales no son exclusivos de la justicia pública ni ajenos a la privada, por eso el árbitro debe respetar los derechos indeclinables de las personas

que juzga, desaplicando las estipulaciones o normas legales que sean contrarias a la Constitución.

En efecto, en el arbitraje de derecho, el árbitro utiliza como medio de establecer justicia, el contenido de la Ley y la interpretación discrecional de la misma, es decir, debe observarse el procedimiento legal cuando haya ausencia de señalamiento ó el procedimiento establecido por las partes en cuanto a las reglas y a las formas (parágrafo primero del art. 618) En el caso del arbitraje de equidad, sólo la discrecionalidad, sin ningún parámetro que ate el juicio valorativo del árbitro. Pero tal diferenciación, no obvia la necesidad de que ese conflicto de intereses amerite adoptar previamente medidas que aseguren la efectividad de la decisión que, con certeza da el árbitro. De manera que, aún y cuando el propio CPC, no establezca en el juicio de arbitramento ninguna estipulación sobre las medidas cautelares, consideramos que en aras de asegurar el debido proceso, que sin duda alguna es también una tarea del árbitro de equidad, debe permitirse a este decretar medidas preventivas que tiendan a garantizar la justicia en el caso concreto, por lo que no hay razón para negar la adopción de providencias preventivas en el arbitraje de equidad.

Las consideraciones anteriores parten de la premisa de la autonomía de la voluntad de las partes, son ellas quienes deben en el respectivo acuerdo arbitral dotar a los árbitros de equidad de tal potestad cautelar, por lo que no hay la menor duda de que las partes pueden indicar a los árbitros

arbitradores que se abstengan de decretar medidas cautelares o pueden establecer regulaciones expresas y distintas en esta materia. Pero, en caso de silencio de las partes, la respuesta es más compleja: ¿Qué se entiende por procedimiento legal? ¿Estará incluida la expresión medidas cautelares en la expresión procedimiento legal? ¿Pueden los árbitros de equidad dictar medidas preventivas, ante el silencio de las partes sobre ese aspecto?

Cuando los árbitros actúan como árbitros de derecho asumen la posición de juez, y el instrumento jurídico que producen es una verdadera sentencia, de modo que no es extraño que puedan dictar medidas cautelares toda vez que tal institución está prevista para garantizar la ejecución del fallo a dictarse, cosa que no excluye el fallo de los árbitros de derecho. Por tanto, cuando los árbitros de derecho toman una decisión, ésta asume la forma de una verdadera sentencia, y dentro de las posibilidades humanas puede correrse el riesgo de que tal decisión quede ilusoria, motivo por el cual dichos árbitros pueden asegurar su fallo preventivamente haciendo uso del poder cautelar. Ningún motivo es suficiente para excluir el campo de las medidas cautelares de la noción de procedimiento legal que indica el art. 618 del CPC. Cuando el arbitraje es de equidad (árbitros arbitradores) *procederán con entera libertad, según les parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad*, siendo ello así, debe acudirse a la regla general, esto es, al principio general de las medidas cautelares: *evitar que la ejecución del fallo quede* ilusoria, en cuyo caso lo

que deberá protegerse es el fallo definitivo que debe dictar el árbitro arbitrador, y por consiguiente puede afirmarse la procedencia de todas las medidas cautelares previstas en la ley, cuestión que se reafirma cuando se deja a la entera libertad de los árbitros, libertad que indudablemente incluye la posibilidad de decretar medidas cautelares.

Se discute si estos árbitros arbitradores, podrán variar las instituciones cautelares, esto es, si podrán decretar embargos de *inmuebles*, secuestros sobre bienes *no litigiosos*, prohibición de enajenar y gravar sobre todos los bienes del afectado, etc. A pesar de la indicación legal sobre la completa libertad de los árbitros, hay principios de insoslayable cumplimiento: Las normas constitucionales son irrelajables, y las formas de los actos procesales, los principios de orden público, y la naturaleza de las instituciones deben ser respetadas, y por ello mismo, las instituciones cautelares deben ser observadas, aun cuando puedan variarse los procedimientos. En caso contrario, el arbitraje se constituiría en la primera negación del estado de derecho (Ortíz, 2002).

Para finalizar, debe asegurarse la potestad cautelar de los árbitros de equidad.

5. LA NECESARIA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LAS DIFERENTES FASES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Con el objeto de que el arbitraje constituya una vía de resolución de controversias tan eficaz e incluso más que la judicial se hace imprescindible, en algunas ocasiones la asistencia de los jueces. Tanto es así que, a lo largo del desarrollo del procedimiento arbitral, e incluso antes de que este se inicie, puede resultar fundamental la intervención de los jueces, ya sea entre otras razones, para la ejecución de una medida cautelar, para la evacuación de las pruebas necesarias, para la ejecución forzosa del laudo; para conocer del recurso de nulidad contra el laudo, ello de acuerdo en lo preceptuado en la Ley de Arbitraje Comercial. Así mismo, el art. 622 del Código de Procedimiento Civil pauta: "Los tribunales ordinarios o especiales; así como las demás autoridades públicas están en el deber de prestar a los árbitros toda la cooperación que sea de su competencia para que puedan desempeñar bien su cargo". Claro está, en el arbitramento tal y como está establecido en el CPC se evidencia aún más la asistencia o presencia del juez; como por ejemplo; el art. 608 en su último aparte instituye que en todo caso el compromiso, la aceptación de los árbitros y la constitución del tribunal arbitral se hará ante el juez que se menciona en el art. 628 (Juez Competente en 1^{ra} Instancia), así como en los arts. 609 al 614, y también en

la recusación de los árbitros, en la articulación probatoria que señala el 611 ejusdem, en la publicación del laudo, entre otras.

De todos modos, esto no significa que siempre y en todos los casos los jueces tengan que cooperar, y así cuando la ley expresamente no ordene su participación, como en los casos antes mencionados, lo harán únicamente para prestar el auxilio o asistencia necesaria y ello cuando los árbitros no puedan resolver la situación por sí mismos.

Así, los órganos jurisdiccionales pueden participar de dos formas distintas: Una con carácter de apoyo y, otra con la finalidad de realizar una especie de control sobre el mismo. En el 1^{er} grupo se incluye el auxilio de los jueces en la organización y desarrollo del arbitraje en todas sus fases. Por lo que respecta a la labor de control que pueden desarrollar los jueces sobre el arbitraje está se admite sólo es dos supuestos: En primer lugar, en vía del recurso de nulidad del laudo (arts. 43 al 47 de la LAC y 626 y 627 del CPC), y también a la hora de reconocer y ejecutar un laudo arbitral dictado en otro país (Arts. 48 y 49 de la LAC).

En síntesis, el hecho de que los jueces puedan ejercer este control sobre el arbitraje, no implica en ningún caso, un examen sobre el fondo del asunto. La competencia del órgano estatal queda limitada a verificar la concurrencia de las condiciones de las que se hace depender el reconocimiento y ejecución del laudo, así como las previstas para la anulación del mismo, circunstancias todas ellas de carácter objetivo.

Una de las fases en la que puede ser trascendental la intervención de los jueces, en la etapa previa a la iniciación del procedimiento arbitral se refiere al nombramiento de los árbitros en que llegado el momento, las partes no se pongan de acuerdo. (art. 17 de la LAC y 610 parágrafo 1^{ro} y 2^{do} del CPC). La designación de los árbitros en el arbitraje es primordial por varias razones, entre ellas, porque es precisamente con la aceptación del mandato por parte de los árbitros lo que marca el inicio del procedimiento a todos los efectos y, además porque son ellos los únicos legitimados para resolver el fondo del litigio por atribución expresa de las partes.

En la práctica esté procedimiento de designación judicial de árbitros suele darse con mayor frecuencia en el arbitraje independiente, pues en el arbitraje institucional es el propio reglamento del centro de arbitraje el que prevé las pautas a seguir para el caso que las partes no se pongan de acuerdo al respecto. En el procedimiento arbitral las partes pueden intentar obstaculizar y paralizar el desarrollo del mismo; por ejemplo, negándose a cumplir con la función de designar un árbitro e incluso oponerse al que ha nombrado la otra parte; ello como táctica dilatoria para retrasar el proceso, en esté sentido el nombramiento de los árbitros por parte del juez, tiene como finalidad última limitar la capacidad de obstrucción de las partes.

Por tal motivo, hemos identificado cuatro áreas de contacto con la jurisdicción ordinaria:

- El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales
- La ejecución de medidas cautelares
- La asistencia en materia de evacuación de pruebas
- El nombramiento de árbitros cuando las partes no estén de acuerdo en su elección o tengan dificultades para su designación o simplemente no quieran asumir la responsabilidad de nominación del o de los árbitros.

En lo que respecta al arbitramento, el Juez se reserva su carácter de rector en muchas instancias del proceso arbitral, como se desprende de la lectura del art. 628 del CPC. Por ello, la pretendida constitución de los tribunales especiales llamados *arbitramentos o arbitrajes* con independencia total de los jueces ordinarios no existe en el derecho interno venezolano. Lo que existe es un procedimiento especial regulado en el CPC, en el que se han incluido algunas concepciones e ideas extranjeras no existentes en Venezuela con anterioridad a la reforma de 1.987.

Es necesario destacar, que el arbitraje, es un medio alternativo más no substitutivo de la jurisdicción ordinaria, inevitablemente habrá disputas que tendrán que ser decididas por un tercero, llámese juez o árbitro, y en beneficio mismo de la justicia arbitral no es viable ni recomendable un divorcio total con la jurisdicción ordinaria.

6. JURISPRUDENCIA SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAMIENTO

Jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Fecha 11 de Diciembre de 2003, Exp. N° 2003 – 1005. Sentencia N° 01951. Caso: Tim International. N.V Vs. Venconsul. N.V. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

El 11 de Agosto de 2003, el Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante oficio N° 9.050, remitió a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el expediente contentivo de una solicitud de medida cautelar innominada interpuesta por la abogada Meiber Beatriz Quintero, inscrita en el inpreabogado bajo el N° 49. 238, en su carácter de apoderada judicial de la compañía Tim International, N.V la cual se encuentra debidamente constituida y registrada en Los Países Bajos. Ahora bien, 19 de Agosto de 2003 el también apoderado de Tim International. N.V abogado Pedro Perera Riera, inscrito en el inpreabogado bajo el N° 21.061 solicitó ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia la regulación de la jurisdicción.

ANTECEDENTES DEL CASO

El 26 de Junio de 2003, la abogada Meiber Beatriz Quintero, apoderada judicial de la Sociedad Mercantil Tim International N.V, solicitó mediante escrito al Juzgado Octavo de Municipio del Área Metropolitana de Caracas (Juzgado al que correspondió conocer de la causa por distribución) la declaratoria de una medida cautelar innominada a favor de su representada, a fin de garantizarle sus derechos subjetivos mientras se produce un laudo arbitral definitivo que dilucide las disputas contractuales actualmente sometidas a arbitraje, sin que el proceso arbitral ni su duración se conviertan en un perjuicio para las partes involucradas. Específicamente solicitó como cautela que se declare que conforme al Convenio celebrado por Tim International, N.v, Venconsul. N. V (Registrada y Constituida en la Isla de Curazao; Antillas Neerlandesas) y Corporación Digitel C.A (Registrada y Constituida en Venezuela); Venconsul no debe realizar el registro de ninguna de sus acciones que tiene en Digitel por ante el Registro Nacional de Valores Venezolano llevado por la Comisión Nacional de Valores del mismo país, ni pretender hacer con ellas una oferta pública en Venezuela.

En efecto el 17 de Noviembre de 2002 las mencionadas empresas firmaron un Convenio, en el cual las partes entre otros aspectos convinieron someter la solución de todos los conflictos derivados del acuerdo a un arbitraje (Cláusula 11.13 del Convenio), y que el mismo se llevaría a cabo

aplicando las reglas de procedimiento arbitral pautadas por la Cámara de Comercio Internacional, escogiendo como domicilio la Ciudad de Nueva York en Estados Unidos de Norteamérica.

La nombrada apoderada judicial de Tim International argumento en su escrito de solicitud de medidas lo siguiente: Siguiendo la remisión hecha por el art. 1 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, encontramos que está última en su art. 23. 2 regula expresamente la obtención de medidas cautelares por las partes incluso antes de que el tribunal arbitral tenga conocimiento de la causa. Pero hasta tanto no se constituya formalmente el tribunal arbitral en la Ciudad de New York, en principio las partes y los terceros interesados no tienen autoridad ante quien acudir para obtener protección cautelar de sus derechos ya involucrados en la litis planteada. De manera que, si no se permitiera un mecanismo alternativo más expedito, esta situación se traduciría en una grave violación de garantía a la tutela efectiva de los derechos de Tim International; pero han querido tanto la Ley de Arbitraje Comercial como el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, solventar el problema de un modo práctico y eficaz; para ello autorizan a las partes a requerir la colaboración de los tribunales estatales ordinarios con el fin de que le sea acordada la protección cautelar. En conclusión, dice la abogada de Tim International – en casos como el presente, se hace necesaria la protección cautelar de los derechos de Tim International, la cual es parte de un proceso arbitral que

dicha empresa se ha visto en la necesidad de incoar mediante demanda arbitral el día 23 de Mayo de 2003 por ante la CCI, ya que la espera de una solución definitiva puede implicar el transcurso de un tiempo que permitiría a Venconsul obrar de forma tal que se pierda de modo irreversible e irreparable los derechos actualmente reclamados por Tim. Por lo tanto, tal protección cautelar no puede esperar el agotamiento de todo el proceso de nombramiento de árbitros, instalación del tribunal arbitral, sino que requiere una providencia inmediata que impida la realización de actos, que de otro modo, no tendrían freno alguno, y que indudablemente afectarían y destruirían los derechos reclamados en el arbitraje por mi defendida (Tim International) sin que el laudo definitivo que le favorezca pueda en modo alguno reparar la situación jurídica violada.

En efecto, el Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por auto de fecha 30 de Junio de 2003 decidió: Analizando el fundamento procesal sobre la competencia que tiene este tribunal para conocer de este procedimiento, observa que efectivamente, la causa principal a la que estas actuaciones se vinculan es un arbitraje institucional que actualmente se desarrolla conforme a la reglas de la CCI, que son el marco jurídico procesal en el cual este tribunal debe basar su actuación, el cual en su art. 23. 2 contempla la posibilidad de que las partes involucradas en la disputa acudan a un órgano judicial ordinario competente para pedir la protección cautelar de sus derechos, sin que ello

constituya una renuncia a su compromiso de someter sus diferencias al arbitraje pactado. En este sentido considera quien aquí decide, que este Tribunal de Municipio goza plenamente de la competencia a que dicha norma procesal se refiere. En consecuencia, este Tribunal, obrando sobre la base del art. 23 ord. 2 del Reglamento de la CCI, ley procesal aplicable por remisión expresa del art. 12 de la Ley de Arbitraje Comercial, garantiza la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 26 de la Constitución Bolivariana de Venezuela y con fundamento de las normas 585 y 588 párrafo primero del CPC decreta la medida cautelar innominada solicitada; actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Por otra parte, el día 22 de Julio de 2003, el abogado Eduardo Rodríguez Salas, inscrito en el inpreabogado bajo el N° 73. 558, en su carácter de apoderado judicial de la Sociedad Mercantil Venconsul, N.V consignó escrito de oposición a la medida cautelar innominada decretada, en los siguientes términos: Es de observar que Tim International, haciendo una interpretación acomodaticia del Derecho Internacional Privado alega que el art. 23 .2 otorga al Juez Venezolano la posibilidad de dictar medidas cautelares prearbitrales, a pesar del que el precitado artículo no es una norma que crea derecho sino una norma que remite al derecho interno de cada país para su aplicación, es decir que, actúa como una norma de resolución de los conflictos y no como una norma jurídica sustantiva del ordenamiento positivo internacional. Y aunado a lo anterior, debemos

precisar que la interpretación restrictiva a la que se encuentran sujetas tales normas nos obligan a afirmar que las medidas in comento no pueden bajo ningún punto de vista, ser dictadas de manera independiente a la causa principal, por una parte, y por la otra, ello es competencia única del tribunal arbitral, el cual en el caso que nos ocupa ni siquiera ha sido constituido. Y continua el apoderado judicial de Venconsul, N.V expresando que; es aún más grave que se utilice una norma de resolución de conflicto contemplada en el Reglamento de una Cámara Privada, para tratar de alterar disposiciones de orden público interno de un país soberano como lo es la República Bolivariana de Venezuela.

En este orden de ideas, el abogado de Venconsul; N.V en su escrito de oposición a la medida acordada resalta la sentencia emanada del Tribunal Supremo de Justicia, en su Sala Político Administrativa, en fecha de 10 de Octubre de 2001 que establece:

Cabe observar que la Sala Político Administrativa... establece de manera restrictiva como deben ser interpretadas las normas que regulan las medidas cautelares a que hemos hecho referencia, así como la inexistencia e inadmisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico interno de medidas prearbitrales, y mucho menos en el caso concreto, en que éstas han sido dictadas por un tribunal de municipio, en supuesto auxilio de un tribunal arbitral, el cual como se dijo ni siquiera se ha constituido...

Así pues, en fecha 5 de Agosto de 2003, la parte solicitante de la medida cautelar innominada promovió pruebas en la incidencia de oposición. Posteriormente en fecha 11 de Agosto de 2003, el a quo con base en el art. 59 del Código de Procedimiento Civil declaró su falta de jurisdicción para conocer la causa y remitió el expediente contentivo de la medida cautelar innominada a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que presenta el siguiente fallo:

Sobre la base de las anteriores consideraciones, pasa la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a analizar si en efecto, los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela no tienen jurisdicción para conocer la causa, tal como lo declaró el tribunal remitente el 11 Agosto de 2003:

DECISIÓN

En primer lugar hay que recordar que, la parte solicitante de la medida cautelar innominada, en fecha 19 de Agosto de 2003 ejerció recurso de regulación de jurisdicción, a pesar de que la causa ya había sido remitida a esta Sala en consulta. En efecto el representante judicial de la Sociedad Mercantil Tim International, N.V, consideró pertinente impugnar dicha decisión de falta de jurisdicción declarada por el tribunal a quo por considerar que por el hecho de que la jurisdicción ordinaria en este caso los Tribunales

de la República Bolivariana de Venezuela conozcan de la solicitud de una medida cautelar previamente a la constitución del tribunal arbitral, no excluye el conocimiento del fondo de la controversia por parte de los árbitros, ello en virtud de que las partes se sometieron voluntariamente a las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional en el que se prevé tal posibilidad, por tanto es claro que el punto a dilucidar no se centra en si tal tribunal ordinario tiene jurisdicción o no.

De manera que, debe la Sala analizar la aplicabilidad del art. 23. 2 del mencionado reglamento de la CCI, y en tal sentido observa: Que la pretensión de la parte solicitante, tal como se expuso anteriormente, consiste en que se dicte una medida cautelar anticipada a un procedimiento arbitral, declarándose que, conforme al Convenio celebrado el 17 de Noviembre de 2002 entre Tim International, Venconsul y Digitel; Venconsul no debe realizar el registro de ninguna de sus acciones que tiene en Digitel por ante el Registro Nacional de Valores en Venezuela llevado por la Comisión Nacional de Valores, ni pretender hacer con ellas una oferta pública en Venezuela, por cuanto tales actuaciones constituyen un incumplimiento de las secciones 6 (b), 8 y 10. 2 del Convenio. Además debe tenerse claro: **Que el Código de Procedimiento Civil no prevé las medidas cautelares para el procedimiento especial de arbitramento, ni en fase previa a la constitución del tribunal arbitral, ni luego de constituido el mismo** (negrillas añadidas), en todo caso la Ley de Arbitraje Comercial del 25 Marzo

de 1.998, que si prevé la tutela cautelar, dispone en su art. 26: Salvo acuerdo en contrario de las partes el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que consideré necesarias respecto del objeto en litigio..." Es decir, que del artículo transcrito se desprenden dos circunstancias; de un lado, la potestad de dictar medidas cautelares en los procedimientos arbitrales, en cabeza sin lugar a dudas del tribunal arbitral, o más concretamente de los árbitros que conociendo el fondo de la causa deben sentirse facultados para garantizar la efectividad del laudo arbitral, lo cual es el fundamento y justificación de la tutela jurisdiccional cautelar; de otro lado que la materia o ámbito de la medida es constituida por el objeto en litigio, entendido claro está, no sólo en sentido de derecho real u objeto determinado, sino aún como pretensión personal.

Aunado a lo anterior, resalta la Sala, que a los fines de dictar dicha medida el tribunal tendría primero que analizar el *fumus boni iuris* el cual es comprendido como un juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiendo entonces revisar los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama; implicando entonces el necesario examen sobre cuestiones relacionadas con el fondo del asunto debatido, cuyo conocimiento le está vedado al menos en esta etapa previa al arbitraje propiamente dicho. Así mismo tendría que revisar el *periculum in mora*, cuya verificación no se limita a mera hipótesis o suposición, sino por la

presunción grave de un temor o daño a un derecho existente. En consecuencia tal como lo señaló el a quo en sentencia del 11 de Agosto de 2003, considera esta Sala que durante esta etapa del proceso los Órganos Jurisdiccionales Venezolano ó lo que es lo mismo el Poder Judicial de Venezuela no tiene jurisdicción para conocer de la solicitud de medida cautelar innominada formulada por la abogada Meiber Beatriz Quintero, en su carácter de apoderada judicial de la sociedad Mercantil Tim International, N.V; en virtud de que tal posibilidad no esta prevista en el ordenamiento jurídico interno. Así se decide. Publíquese, Regístrese y Comuníquese. Notifíquese a las partes. Devuélvase el expediente al tribunal de origen. Dada, Sellada y Firmada en Caracas, el 10 de Diciembre del año 2003. (El 11 de Diciembre de 2003, se publicó y registro la anterior sentencia bajo el N° 01951).

CAPITULO IV

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL PREVISTO EN LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL

El 7 de Abril de 1.998 fue publicada en la Gaceta Oficial número 36.430, la Ley de Arbitraje Comercial (LAC), cuyo objetivo de regulación es, como su nombre lo indica, el arbitraje comercial; normativa que se encuentra influenciada por Ley de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, mejor conocida como la Ley Modelo Uncitral, y quizá unos de los aspectos más novedosos que incorpora esta ley a nuestro sistema jurídico arbitral es el relativo a las medidas cautelares.

1. GENERALIDADES

Uno de los aspectos más resaltantes dentro de las previsiones contenidas en la Ley Venezolana de Arbitraje Comercial, es la atribución de potestad cautelar a los árbitros, poder que en principio está supeditado a la voluntad de las partes; representando una de las temáticas que ha causado mayor reacción doctrinaria en todas las latitudes; y en lo que respecta a nuestro país, con escasa claridad en sólo dos artículos de la ley se hace referencia a esta materia; nos encontramos pues, ante una de las cuestiones que más inquietan a la práctica del arbitraje en la

actualidad, no sólo por su complejidad, sino también por la ausencia de una respuesta adecuada, en la mayor parte de los sistemas arbitrales del mundo y, por supuesto, del nuestro.

En este orden de ideas, el artículo 26 de nuestra LAC dispone: "Salvo acuerdo en contrario de las partes el tribunal podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante"

La Ley de Arbitraje Comercial, en su art. 26 establece en forma expresa el principio que faculta al tribunal arbitral para dictar las medidas cautelares que considere necesarias con respecto al objeto en litigio; facultad que dicho tribunal tendrá salvo que las partes acuerden lo contrario. La norma legal transcrita resuelve la discusión doctrinaria acerca de si el tribunal arbitral tiene o no facultad para decretar medidas preventivas. Más sin embargo, no especifica la precitada norma legal, cuáles son las medidas cautelares para cuya declaratoria quedan facultados, los tribunales arbitrales. Al efecto, Hung, F (2001) infiere que: "De tal silencio debe interpretarse que la facultad es amplia, y que, al efecto serán aplicables por vía analógica, las regulaciones sobre medidas cautelares contenidas en el CPC (Art. 585 al 600) (p 199).

Cuando las partes no han excluido del poder de los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares, debe entenderse comprendido dentro de tal poder la facultad de evaluar la procedencia e improcedencia de las medidas

cautelares que las partes soliciten en el curso del procedimiento arbitral, ello con el objeto de garantizar la efectividad del laudo arbitral, lo cual es el fundamento y justificación de la tutela cautelar. Esta facultad es reconocida en el sistema venezolano bajo el argumento de que sí el tribunal arbitral tiene competencia para resolver sobre el fondo de la disputa, también debe reconocérsele para determinar si en el caso concreto existe o no las condiciones que hacen procedente la medida y si se han cumplido los requisitos que al efecto prevé la ley, así como determinar el tipo, monto y forma de la constitución de la contracautela que debe prestar quien solicita la medida, de ser el caso, y decidir acerca del levantamiento y modificación de las medidas.

Y el artículo 28 ejusdem, establece:

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al tribunal de primera instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables.

En primer término, hay que anotar que la facultad para solicitar el auxilio del Tribunal de Primera Instancia Competente le corresponde:

- Al tribunal arbitral; ó
- A cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral

En segundo término, hay que observar que esa asistencia judicial es:

- Para la evacuación de las pruebas necesarias; y
- Para la ejecución de las medidas cautelares

En efecto, el decreto de una medida cautelar debe ser necesariamente precedido de una solicitud de parte al respecto, puesto que no existe la posibilidad de dictarlas de manera oficiosa, posición que se fundamenta en los principios rectores existentes en materia cautelar (principio dispositivo); además de la redacción del art. 28 de la LAC se infiere la existencia de una solicitud de las providencias cautelares; solicitud que a su vez debe ser dirigida al tribunal arbitral constituido; instalación que debe haber sido notificada a las partes de conformidad con el art. 19 de la LAC.

El principio que parece estar vigente en la mayor parte de los sistemas procesales en materia cautelar y, también en el nuestro, es el dispositivo, es por ello que, por regla general, serán las partes quienes soliciten, ya sea de los jueces, ya sea de los árbitros, la adopción de una determinada medida cautelar. Al respecto, Calderón, M (1.992) señala que: "Siendo la finalidad del proceso cautelar asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere, el órgano jurisdiccional debiera estar interesado en que esta resolución no se convierta en papel mojado, y de ello se desprendería la posibilidad de que el juez de oficio pudiera disponer del proceso cautelar" (p

205). Lo cual ha sido fuertemente criticado por diversos autores, por considerarlo un criterio insostenible. Según Ortiz, R (2002):

Las medidas deben ser solicitadas por la parte afectada, y además debe tomar en cuenta que; toda medida cautelar requiere como "justificación" el fundado temor de que el fallo (el laudo en este caso) quede ilusorio; y al mismo tiempo debe haber, al menos, una presunción del derecho invocado en el procedimiento principal (p 560).

Tomando en cuenta que estamos tratando las medidas cautelares en función de un arbitraje, este mismo interés podría predicarse de los árbitros, es decir, que estos pudieran motus proprio ordenar medidas de protección; sin embargo dada la naturaleza estrictamente privada de las relaciones que abarca el arbitraje, donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene una amplísimo margen, también deberá ser esta la determinante a la hora de decidir su interposición o no. Y, esta es, precisamente la solución que parece haberse adoptado en la gran mayoría de los sistemas jurídicos en el derecho comparado; así como en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales (Reglamento de Arbitraje de la C.C.I., las reglas de arbitraje de la American Arbitration Association, el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral, las Reglas de Arbitraje del Comercio Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa; las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich, y en Venezuela el reglamento de la CACCC y el reglamento del CEDCA) así como en la Ley Modelo elaborada por la

Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional).

Además suponiendo que el árbitro pudiera decretar de oficio una medida cautelar ¿Qué ocurriría si la medida hubiere sido adoptada injustamente y, en consecuencia una de las partes se hubiese visto perjudicada? Como no habría parte solicitante y, por ende, posible responsable de los daños causados por la medida cautelar obtenida, el daño producido sería de muy difícil reparación. Razón por la cual la obtención de la medida deberá ser a instancia de parte y bajo la responsabilidad del solicitante, quien, en la mayoría de los casos deberá prestar caución para cubrir tal supuesto.

Es menester señalar, que el decreto de medida cautelar solicitada es una decisión del tribunal arbitral, el cual puede ser un órgano unipersonal, en cuyo caso lógicamente corresponderá la decisión al árbitro único que lo integra; no obstante en caso de un tribunal colegiado, será la mayoría quien decidirá si la acuerda o la niega, y en caso de no obtenerse el voto mayoritario, se considera que, decidirá el árbitro presidente del tribunal.

La otra duda que se presenta en este procedimiento se refiere a la oposición de parte a la medida y las apelaciones contra la sentencia que resuelvan esa oposición, estimamos que deberá permitirse el derecho de oposición a las providencias cautelares otorgadas, según lo establece el art. 602 y siguientes del CPC, para garantizar así el derecho a la defensa de la parte contra la cual obra la providencia acordada, la cual deberá resolver el

propio tribunal arbitral y no como puede pensarse por el juez de primera instancia; y con respecto a la decisión que resuelve la oposición creemos bien puede concederse el recurso de apelación por ante el tribunal superior que sea competente para conocer del recurso de nulidad previsto en el art. 43 sin atender a las causales de nulidad previstas en ese mismo artículo, aún y cuando sabemos que tales jueces no son superiores jerárquicos de los tribunales arbitrales, pero esta posición se justifica para privilegiar el derecho a la defensa que debe ser garantizado en todo tipo de procedimiento según se establece en el art. 49 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, como ha quedado apuntado, nuestra LAC sólo prescribe la posibilidad de dictar medidas cautelares, sin contemplar una normativa en esta materia, ante tal situación se entiende que debe acudir supletoriamente al CPC, cuerpo legal que contiene un conjunto de normas de carácter especial en esta materia, las que se aplicaran dentro del procedimiento arbitral, haciendo las pertinentes reservas, un ejemplo de algunas disposiciones adaptables es lo atinente a la reducción de la medida (art. 587 del CPC), a la cautela sustituyente, así como la objeción a la eficacia o suficiencia de la misma (arts. 588 y 589 ejusdem).

En efecto, no en vano señala el reconocido autor español Muñoz Sabaté, que: "Sin medidas cautelares la opción arbitral es una opción moribunda".

2. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN SEDE ARBITRAL.

Al igual que las medidas cautelares previstas y tuteladas en el CPC, para que sean admitidas y decretadas las medidas cautelares previstas en la LAC es necesario que se cumplan los mismos requisitos que se exigen para ser decretadas las cautelas en el procedimiento ordinario; es decir, para que sean admitidas debe existir *pendente litis* y además no ser contrarias a *la moral, las buenas costumbres y al orden público* y para que sean procedentes deben concurrir al unísono *el periculum in mora y el fumus boni iuris*, según lo previsto en el art. 585 del CPC.

Igualmente, podrán dictarse las providencias cautelares en el procedimiento arbitral mediante la constitución de una caución, en cuyo caso sólo se exige para su procedencia la existencia de un procedimiento arbitral, es decir, que en esté caso no es menester suministrar presunciones del derecho que se reclama o del peligro de infructuosidad del fallo (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) ello por aplicación del precitado art. 26 de la LAC el cual establece que es optativa para los árbitros la vía del caucionamiento en concatenación con el art. 590 del CPC; ello para responder de eventuales daños o perjuicios que cause una medida injustificada, la cual según Henríquez, R (2000) ... "puede exigirla el tribunal, antes del decreto o ejecución de la medida o si la urgencia amerita una ejecución pronta,

después de está, en un plazo perentorio y de cadencia del decreto" (p 227 – 228).

Según, Ortiz, R (2002): "El tribunal arbitral puede exigir garantía suficiente, para garantizar los eventuales daños que pueda causar la medida trabada de manera indebida; al no haber regulación expresa sobre cuales son las garantías a ser presentadas por la parte solicitante, debe acudirse a las reglas generales del procedimiento ordinario, esto es, las cauciones o garantías previstas en el artículo 590 del CPC" (p 560).

Con carácter general, prácticamente todos los sistemas reclaman la existencia de esté requisito, y, en principio parece que es la que menos problemas plantea. Sin embargo surgen algunas dudas en cuanto a la propia naturaleza jurídica de la fianza o caución; pues mientras algunos autores como Calamandrei (1.945) la calificaron en su momento como un tipo de medida cautelar; para otros sin embargo constituye un verdadero presupuesto para la concesión de las mismas.

Es preciso destacar la postura defendida por Zoppi (Citado por Villasmil 2001, Julio) según la cual, para el decreto de medidas cautelares en el arbitraje comercial no tienen aplicación los extremos o requisitos previstos en la ley procesal ordinaria y ni siquiera la prueba de que las mismas son necesarias, pues todo queda a criterio del tribunal arbitral, dejando a salvo la garantía o caución que puede exigir cuando lo juzgue conveniente; posición está con la que el autor niega la aplicación de los requisitos exigidos por el

art. 585 del CPC, postura con la que mostramos desacuerdo, por lo que creemos que lo expuesto en los párrafos anteriores es lo correcto.

En efecto, el proceso ordinario y el arbitral siguen un procedimiento muy similar, para decretar medidas cautelares, entre esas similitudes podemos hacer referencia a la más importante que consiste, en que tanto el juez como el árbitro deben concederlas una vez que hayan constatado que existen los dos requisitos indispensables para su procedencia, como lo son: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* para las medidas típicas o nominadas, y además de los dos anteriores, para las innominadas, debe existir el *periculum in damni*. Se requiere además que exista un litigio previo y que las partes hagan la solicitud ante el juez o el árbitro.

En ambos procesos, las medidas proceden sólo para garantizar el cumplimiento de la sentencia, que en el arbitraje recibe el nombre de laudo.

En efecto, las condiciones de admisibilidad y procedencia pueden ser otras, más adecuadas a la causa concreta, si así lo disponen las partes en el acuerdo arbitral.

3. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN SEDE ARBITRAL

Las medidas cautelares, por su propia naturaleza jurídica, presentan una serie de características que son las mismas, tanto si hacen referencia a un

procedimiento arbitral como a un procedimiento judicial ordinario. Nosotros asumiendo este punto de partida, nos basaremos en el ámbito del arbitraje.

Provisionales: Según, Calamandrei, P (1.945) "temporal" es simplemente lo que no dura siempre, lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; "provisorio", por ello concluye:

Las providencias cautelares son "provisorias" por cuanto los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen efecto temporal, sino que tienen una duración limitada que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional; de allí la clasificación de cautelar a las providencias cautelares y las otras providencias serán definitivas (p 37).

Está característica de la provisionalidad permite explicar que las medidas cautelares fenecen al terminar el juicio y no pueden subsistir luego de dictada la sentencia definitiva y ejecutoriada en la esfera jurídica del victorioso. En todo caso sí es dictada una medida cautelar preventiva, el juicio culmina por sentencia definitivamente firme, la misma se convertiría en una medida ejecutiva y, además esta característica permite explicar que el juez pueda revocar la medida dictada cuando cesen las causas que motivaron el decreto o se sustituya la medida por una garantía a tenor de nuestro ordenamiento procesal.

Así pues, las medidas cautelares se limitan a dar una solución temporal, esto es, hasta que el litigio se resuelva definitivamente. Es por ello que no

suponen una ejecución anticipada del fondo del asunto, salvo que se trate de las medidas anticipativas que a decir de Henríquez (2000) son aquellas que adelantan provisionalmente la satisfacción de la pretensión deducida. Se resuelve interinamente, mientras dure el juicio, la relación jurídica controvertida entre las partes, a la espera de que a través del proceso judicial posterior; se perfeccione la decisión definitiva, confirmando, modificando o revocando la providencia de arreglo provisional del litigio. La irreversibilidad de la situación de hecho provocada por la medida cautelar (por ejemplo, entrega de dinero a una persona sin solvencia económica) es la razón más importante para impedir este tipo de medidas. Más, sin embargo tienen una marcada utilidad en los casos justificados, como por ejemplo: Partición provisional de la cosa común en juicio de división de comunidad. (Art. 799 CPC), la suspensión del administrador de una firma mercantil y nombramiento de co – administrador judicial interino en juicio de remoción por responsabilidad. (Art. 310 del C de Co). Así mismo el CPC también prevé las medidas anticipativas en algunos procedimientos especiales: La restitución provisional de las cosa en el interdicto posesorios (art. 699), la fijación judicial del lindero provisional en juicio de deslinde de tierras. (Art. 725 del CPC).

Desde otro punto de vista, el hecho que se adopte una medida cautelar a favor de una de las partes, no implica necesariamente que el laudo arbitral vaya a ir en ese sentido, buena prueba de ello la tenemos en la exigencia de

una caución o garantía al solicitante de la misma, por los daños y perjuicios que pueda ocasionar al patrimonio del afectado por la medida. (Art. 590 del CPC, 26 de la LAC y 22. 1 y 22. 2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje; CEDCA). Pero a pesar de ello, no hay duda que la obtención de una orden de este tipo constituye una indicación importante favorable al solicitante de la medida.

El estudio de los diferentes ordenamientos jurídicos refleja, que existen ciertas medidas que carecen de este carácter provisional. Así por ejemplo; en el sistema británico las *interlocutory injunctions*, son medidas de aseguramiento que se solicitan mediante la tramitación del procedimiento y generalmente ponen fin al proceso porque son indicativas de que las partes han alcanzado una transacción. Esto es, deja de ser una medida de perfil temporal para convertirse en la solución del fondo del asunto.

En la práctica a menudo el árbitro se enfrenta a un dilema importante ante la solicitud de una medida cautelar; la razón se debe a que muchas veces su adopción requiere entrar en la cuestión de fondo objeto de la disputa. Pero en general, los árbitros se muestran evasivos o reticentes a decretar una medida cautelar que prejuzgue el fondo del asunto; entre otras razones porque esa medida dejaría de ser provisional para convertirse en definitiva; por lo que las medidas cautelares deben limitarse a mantener el status quo de las partes en el proceso; es por ello que si la medida tiende a

la consecución de ese objetivo, los árbitros no dudan en ordenarlas, pero en caso contrario se negaran a ello.

Otra dificultad que se presenta en las legislaciones de diversos países es cuando el demandante en el procedimiento arbitral obtiene la medida requerida antes de constituirse oficialmente el tribunal arbitral dándose por satisfecho, por lo que no insiste en el procedimiento principal, de tal forma que recae en el demandado la carga de impulsar el inicio del procedimiento, situación está prevista en el art. 9 de la Ley Modelo Uncitral y que ha sido acogida por diversos estatutos a nivel mundial. Es por ello que en algunas ocasiones algunos árbitros se han negado a dictaminar una medida por entender que suponía resolver de forma anticipada una parte sustancial de lo que se solicitaba en el proceso.

Esta circunstancia se evidencia en el laudo dictado en 1.993 por la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I) en el cual el tribunal arbitral estimó que no podía pronunciarse de forma provisional sobre la validez e invalidez del contrato objeto de disputa; así como si la mercancía había sido ilegal o legalmente transportada; puesto que suponía juzgar el fondo del asunto. Y en otra decisión dictada por la C.C.I N° 7081, se denegó igualmente la medida cautelar solicitada atinente al embargo de los bienes objeto del litigio, por cuanto dicha medida no se limitaba a mantener el status quo de las partes en el procedimiento, sino que, en realidad se trataba de obtener el mismo resultado que con la decisión final.

Instrumentales: Ha sido Calamandrei (1.945) quien ha resaltado la característica de la instrumentalidad de las medidas cautelares. Por su parte, Cernelutti (1.952) afirma que, el proceso definitivo no presupone el cautelar, pero el proceso cautelar supone el proceso definitivo. Bartoloni, A (1.993) lo explica de esta manera:

La actividad jurisdiccional precautoria presupone asegurar las consecuencias de un proceso, mediante el mantenimiento del estado de hecho y de derecho y prevenir las repercusiones posiblemente perjudiciales de la demora en el procedimiento de las resoluciones judiciales. No tienen un fin en sí mismo, sino que sólo es posible el ejercicio de esa actividad, para asegurar las consecuencias de otro proceso, al que se está ligado y del que se es un presupuesto (p 63).

Es decir que existe por y para garantizar la ejecución y efectividad del proceso. Esta nota de instrumentalidad la encontramos claramente expresada en el Código de Procedimiento Civil, cuando señala que las medidas preventivas establecidas en el título respectivo, "las decretará el juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo" (Art. 585 CPC) luego, sino existe un fallo del cual se tema que quede ilusorio, no podrá dictarse medida preventiva alguna. Por otro lado es posible que la finalidad de una medida cautelar no se encuentre concretamente en un juicio pendiente (pendente litis), pero sí que se realice bajo la advertencia de que en un plazo determinado (lapso o término dependiendo del ordenamiento jurídico), la pretensión deba iniciarse.

En Venezuela, recientemente la Ley de Protección de Niños y Adolescentes (Lopna) incorporó la posibilidad de dictar medidas antes del inicio del juicio principal; a diferencia de la Legislación Española, Alemana e Italiana donde por regla general las cautelas pueden solicitarse en el marco de un proceso en curso pero también fuera de éste. En nuestro país, el tiempo dentro del cual debe iniciarse el juicio principal es fijado por la ley y siempre se trata de un lapso.

De manera que, podemos decir que otra de las características que de modo usual mantienen las medidas cautelares en las distintas codificaciones se refiere a su carácter instrumental o accesorio respecto de un procedimiento principal. La instrumentalidad deriva de su dependencia con el procedimiento arbitral, por tanto, son limitadas en el tiempo y durarán tanto como éste, de modo que terminado aquel finaliza su contenido. Tanto es así, que si transcurre el plazo de que dispone el árbitro para emitir el laudo y no lo ha dictado por los motivos que sea las medidas cautelares dejan de tener eficacia.

Sin embargo, está necesaria accesoriedad de las medidas cautelares con un procedimiento principal no impide que las partes soliciten la tutela cautelar al comienzo del mismo, esto es así, en las legislaciones que lo permiten, y siempre y cuando el tribunal arbitral no se haya constituido de manera definitiva, pues al tratarse de un órgano creado para tal fin requiere un plazo de tiempo para su formación, y como consecuencia de ello la validez de tales

medidas está condicionada a que la parte beneficiada por la cautela lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. En Venezuela el CEDCA permite esa posibilidad en los arts. 22.1 y 22.2 de su reglamento, en virtud de que la nueva LAC, establece que los árbitros pueden dictar medidas cautelares y como quiera que en un principio el tribunal arbitral se constituye luego que la parte demandada ha tenido conocimiento de la demanda arbitral, resulta más positivo para lograr una tutela más efectiva de los derechos e intereses permitirle a cualquiera 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 CEDCA las medidas cautelares que aseguren el derecho reclamado; claro está, la medida que se dicte podrá ser revisada por el tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia inmediatamente después de su constitución.

En España, la novísima Ley de Enjuiciamiento Civil de 1/2000 establece en el Capítulo II relativo al Procedimiento para la Adopción de Medidas Cautelares, en su art. 730 lo siguiente: 1. Las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal. 2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

En algunos sistemas, como por ejemplo el Alemán se prevé que el demandado obligue al solicitante de la medida a iniciar el litigio en un

determinado plazo y de no hacerlo de este modo, previa petición del sujeto pasivo, se podrá revocar la medida cautelar acordada.

El Sistema Español era más flexible, ya que la Ley de Arbitraje de 1.988 no exigía que el sujeto pasivo solicitara, la presentación de la demanda; y la nueva ley de Arbitraje Española de 2004 no establece la variante de pedir medidas cautelares antes de iniciarse el pleito principal. Más sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, sí establece la posibilidad de solicitar medidas cautelares al inicio del procedimiento judicial, y del enunciado del art. 730 numeral 3 se desprende, que también existe esa posibilidad respecto al procedimiento arbitral; así mismo estatuye el precitado art. 730 numeral 2 que la parte solicitante de la medida en sede judicial en un plazo máximo de 20 días contados a partir del día que se obtuvo la misma, debe poner en marcha todas las actuaciones necesarias para dar inicio al procedimiento ordinario, de lo contrario la medida dejará de ser eficaz, y en ese caso, el tribunal de oficio, acordará mediante auto, que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieren sido realizados, y además, condenará al solicitante en costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas. Sin embargo, no se fijó un plazo igual para el caso del arbitraje y L.E.C 1/2000 es muy clara al señalar que de ningún modo está disposición sobre el factor tiempo se hace extensible a las medidas cautelares solicitadas con carácter previo al arbitraje, y dispone el art. 730. 3 que para

que una medida cautelar solicitada con anterioridad al inicio del procedimiento arbitral, se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral.

No obstante, los doctrinarios españoles han acordado que, será el propio tribunal arbitral quien decida si las partes han respetado un plazo razonable para realizar todas las actuaciones tendientes a iniciar el procedimiento, las cuales deberán efectuarse a la mayor brevedad posible, o al menos no superar los 20 días pautados en la L.E.C Española para iniciar el procedimiento ordinario. Tomando en cuenta que los árbitros gozan de cierta discrecionalidad al respecto y para el caso que estimen que la parte se ha excedido del plazo estimado prudente para comenzar el arbitraje podrá anular la medida cautelar adoptada.

Urgentes: La urgencia viene a ser la garantía de eficacia de las medidas cautelares; pues lógicamente a la hora de solicitar una medida cautelar la palabra clave es la "urgencia". Es decir, debe existir un riesgo de daño inminente o de un perjuicio irreparable, tanto presente como futuro, para alguna de las partes o respecto del objeto del litigio, que haga necesaria la adopción inmediata de una medida que elimine, reduzca o evite el daño.

En general, todas las medidas preventivas tienen la característica de la urgencia, tanto cuando el daño es genérico (Medidas Típicas) como cuando es inminente y específico (Medidas Innominadas) porque en ambos

supuestos se requiere la urgencia para evitar que el daño se concrete. Otra nota de sumariedad y urgencia se relaciona con el *fumus boni iuris*, ya que para decretar una medida cautelar no se requiere la prueba fehaciente del derecho reclamado sino una mera posibilidad y verosimilitud.

Así pues, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 10 de Abril de 2000 (Fiscalía General de la República Vs. Ministerio de Educación) caso: Instituto Henry Clay, Exp. N° 0254, sentencia n° 788 concluyó:

... Ahora bien, en dicho fallo se señaló que para la procedencia de la referida tutela anticipada, se debía examinar el cumplimiento de los requisitos para su procedencia, ello ponderando siempre los intereses colectivos o particulares y en este sentido tales requisitos son: ... La urgencia, que está vinculada a la inminencia del daño causado y a la presunta violación de derechos constitucionales; siendo que la situación es de tal gravedad que esperar que transcurra el proceso cautelar, haría nugatoria la decisión que se dicte y consecuentemente la decisión de fondo.

El incumplimiento de alguno de estos requisitos lleva a la jurisprudencia arbitral a denegar generalmente la adopción de la medida cuando no está suficientemente acreditada esta circunstancia. Así por ejemplo, los árbitros en el asunto N° 7081 desarrollado en el seno de la C.C.I., en 1.992, no acordaron la medida instada porque el solicitante no acreditó de forma suficiente la situación de urgencia requerida, así como la existencia de un

perjuicio grave e irreparable que la hiciera indispensable, es decir que la urgencia se configura como uno de los requisitos indispensables requeridos por la Cámara de Comercio Internacional para decretar una medida cautelar. De todos modos la urgencia es un término relativo que dependerá tanto de la valoración del tribunal que tenga que adoptarla como la ley de procedimiento aplicable. Pero a pesar de hallarnos ante un vocablo relativo existe cierto consenso entre los diversos sistemas estatales en cuanto al significado de esta palabra. Así por ejemplo la jurisprudencia francesa define la urgencia como aquella situación que requiere que sean adoptadas medidas con el objeto de evitar que los derechos legítimos de una persona estén en peligro. En Italia la definen como aquel perjuicio inminente e irreparable que se puede producir por el retraso en el trámite del proceso principal (LaPiedra, 2003).

Obviamente, si no hay razón alguna que justifique la adopción de inmediato de una medida cautelar, por no existir riesgo de daño irreparable pudiendo esperar hasta el final del procedimiento esta no se fijará.

Homogeneidad: La medida cautelar solicitada debe responder al principio de homogeneidad, esto es, que tiene que ser acorde con el fin perseguido, es decir, garantizar la decisión que se dicte, así como asegurar los derechos de las partes en el proceso y sus bienes. La correspondencia de la medida con su finalidad será apreciada por el órgano que deba concederla, ya sea el árbitro o el juez en su caso.

Gutiérrez, E (1.974) ha explicado que un elemento básico de toda medida cautelar es la homogeneidad pero no la identidad entre la medida que se pide y el derecho sustantivo deducido en el proceso; ciertamente si no se diera esta homogeneidad dice el maestro español, la medida cautelar sería ineficaz, ya que no se aseguraría la futura ejecución de la sentencia, que es lo que se pretende con ella. Sin embargo, si esta característica fuera tan absoluta que la medida cautelar llegará a identificarse con el derecho sustantivo cuya tutela se pide, se concluiría en el sentido opuesto, es decir, en la ejecución adelantada de la sentencia de mérito; convirtiéndose en una verdadera medida ejecutiva sin contar con el título suficiente para ella.

Judicialidad: Judicialidad en el sentido de que, estando al servicio de una providencia principal, necesariamente están referidas a un juicio, por lo que tienen conexión vital con el proceso y la terminación de éste obvia su existencia; siendo el requisito de pendiente litis una manifestación del carácter de judicialidad. La cautelar existe en un juicio, por y para un proceso judicial.

En otras palabras cuando el Estado se reserva el poder de resolver conflictos entre particulares y tutelar coercitivamente los derechos e intereses de los particulares, está ejecutando una función propiamente jurisdiccional, Vgr. Las medidas preventivas o cautelares. Es decir que, las medidas cautelares son ineludiblemente jurisdiccionales, lo que acarrea como consecuencia que sólo el Estado pueda dictar medidas cautelares; y dentro

del Estado sólo los órganos del Poder Judicial tienen reservada tal posibilidad.

Pero, esta regla tiene su excepción en los arts. 26 y 28 de la LAC, dado que es el propio Estado Venezolano quien le concede a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares con la finalidad de garantizar la futura ejecución del laudo, es decir, delega en ellos una función que en principio era exclusiva del poder judicial, pero atendiendo a los principios y leyes internacionales Venezuela se incorpora a la tendencia mundial que promueve el arbitraje como el medio alternativo de resolución de conflictos por excelencia atribuyendo a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares, reservándose el Estado la ejecución de las mismas. Ello, en virtud de que sólo el Estado venezolano tiene el *ius imperium*, es decir el poder coactivo y de ejecución de sus fallos, función está desarrollada a través de sus jueces, situación que comentaremos detalladamente cuando analicemos en este mismo capítulo, el punto referido a la ejecución de las medidas cautelares por los árbitros.

De manera que en 1.998 a través de la Ley de Arbitraje Comercial y en 1.999 a través de la Constitución Bolivariana de Venezuela se le confirió a los árbitros el poder decisorio y entre ese poder se encuentra la posibilidad de que a pedido de parte el árbitro pueda decretar una medida cautelar estando obligado a solicitar el auxilio de los tribunales de la república para ejecutar dicha medida si así fuere necesario, y a la par que el arbitraje

coadyuva a la administración de justicia, los órganos públicos también auxilian la actividad procesal de los árbitros. La colaboración de la jurisdicción ordinaria y su poder coercitivo es indispensable instrumento de apoyo a la función encomendada a los árbitros. Los árbitros en Venezuela poseen tan solo autoridad pero les falta el poder coercitivo que es un atributo exclusivo del Estado.

Otras características esenciales son; que *pueden ser dictadas en cualquier estado y grado de la causa*, esto es, tanto en primera como en segunda instancia (procedimiento ordinario); y en cuanto al arbitraje previsto en la LAC pueden dictarse las cautelas desde el mismo instante en que se constituye el tribunal arbitral hasta la definitiva ejecución del laudo y *la adecuación y la pertinencia*, que está muy ligada a la homogeneidad de la medida cautelar; la primera se define como la *aptitud* de la medida para prevenir el daño o la lesión denunciada o más claramente, cuando la medida es lo suficientemente apta como para prevenir la ocurrencia de daños o lesiones irreparables en la esfera subjetiva de las partes; mientras que la pertinencia, tiene que ver con la aptitud de la medida para salvaguardar los derechos de las partes que se debaten en el juicio principal o cuando la medida es suficiente para garantizar las resultas del proceso (ejecución del fallo y efectividad de la sentencia) garantía está que se refiere a la vinculación entre la medida cautelar solicitada y los derechos debatidos en el proceso principal; *la autonomía e independencia*, ya que todos los actos

relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo que se forma con un cuaderno especial y separado de la demanda principal; *la variabilidad y revocabilidad*, es decir son revisables y modificables, cuestión que puede manifestarse de múltiples maneras, bien porque se de alguno de los presupuestos establecidos en los arts. 589, 602, 603 y 588 párrafo 2^{do} del CPC (caución o fianza, que sustituye la medida, y oposición declarada con lugar), o por la sentencia de mérito desestimatoria de la pretensión, todo lo cual representa una consecuencia del carácter de provisionalidad.

4. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES A DICTARSE SEGÚN LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL

La Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, no contiene disposición alguna que señale los tipos de medidas cautelares que podrán o deberán ser dictadas por los árbitros; es decir, que no especifica cuáles son las medidas cautelares para cuya declaratoria quedan facultados los tribunales arbitrales; en tal sentido, aplicando el art. 588 del CPC debemos considerar que pueden ser decretadas, tanto las medidas preventivas típicas (embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar) así como las medidas cautelares innominadas; extendiendo a los árbitros el poder cautelar general que les fue conferido a los jueces en la última reforma del texto procesal civil.

En cuanto a las medidas preventivas típicas en el arbitraje comercial, Sarmiento, C (1999) sostiene una posición contraria al afirmar:

... No es factible que, en la práctica se llegue a consumir un decreto de medidas cautelares en un procedimiento arbitral cuando se trate de medidas preventivas típicas como el embargo, el secuestro y la prohibición de enajenar y gravar, que llevan implícitas un elemento trascendental, la desposesión, que seguramente pondría fin al convenio arbitral, pues atentaría contra la esencia misma del arbitraje, que es permitir hacer justicia conservando la amistad, por lo que, dentro de este orden de ideas serían más aceptables medidas cautelares atípicas como las contenidas en el parágrafo primero del 588 del CPC, el cual faculta al juez para autorizar o prohibir determinados actos ... y la de adoptar las providencias que tengan por objeto interrumpir actos lesivos actuales (p 59 - 60).

No compartimos el punto de vista del autor, por cuanto no es cierto que las medidas cautelares típicas sean contrarias a la idea del arbitraje, y mucho menos que la solicitud y el decreto de una providencia cautelar pueda poner fin a un acuerdo arbitral, pues este conserva su validez independientemente de que las partes hayan roto sus relaciones amistosas; en consecuencia se considera, que al no distinguir el legislador en la LAC, es posible que sea decretado un embargo, un secuestro, una prohibición de enajenar y gravar, o cualquier medida cautelar innominada en un arbitraje comercial, además la medidas cautelares, en tanto no sean ejecutadas y rematado el bien de manera definitiva, afectan uno sólo de los atributos de la propiedad, como lo es el ius abutendi o derecho de disponer del bien.

Con relación al bien, sobre el cual puede recaer la medida cautelar; en el art. 26 de la LAC se faculta a los árbitros *para dictar las medidas cautelares que consideren necesarias respecto del objeto en litigio*; siendo menester entrar a desentrañar el sentido y alcance que debe conferírsele a la referencia que se hace sobre *el objeto en litigio*, por lo que el interprete debe preguntarse ¿Qué debe entenderse por objeto en litigio a los efectos de las medidas cautelares? Según la opinión de Villasmil (2001, Julio) "Al interpretarse en sentido estricto, la expresión *objeto en litigio*, sólo podrán adoptarse medidas cautelares en el arbitraje comercial en acciones reales o personales sobre una cosa determinada". En este sentido se pronuncia Zoppi (Citado por Villasmil, 2001, Julio) siendo categórico al aseverar que: "Cuando el litigio no verse sobre alguna cosa u objeto preciso y determinado, no pueden acordarse medidas". Por el contrario si le atribuimos un sentido amplio a tal expresión, sería posible dictar medidas cautelares en toda clase de acciones, como aquellas que persiguen una prestación dineraria, postura defendida por otro sector de autores patrios, tales como Henríquez (2000), Gabaldón (1.999), y Hung (2001) .

En efecto Henríquez, R (2000) opina que "Se trata de un concepto amplio que en modo alguno queda limitado a las acciones reales o personales con objeto determinado, objeto litigioso, es también, una suma de dinero que debe pagarse" (p 222).

El art. 26 del Reglamento de Arbitraje de la Uncitral (anterior a la Ley Modelo), expresa que: "A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos" Este texto, fuente del art. 26 de la LAC, complementario a la Ley Modelo Uncitral, según Henríquez, R (2000): "... tampoco justifica una interpretación restrictiva de la locución "objeto en litigio" en el sentido de que sólo procedan las medidas cautelares como garantía de las acciones (rectius: pretensiones) reales o personales sobre objeto determinado" (p 224). Y continúa el mencionado autor explicando, que, en un análisis gramatical, debe observarse que la palabra *inclusive* da a entender que las medidas para preservar el objeto litigioso son una especie dentro del género que abarca "todas las medidas provisionales" concerniente a la litis, es decir, concernientes al objeto en litigio.

Por otra parte, Sarmiento (1.999), manifiesta su opinión y entiende la frase "objeto litigioso" con contenido estrictamente restringido a las medidas necesarias respecto a la materia objeto o sujeto de la controversia; negando la posibilidad de que el tribunal arbitral decrete medidas cautelares típicas, sino únicamente providencia cautelares innominadas, ya que, según su

parecer, el poder para dictar cautelas típicas compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales. Al respecto, Ortiz; R (2000) argumenta que:

La medida cautelar dictada por el tribunal arbitral sólo puede recaer sobre lo que es "objeto en litigio", de modo que la medida de embargo por ejemplo, no puede recaer sino sobre bienes en litigio, sin que pueda extenderse la medida a bienes diferentes; sin embargo, puede el tribunal arbitral dictar secuestros o prohibición de enajenar y gravar, y aun las medidas cautelares innominadas, pues la formula empleada por el legislador en el art. 26 es una potestad genérica, esto es, *las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio* (p 560).

Igualmente, el autor Gabaldón, F (1.999) expresa su opinión afirmando que; "la frase objeto del litigio contenida en el art. 26 de la LAC no se limita a medidas cautelares sobre bienes determinados que estén en disputa" (p 108 – 109) y señala que los árbitros no pueden decretar medidas cautelares generales, tales como la ocupación preventiva de todos los bienes de una de las partes.

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, limita el ámbito de las medidas cautelares a las que el árbitro *considere apropiadas*, el Reglamento de la Uncitral las circunscribe a las *necesarias respecto del objeto en litigio*; el Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje, se refiere a la *propiedad objeto del arbitraje*.

Analizando a profundidad el asunto, se colige que, la frase *objeto en litigio*, contenida en la norma a la que se contrae el presente comentario (art.

26 de la LAC), ha sido concebida por algunos doctrinarios venezolanos, como sinónimo de cosa litigiosa, y en consecuencia se manifiesta que sólo pueden ser dictadas en aquellas acciones que recaigan sobre un bien mueble o inmueble determinado, limitando con tal interpretación la función de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral; por otro lado se observa un sector mayoritario de doctrinarios, quienes pareciera que asimilan la terminología *objeto en litigio*, al objeto del proceso, y más específicamente al objeto de la pretensión, lo cual se traduce en el bien de la vida que se solicita, la utilidad que se espera alcanzar, lo cual puede estar representado por el pago de una suma de dinero, la entrega de una cosa mueble o inmueble, la prestación de un servicio; de modo que el objeto no es la simple cosa física reclamada, sino que rebasa los límites de tal interpretación restringida; ello arroja como resultado que, podrán ser dictadas las medidas cautelares en toda especie de acciones, tanto personales como reales, a fin de garantizar el cumplimiento del laudo; postura que compartimos en la presente investigación.

5. EJECUCION DE MEDIDAS CAUTELARES POR LOS ÁRBITROS

En lo que respecta a la ejecución de medidas cautelares, el art. 28 de la LAC establece: *"El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al tribunal de primera instancia*

competente... para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables”.

Como puede observarse en la norma parcialmente transcrita, se establece la posibilidad de que el tribunal arbitral solicite directamente el auxilio del tribunal de primera instancia competente o bien aprobar una petición en tal sentido formulada por cualquiera de las partes; de lo que se deduce que se encuentra facultado el tribunal arbitral para ejecutar medidas cautelares por sí mismos o bien en algunos casos que lo estime necesario podrá pedir la referida asistencia; y ante tal posibilidad se contempla como contrapartida el deber de colaboración del respectivo órgano judicial estatal a quien le compete atender la solicitud.

En este orden de ideas, en Venezuela se han sostenido diversos criterios sobre este punto, y así Gabaldón, F (1.999) afirma que:

“La ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral siempre corresponde a los tribunales estatales, aún cuando no fuere necesario emplear la fuerza pública, debido a la posibilidad de que surjan oposiciones de terceros, quienes no están obligados a acudir al tribunal a fin de tramitarlas” (p 110).

En sentido similar se pronuncia Henríquez, R (2000), quien en atención a lo dispuesto en el art. 28 de la LAC concluye:

... La traba o ejecución de las medidas cautelares, inclusive las anticipativas... lo reserva la ley a los tribunales ordinarios. Por lo tanto los árbitros no pueden ejecutar las medidas cautelares que ellos dicten, a menos que se traten de simples notificaciones; como por ejemplo la anotación preventiva de la litis o la prohibición de enajenar y gravar, cuya ejecución se agota en la participación que se hace al Registro Subalterno u otra oficina pública según el caso (p 233 – 234).

Por otra parte, el escritorio jurídico Badell & Grau (1.998) sostiene:

La LAC viene a resolver una de las grandes dudas que surgía respecto del procedimiento arbitral regulado el Código de Procedimiento Civil; la posibilidad de decretar medidas preventivas. Así según el art. 26, y salvo pacto expreso en contrario, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto el objeto del litigio, y exigir garantía suficiente de la parte solicitante. **Tales medidas podrán ser ejecutadas por el propio tribunal arbitral o por el tribunal de primera instancia competente, según lo dispuesto en el art. 28 ejusdem (p 37 – 38).** (Negrillas añadidas).

Sin embargo son estos mismos autores Badell & Grau (1.998), los que reflexionan al respecto y expresan:

En nuestra opinión, ello encuentra una excepción en aquellas medidas que impliquen la desposesión de bienes o ejecuciones forzosas. En tales casos, operará el principio general contenido en la LAC, según el cual la ejecución corresponderá a la jurisdicción ordinaria (art. 48 LAC). En efecto, la potestad coactiva para la aprehensión de bienes, y la adopción de medidas forzosas, es privativa del Estado y se reconoce en el art. 48 ejusdem. De allí que toda medida preventiva cuya materialización requiera el empleo de la fuerza pública, o de potestades coactivas para la aprehensión de

bienes, sólo podrá ser ejecutada por la jurisdicción ordinaria (p 76 -77).

Es decir que, existe la discusión de si los árbitros pueden ejecutar por sí mismos embargos y secuestros ó si necesariamente tendrán que solicitar la asistencia de los tribunales de primera instancia competentes para que tales medidas sean ejecutadas.

Al respecto, se cree que; el argumento de Badell & Grau (1.998), presenta la debilidad de que la norma contenida en el art. 48 de la LAC se refiere a que el laudo será reconocido por el tribunal ordinario como vinculante e inapelable, y a petición de parte interesada será ejecutado forzosamente por éste sin exigir exequátur, según las normas que establece el CPC para la ejecución forzosa de las sentencias; pareciera referirse la norma al laudo arbitral pero, con respecto de la ejecución de las medidas cautelares por norma expresa establecida en el art. 28 ejusdem, el tribunal arbitral podrá pedir asistencia al tribunal ordinario competente. Estamos de acuerdo que si se trata de las medidas cautelares innominadas del parágrafo primero del 588 del CPC, al referirse preferentemente a conductas, tales medidas pueden ser ejecutadas por el tribunal arbitral pues batará para ello la simple notificación formal de la medida pero, en cuanto a las demás cautelas que exige el uso de la fuerza pública o desposesión material de

bienes, estimamos que la asistencia a la que se contrae el art. 28 no es potestativo para el tribunal sino obligatoria (Ortíz, R. 2000).

Lo cuál significa que Ortiz; R (2000) afirma que: "La ejecución de la medida cautelar podrá realizarse directamente por el tribunal arbitral o "pidiendo asistencia" al tribunal de primera instancia competente" (p 560).

Por su parte, Sarmiento, C (1.999) sostiene en cuanto a la ejecución de las medidas cautelares lo siguiente: "... Pudiera ser que el tribunal arbitral requiera del auxilio judicial para aquellas medidas provisionales necesarias o providencias cautelares anticipadas con respecto a la materia objeto de la controversia que hubieren sido acordadas" (p 62). Al respecto, Zoppi (Citado por Villasmil, 2001), asevera que; es el propio tribunal o su comisionado el que ejecuta y hace cumplir lo acordado con el auxilio de la fuerza pública en caso de ser necesario, por aplicación analógica del 621 del CPC.

Así mismo, Mezgravis (2002), considera que en el decreto de una medida cautelar, el árbitro puede decidir sobre la procedencia o no de la medida; más no puede él *ejecutarla forzosamente*, para ello deberá pedir asistencia al juez competente, ello siempre que la contraparte no cumpla voluntariamente con la orden del árbitro, y según la opinión de este autor allí radica su poder y él verá si solicita el auxilio del tribunal judicial o no, en virtud de que el art. 28 de la LAC es muy clara al señalar que el tribunal arbitral *podrá* no dice *deberá*, y además dice pedir asistencia es decir *colaboración*, de manera que cuando sea necesario el árbitro tal y como la

norma lo señala podrá solicitar la colaboración del tribunal de Primera Instancia Competente para que ejecute forzosamente la medida que el afectado por la misma no ha cumplido de manera voluntaria. Por lo que el árbitro, en caso de una ejecución forzosa de la medida necesita la ayuda del tribunal judicial por que el árbitro no puede ir directamente a solicitar la colaboración de la fuerza pública (Guardia Nacional, por ejemplo) pero puede ir al Juez y el Juez a este otro organismo; y ello es así, porque según el mencionado jurista mientras el árbitro no dicta la decisión definitiva tiene todo el poder y una vez que dictamina pasa a ser según la apreciación de Mezgravis (2002) un ciudadano común y corriente, y mientras ello no ocurra hay el respeto de las partes hacia él y hacia sus exigencias, por lo que existe la posibilidad de que estas cumplan de forma voluntaria lo decidido por el árbitro.

Con relación a este tópico, se considera que de la redacción de la precitada norma (art. 28 de la LAC) podría interpretarse que al tribunal arbitral le ha sido conferida la potestad para ejecutar toda especie de medidas cautelares, sin embargo, en virtud de la carencia de los árbitros del *ius imperium*, cuyo monopolio corresponde a los tribunales del Estado, las providencias cautelares que requiera la desposesión de bienes embargados o secuestrados, deben ineludiblemente contar con la actuación de la jurisdicción ordinaria, pudiendo incluso exigir el uso de la fuerza pública, en cuyo caso se hace alusiva la colaboración o auxilio a la que hace referencia

el mencionado art. 28 de la LAC; mientras que, aquellas medidas que para practicarlas sólo es menester realizar notificaciones o la simple participación al funcionario público respectivo, tales como la prohibición de enajenar y gravar, la anotación preventiva de la litis, pueden ser ejecutadas por el tribunal arbitral que las ha dictado, con lo que nos solidarizamos con las postura defendidas por Henríquez (2000) y Ortiz (2002), anteriormente expuestas.

Ello representa una particularidad en materia de medidas cautelares en el procedimiento arbitral, por cuanto los árbitros tienen la potestad, salvo acuerdo contrario de las partes, de decretarlas, sin embargo, se encuentran privados del poder de ejecución de aquellas providencias que ameriten de la potestad del ius imperio, de la actuación coercitiva, del auxilio de la fuerza pública; las que solamente pueden ser realizadas por los órganos judiciales de carácter público, pues sí el tribunal arbitral no puede ejecutar sus propios laudos ¿Cómo pueden ejecutar las medidas cautelares?. La solución que ofrecemos no es la señalada por el art. 48 de la LAC, tal y como lo apunta el escritorio Badell & Grau (1.998), sino interpretar el art. 28 ejusdem, en el sentido de considerarse obligatorio para el tribunal arbitral la intervención del juez de Primera Instancia Competente, en las situaciones antes explicadas.

6. REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS REGLAMENTOS DE LOS PRINCIPALES CENTROS DE ARBITRAJE DE VENEZUELA

6.1 LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CONFORME A LO PREVISTO EN EL REGLAMENTO DEL CEDCA

La Cámara Venezolano – Americana de Comercio e Industria (VenAnCham) y el Centro Venezolano Americano (CVA), conscientes de las ventajas que ofrece la conciliación y el arbitraje; decidieron crear el 2 de Agosto de 1.999; el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), con el fin de que todos los interesados puedan resolver sus controversias con mayor imparcialidad, rapidez, eficacia y seguridad jurídica.

El Reglamento, aprobado en fecha 25 de Marzo de 2000, se ajusta a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana y está diseñado para ser aplicado tanto a arbitrajes internos como a arbitrajes internacionales. El texto del reglamento se inspira, principalmente, en los progresos alcanzados en el Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), en la reciente reforma del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), así como también en la Ley Modelo Uncitral, y en los reglamentos de las principales Cámaras de Comercio Europeas e Hispanoamericanas.

El referido reglamento estatuye en su art. 22 lo relativo a las medidas cautelares así:

22.1 Salvo acuerdo en contrario de las partes, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, el Tribunal Arbitral, a solicitud de parte, podrá decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas. El tribunal arbitral puede 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, de los daños y perjuicios que éstas pudieren ocasionarles. Las medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada.

22.2 Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencias lo ameriten, cualquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros previsto en los artículos 9 y 10 de este reglamento, y previo el pago de las costas previstas en el apéndice II de éste, solicitar al Director General del CEDCA que designe de la lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral, compuesto, a juicio del Director General, por uno o tres árbitros, para que resuelva sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de estos árbitros, la hará el Director General, de manera rotativa entre los inscritos en la lista oficial de árbitros que no estén actuando como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral, debe estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle. Estas medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada.

22.3 No se decretará la medida de embargo ni la de prohibición de enajenar y gravar, ni las medidas cautelares innominadas, o deberán suspenderse si estuviesen ya decretadas, si la parte contra quien haya recaído, diere garantía suficiente y eficaz a juicio del Tribunal Arbitral.

22. 4 Quien resulte afectado por la medida cautelar, podrá oponerse a ella mediante escrito que presentará ante la Secretaría, en tantas copias como partes hayan, más una para cada árbitro. El tribunal arbitral que haya dictado la medida cautelar, conocerá de la oposición, sin perjuicio de que en los casos a que se refiere el numeral 22.2, a solicitud de la parte interesada, el Tribunal Arbitral designado conforme a los artículos 9 ó 10 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 está garantía ya no es necesaria.

En virtud de que la nueva Ley de Arbitraje Comercial establece que los árbitros pueden dictar medidas cautelares y como quiera que en principio el tribunal arbitral se constituye luego de que la parte demandada ha tenido conocimiento de la demanda arbitral, resulta muy conveniente, para lograr una tutela más efectiva de los derechos e intereses, permitirle a cualquiera 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 CEDCA a esos únicos efectos las medidas cautelares que aseguren el derecho que reclama. La medida que se dicte podrá luego ser revisada por el tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia, inmediatamente después de la constitución.

Esta quizá sea una de las ventajas prácticas más importantes del Reglamento del CEDCA, si se toma en cuenta la realidad venezolana, donde es muy frecuente que los deudores al tener conocimiento de la interposición de una demanda en su contra, inmediatamente traspasen sus bienes quedando en un estado total de insolvencia.

Al acogerse al arbitraje conforme a las reglas del CEDCA, las partes asumen que el tribunal arbitral queda facultado para, a solicitud de una de ellas, dictar cualquier medida cautelar que considere apropiada, pudiendo el tribunal subordinar el acuerdo de la medida a la constitución de una garantía suficiente y eficaz para responder, a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que ésta pudiera ocasionarle. En todo caso las

medidas cautelares que se acuerden deberán dictarse mediante decisión motivada, y las partes pueden, mediante acuerdo, eliminar la facultad de dictar medidas cautelares.

6.2 LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CONFORME A LO PREVISTO EN EL REGLAMENTO DEL CACCC

El Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACCC) consta de Cuatro Libros integrados por setenta y nueve artículos. El Libro III relativo al Procedimiento Arbitral establece en su artículo 55 lo concerniente a las medidas cautelares de esta manera:

Art. 55. Medidas Cautelares: El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrán pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia Competente para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten y que sean dictadas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

El tribunal arbitral, a solicitud de parte, podrá ordenar cualquier medida cautelar que considere apropiada. El tribunal arbitral puede someter el otorgamiento de dichas medidas a la presentación de una garantía adecuada por la parte que solicita la medida. Las medidas cautelares, deberán ser adoptadas mediante auto motivado, si el tribunal arbitral así lo estima conveniente. La medida procede desde el mismo momento en que se haya constituido el tribunal arbitral, a diferencia de lo que ocurre en el CEDCA

donde se permite la adopción de este tipo de medidas antes de la constitución definitiva del tribunal arbitral, a través de un tribunal ad – hoc, es decir creado especialmente para cumplir esta misión, y luego de ello queda disuelto. La Cámara de Comercio resolvió modificar su reglamento para dar cumplimiento a la Ley de Arbitraje Comercial de 1.998 y clarificar la normativa correspondiente. Tal reglamento modificado se denominó “Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas” de fecha 12 de Agosto de 1.998. No obstante, el mencionado reglamento fue nuevamente modificado el 23 de Febrero del año 2000.

CAPITULO V

INCIDENCIA DEL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LOS DERECHOS DE TERCEROS

Aún cuando el tribunal arbitral actúa en el ámbito del querer de las partes comprometidas en el arbitraje, existe la posibilidad de que la ejecución de una medida cautelar produzca efectos perjudiciales, no previstos, en el patrimonio de terceros ajenos al acuerdo de arbitraje y al proceso arbitral. En efecto, esté y otros aspectos serán analizados en el desarrollo del presente capítulo.

1. INTERVENCIÓN DE TERCEROS

1.1 GENERALIDADES

El Capítulo VI del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, referido a la Introducción de la Causa en el Procedimiento Ordinario, contempla las formas en que los terceros podrán participar en un proceso.

En primer término se destaca de manera general la posibilidad de permitir al tercero intervenir en el juicio que no ha sido iniciado por él, luego se instituyen las figuras de la intervención voluntaria y de la intervención

forzada, comprendiendo la primera el juicio de tercería propiamente dicho, la oposición al embargo, apelación del tercero e intervención adhesiva. La intervención forzada abarca la formación de un litisconsorcio entre la parte principal con el tercero, el llamamiento del tercero por comunidad de causa y la cita de saneamiento o de garantía. A este respecto, la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil Vigente explica que en este capítulo se consideró conveniente sistematizar las diversas formas de intervención de terceros, las cuáles se encontraban dispersas en el derogado Código de Procedimiento Civil de 1.916 (tercería, cita de saneamiento o garantía, oposición al embargo, apelación del tercero) y contemplar otras formas, entre ellas la intervención adhesiva no regulada en el mencionado cuerpo legislativo, desarrollándose actualmente en la Sección 1^{ra} la intervención voluntaria y la Sección 2^{da} la intervención forzada. En realidad lo que se ha hecho en el CPC de 1.987 es adecuar metódicamente nuestro derecho procesal, reuniendo en un solo capítulo estas intervenciones de terceros para facilitar su ubicación dentro del cuerpo jurídico.

En un sentido amplio, puede afirmarse que; los terceros son las personas que no han participado directamente en un negocio jurídico o en la iniciación de un proceso judicial; es decir, no son sujetos de la relación jurídica existente entre las partes principales o iniciales. En principio, dice Alsina (1963) "El proceso sólo comprende a los que en él intervienen como actor o demandado, y únicamente a ellos aprovecha o perjudica la sentencia, pero la

complejidad de las relaciones jurídicas hace que frecuentemente la litis afecte derechos de terceros, que se verán vinculados a un proceso en que no han intervenido para evitar los efectos perjudiciales derivados de la sentencia (p 589).

Algunas legislaciones, tratan bajo la denominación genérica de intervención en la causa ó intervención de terceros, a los diferentes institutos jurídicos que permiten admitir en la causa a otras personas (terceros) distintas de aquellas entre las cuales se ha originado el proceso. La forma de intervención de terceros en la causa es variadísima en los distintos Códigos y en algunos se limita a la oposición de terceros, por lo que resulta difícil una exposición general de la institución capaz de comprender las particularidades de cada legislación.

En Venezuela, según el Código de Procedimiento Civil, las diversas formas de intervención de terceros en la causa, pueden resumirse de la siguiente manera:

- Intervención Voluntaria Principal: La Tercería, art. 370 ord.1; en concordancia con los arts. 371 al 376 del CPC y la Oposición al Embargo, art. 370 ord. 2 y los arts. 377, 378 y 546 ejusdem.
- Intervención Voluntaria Adhesiva: Los Terceros Coadyuvantes, art. 370 ord. 3 del CPC en relación con los arts. 379 al 381 del mismo Código y la Apelación del Tercero art. 370 ord. 6 y en 297 ejusdem.

- Intervención Forzada: Adcitatio, art. 370 ord. 4 y el art. 382 del CPC y la Cita de saneamiento y Garantía, establecida en el art. 370 ord. 5 y el art. 382.

En la legislación venezolana se introduce la tesis moderna de la intervención de terceros, en su faceta más relevante; logrando con ello que, otras personas distintas al demandante y al demandado, puedan participar activamente en el proceso ya iniciado, bien voluntariamente o por requerimiento de alguna de las partes, bien sea resguardando su propio derecho o porque su interés jurídico actual sea tal que se sienta impulsado a contribuir con sus alegatos legales al triunfo de alguna de las partes.

Alsina, H (1.963) considera que "la intervención del tercero debe ser permitida bajo ciertas condiciones, a fin de evitar que se convierta en un foco perturbador del proceso" (p 601).

En cuanto al procedimiento arbitral, estando a cargo de los Tribunales Ordinarios, los actos de evacuación de pruebas y de ejecución de medidas cautelares, así como la ejecución judicial del laudo definitivo de la litis, según lo dispone los artículos 28 y 48 de la Ley de Arbitraje Comercial, existe la posibilidad de que la ejecución de esos actos produzcan efectos perjudiciales, no previstos, en el patrimonio de terceros ajenos al acuerdo de arbitraje.

La potestad de la jurisdicción pública tiene su fuente única en la ley y no en el contrato (acuerdo arbitral), por lo que los actos de ejecución o

diligenciamiento cumplidos por el Juez de Primera Instancia, en previsión de los artículos 28 y 48 de la Ley de Arbitraje Comercial, a petición de los árbitros, devienen mediatamente del proceso privado, fundamentado en el contrato, pero su fuerza jurídica se encuentra fuera del ámbito y consecuencias del contrato arbitral; su causa inmediata es la potestad jurisdiccional ejecutiva, detentada por el juez público, no delegada al tribunal privado por la Ley. Por tanto los terceros pueden intervenir ante el juez público ejecutor para hacer valer sus derechos (ejercicio del derecho a la defensa) frente a los actos ejecutivos (medidas cautelares) cumplidos por el Juez de Primera Instancia en acatamiento a los mencionados artículos 28 y 48 de la LAC.

Ante estos planteamientos, es menester preguntarse ¿El tercero debe limitarse a litigar ante el Juez Ordinario del art. 28 de la Ley de Arbitraje Comercial ó puede intervenir en el proceso cautelar arbitral por iniciativa propia? ¿Puede ser interviniente adhesivo en el juicio de arbitraje?

Para discernir el ámbito de actuación de los terceros en el proceso arbitral, es necesario analizar la institución del tercero desde dos puntos de vista:

1.1.1 TERCEROS EN EL DERECHO SUSTANTIVO

No existe un nexo jurídico del tercero con las partes del contrato; los efectos que éste produce no afectan a los terceros. Así está dispuesto en el art. 1.166 del Código Civil, cuyo texto constituye un principio regulador de la voluntad de los contratantes, quienes no podrán incluir en sus contrataciones ningún elemento perturbador del derecho de los terceros. Al respecto se establece que: "Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan terceros; excepto en los casos establecidos en la ley" (principio de la relatividad de los contratos). Es decir que una relación contractual entre A y B es para C (tercero) una relación que no le compete o en la que las partes no pueden comprometerlo, pues, no les es permitido lesionar aquel derecho o invadir su derecho particular o propio.

Aún y cuando se respeta la autonomía privada de las partes contratantes, ésta se encuentra limitada por la obligación de abstenerse de perturbar el derecho de terceros o perjudicarles con las estipulaciones contractuales, las cuales en cambio sí pueden hacerse a favor de terceros si estos tuvieran un interés en beneficiarse de los efectos del contrato y, además, haya el propio interés del estipulante, como por ejemplo; la contratación de un seguro de vida a favor de un tercero.

El principio estatuido en el 1.166 del C.C; es una consecuencia de la regla de la personalidad de las obligaciones estampada en el art. 1.163

ejusdem, según el cual: "Se presume que una persona ha contratado para sí y para sus herederos y causahabientes, cuando no se ha convenido expresamente en lo contrario, o cuando no resulta así de la naturaleza del contrato." Los efectos del contrato, se limitan, pues, a aquellos que lo han pactado; todo sujeto de derecho que no ha participado en él, es un tercero extraño al contrato.

Sin embargo, el principio de la relatividad de los contratos, no tiene el carácter absoluto que ofrece a primera impresión. El principio de la relatividad, no concierne sino a los efectos internos del contrato, esto es, de los derechos y obligaciones que de él se desprenden para las partes, sus herederos y causahabientes. Pero es necesario distinguir entre los efectos internos del contrato y la existencia del mismo. Un contrato es, un hecho que los terceros no pueden ignorar, ellos están obligados a reconocer la existencia del mismo, y a sufrir llegado el caso, las consecuencias de esta existencia, sobre su propia conducta o sobre su propio patrimonio. El contrato considerado como un hecho externo existe por sí mismo en el orden material de las cosas, cuyas consecuencias pueden afectar a terceros.

Los terceros concebidos de esta manera en la relación contractual, reciben el nombre de *penitus extranei*, o sea, personas cuya voluntad no ha intervenido de ninguna manera en el contrato y no tiene vínculo alguno con las partes.

Feltri, M (1.983) define al tercero como "Toda persona extraña al contrato y también a la relación jurídica que con él se constituye, se modifica o se extingue" (p 161). En estas definiciones sobre el tercero, se coincide en considerarlo como ajeno a la relación contractual, y efectivamente, así debe considerarse a la persona que no participa de esa relación jurídica – económica, como lo es el contrato.

Sin embargo, hay terceros que no pueden obviarse en esa relación, tal es el caso del fiador de alguna de las partes, el acreedor hipotecario, el heredero del contratante; entre otros.

Desde esta perspectiva se comprende que el proceso arbitral es consecuencia directa del acuerdo de arbitraje; el cual es soportado por la manifestación de voluntad que es la base de todo contrato; el tercero no puede ingresar a la litis acordada por otros ni éstos pretender involucrarlo en la misma; según se deduce del art. 1.166 del Código Civil, antes visto. En el primer caso habría una injerencia ajena en el arbitraje inter – partes; en el segundo un desconocimiento de las partes litigantes al derecho del tercero de ser juzgado por sus jueces naturales.

Hay pues, un anverso y un reverso en este principio: De una parte, la autonomía del contrato con relación a cualquier otro sujeto distinto de los contratantes, que impide la injerencia en el contrato de terceros que, como intervinientes voluntarios (terceristas, adherentes), pretendan irrumpir en el proceso arbitral para proteger un derecho propio, concurriendo o ayudando a

la defensa de uno de los litigantes; y de otra parte, la desvinculación e independencia de los terceros en relación al contrato, por lo cual no pueden ellos ser dañados por los efectos (en este caso procesales) originados en un convenio en el cual no han participado, no han prestado consentimiento.

1.1.2 TERCEROS EN EL DERECHO PROCESAL

Procesalmente considerado, tercero es quien no ha sido parte en la causa. Sin embargo a sido objeto de muchas discusiones esta definición de tercero en sentido procesal; pero concretándonos a nuestra legislación, nadie podrá ser perjudicado por la sentencia que se pronuncia si no ha intervenido en la respectiva causa; no es posible jurídicamente que lo juzgado y sentenciado se traduzca en perjuicio para los terceros que no tomaron parte en el correspondiente debate judicial. Y es por ello, que los terceros, pueden proponer pretensiones en resguardo de sus derechos, el problema es que, mientras logran hacerlos valer, la ejecución del fallo puede causarles molestias y perturbaciones de hecho.

Según Feltri, M (1.983), "Como principio general la sentencia no produce efectos sino entre las partes y los terceros no pueden ni beneficiarse ni ser perjudicados por ella. Pero por motivos particulares o excepcionales, algunas veces determinados terceros pueden aventajarse o perjudicarse con la sentencia" (p 149).

De esta manera, no es tercero, desde el punto de vista procesal, quien sea absorbido por el mismo interés de la parte principal que interviene en el juicio, como el caso del representante legal (padres, tutores) en relación con su representado.

Por otra parte, y como lo asentó, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 22 de Noviembre de 1.990; los terceros solamente pueden intervenir en un proceso utilizando los procedimientos y recursos admitidos por la Ley, tales como la acción de tercería, oposición al embargo, cuando alegue tener un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso, cuando alguna de las partes pida la intervención del tercero por ser común a él la causa pendiente, cuando alguna de las partes pretenda un derecho de saneamiento o de garantía respecto del tercero y pida su intervención en la causa (art. 370 del CPC). El tercero, en principio fuera de esas instituciones, no puede intervenir en un juicio en el cual no figura ni como actor ni como demandado.

En efecto, el legislador ha concebido al tercero, desde el punto de vista procesal como aquel que, además de tener un interés legítimo o derecho que se discute, sea titular de ese derecho o pretenda un reconocimiento del mismo con preferencia al demandante, o por lo menos, concurrir con él en la solución del crédito o que por la conexión jurídica con alguna de las partes, sea obligado a participar en el proceso.

2. TRÁMITE DE OPOSICIÓN A LA MEDIDA CAUTELAR

Aún cuando el tribunal arbitral actúa en el ámbito del querer de las partes comprometidas en el arbitraje, puede, sin embargo obtener la ejecución de providencias cautelares que surtan efecto en la esfera jurídica de otro sujeto extraño al acuerdo de arbitraje. En materia civil y aún en materia comercial, donde existe norma expresa a favor de las medidas cautelares, es cuestionable la procedencia de medidas que afecten derechos de terceros, ya que se les estaría obligando a someterse a un arbitraje que nunca acordaron. En caso de que el decreto de medidas cautelares dictado por el tribunal arbitral (art. 28 de la LAC) afecte sus derechos; una de las formas de proteger sus intereses sería a través del trámite de oposición; claro la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana no regula nada al respecto, aún y cuando sí estipula lo concerniente a las medidas cautelares, pero lo hace de manera ambigua y escueta, por lo que le corresponde a los juristas la labor de interpretar e integrar la ley.

La mayoría de los países adoptan como solución del problema planteado; el tramitar todo lo concerniente a las medidas cautelares por la vía judicial; nuestra legislación se une a un par de legislaciones extranjeras que acogen una solución más avanzada en la que se le reconoce a los árbitros la facultad de dictar una medida cautelar; es decir que tiene la facultad de decidir si es procedente o no una medida cautelar; lo que sucede es que los árbitros no

tienen el poder coactivo por lo que no podrían ejecutar forzosamente su decisión.

Mezgravis (2002); al respecto dice que; si el 80% de los laudos a escala internacional se ejecutan voluntariamente, sin necesidad de acudir a la vía judicial para una ejecución forzosa, ¿Por qué no habría de suceder lo mismo, cuando se decreta una medida cautelar? ¿Por qué las medidas cautelares no podrían ser ejecutadas en un 80% de manera voluntaria por las partes? A lo que el mismo Mezgravis (2002) responde: El asunto realmente tiene una complicación frente a los terceros, ya que se ha dicho que los terceros que no han suscrito un acuerdo arbitral no tienen obligación de ir al proceso arbitral y pedir al tribunal arbitral que no es su juez natural que revoque la medida. Pero aunque no sea obligación del tercero afectado por la medida sí es una carga para él, porque sólo a él le interesa que se libere el bien sobre el que recae la medida.

Además de ello, el tercero se percataría de que existe una medida cautelar sobre algún bien de su propiedad o tenencia cuando efectivamente la medida estuviere ejecutada de manera forzosa, porque de lo contrario él no tendría forma de enterarse, dado que el proceso arbitral se caracteriza por la privacidad y confidencialidad de sus actuaciones, no podría el tercero enterarse de la medida en el momento justo en que es dictada y antes de ser ejecutada. Por esa razón el tercero aún y cuando sea un extraño al proceso arbitral que se viene desarrollando no puede permitir que sea menoscabado

su derecho a la defensa; al respecto el art. 49 numeral 1 de la CBV, es muy claro en afirmar que todos tienen derecho a la defensa (principio de inviolabilidad de la defensa), el art. 26 ejusdem dice que; toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, y el art. 16 del CPC pauta el derecho de acción, siempre que haya interés actual, determinado por el incumplimiento o falta de certeza.

La autoría de la ejecución hace al Juez de Primera Instancia, funcionalmente competente para el conocimiento de cualquier reclamación incidental de tercero que tenga su causa en dicha ejecución, solicitada por el tribunal arbitral.

Como es sabido, el tercero de acuerdo al Código de Procedimiento Civil sólo puede oponerse al embargo cautelar y ejecutivo: pero cuando se trate de una medida de secuestro, prohibición de enajenar y gravar o alguna medida cautelar innominada, entonces el tercero debe acudir necesariamente al juicio de tercería. Sobre la base de lo antes dicho, Ortiz (2002, 726 – 727) invita al amable lector a imaginarse, un secuestro sobre su casa de habitación en un juicio donde ni siquiera conoce al actor o al demandado, pero el secuestro se está ejecutando, seguramente Ud.amigo lector buscará el título de propiedad, el pago de impuestos de inmuebles, la declaración de vivienda principal, los recibos de luz, agua, teléfono y le dirá al juez que es él único propietario de este inmueble. Este juez apegado a la

norma legal, le dirá que en el secuestro no hay oposición de terceros y que debe acudir al juicio de tercería, mientras tanto... se ejecuta el secuestro. Al cabo de unos años ese juez le dirá: Ud. Tenía razón... aunque haya pasado tantos años sin su casa ¿Es esta tutela judicial efectiva? Para el mencionado autor, otra manera de resolver el problema, sería permitir al tercero que se oponga a la medida de secuestro y, en la articulación probatoria, poder demostrar su pretensión ¿Se le causa un daño a alguien con esta posición? Ortiz responde a su pregunta con la siguiente reflexión: La nueva Constitución Bolivariana de Venezuela ofrece fundamentos para sostener esta propuesta, específicamente en los artículos, 7, 334, 19, 22, 23, 26, 49, 51, 253 y 257, de manera que los terceros pueden ejercer recurso de oposición contra cualquier medida cautelar, sea embargo (ya establecido en el art. 546 del CPC) o en el resto de las cautelas (aplicando para ello el art. 602 ejusdem).

Así mismo, Hung, F (2000) comparte el criterio de Rafael Ortiz (2002) y expresa:

Por cuanto la ejecución de las medidas preventivas queda deferida a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, en caso de que dicha ejecución afecte bienes o derechos terceros ajenos al proceso arbitral, dichos 3^{ros} podrán realizar ante dicho juez toda la actividad permitida por el CPC para salvaguardar sus derechos e intereses. En éste sentido los 3^{ros} podrán hacer oposición de conformidad con lo dispuesto en el art. 602 del CPC, la cual se sustanciará de acuerdo a los arts. 603 y 604 ejusdem (p 200).

Al respecto, advierte la Sala de Casación Civil, en sentencia del 5 de Agosto de 1997, con ponencia del Magistrado Alirio Abreu Burelli, en el juicio de Ramona Encarnación Bracho Atencio y otros Vs. Luis Emiro Bracho Atencio y otro, en el expediente No 94-248, sentencia N° 208; que sólo es aplicable la oposición del tercero a una medida preventiva o ejecutiva de embargo y no a las otras medidas nominadas o innominadas, pues conforme a pacífica y reiterada jurisprudencia de este Máximo Tribunal, cuando el tercero pretenda un derecho preferente al ejecutante o al ejecutado sobre bienes que sean objeto de una medida cautelar distinta a la del embargo, deberá acudir a la demanda en forma de tercería de dominio, conforme al ordinal primero del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil. Así, en sentencia de fecha 30 de marzo de 1995 (caso: Idelina León de Sánchez contra Jesús Ángel Sánchez), dijo la Sala lo siguiente:

Ahora, en materia de medidas preventivas la manera como los terceros pueden lograr la liberación de los bienes de su propiedad, o sobre los cuales tengan algún derecho, que hayan sido afectados por una medida decretada en causa pendiente entre otras personas, va a variar de acuerdo a cuál sea la medida ejecutada.

En efecto, si se trata de una medida de embargo que haya recaído sobre bienes de un tercero, éste, de acuerdo a la letra de los artículos 370, ordinal 2° y 377 y 546 del Código de Procedimiento Civil, debe oponerse mediante diligencia o escrito ante el tribunal que haya decretado el embargo, o ante el que se haya comisionado para su práctica, aún antes de practicado y hasta el día siguiente a la publicación del último cartel de remate y el tribunal, si se dan los supuestos del citado artículo 546, suspenderá el embargo, pero, si alguna de las

partes, o ambas se oponen a la pretensión del tercero, con otra prueba fehaciente, el juez no suspenderá el embargo sino que abrirá una articulación probatoria de ocho días a fin de determinar a quién debería ser atribuida la tenencia, decidiendo al noveno, sin concederse término de distancia.

Ahora bien, si la medida precautelativa que recae sobre bienes de un tercero es un secuestro; o prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles; o alguna de las medidas complementarias de que trata el primer aparte del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, o alguna de las medidas innominadas atípicas a que se refiere el parágrafo primero del mismo artículo, ese tercero que se sienta afectado, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 370 ordinal 1 y 371 de la ley procesal debe proponer demanda de tercería contra las partes contendientes ante el juez de la causa en primera instancia. De la demanda se pasará copia a las partes y la controversia se sustanciará y decidirá según su naturaleza y cuantía.

Además, en el caso de oposición al embargo, queda establecido que tanto el ejecutante como el ejecutado podrán oponerse a su vez a la pretensión del tercero opositor, en el mismo acto o después de la objeción del tercero, en cualquier estado y grado de la causa, siempre que conste de prueba fehaciente que contradiga la del opositor.

Existe, pues, la opción para el tercero propietario de la cosa embargada en juicio ajeno, de reivindicarla por vía de tercería o por medio de la oposición al embargo.

2.1 OPOSICIÓN DEL TERCERO AL EMBARGO

La oposición al embargo es la intervención voluntaria del tercero, por la cual éste impugna por la vía incidental el embargo practicado sobre bienes de su propiedad, o alega que los posee a nombre del ejecutado, o que tiene un derecho exigible sobre la cosa embargada. Es una de las formas de intervención de terceros en la causa, pero que no va dirigida a excluir la pretensión del actor, ni a concurrir con éste en el derecho reclamado, sino a la tutela del derecho del tercero sobre la cosa sometida a embargo: Por su carácter incidental no se requiere como en la tercería una demanda en forma, sino la actuación del tercero, en las formas ordinarias de realización de los actos procesales.

De modo que, los terceros a quienes perjudique una medida preventiva dictada dentro de un procedimiento arbitral, en virtud de que el acuerdo arbitral solo produce efecto entre las partes que lo suscriben, a los terceros no les estaría permitido ventilar su pretensión dentro del arbitraje, pues éste sólo excluye de la jurisdicción ordinaria a aquellos quienes lo pactaron, careciendo de competencia el tribunal arbitral para conocer sobre el asunto; debiendo acudir el sujeto afectado a los tribunales ordinarios a hacer la oposición o bien intentar la correspondiente demanda de tercería. En caso de optar por la oposición del tercero deberá tramitarse de conformidad con el Art. 546 del CPC, en la que de forma incidental y ante el juez executor el

misma, según lo establecido en el art. 370 ord. 2 en su párrafo primero, en concordancia con el art. 546 ejusdem, y el art. 377 del mismo Código.

- La oposición prevista en el art. 546 del CPC en los casos en que el tercero sea poseedor y propietario.
- El juicio de tercería de conformidad con los arts. 370 y siguientes del mismo cuerpo normativo.
- La apelación de la sentencia definitiva o el acto que sea de tal naturaleza y que cause ejecutoria contra el tercero. En relación con este punto, ya hemos dicho en reiteradas oportunidades que el tercero no podría inmiscuirse en el proceso arbitral, en virtud de que no forma parte del acuerdo arbitral celebrado con anterioridad al procedimiento arbitral, de manera que no podría apelar del laudo definitivo, entre otras tantas razones por que la LAC ni siquiera prevé esta figura de la apelación del laudo, sólo la nulidad del mismo. Además de ello, se supone que los efectos del laudo deben abarcar sólo a las partes que firmaron el acuerdo arbitral y que por ende participaron en el procedimiento arbitral. Pero, si fuera el caso creemos que el tercero afectado por el laudo arbitral puede solicitar la nulidad del mismo de conformidad con el art. 43 y siguientes de la LAC, aún y cuando la ley señalada, establezca causales taxativas de procedencia. Además,

debe tomarse en cuenta que esté recurso se tramita por el tribunal ordinario (Tribunal Superior Competente del lugar donde se hubiere dictado la decisión de no haberse recurrido al arbitraje) que sí son los jueces naturales del 3^{ro} y no por el tribunal arbitral, ello para garantizar su derecho a la defensa de conformidad con la Constitución vigente.

3. JUICIO DE TERCERIA

La tercería es la intervención voluntaria y principal de un tercero contra ambas partes de un proceso pendiente, ya para excluir la pretensión del demandante invocando un derecho preferente, o el dominio sobre los bienes objeto del proceso, o bien concurrir con él en el derecho alegado, fundandose en el mismo título.

Según hemos dicho, el tercero no puede penetrar *motus proprio* en la privacidad y confidencialidad del proceso arbitral. La protección de sus derechos e intereses puede hacerla a través de la demanda autónoma de tercería ante el juez competente, alegando, según el caso, que es suyo el objeto litigioso del proceso arbitral sobre el cual recae la medida ó que tiene la propiedad concurrente con él o los demandantes en arbitraje; o que le asiste cualquier otro derecho a la cosa; o bien que tiene un derecho preferente o concurrente en la solución del crédito, en caso de pretensiones personales deducidas en arbitraje; o en fin que son suyos los bienes

embargados o que tiene un derecho (de simple uso o de usufructo) sobre ellos que ha sido desconocido por la medida. Hay que aclarar, que sí el tercero decide ejercer oposición a la medida de embargo no podría intentar la tercería sino después de la sentencia que decide la oposición en cuyo caso se abre un nuevo marco de posibilidades: la apelación de la sentencia que ratifica la medida de conformidad con el art. 603 del CPC ó el juicio de tercería; ahora, si se trata de una medida de secuestro o prohibición de enajenar o gravar tendrá que tomar como primera opción el juicio de tercería, ya que como dijimos anteriormente, el CPC, no contempla estipulación alguna que permita a los terceros oponerse a estas dos clases de medidas.

Muchas han sido las definiciones dadas sobre la tercería, coincidentes en el fondo aunque con elementos de variación que las particularizan en cada caso. Brice, A (1.967) por ejemplo, sostiene que "la tercería es una acción que intenta un tercero contra las partes que están litigando en un proceso en curso, porque pretende tener derecho preferente, concurrente o excluyente sobre el objeto de la demanda en curso" (p 71).

Sanojo, L (1.981) concibió la tercería como: "Un juicio que promueve un tercero contra dos personas que litigan, pretendiendo que es acreedor del demandado con mejor derecho que el demandante, que también se cree acreedor o por lo menos con igual derecho a éste, o que son suyos los bienes demandados o embargados o que tiene derecho a ellos"(p 334).

En sentencia del 22 de julio de 1.987, la Corte Suprema de Justicia, expresó que por tercería debe entenderse: “el medio que el legislador a otorgado a los terceros para proteger sus intereses amenazados por un juicio dentro del cual no tienen cabida por no ser partes” (Pierre, 1.987,72).

La tercería se interpone ante el Juez de Primera Instancia Competente contra las partes contendientes en el proceso arbitral y se sustanciará y sentenciará según su naturaleza y cuantía (art. 371 del CPC). Si eventualmente la tercería se interpusiese cuando aún no haya habido laudo, no podría acordarse la acumulación entre un proceso y otro, toda vez que la acumulación es una forma de intervención de terceros en el procedimiento ordinario (art. 373 del CPC) y el proceso arbitral es exclusivo y excluyente, es exclusivo, en el sentido de que descarta la jurisdicción ordinaria, la cual no puede intervenir en el proceso arbitral para tutelar o controlarlo en su desarrollo. Sólo hay participación del tribunal ordinario cuando así lo autorice la LAC a los fines de suplir la renuencia de una de las partes (renuencia a nombrar el árbitro o su sustituto), para practicar actos de instrucción o medidas cautelares, conocer de la nulidad del laudo o hacer cumplir su fallo de acuerdo al procedimiento ejecutivo del CPC; de igual manera el CPC especifica los casos de injerencia del juez ordinario en el arbitramento civil; y es excluyente, en el sentido de que el tribunal arbitral se basta a sí mismo para determinar su legitimidad y para decidir con certeza judicial vinculante (art. 5 LAC).

El hecho de que todavía no se haya dictado el laudo no impide proponer la tercería, toda vez que la pretensión de un derecho sobre la cosa que el tercero considera suya, o con derecho a tenerla o disfrutarla; ya constituye un interés jurídico actual que legitima el ejercicio de la acción, a tenor del art. 16 del CPC. Sin embargo, la confidencialidad del proceso arbitral dificulta que el tercero tenga conocimiento de la pretensión allí deducida que le perjudica.

La tercería deducida con posterioridad a la ejecutoriedad del laudo es más probable por no haber en esa etapa del proceso la privacidad de las actas. De acuerdo al art. 48 de la LAC, El Juez de Primera Instancia Competente ejecutará forzosamente el laudo arbitral según las normas que establece el CPC para la ejecución forzosa de la sentencia.

Ahora bien, la tercería excluyente o concurrente, de dominio o creditoria se deduce en esta etapa con arreglo con arreglo al art. 376 del CPC. "Sí la tercería fuere propuesta antes de ejecutarse la sentencia, el tercero podrá oponerse a que la sentencia sea ejecutada cuando la tercería apareciere fundada en instrumento público fehaciente. En caso contrario el tercero deberá dar caución bastante, a juicio del tribunal, para suspender la ejecución de la sentencia definitiva. En todo caso de suspensión de la ejecución, el tercero será responsable del perjuicio ocasionado por el retardo, si la tercería resultare desechada."

La tercería o intervención principal, no es pues, como la ha calificado la Casación; “una incidencia”, caracterizada por una oposición al derecho del actor, parecida a la que se hace a las medidas preventivas. Por su naturaleza de demanda autónoma, contentiva de una nueva pretensión, el tercero no se hace parte del proceso principal, ni origina en este un litisconsorcio, sino que al contrario, las partes del proceso principal se convierten en parte en la tercería (demandados) y origina así un litisconsorcio pasivo en el proceso de intervención.

Otro aspecto de gran importancia es el relativo a la Confidencialidad y el juicio de tercería instaurado en relación con un proceso arbitral, en virtud de que la confidencialidad del proceso arbitral debe ser resguardada tal y como lo establece el art. 42 de la LAC: “Salvo acuerdo contraído de las partes los árbitros tendrán la obligación de guardar la confidencialidad de las actuaciones de las partes, de las evidencias y de todo contenido relacionado con el proceso arbitral”. De manera que, en principio los árbitros no pueden dar testimonios o certificaciones de las actas procesales del arbitraje; más sin embargo, esa reserva tiene su límite en el derecho a la defensa del tercero. Así por ejemplo, el art. 433 del CPC en su parte in fine establece, a propósito de la llamada prueba de informes que: “Las entidades mencionadas (en este caso el tribunal arbitral o el Centro de Arbitraje) no podrán rehusar los informes o copias requeridas invocando causa de reserva, pero podrán exigir una indemnización cuyo monto será determinado por el juez en caso de

inconformidad de la parte, tomando en cuenta el trabajo efectuado, la cual será sufragada por la parte solicitante.

No obstante, el art. 437 del CPC sí concede valor a la invocación de la justa causa, dejando a juicio del juez (en nuestro caso el de la tercería) la justificación de la reserva por causa justa. En este caso se justificaría la reserva porque se pide al tercero la exhibición de uno o varios documentos, sin distinguir la información realmente pertinente; mientras que en el otro, la entidad o institución requerida puede dar las informaciones parciales que considere conducentes al juicio de tercería.

De forma que, los árbitros deben manejarse entre dos situaciones: Por una lado, el derecho a la defensa del tercerista que autoriza al juez ordinario a requerir información, y por el otro, el deber legal de los árbitros de guardar la confidencialidad, cuya violación podría acarrear incluso consecuencias punitivas, tal y como lo reseña el art. 190 del Código Penal que dice: "El que teniendo por razón de su estado, funciones, profesión, arte u oficio, conocimiento de algún secreto cuya divulgación pueda causar algún perjuicio, lo releva, no obstante sin justo motivo, será castigado con prisión de cinco a treinta días". Es decir, que si los árbitros acreditan una justa causa, como lo sería el deber ético, moral y constitucional de contribuir con el derecho a la defensa del tercerista, podría pensarse que están autorizados para dar cierta información al Juez requirente, más sin embargo creemos que los árbitros, deben contar con la anuencia de las partes del proceso arbitral

para poder entregar esa información, respetando con ello el principio rector del arbitraje como lo es la *autonomía de la voluntad de las partes*, así como también, deberán prestar atención al derecho a la privacidad establecido en el art. 63 de la Constitución Vigente.

4. TERCERÍA COADYUVANTE

La intervención adhesiva o adherente, es la otra forma de intervención voluntaria de terceros, llamada también accesoria o adiuvandum, porque tiene lugar cuando el tercero, alega un interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretende ayudarla a vencer en el proceso (art. 370. ord. 3, arts. 379, 380 y 381 del CPC).

La intervención adhesiva no estaba contemplada específicamente como instituto procesal autónomo en el derogado Código de 1.916; sin embargo la doctrina la admitía cuando el tercero tenía interés inmediato en coadyuvar a alguna de las partes en la defensa de la causa; y veía en la apelación del tercero de la sentencia definitiva, una manifestación específica de ella.

Así pues, la intervención adhesiva puede definirse, como aquella intervención del tercero con interés jurídico actual en la decisión de una controversia pendiente, que pretenda ayudar a una de las partes a vencer en el proceso, ya porque teme sufrir los efectos indirectos o reflejos de la cosa juzgada, o bien porque la ley extiende los efectos de la cosa juzgada a la

relación jurídica existente entre el tercero y el adversario de la parte a la cual pretende ayudara vencer en el proceso.

Se discute jurisprudencial y doctrinariamente, si un interés puramente moral y de honor, que pueda tener para el tercero una importancia aún mayor que el interés económico, puede constituir causa legítima de intervención.

Desde este enfoque, debemos recordar que el art. 26 de la vigente Constitución, establece que " Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente...". Esta norma constituye, según Henríquez (2000) el recurso jurisdiccional, sea el contencioso – administrativo o el judicial ordinario, ante jueces estatales o arbitrales o indigenistas, prevé en pocas palabras, el principio de acceso efectivo al proceso. El poder público garantiza y legitima la actuación jurisdiccional del tercero, siempre que lo haga ante el tribunal habilitado por el poder público, es decir, ante la jurisdicción judicial y no ante la jurisdicción arbitral, ya que esta última ha sido creada por el acuerdo inter partes, con autorización legal, y por ende sólo es utilizable por las partes comprometidas en el arbitraje.

Como quiera que el 3^{ro} no puede intervenir como coadyuvante en el proceso arbitral, la defensa de su interés personal requiere la posibilidad de

intentar una acción autónoma, ante la jurisdicción ordinaria, contra el demandante y el demandado del proceso arbitral, a fin de que el juez ordinario declare, mediante sentencia de cosa juzgada, que existe el derecho del tercero a la cosa litigiosa. En caso de que el laudo arbitral sea anterior a la sentencia, el efecto reflejo o indirecto frente al tercero, no puede tener mayor fuerza legal que el efecto directo de la cosa juzgada surgida en la *tercería coadyuvante*, y por ende la parte que triunfo en el juicio arbitral quedará sujeto frente al tercero, a la cosa juzgada que procede del proceso judicial de *tercería*. Ambas sujeciones devienen de la relatividad de la cosa juzgada.

Esta modalidad de *tercería coadyuvante* es *tercería* porque se propone en demanda autónoma y no ingresa el interesado en el proceso preexistente, y es coadyuvante en razón de su objeto, ya que el 3^{ro} no pretende directamente la declaración de un derecho propio sino un derecho ajeno, del cual depende un derecho propio. Así tenemos que, el interés jurídico es de hecho, cuando el triunfo del adversario de la parte reduciría el patrimonio del demandado, deudor del tercero interesado. El interés jurídico es de derecho, cuando la eficacia refleja del laudo puede desconocer un derecho del interviniente que depende de la existencia del derecho cuestionado en el juicio.

Por otra parte, podrá el tercero coadyuvante suspender la ejecución mediante la demanda de *tercería*, ofreciendo caución, con arreglo al 376 del

CPC; y si bien es cierto que el acuerdo arbitral sólo concierne a las partes que lo pactaron, también es indiscutible que éstas no pueden imponer mayores requerimientos al tercero ajeno al proceso arbitral que los que exige la ley.

5. INTERVENCIÓN FORZADA DE TERCEROS.

El tercero no tiene la obligación (carga procesal) de comparecer por ante un tribunal privado (intervención forzada) ni las partes de aceptarlo (intervención voluntaria). No puede obligarse a un sujeto a litigar ante un tribunal constituido por quienes no son sus jueces naturales; una jurisdicción privada no escogida por el 3^{ro}, y por consiguiente tampoco las partes a litigar un asunto diverso al comprometido en un tribunal privado, cuya misión ha sido especificada por ellas en el convenio arbitral. Quedarían también las partes impedidas de acudir a los jueces de la jurisdicción ordinaria que son a los que naturalmente les correspondería conocer respecto a ese asunto suscitado por el tercero aunque sea conexo con la causa arbitral. La conexidad de la causa del tercero con la causa arbitral no es razón justificada para desconocer la privacidad del arbitraje. De allí que no esté permitidos al tribunal arbitral la cita en saneamiento y garantía (ord. 5 del art. 370 del CPC) y el llamamiento en causa de litisconsorte (ord. 4 del art. 370). Mal pueden los terceros ser forzados a intervenir en el proceso arbitral para sanear al

demandado o para integrar debidamente un litisconsorcio. Mal pueden las partes ser forzadas a incorporar un tercero en un juicio privado y exclusivo de ellas.

6. EFECTOS DEL LAUDO ARBITRAL FRENTE A LOS TERCEROS

A pesar de la relatividad del acuerdo de arbitraje, del proceso y del laudo arbitral, la función jurisdiccional que allí se despliega puede producir, como lo produce también cualquier otro contrato o los procesos judiciales, una eficacia refleja, no prevista o querida por los contratantes, y que con certeza aprovecha o perjudica a terceros.

Al respecto enseña Messineo (1.986) que; al lado de los efectos jurídicos previstos y queridos, más o menos conscientemente, por el declarante (o por los declarantes), se dan efectos secundarios que nacen *ex lege* (efectos legales), como efectos mediatos del efecto principal del negocio. La importancia práctica de estos efectos secundarios está en que los mismos se producen aún cuando el declarante o los declarantes no los hayan previsto y, de ordinario aún cuando no los hayan querido.

Se habla entonces, de efectos reflejos del negocio, cuando el mismo produce eficacia respecto de un sujeto que no ha participado en él (ejemplo: contrato a favor de terceros ó en daños a terceros).

Por otra parte, las consecuencias jurídicas que emergen de un fallo no dependen de la naturaleza arbitral o judicial del proceso en el cual se dicta; lo aceptado por la voluntad del contratante, lo declarado y condenado por el fallo, puede producir y de hecho produce, efectos nocivos para los terceros, no previstos, ni consentidos o declarados por las partes o el árbitro. La doctrina procesal denomina eficacia refleja de la sentencia a estos efectos sobrevenidos.

Los efectos del laudo arbitral frente a los terceros no atañen propiamente a la fuerza vinculante de la cosa juzgada; la cosa juzgada es relativa (Salvo las excepciones legales en el caso de prescripción adquisitiva o usucapión (art. 694 del CPC), las sentencias penales y las sentencias constitutivas de un nuevo estado o declarativas de la filiación); concierne sólo a las partes involucradas en el litigio, independientemente de que las produzcan los tribunales arbitrales o judiciales. La fuerza vinculante de la cosa juzgada no afecta directamente a terceros en ningún caso.

El principio de relatividad no es un remedio totalmente eficaz para los terceros, tanto en el proceso frente al árbitro como ante el juez público. Dado que, puede ocurrir que la subcontratación o cesión del contrato cree un nexo directo con la relación jurídica entablada por el contratante frente al tercero, lo cual determina el interés de éste en las resultas del arbitraje pactado entre las partes del contrato originario o principal.

Se podría aducir que la relatividad del contrato o acuerdo de arbitraje, en que se basa el procedimiento arbitral, impediría que se perjudique al tercero, ello con arreglo al 1.166 del C.C. Sin embargo, conforme al art. 1.395 parte in fine del mismo Código, existe igualmente la relatividad de la cosa juzgada: "la autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes, y que estas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior".

CAPITULO VI

SISTEMA LEGAL DE DERECHO COMPARADO REFERIDO A LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

En el presente capítulo analizaremos el sistema legal de América Latina y Europa con relación a las medidas cautelares en el arbitraje, y a pesar de la barrera del idioma trataremos de adentrarnos un poco a la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica y a la del Continente Asiático.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El tema de la adopción de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral es uno de los temas más controvertidos a nivel académico. Razones culturales y jurídicas han impedido, que aún en países en los cuales se ha manifestado un verdadero deseo de modernizar la legislación relativa al arbitraje, se rompa con el mito de que sólo los tribunales ordinarios deben ser llamados a decretar este tipo de medidas así como a ejecutar las mismas.

En este sentido, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) conocida en el sistema inglés como UNCITRAL, aprobada el 11 de Diciembre

de 1.985 durante su Decimoctavo Período de Sesiones en Viena; sentó las pautas para que se desarrollen las legislaciones y así se permita al tribunal arbitral dictar medidas cautelares; debido a que, su principal objetivo, como su nombre lo indica, es servir de modelo para que los diversos Estados promulguen leyes internas con el mismo contenido normativo que ella contempla; o bien lo más similar posible, a fin de lograr la unificación en la Comunidad Internacional.

Varios países de América Latina han dictado leyes internas con fundamento en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional; entre los que destacan: Perú, Colombia, Panamá, Bolivia y más recientemente Venezuela.

La mencionada ley regula en los arts, 9 y 17 lo relativo a las medidas cautelares de la siguiente manera:

Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal arbitral: 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.

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseado de las leyes nacionales, y también representa una fuente de derecho comparado muy valiosa para la interpretación y aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial. Además, regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, con lo que refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Es menester destacar que la Ley Modelo Uncitral, resulta aceptable para los Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

Parece conveniente atenerse en la mayor medida posible al modelo, por cuanto ello constituiría la mejor contribución a la armonización y perfeccionamiento a los que se aspira y redundaría en interés de quienes recurren al arbitraje internacional, que son fundamentalmente las partes extranjeras y sus abogados. De manera que, concierne a los Estados proceder con flexibilidad en la preparación de nuevas leyes de arbitraje.

La Ley Modelo responde al propósito de resolver problemas relacionados con la situación actual de las leyes nacionales sobre arbitraje. La necesidad de perfeccionamiento se basa en la comprobación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellas.

El análisis mundial de las leyes nacionales sobre arbitraje pone de manifiesto notables disconformidades no sólo en cuanto a las disposiciones y soluciones concretas, sino también desde el punto de vista de la evolución y el perfeccionamiento. Algunas leyes, que a veces datan del siglo XIX y que equiparan, a menudo, el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, pueden considerarse anticuadas. Otras pueden calificarse de fragmentarias, en el sentido de que no regulan todas las cuestiones pertinentes; incluso, la mayor parte de las leyes que, al parecer, son modernas y completas, se redactaron teniendo presente fundamental, cuando no exclusivamente, el arbitraje nacional. A pesar de que ese criterio resulta explicable por cuanto aún hoy la gran mayoría de los casos regidos por una ley general de arbitraje tendrían un carácter exclusivamente nacional, entraña desafortunadamente la consecuencia de que se imponen a los casos internacionales los principios locales tradicionales y, por lo general, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna.

Es posible que las expectativas de las partes, que se ponen de manifiesto en la elección de un conjunto de normas de arbitraje o en la celebración de un acuerdo de arbitraje "específico", se vean defraudadas, sobre todo en virtud de una disposición imperativa de la ley aplicable. En las leyes nacionales se encuentran restricciones no previstas ni deseadas, por ejemplo, la capacidad de las partes de someter eficazmente las controversias futuras al arbitraje, a su facultad de nombrar libremente los árbitros, o a su

interés en que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustraciones son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas, que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido. La falta de disposiciones supletorias puede provocar también dificultades, al no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales pertinentes en el arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje.

Los problemas y las consecuencias no deseadas, originadas por disposiciones imperativas o supletorias o por la falta de disposiciones pertinentes, se ven agravados por el hecho de que las leyes nacionales sobre el proceso arbitral difieren ampliamente. Esta disparidad a menudo es causa de preocupación en el arbitraje internacional, donde al menos una, y a menudo las dos partes, tienen que enfrentarse a disposiciones y procedimientos extranjeros con los que no están familiarizadas. Para la parte o partes en cuestión puede resultar costoso, poco práctico o imposible disponer de información completa y precisa acerca de la ley aplicable al arbitraje.

La inseguridad acerca de la ley local, con el riesgo inherente de frustración, puede afectar negativamente no sólo al desarrollo del proceso arbitral sino a la propia elección del lugar del arbitraje. Por las razones indicadas es perfectamente posible que una de las partes no se decida o se

niegue a aceptar un lugar que de lo contrario, por razones prácticas, sería procedente en el caso concreto. Por consiguiente, la adopción por los Estados de la Ley Modelo, que es fácilmente reconocible, responde a las necesidades específicas del Arbitraje Comercial Internacional y proporciona una norma internacional con soluciones aceptables para los diversos Estados que poseen ordenamientos jurídicos diferentes, lo que traería como consecuencia, el aumento de las posibilidades en cuanto a los lugares del arbitraje y facilitaría la sustanciación de las actuaciones arbitrales.

2. AMÉRICA LATINA

A continuación se presenta una síntesis de los sistemas legales más importantes de América Latina referidos a las medidas cautelares en el arbitraje.

2. 1. PERÚ

La Ley General de Arbitraje de la República de Perú (Ley n° 26.572 del 20 de Diciembre de 1.995) establece que pueden solicitarse medidas cautelares, antes de la iniciación del proceso arbitral, por ante la autoridad judicial con aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil Peruano, sobre medidas cautelares (artículos 608 y siguientes), lo cual no es

incompatible con el arbitraje ni constituye una renuncia a él. Con la salvedad de que ejecutada la medida el beneficiario deberá “requerir de la otra parte el nombramiento del o los árbitros o gestionar la iniciación del arbitraje de conformidad con el reglamento de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje, dentro de los diez días posteriores a dicho acto” y “si el beneficiario no cumple con lo indicado en el párrafo anterior o cumplida la exigencia, el proceso arbitral no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida, está caduca de pleno derecho”(art. 79). Si esta posibilidad aplica antes de iniciarse el proceso arbitral, con mucha más razón será procedente durante la pendencia de este procedimiento, y así lo establece el art. 81 de la Ley General de Arbitraje:

Artículo 81. Medida cautelar en sede arbitral: En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costos y riesgo del solicitante los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir contracautela a quien solicita la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria si su pretensión fuere declarada infundada en el laudo.

Contra lo resuelto por los árbitros no procede recurso alguno. Para la ejecución de las medidas los árbitros pueden solicitar el auxilio del juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. El juez por el sólo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recurso ni oposición alguna.

Como se aprecia, los artículos 79 y siguientes de la Ley General de Arbitraje de Perú permiten acordar medidas cautelares antes o durante el procedimiento cautelar, y su ejecución se reservaría al juez que resulte competente. Incluso el art. 82 de la Ley de Arbitraje Peruana permite que estando pendiente el recurso de anulación del laudo o el recurso de apelación ante el poder judicial, puedan solicitarse medidas cautelares ante el Juez Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas; así mismo, el procedimiento puede tener dos instancias (ambas arbitrales) tal y como se desprende del precitado art. 82 de la mencionada ley de arbitraje peruana.

Artículo 82: Medida cautelar estando pendiente el recurso de anulación o el recurso de apelación: Sin perjuicio de la interposición del recurso de anulación o del recurso de apelación ante el poder judicial, la parte interesada podrá solicitar al Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas, que dicte las medidas conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo. La petición de medida cautelar se formulará por escrito, acompañando copia del convenio arbitral, del laudo y su notificación.

El juez resolverá en el plazo de tres (3) días. El auto que dicte es apelable sin efecto suspensivo dentro de los tres (3) días siguientes de notificado. La instancia superior resolverá dentro de los cinco (5) días de elevados los actuados.

Así pues, la comentada Ley de Arbitraje Peruana desarrolla los principios rectores que pauta la Ley Modelo Uncitral sobre medidas cautelares.

2.2. ARGENTINA

En el orden nacional existen en Argentina diversos Códigos y leyes que regulan el juicio arbitral; entre ellos tenemos: El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que en su Libro VI regula el Proceso Arbitral, y comprende en el Título I El Juicio Arbitral, en el Título II el llamado Juicio de Amigables Compondores y en el Título III La Pericia Arbitral y Las Instituciones Privadas; que administran sistemas arbitrales, entre los que destacan: El Tribunal Arbitral Permanente de la Cámara Argentina de Comercio, El Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires creado en 1.962, El Colegio de Abogados, el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, La Cámara Arbitral de Cereales y afines, El Tribunal de Arbitraje General y Mediación, establecido por la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; a su vez, cada uno de estos organismos cuenta con un Centro de Arbitraje los cuales poseen su propio reglamento que regula su funcionamiento y el procedimiento que ha de seguirse en cada caso concreto.

Cabe resaltar que sólo el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula lo relativo a las medidas cautelares en el arbitraje y ninguno de los reglamentos enunciados establece disposición alguna con relación a éste tema, se cree que ello es así porque el Código es muy claro en disponer:

Artículo 753. De las Medidas de ejecución: Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.

Como se evidencia del anterior artículo, los árbitros en Argentina no tienen la potestad de dictar medidas cautelares ó medidas compulsorias como las denominan en Argentina, deberá necesariamente requerirlas al juez, estando éste último conminado a prestar el auxilio necesario para que el proceso se desarrolle de manera rápida y efectiva, de forma que se cumplan las ventajas ofrecidas por el arbitraje; es decir, celeridad, efectividad, eficiencia, confianza, entre otras.

Ahora bien, es importante destacar que, en Argentina cada provincia tiene su propio Código de Procedimiento, por lo que en el orden provincial existen distintos sistemas arbitrales, que, en términos generales, siguen los lineamientos del ámbito nacional.

Por último, es preciso mencionar que se encuentra en estudio en el Senado de la Nación Argentina un proyecto de Ley sobre el Arbitraje (PEN 1594/99, Expdte. PE 840/99) que se sancionará y promulgará, una vez que se haya aprobado la incorporación al sistema jurídico argentino de la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional.

2.3. PANAMÁ

En el caso de Panamá, encontramos tres referencias del tema, la primera de ellas la hayamos en el art. 1.141 del Código Judicial Panameño; cuando dispone: “La parte en cuyo favor se dicte el laudo, puede obtener medidas cautelares, conforme al art. 1.157”.

La segunda referencia, aparece en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, el cual establece en su art. 28 lo siguiente:

Con el propósito de asegurar el objeto y los resultados del proceso, cualquiera de las partes podrá solicitar medidas cautelares al tribunal arbitral, las cuales deberán ser otorgadas con sus respectivas garantías. Estas medidas cautelares serán las establecidas en el Código Judicial y podrán mantenerse hasta la ejecución del laudo. Serán acordadas por el tribunal arbitral, el cual se dirigirá, si ello fuere necesario, a la autoridad competente para su implementación y al Registro Público con el objeto de garantizar su constancia y publicidad.

Sobre la base de la anterior disposición nos preguntamos. ¿Hay posibilidad de dictar medidas cautelares antes o durante el proceso arbitral?

A lo que respondemos: Sí hay posibilidad. Antes del proceso arbitral las partes podrán acudir a la vía ordinaria a solicitar una medida cautelar que garantice el objeto del proceso, sin que esto signifique renuncia a la jurisdicción arbitral (art. 11 del Decreto – Ley N° 5 por el cual se establece el

régimen general del arbitraje de la conciliación y la mediación de fecha 8 de Julio de 1.999). El juez competente una vez dictada la medida, le otorgará a las partes un término de 6 días para formalizar la solicitud arbitral. De igual modo el art. 24 del precitado decreto – ley estatuye que; durante el curso del proceso, las partes podrán solicitar al tribunal arbitral las medidas cautelares que estime pertinentes para garantizar el objeto del proceso.

El mencionado Decreto – Ley N° 5, constituye la tercera referencia legal sobre las medidas cautelares en el arbitraje en Panamá, al efecto los arts. 11 y 24 pautan textualmente lo siguiente.

Art. 11. Parágrafo Sexto: ... No se entenderá como renuncia del arbitraje pactado, la solicitud ante los tribunales competentes, por cualquiera de las partes, de medidas cautelares que aseguren el resultado del proceso y que el tribunal acceda a esta petición. El tribunal ordinario que adopte la medida deberá comunicar su resolución a los árbitros o a la institución de arbitraje establecida, o a la autoridad de designación que corresponda, en un término no mayor de diez días, contados a partir de la practica de la diligencia.

Art. 24. Parágrafo Tercero: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, adoptar las medidas provisionales o cautelares que considere oportunas en orden al aseguramiento del objeto del proceso. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que otorgue garantías apropiadas. Para la ejecución de la medida, el tribunal arbitral puede auxiliarse con el juez de circuito de turno sin necesidad de reparto, el cual deberá practicar estas medidas en un término de diez días hábiles.

En efecto, el Decreto – Ley N° 5 de 1.999 por el cual se establece el régimen general de arbitraje en Panamá recoge los principios establecidos en la Ley Modelo Uncitral para el Arbitraje Comercial Internacional.

2.4. HONDURAS; EL SALVADOR Y NICARAGUA

La legislación Procesal de Honduras no contempla ninguna disposición que permita al tribunal arbitral tomar medidas precautorias y el único facultado para decretarlas es el juez común.

Por su parte la Legislación del Salvador tampoco hace referencia al tema ni en el Código de Comercio ni en el Código de Procedimientos Civiles (Como se le llama en ese país). Sin embargo, es interesante notar que el art. 61 del Código de Procedimientos Civiles, establece que en el documento de nombramiento de árbitros, sea este de escritura pública o de escritura simple se ha de establecer, so pena de nulidad, las facultades o atribuciones que se le han de otorgar a los árbitros; con lo que cabría sostener que las partes podrían otorgar a los árbitros la facultad para dictar medidas cautelares. Pero a pesar de esta posibilidad creemos que por razones de índole cultural así como por los cuestionamientos de índole jurídico que surgirían para hacer efectiva la medida haría que las partes sean cautelosos a la hora de acordar esa facultad; y eso es sí llegan a concederla.

Por otra parte, la legislación de Nicaragua, no contiene disposición al respecto. No obstante, es importante destacar que el art. 967 inciso cuarto párrafo segundo del Código de Procedimiento Civil podría permitir a las partes otorgar facultad a los árbitros para dictar medidas cautelares así como para ejecutarlas.

2.5. GUATEMALA

En lo que respecta a Guatemala, en relación con las medidas cautelares se adoptaron los principios contenidos en la Ley Modelo Uncitral y en el inciso primero del art. 22 de la Ley de Arbitraje se estableció que; salvo pacto en contrario de las partes, éstas o los árbitros, puedan requerir del tribunal común competente el decreto de las providencias cautelares que deban ser cumplidas por terceros o bien para que una de las partes sea obligada a cumplir con una providencia cautelar decretada.

En efecto, el mencionado art. 22 establece:

Art. 22 Facultad del Tribunal Arbitral de Dictar Medidas cautelares: 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las providencias arbitrales que el tribunal estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes que haya solicitado la providencia, una garantía suficiente para caucionar su responsabilidad en conexión con tales medidas. 2. Así mismo, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrá

éstas o los árbitros requerir al tribunal competente de conformidad con el art. 9, que decrete o levante aquellas providencias cautelares que deban ser cumplidas por tercero, o bien para que se obligue coactivamente a una de las partes a cumplir con una providencia cautelar decretada con base en el numeral 1 anterior.

El art. 9 al que se refiere la disposición enunciada, pauta que; en defecto de acuerdo entre las partes, la función señalada en el art. 22, será ejercida a elección del actor, por el Juez de Primera Instancia en lo Civil o Mercantil, de una de estas cuatro opciones: El del lugar donde se lleve acabo el arbitraje, el del lugar de celebración del acuerdo de arbitraje, el del lugar donde deba dictarse el laudo o el del domicilio de cualquiera de los demandados.

Así mismo el art. 12 de la mencionada ley, establece textualmente lo siguiente:

Art. 12 Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal: Salvo lo establecido en el art. 22, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal competente las providencias cautelares que estime adecuadas para asegurar su derecho. No se entenderá como renuncia del acuerdo de arbitraje el hecho que una de las partes, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicite de un tribunal la adopción de providencias cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas providencias.

Como puede observarse, la disposición transcrita es similar a la normativa panameña anteriormente señalada, sobre medidas cautelares en

el arbitraje, lo que resulta fácil de comprender porque ambas siguen los principios ofrecidos por la Ley Modelo Uncitral para este tema.

2.6. ECUADOR

En Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación N° 000.RO/145 del 4 de Septiembre de 1.997 establece en su art. 9 lo siguiente:

Art. 9. Medidas Cautelares: Los árbitros podrán dictar medidas cautelares de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materiales del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal. Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios, sin necesidad de tener que recurrir a Juez Ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar de los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al acuerdo arbitral.

Como se desprende de la anterior normativa, el art. 9 de la Ley de Arbitraje del Ecuador es un ejemplo a seguir en cuanto a la regulación de las medidas cautelares en el arbitraje por lo completo de la disposición, ya que no sólo le concede la facultad a los árbitros de decretar tales medidas sino que también le permite ejecutarlas sin injerencia alguna del tribunal ordinario y sólo con el auxilio de los organismos judiciales, policiales y administrativos cuando ello sea necesario y cuando así lo hayan acordado las partes en el acuerdo arbitral. Además puede deducirse que esta ley le otorga gran confianza y poder a los árbitros ya que pueden decretar medidas cautelares en el proceso arbitral ajustándose a las previsiones del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano sobre las medidas cautelares en general; pero de igual manera le permite decretar todas aquellas medidas que considere necesarias para garantizar el fallo o asegurar el objeto material del proceso, aún y cuando no estén previstas en el CPC de ese país.

2.7. BOLIVIA

En Bolivia, la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1.770 del 10 de Marzo de 1.997, regula en sus arts. 35, 36 y 37 lo concerniente a las medidas cautelares ó precautorias, denominación que les otorga la legislación boliviana.

Art. 35. (Disposición de Medidas Precautorias) I. Salvo acuerdo en contrario de las partes y a petición de una de ellas, el tribunal arbitral podrá ordenar las medidas precautorias que considere necesarias, respecto del objeto de la controversia. II. El tribunal arbitral podrá exigir a la parte que solicite la medida precautoria una contracautela adecuada, a fin de asegurar la indemnización de daños y perjuicios a favor de la parte contraria para el caso que la pretensión se declare infundada.

Art. 36. (Auxilio Judicial para Ejecución de Medidas) I. Para la ejecución de medidas precautorias, producción de pruebas o cumplimiento de medidas compulsorias, el tribunal arbitral o cualquiera de las partes podrá disponer o pedir, respectivamente, el auxilio de la autoridad judicial competente del lugar donde deba ejecutarse la medida o practicarse una diligencia dispuesta por el tribunal arbitral. II. Al efecto anterior el tribunal arbitral oficiará a la autoridad judicial competente y acompañará una copia auténtica del convenio arbitral y de la resolución que dispone la medida precautoria o compulsoria.

Art. 37 (Prestación de Auxilio Judicial) I. En el ámbito de su competencia y de conformidad con las disposiciones legales pertinentes, la autoridad judicial cuyo auxilio se solicitare, deferirá la solicitud sin sustanciación en un plazo máximo de cinco (días) de recibida. II. Salvo que la medida solicitada sea contraria al orden público, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir la solicitud sin juzgar sobre su procedencia o improcedencia ni admitir oposición o recurso.

De igual manera la legislación de Bolivia acogió los principios rectores de la Ley Modelo Uncitral.

En efecto, en esta normativa es preciso destacar, que el art. 35 exige al solicitante de la medida una contracautela, que no es otra cosa que una fianza o garantía para responder de los posibles daños y perjuicios que pudieran ocasionársele a la otra parte con la aplicación de la medida. Así mismo, prevé el art. 36 el auxilio judicial que cualquiera de las partes o el tribunal arbitral puede solicitar a los efectos de ejecutar la medida sea

precautoria (cautelar) o compulsoria (ejecutiva), solicitud que la autoridad judicial deberá atender sin emitir opinión sobre la procedencia o improcedencia de la misma, y sin admitir oposición o recurso contra ella, lo cual consideramos, representa una limitación del derecho a la defensa, que es un principio jurídico internacional, al no permitir a la contraparte afectada y muchos menos a los tercero oponerse o ejercer algún recurso contra la providencia dictada. Claro está, tampoco el artículo comentado menciona si podrá acudirse a la vía ordinaria para ejercer este tipo de acciones, tal y como lo estipulan otras legislaciones para no interferir en la celeridad y privacidad del procedimiento arbitral, y aún en aquellos países donde no se regula nada al respecto la jurisprudencia y la práctica arbitral así lo han establecido.

2.8. COSTA RICA Y PARAGUAY

En Costa Rica, la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social N° 7727, no adoptó los principios en materia cautelar aportados por la Ley Modelo Uncitral, pero permitió que las partes y el mismo tribunal, de oficio o a instancia de parte, puedan solicitar en cualquier etapa del proceso a la autoridad judicial competente medidas cautelares, al efecto el art. 52 de la precitada ley establece que:

Art. 52. Medidas Cautelares: En cualquier etapa del proceso las partes pueden solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares. Además, a oficio o a instancia de parte, el tribunal arbitral podrá pedir, a la autoridad competente, las medidas cautelares que considere necesarias.

La Solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial, por cualquiera de las partes, no será considerada incompatible con el proceso arbitral, ni como renuncia o revocación del acuerdo arbitral.

Un aspecto importante de esta normativa, es que los árbitros aún y cuando no les fue conferida la facultad de dictar medidas cautelares, sí pueden de oficio solicitar a la autoridad judicial competente la adopción de una medida cautelar, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países donde a pesar de que los árbitros no tienen el poder de ejecutar una medida cautelar si pueden decretarlas salvo pacto en contrario de las partes.

En relación con Paraguay, sólo el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara y Bolsa de Comercio, aprobado por acta N° 2 del Consejo Directivo el 20 de Agosto de 1.997 regula lo relativo a las medidas cautelares en el arbitraje, y lo hace de la siguiente manera; Art. 50: "El tribunal arbitral está facultado para decretar y ordenar el diligenciamiento de medidas cautelares y preventivas, en lo aplicable, de conformidad a las normas del Código Procesal Civil"

Al parecer esta norma le confiere a los árbitros la facultad de ejecutar medidas cautelares y preventivas, o por lo menos eso es lo que se infiere cuando se dice que; el tribunal arbitral está facultado para decretar y ordenar

el diligenciamiento de medidas cautelares y preventivas..., y de seguro para ello podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública en caso de ser necesario. Otro aspecto digno de resaltar, es que al parecer existe en la legislación procesal paraguaya una marcada distinción entre las medidas cautelares y las medidas preventivas, a diferencia del CPC Venezolano que las usa indistintamente, aunque doctrinariamente sepamos que no son sinónimas, ya que las primeras sirven para asegurar las resultas del fallo y en principio sólo pueden ser decretadas en sede jurisdiccional, con la única excepción de la facultad que la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana de 1.998 le otorgó a los árbitros, quienes a partir de entonces pueden dictar este tipo de medidas en sede arbitral, y las segundas pueden ser dictadas por todos los órganos del poder público, incluso el judicial para precaver cualquier daño o peligro que pueda suscitarse.

2.9. MÉXICO

Con relación a México, el Código de Comercio establece en el Título Cuarto lo relativo al Arbitraje Comercial y en el Capítulo II denominado Del Acuerdo Arbitral, estipula lo concerniente a las medidas cautelares de la siguiente forma: Art. 1425: "Aún cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales".

Como vemos la legislación comercial mexicana no es clara al establecer lo concerniente a las medidas cautelares en el arbitraje, y a pesar que el Código de Comercio le dedica el capítulo IX a la institución arbitral cuando se refiere a las *medidas cautelares provisionales* lo hace de manera incompleta, sólo se deduce de la disposición transcrita qué será el juez quien tome todas las decisiones al respecto, previa solicitud de las partes antes o durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

En México, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en sus arts. 235 al 254 regula las providencias precautorias, de las cuales se desprende la figura denominada *medida cautelar*, la cual regula la providencia cautelar personal y la real respecto de los bienes

Las medidas cautelares personales se clasifican en:

- Arraigo (comprende al deudor, tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos).
- Separación de la persona que intente demandar o presentar denuncia o querella contra su cónyuge
- Las relativas a los menores e incapacitados, en los siguientes casos; separación conyugal, divorcio voluntario, malos tratos, ejemplos perniciosos.

Las medidas cautelares sobre bienes son.

- Secuestro provisional de bienes
- Retención de bienes muebles y embargo de muebles del rebelde.

- Otorgamiento de alimentos a menores e incapacitados en el divorcio voluntario
- Aseguramiento de bienes, libros y papeles en el concurso
- Aseguramiento de bienes en el juicio sucesorio
- Otorgamiento de alimentos provisionales en los juicios sobre alimentos
- Las decretadas en interdictos
- Embargo provisional en el juicio ejecutivo
- Expedición y registro de la cédula hipotecaria en los juicios especiales hipotecarios.

Todas las medidas anteriormente enunciadas podrá decretarlas el juez a petición de las partes del proceso arbitral; sus elementos comunes son la provisionalidad o provisoriedad, en virtud de que se decretan antes o durante un proceso principal y se mantienen hasta su conclusión, su fundamento consiste en el temor de que una persona que va a ser demandada en un proceso futuro o es demandada en un proceso que se inicia, se ausente o que oculte, dilapide o enajene algunos bienes sobre los que debe ejercitarse una acción real, y en ningún caso las mismas inciden o afectan el desarrollo del proceso principal, de manera que el proceso arbitral sigue su curso y no se suspende por el decreto de la medida dictada por el juez competente.

2.10. COLOMBIA

El 25 de Noviembre de 2002, el Congreso de la República de Colombia decretó la Ley General de Arbitraje, la cual deroga todas las normas sobre las que versaba la materia, antes de su entrada en vigencia, por cuanto en la presente ley se compendia toda la regulación sobre el arbitraje nacional e internacional, sin perjuicio en este último caso de lo dispuesto en los tratados, convenciones, pactos o cualquier otro instrumento de derecho internacional.

La referida Ley representa un gran paso de avance para nuestro hermano país, en virtud de que, anteriormente la regulación sobre materia arbitral se encontraba dispersa a lo largo de todo su ordenamiento jurídico, en leyes, decretos, códigos, reglamentos, entre otros, que lejos de beneficiar la institución arbitral la entorpecían. Una de las tantas normas derogadas fueron: El art. 194 del Código de Comercio, los arts. 70, 71 y 72 de la ley 80 de 1.993, el art. 23 literal p de la ley 143 de 1994, la ley 315 de 1.996, los arts. 111 al 129 y 167 de la ley 446 de 1.998, y el decreto 1818 de 1.998 en su parte segunda y cuarta; entre otros.

En relación con las medidas cautelares en el arbitraje, la Ley de Arbitraje General de la República de Colombia, en su art. 23 establece:

Art. 23. Potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares: Salvo acuerdo en contrario, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de las partes, decretar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

El juez competente conforme a lo previsto en el numeral 2 del art. 9 ó cualquier otra autoridad prestará, a solicitud del tribunal arbitral o de las partes, dado el caso, la asistencia necesaria para la practica de las medidas cautelares ordenadas por los árbitros.

Art. 9 Juez Competente Numeral 2: Para la adopción de medidas cautelares previas al trámite arbitral o la practica de las decretadas durante el trámite, será competente el juez civil del circuito del lugar donde la medida cautelar habrá de tener efecto o del lugar del arbitraje.

Como vemos en Colombia también se siguen los preceptos señalados en la Ley Modelo Uncitral para las medidas cautelares, al permitirle a los árbitros, salvo pacto en contrario de las partes decretar cautelas, para ello podrán exigir a la parte solicitante caución o garantía suficiente para responder por los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar la medida dictada a la contraparte, y dado el caso (ejecución forzosa) el juez civil prestará a los árbitros la colaboración necesaria para ejecutar las medidas cautelares que estos últimos hubiesen decretado.

3. EUROPA

A continuación se presenta una breve explicación sobre el sistema legal de medidas cautelares en el arbitraje, en las principales ciudades Europeas.

3.1. ESPAÑA

Las recientes regulaciones en el derecho comparado indican el absoluto convencimiento de la posibilidad que tienen los árbitros de dictar medidas cautelares; así por ejemplo, el Título VI, Capítulo I denominado: De las Medidas Cautelares: Disposiciones Generales, de la novísima Ley de Enjuiciamiento Civil Española del 7 de Enero 2000, mejor conocida por sus siglas L.E.C 1/2000 establece en su art. 722 lo siguiente:

Art. 722. Medidas Cautelares en Procedimiento Arbitral y Litigios Extranjeros: Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el art. 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento. Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer el asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles.

En cuanto a la competencia, establece el art. 724 ejusdem que cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será competente el tribunal del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las

medidas deban producir su eficacia. Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los tratados.

A su vez el art. 730 numeral 2 ejusdem establece que: "Podrán solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad. En este caso, las medidas que se hubieren acordado quedaran sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció la solicitud de aquellas en los veinte días siguientes a su adopción".Y cuando la medida sea solicitada y decretada antes de iniciarse el proceso arbitral el art. 730 numeral 3 dispone que el requisito temporal de 20 días para interponer la demanda no rige para la formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional, estableciendo la mencionada norma que: "Para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por está lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral."

La indudable trascendencia práctica de las medidas cautelares constituye también una de las razones de peso para reformar la Ley de Arbitraje Española de 1.988, poniéndose a menudo de relieve el carácter incompleto de está regulación, así como su falta de adecuación a las exigencias del arbitraje comercial internacional; lo que condujo a algunos catedráticos españoles a indicar que; la Ley de Arbitraje de 1.988, frustró muy pronto las esperanzas con que se había elaborado, y aunado a ello,

tampoco las modificaciones introducidas en materia cautelar en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil lograron satisfacer todas las carencias existentes en este punto, de ahí la necesidad de impulsar la reforma de la Ley de Arbitraje.

Así nos encontramos que, la Ley de Arbitraje Española de 1.988, únicamente recoge en su art. 50, el supuesto de las medidas cautelares una vez dictado el laudo arbitral. De él se deduce que el juez actúa a instancia de parte, sin embargo, no prohíbe expresamente que los jueces las adopten de oficio.

España por su parte, tal y como lo destacan los mismos españoles especialistas en el tema, nunca ha sido un país con una cultura arbitral arraigada, caracterizándose por una cierta desconfianza hacia el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos. En este sentido el arbitraje era entendido como un mecanismo a través del cual los operadores económicos internacionales trataban de eludir la jurisdicción estatal. No obstante, esta concepción tan negativa del arbitraje en España, ya ha sido superada y camina hacia el afianzamiento de una cultura arbitral.

Todo ello, justificó, la formación de una Comisión de Reforma creada con el fin de realizar una Ley Marco de Arbitraje basada en la Ley Modelo Uncitral de 1.985 al hilo de las reformas elaboradas en los restantes países europeos. Una reforma, por otra parte, necesaria no sólo para adaptarse a la exigencias del tráfico comercial internacional, sino también para ajustarse a

las reglas incorporadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000, que ha introducido una normativa nueva para el arbitraje, concretamente en la adopción de medidas cautelares asociadas a un procedimiento de arbitraje. Uno de los objetivos que ha impulsado esa necesidad de reforma es el interés en promocionar el arbitraje dentro y fuera de las fronteras españolas, hecho que, sin lugar a dudas, se convierte en un factor esencial en la inexistente práctica arbitral internacional en España.

Pues, esa, tan esperada reforma de la Ley de Arbitraje Española se llevó a cabo, y el 23 de Diciembre de 2003, fue sancionada en España una nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003). La nueva ley inspirada en la Ley Modelo de la Uncitral, fue publicada en el Boletín Oficial de España Nº 309 el día 26 de Diciembre de 2003 y entró en vigor el 24 de Marzo de 2004.

Dentro de la múltiples innovaciones y progresos que aporta esta ley, merece resaltar la potestad que se otorga al tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, pero no gozaran de la posibilidad de ejecutarlas, para ello deberá procederse como si de laudos se tratara, es decir, deberá recurrirse a la autoridad judicial para su ejecución. Al efecto los arts. 8, 11 y 23 de la mencionada ley disponen lo siguiente:

Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares.1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.2. A las decisiones arbitrales sobre medidas

cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.

Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje: 3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal: 3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.

El artículo 23 incorpora una de las principales novedades de la ley: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara.

Sin embargo, sí dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley

de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del principio de buena fe procesal.

3.2. ALEMANIA

El Comité Alemán de Arbitraje (DAS) y el Instituto Alemán de Arbitraje (DIS) se han agrupado desde el 1 de Enero de 1.992 bajo la denominación de Institución Alemana de Arbitraje. Esta institución alemana tiene como finalidad promover el arbitraje y contribuir asegurar la asistencia unitaria respecto de las tareas de arbitraje en su país, y trabaja en estrecha relación con las organizaciones de más relevancia de la economía alemana y, en particular, con las Cámaras de Comercio e Industria.

El reglamento de la institución entró en vigor el 1 de Julio de 1.998. Su contenido se ha adaptado al desarrollo experimentado por el arbitraje en los últimos años, atendiendo igualmente a las experiencias prácticas derivadas de la aplicación de los anteriores reglamentos del DAS y del DIS, así como a la nueva legislación alemana de arbitraje que entró en vigencia el 1 de Enero de 1.998. Las disposiciones de la nueva regulación alemana sobre arbitraje, que son prácticamente idénticas a la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje

Internacional se aplican tanto a los procedimientos de arbitraje de carácter nacional como internacional.

Dicho reglamento no exige para su aplicación que el procedimiento arbitral sea llevado a cabo en Alemania, teniendo las partes libertad para designar la sede que deseen. Así mismo las partes tienen plena libertad en lo que respecta a la elección del derecho aplicable al conflicto y del idioma en el que se desarrollará el procedimiento.

En relación con las medidas cautelares, el art. 20 del reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje pauta lo siguiente:

Artículo 20 Medidas Cautelares: 20.1 Si las partes no hubieren pactado otra cosa el tribunal arbitral podrá adoptar a instancia de una parte las medidas provisionales o cautelares que considere necesarias y adecuadas al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes las garantías que considere adecuadas en relación con dichas medidas. 20.2 El convenio arbitral no impide a las partes que, antes o durante el procedimiento de arbitraje, soliciten ante el juzgado ordinario competente la adopción de medidas cautelares o provisionales en relación con el objeto del litigio.

Igualmente el art. 28 de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich – Alemania, establece: “Salvo acuerdo en contrario de las partes el tribunal arbitral puede ordenar, a instancia de parte, medidas cautelares o provisionales”.

Como se desprende de la disposición transcrita, la legislación alemana de arbitraje, en cuanto a la regulación de las medidas cautelares también sigue la orientación de la Ley Modelo Uncitral.

3.3. SUIZA Y FRANCIA

El art. 183 del Estatuto Federal Suizo de Derecho Internacional Privado establece: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede, a instancia de parte, dictar medidas de protección".

En cuanto a las medidas cautelares en general, se presenta en Francia una peculiaridad, por cuanto el Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés del 14 de Mayo de 1.981, no contiene disposición alguna relativa a tales medidas, pero, su admisión está fuera de toda duda. Subsidiariamente la regulación de esta cuestión se encuentra, por un lado, en la Ley Nº 91 – 650 del 9 de Julio de 1.991 y en el Decreto Nº 92 – 755 del 31 de julio de 1.992.

En cuanto a las medidas cautelares en el arbitraje, se destaca en la reforma del Código de Procedimiento Civil Francés de 1.981 la facultad conferida a los jueces en el juicio de arbitramento de ordenar lo que en dicho ordenamiento se conoce con el nombre de *provisión*.

Así mismo, el art. 23.1 del reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I.) de París lo regula del siguiente modo: (...) el

tribunal arbitral podrá desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar a solicitud de parte, cualquiera medidas cautelares o provisionales. A su vez, el Reglamento de la C.C.I establece una clara división entre las épocas en que puede acudirse a la justicia ordinaria y aquellas en que la adopción de medidas provisionales compete al tribunal arbitral.

3.4. ITALIA

La ley Italiana, específicamente el Código de Procedimiento Civil Italiano excluye la competencia del árbitro para ordenar medidas cautelares, de ahí que sólo los jueces pueden verificar el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* para el decreto de un *provvedimenti d' urgenza* pues son los únicos legitimados para ello. En ese sentido exclusivamente el juez podrá disponer una medida cautelar para neutralizar cualquier peligro del cual se derive un perjuicio inminente o irreparable.

3.5. RUSIA (EUROPA ORIENTAL)

El art. 30 de las Reglas de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa dice como sigue: "A

instancia de parte, puede el tribunal arbitral ordenar a la otra parte medidas de protección respecto del objeto del litigio (...)"

Como característica constante en los diversos sistemas jurídicos del arbitraje, en lo que respecta a las medidas cautelares, se observa como la mayoría de ellos exige que la medida se acuerde previa solicitud de una cualquiera de las partes, con la finalidad de proteger el objeto del litigio, y ello es así porque como lo hemos repetido en reiteradas ocasiones casi la totalidad de los ordenamientos siguen los principios rectores de la Ley Modelo Uncitral.

4. NORTEAMÉRICA

4. 1. ESTADOS UNIDOS

En lo que respecta a Estados Unidos, salvo algunos Estados como Texas y Washington, no se dispone de una regulación en materia cautelar en apoyo de un procedimiento arbitral. En consecuencia los jueces suelen decidir este tipo de cosas de manera casuística, sin embargo los tribunales exigen habitualmente como condición indispensable para la consecución de una medida provisional que la parte solicitante pruebe que, en caso de no adoptarse se produciría un daño irreparable.

En la práctica arbitral los árbitros han denegado la adopción de medidas cautelares porque la parte requirente no había demostrado suficientemente la existencia de un daño inmediato o peligro de daño futuro grave y que fuera imprescindible para evitarlo dicha medida. Sin embargo, el cumplimiento de este requisito no exige necesariamente que el posible daño sea irreparable, bastará que sea difícil de compensar como sería por ejemplo, el perjuicio causado por una vulneración de la confidencialidad prevista en un contrato de licencia en el ámbito de la propiedad intelectual. Se entiende que, cumple este requisito toda medida que se estime necesaria para respetar los derechos legítimos de la parte que la solicita.

Por otra parte, la Asociación Americana de Arbitraje (A.A.A) pauta en su art. 21.1 lo concerniente a las medidas cautelares en el arbitraje, permitiendo a los árbitros dictar no sólo medidas provisionales de protección sino también de prohibición.

5. ASIA

Lo que a continuación se describe es una breve pero significativa referencia del sistema legal asiático relativo a las medidas cautelares en el arbitraje.

5.1. REPÚBLICA POPULAR CHINA Y HONG KONG

El art. 28.1 de las Reglas de Arbitraje de la República Popular China prevé: "Una parte puede solicitar medidas de protección de la propiedad si resulta difícil o imposible ejecutar el laudo por culpa del adversario".

Por otra parte, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong fue creado en 1.985 con la intención de jugar un papel importante en la región asiática en materia de solución de controversias por vía del arbitraje o por otros medios alternativos. El centro es una sociedad sin ánimo de lucro y de responsabilidad limitada, a su vez goza de total independencia administrativa y financiera.

El centro ofrece un servicio de información gratuita sobre la solución de controversias nacionales e internacionales; emite opiniones y consejos especialmente sobre las cláusulas de solución de controversias y sobre los honorarios de los árbitros. El centro dispone de una lista de árbitros calificados, nacionales e internacionales; así como de mediadores. Se encarga de manera exclusiva de la mediación en los contratos firmados por el gobierno de Hong Kong. En cuanto al idioma, por lo general se usa el chino y el inglés, aunque no se excluye ningún idioma. Para los arbitrajes internacionales el centro recomienda la elección de su procedimiento de arbitraje, el cual sigue las orientaciones de la Comisión de las Naciones

Unidas para el Derecho Mercantil, y para el arbitraje nacional, el Centro creó un reglamento propio.

Así tenemos que el art. 26 del Reglamento del Centro de Arbitraje para el Procedimiento Internacional establece:

Artículo 26: 1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos. 2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas. 3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.

Este Centro de Arbitraje tiene la particularidad de que; aunque es de reciente data amoldó su reglamento para los procedimientos de arbitraje internacional al Reglamento de la Ley Modelo Uncitral de 1.976.

6. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Expresa la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Arbitraje Comercial, aludiendo al arbitraje internacional, que; con el incremento vertiginoso del comercio, tanto de bienes como de servicios, el arbitraje se ha convertido en el paradigma de la justicia comercial internacional.

El carácter internacional del arbitraje tiene su importancia; él determina la aplicación, al mérito de la causa, de cierto ordenamiento jurídico y, eventualmente, el reconocimiento y ejecución del laudo depende de las reglas procesales territoriales que regulan el exequatur del laudo al país donde pretende ser reconocido y ejecutado. Si el laudo va a surtir efectos sobre bienes que se encuentran ubicados en un país distinto al del lugar de establecimiento principal de las partes o distinto al del lugar del proceso arbitral, será necesario determinar si la ejecución de medidas cautelares, la evacuación de pruebas y la ejecución del laudo firme, tienen asidero en el ordenamiento jurídico del Estado o país donde dichos bienes se encuentran.

En este sentido, el ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje tiene repercusión en lo que respecta a los casos en los que la Ley de Arbitraje Comercial remite al Juez ordinario, señalados en los artículos 17, 28, 37 y 48, así como en los correlativos artículos 11, 13, 14, 16, 27 y 34 de la Ley Modelo Uncitral, los cuales encomiendan a los tribunales judiciales del Estado respectivo las funciones de asistencia y supervisión del arbitraje. De manera que, un arbitraje que se lleva a cabo fuera del territorio nacional o que se lleva a efecto en un centro de arbitraje, pero de acuerdo a leyes sustantivas no nacionales, o para surtir efectos en el extranjero tiene que tomar en cuenta las reglas propias relativas a las garantías esenciales del proceso (nombramiento de árbitros, control de las pruebas, nombramiento del sustituto del árbitro recusado) y las condiciones de precautela y ejecución

de aquel país donde se pretende que sea reconocido y ejecutado. En este último aspecto, nuestra LAC se refiere, indirectamente, al arbitraje internacional en el artículo 49, al establecer, incidentalmente, que: "El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado sólo se podrá denegar en los casos que el mismo artículo indica".

Sin embargo, el concepto de "arbitraje internacional" no está determinado por los actos de jurisdicción pública que ejerza la autoridad judicial de un país extranjero sobre dicho arbitraje, como para concederle la autoría del laudo, como parece indicarlo, en una redacción no del todo clara, el predicho artículo 49. El discernimiento del arbitraje internacional es otro.

El ordinal 3° del artículo 1° de la Ley Modelo de Uncitral establece una norma, no incorporada en nuestra Ley, que define, sobre la base de varios criterios, lo que es un arbitraje internacional. Y así expresa:

Art. 1 ord. 3: Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más

estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Art. 1 ord. 4: A los efectos del párrafo 3 de este artículo: a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

Se comprende que, según este texto modelo, el concepto de arbitraje internacional es muy amplio. Está definido por la ubicación internacional de las partes comprometidas en el arbitraje; por el lugar del proceso arbitral, por el lugar de pago de la obligación o por el lugar del objeto del litigio. Si tales lugares están situados fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos, o si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado, el arbitraje sería internacional.

Como puede observarse, el carácter internacional no lo define la naturaleza de las normas jurídicas que aplican los árbitros de derecho para juzgar la causa (normas de mérito). Según este otro criterio, el arbitraje será internacional cuando el caso, deba ser juzgado por normas distintas a las del ordenamiento jurídico del país donde se efectúa el arbitraje; bien sean normas extranjeras, normas modelo no vigentes en ningún país preparadas por organismos internacionales, o bien estipulaciones contractuales

elaboradas por los comprometidos, de manera que, la ubicación de las partes, la del objeto, la del pago o la localización del proceso van perdiendo importancia respecto al tema crucial de reconocimiento y eficacia del laudo (cualquiera que sea el país donde haya sido dictado el laudo, expresa el Art. 48 LAC), al ser cada vez más amplias en las legislaciones internas las posibilidades de reconocimiento y ejecución del laudo, dado el fundamento eminentemente convencional y la naturaleza disponible del *thema desidendum*. A mayor facilidad del "pase" (léase *exequatur* en la nomenclatura procesal) del laudo menos diferencia habrá entre el arbitraje nacional y el extranjero. Por otra parte, la tendencia uniformadora de las reglas procedimentales, globalizadas en la Convención de Nueva York de 1958, la cual ha sido aceptada por un sinnúmero de países, cuyos requerimientos para el "exequatur" los ha asumido a su vez la Ley Modelo de Uncitral, y numerosas leyes internas como la nuestra inspirada en la Ley Modelo, resta importancia al aspecto local, con lo que la internacionalidad del proceso arbitral queda vinculado prácticamente, al reconocimiento y ejecución forzosa del laudo. La C.N.Y. en su Artículo 1 expresa: "La presente Convención se aplicará (...) también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución". Lo cual significa, a nuestro modo de ver, que los laudos dictados en territorio nacional de acuerdo a leyes no pertenecientes a

nuestro ordenamiento jurídico, están sujetos a la Convención: son laudos o proceso arbitrales desnacionalizados

Acotamos que según lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado, quedan fuera de arbitraje extranjero, los bienes inmuebles situados en el territorio de la República y aquellas materias que afecten el orden público nacional en sus principios esenciales. Al efecto dice que “la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiere a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”. Pero el artículo 62 añade que “Salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia”. De igual forma, los arts. 2 del CPC y 358 del C de Co, disponen que, en los casos regulados por estos dos artículos, las controversias deberán ser resueltas por el arbitraje doméstico y no por el arbitraje internacional.

El ordenamiento nacional competente será normalmente aquel por el que se debe desenvolver el arbitraje, salvo la aplicación de las normas imperativas del ordenamiento de la sede del arbitraje. Otros ordenamientos

jurídicos podrán considerarse para aspectos diversos al procedimiento más común y relevantes a los fines de la eficacia de la sentencia arbitral, en todo caso, trátase de arbitraje nacional o internacional, deberá tomarse en cuenta la capacidad de las partes para estipular el acuerdo de arbitraje o la forma de éste o, en fin, la factibilidad de someter la controversia a un arbitraje. (Henríquez, R. 2000).

De modo que, para definir el arbitraje comercial internacional, debe tomarse en cuenta que se trata de un arbitraje celebrado en materias propias del derecho internacional privado, esto es, derivado de relaciones jurídicas cuyos elementos objetivos y subjetivos están sometidos a ordenamientos jurídicos territoriales distintos. De allí que en materia de arbitraje comercial internacional, tendrá aplicación lo dispuesto en el art. 8 del CPC, y por ello la LAC será aplicable supletoriamente frente a los Tratados Internacionales que establezcan procedimientos arbitrales para resolver problemas propios del Derecho Internacional Privado, y para ello deberá tenerse en consideración las excepciones previstas en la Ley de Derecho Internacional Privado (art. 47), en el Código de Procedimiento Civil (art. 2) y en el Código de Comercio (art. 358).

Sobre el particular la Sala Político – Administrativa, en decisión del 9 de Octubre de 1.997, establece lo siguiente:

... los problemas relativos al arbitraje comercial internacional corresponden al campo del Derecho Procesal Civil Internacional que, a su vez, constituye entre nosotros, una parcela específica de estudio de Derecho Internacional Privado. En este sentido se hace indispensable acudir a la jerarquía de las fuentes en materia de Derecho Internacional Privado en Venezuela. Al efecto, el art. 8 del Código de Procedimiento Civil ordena acudir primero a los tratados públicos vigentes, en cuanto al punto en cuestión, entre Venezuela y el Estado respectivo. Sólo en defecto de los tratados precedentemente aludidos, es que el juzgador queda autorizado para valerse de alguna de las restantes fuentes...

En el mencionado fallo, la aludida Sala calificó que un contrato tenía por objeto el comercio internacional, al considerar que había sido celebrado por dos compañías sometidas a ordenamientos jurídicos de países diferentes, y cuyo objeto principal era la comercialización internacional de bienes.

Así, el arbitraje internacional procede, respecto a relaciones jurídico – comerciales, cuyos elementos están sometidos a ordenamientos jurídicos distintos. Ahora bien, entre los distintos Tratados Vigentes en Venezuela sobre el Arbitraje Internacional, resulta conveniente resaltar los siguientes:

1. Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. (Gaceta Oficial N° 33.144 del 15 de Enero de 1.985).
2. Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. (Gaceta Oficial N° 33.170 del 22 de Febrero de 1.985).

3. Ley Aprobatoria de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales en el Extranjero. (Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinaria del 29 de Diciembre de 1.984).
4. Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Gaceta Oficial N° 35.685 del 3 de Abril de 1.985).

CONCLUSIONES

Sí la importancia de la tutela cautelar resulta innegable en todo proceso, todavía se hace más evidente, en el ámbito del comercio nacional e internacional; ello se debe a que en este sector existe una mayor movilidad, tanto de personas como de sus bienes a través de las fronteras de los diferentes Estados. Es por ello que, a menudo se requieren medidas de protección que declaren la obligación de hacer o abstenerse de hacer una determinada actividad, razón por la cual, el arbitraje se configura como el método de resolución de controversias que habitualmente se utiliza en el ámbito del comercio internacional, por las indudables ventajas que presenta frente a la jurisdicción estatal.

En el mismo orden de ideas, puede afirmarse, que, el arbitraje, medio alternativo de resolución de conflictos, no es un mecanismo novedoso ni en Venezuela, ni en el mundo. Se dice que los primeros procesos arbitrales se llevaron a cabo en el imperio romano. Venezuela, también es un ejemplo de longevidad de esta figura, la prueba es, la Constitución de 1.830 donde se contemplaba el arbitraje, y el primer Código de Comercio que también lo estableció. No obstante, y a pesar de existir como una posibilidad, no se utilizaba, debido a que la ley permitía desconocer la cláusula arbitral de los contratos.

En este contexto, se planteaba y aún sigue latente, la interrogante acerca del verdadero alcance, tanto jurídico como comercial del arbitraje,

igualmente se evalúa su efectividad, desde el punto de vista de los costos, cumplimiento y aplicación para pequeñas empresas, con respecto a la justicia tradicional.

La entrada en vigencia, en 1.998, de la Ley de Arbitraje Comercial generó un cambio radical, principalmente para el sector privado. De modo que, con el aval de un instrumento legal específico, el empresario tenía paulatinamente el camino del arbitraje para resolver sus controversias.

Los medios alternativos tienen su base constitucional en el art. 258 de la vigente Carta Magna. Más sin embargo, uno de los argumentos más usados para rechazar el arbitraje se basa en el art. 26 de la Constitución de 1.999. Según los detractores, la Carta Fundamental es muy clara en lo concerniente a la gratuidad de la justicia, principio que pareciera no estar presente en el arbitraje. Los defensores de la figura se apoyan en la congestión de los tribunales judiciales venezolanos, resaltando, que la flexibilidad del proceso arbitral radica en que, una vez surgida la controversia, las partes pueden elegir entre las diferentes modalidades: Institucional e Independiente.

El independiente o ad – hoc, era el más utilizado antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial, su característica primordial es que las partes se encargan de definir las limitaciones y alcance del procedimiento y de designar los árbitros.

En el institucional, se requiere que las partes concurren de mutuo acuerdo ante un centro de arbitraje. Una vez introducida la solicitud de

arbitraje se inicia el proceso, y, sus principales características son: La previsión de aspectos fundamentales tales como: duración del proceso, costos, administración de fondos, árbitros especializados con amplia trayectoria, supervisión del procedimiento, porque, si bien es cierto, que los centros de arbitraje no pueden interferir con el desarrollo del proceso, prestan asistencia a las partes, a sus asesores, y hasta a los mismos árbitros, ello, para garantizar la necesaria continuidad del proceso, además cuentan con la más adecuada infraestructura, y equipos necesarios tanto humanos como técnicos, y uno de los aspectos de mayor relevancia, es el reconocimiento de los laudos, dado que, según los expertos, los procesos arbitrales conducidos por centros de arbitraje generan mayor respeto y confianza que los independientes.

Así pues, consideramos, que una de las primeras trabas que el arbitraje debe superar para desarrollarse plenamente, es la falta de conocimiento y desinformación que en torno a él existe, por lo que, la educación es fundamental en el ámbito universitario, en los tribunales y en los posibles usuarios.

Así mismo, como es sabido, suele ocurrir con frecuencia que la parte que prevé la emisión de un laudo desfavorable a sus intereses trate de transferir sus bienes fuera del alcance de la jurisdicción donde el laudo deba producir efectos, para evitar de ese modo, que el laudo pueda ser en la práctica ejecutado.

En efecto, el Código de Procedimiento Civil Venezolano, silencia todo pronunciamiento del tribunal arbitral acerca de las medidas cautelares, por lo que, hay que interpretar que ante el silencio del legislador, el tribunal arbitral tiene facultad plena para decretar medidas cautelares al no haberle sido limitada tal potestad. Por consiguiente, estimamos que es factible que, en un procedimiento arbitral regido por el Código de Procedimiento Civil Venezolano, el tribunal arbitral puede decretar este tipo de medidas siempre que concurra el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, o cuando el actor constituya alguna caución de las permitidas por el art. 590 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo que respecta al órgano legitimado para ordenar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral varias son las posibilidades admitidas en los diferentes sistemas nacionales e internacionales de arbitraje. Los enfoques oscilan entre la atribución de una competencia exclusiva a los jueces, con exclusión del poder de los árbitros, tal como ocurre en Argentina y Honduras, pasando por la división de poderes entre unos y otros, ya sea en función del tipo de medida solicitada, ya sea en atención al momento procesal en el que dicha cautela se pide, situación que se presenta en la Legislación Peruana, así como la denominada teoría de los poderes concurrentes entre jueces y árbitros, como sucede en Panamá, de igual manera nos encontramos con las legislaciones del Salvador y de Nicaragua que no establecen en sus Códigos y Leyes absolutamente nada sobre las medidas cautelares en el

arbitraje, y finalmente se destacan las Legislaciones Venezolana, Ecuatoriana, Colombiana y Boliviana, las cuales, otorgan a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares, en nuestro caso tal posibilidad le es concedida a los árbitros en el art. 26 de la Ley de Arbitraje Comercial .

En este orden de ideas, la adopción de medidas cautelares por parte de los tribunales arbitrales comporta varias ventajas pero implica, asimismo, algunos inconvenientes. Por lo que a ventajas se refiere, destaca, en primer lugar, la rapidez tanto en la adopción de la medida, como en la elección de la que se estime más apropiada. Ello deriva del hecho de que son los árbitros quienes están familiarizados desde el principio con el asunto. En segundo lugar, permite mantener la tan apreciada privacidad que caracteriza a esta vía de resolución de conflictos. Por otra parte, los argumentos esgrimidos en contra del poder de los árbitros derivan de los límites a los que está sometida esta institución, entre ellos cabe destacar, de un lado, la ausencia de poder coercitivo; de otro, la falta de legitimación, para proceder contra terceros ajenos al acuerdo arbitral. Todos estos obstáculos constituyen una restricción importante al poder de los árbitros en materia cautelar, habida cuenta del amplísimo poder que poseen los jueces al respecto. De ahí que, a menudo, la eficacia de una medida de protección estará condicionada a la asistencia de los jueces.

Así pues, con el objeto de hacer frente a todas estas limitaciones, el arbitraje ha articulado una serie de herramientas. Así, en primer lugar,

cuentan con instrumentos propios que, si bien no pueden forzar a las partes, pues sólo los jueces gozan de la prerrogativa del poder público, si que pueden coaccionar de manera indirecta, al cumplimiento de las ordenes de los árbitros. Algunos de los mecanismos más importantes a disposición del arbitraje son: por un lado, la desacreditación de la parte que incumple frente a la otra, y por otro lado el temor de predisponer al árbitro en su contra como consecuencia de la desobediencia, aunque estamos claros, que estos medios no constituyen siempre un incentivo suficiente para motivar a las partes al cumplimiento de las medidas ordenadas por un tribunal arbitral. En consecuencia el afectado por el decreto de la medida cautelar puede hacer caso omiso de esta. Por esta razón entendemos que los órganos arbitrales deberían estar legitimados para imponer sanciones ante el incumplimiento de una medida cautelar decretada por ellos; lo cual podría materializarse en forma de responsabilidad por daños y perjuicios, condenando, además a la parte incumplidora al pago de las costas que pudieran ser incluidas en el laudo arbitral final.

Lo anterior conlleva a afirmar que, es precisamente en el ámbito de las medidas cautelares donde los jueces y los árbitros deben llevar acabo una estrecha colaboración para que esta vía de resolución de controversias sea verdaderamente efectiva. El buen funcionamiento del arbitraje no puede ya entenderse sin la cooperación entre unos y otros. La asistencia de los jueces en el arbitraje permitirá que éste conserve las

ventajas que se le atribuyen frente a la jurisdicción estatal y que constituya en la práctica una vía eficaz y rápida de resolución de conflictos. Debemos abandonar por ende, la idea de existencia de un conflicto de competencia entre jueces y árbitros, en pro de una necesaria complementariedad entre ambos. Por lo que, cabe plantearse qué es preferible, si apoyar una intervención judicial limitada en el arbitraje para lograr su mayor eficacia o, por el contrario, descartar esta intervención para respetar la integridad del procedimiento arbitral. De hecho las partes recurren al arbitraje por considerarla una vía eficaz de resolución de controversias y, si tal eficacia depende en algunos casos de la intervención judicial, deben asumirla como parte necesaria en el procedimiento. Actualmente existe una tendencia hacia una judicialización limitada en el arbitraje, es más, gran parte de los sistemas aceptan la colaboración judicial, pero se reduce expresamente a los supuestos previstos en la ley, fuera de ellos, queda descartada, de lo contrario se estaría sometiendo a las partes a unos órganos que a priori habían descartado.

Desde otro punto de vista, nuestro país, en una futura reforma del Código de Procedimiento Civil debe desarrollar lo relativo a las medidas cautelares en el arbitraje, ya que nos encontramos ante un vacío muy grande en el ámbito legislativo, lo que perjudica enormemente al procedimiento arbitral, restringiéndose tanto la eficacia como la eficiencia de dicho proceso. A continuación nos permitiremos aportar algunos

señalamientos que a nuestro entender deberían tomarse en cuenta en una futura regulación procesal de las medidas cautelares en el arbitramento:

- La facultad expresa de los árbitros para dictar medidas cautelares
- Tomando en cuenta el principio de autonomía de la voluntad de las partes; debe existir una norma que exija, que en el acuerdo arbitral, se establezca una cláusula, que faculte o restrinja la potestad de los árbitros de decretar medida cautelares.
- La obligatoria colaboración de los tribunales ordinarios hacia los arbitrales, en la ejecución de tales medidas, y en los demás casos que fuera necesario.
- Y en cuanto al tipo de medidas cautelares que han de ser dictadas por los árbitros; lo más sano sería pensar que las mismas no debieran estipularse de manera distinta a como están desarrolladas en el Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, ello con el objeto de contribuir con la armonía que siempre debe subsistir en un ordenamiento legislativo, y más aún si es procesal.
- Lo relativo a la intervención de los terceros en el procedimiento arbitral, de forma que se establezca claramente si está permitida su intromisión o no, y en caso de ser afirmativo, los momentos o estados del procedimiento en que podrá hacerlo.
- Permitir ejercer oposición a la parte afectada por la medida cautelar, y al mismo tiempo debe regularse el procedimiento a seguir en

caso de que ello ocurra, así como establecer todo lo relativo a la sentencia o decisión que resuelva esa oposición.

Por tanto, como en el juicio de arbitramento no establece el Código de Procedimiento Civil, disposición alguna que nos permita afirmar o negar la posibilidad de medidas cautelares, nos corresponde a los abogados, juristas o estudiosos del derecho desentrañar la naturaleza de dicho procedimiento.

Desde este punto de vista, con la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial, el legislador ha puesto a la disposición de los operadores del derecho un excelente mecanismo para resolver controversias en forma expedita, y sin duda, tal fórmula será más efectiva mientras mayor sea su divulgación entre las personas interesadas, por tanto, se hace necesario materializar el postulado contenido en el Art. 258 de la Constitución vigente, contribuyendo así, con el fomento de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos.

En el mismo orden de ideas, pareciera necesario, proceder a realizar, en breve plazo, una reforma de la ley de Arbitraje Comercial; que aunque de muy reciente data, a menudo se pone de relieve el carácter incompleto de la regulación actual, por lo menos en lo que a medidas preventivas se refiere, dicha reforma podría estar orientada básicamente en el sentido siguiente: a) Corregir los errores de redacción que se han detectado en la actual Ley, b) Solucionar los problemas de omisiones que se han detectado en el texto de la Ley, como por ejemplo; la oposición de parte a

la medida cautelar decretada, lo concerniente a la intervención de terceros afectados por la adopción de una medida cautelar, establecer claramente sí los árbitros pueden o no ejecutar este tipo de medidas, así como también, deberá señalarse de manera clara e inequívoca cuales son los tipos de medidas cautelares que podrán ser dictadas por los árbitros o establecer la remisión expresa al Código de Procedimiento Civil en relación con las medidas cautelares.

En efecto, las consecuencias jurídicas que sobrevienen de un fallo no dependen de la naturaleza arbitral o judicial del proceso en el cual se dicta. Lo aceptado por la voluntad del contratante, lo declarado y condenado por el fallo, puede producir y de hecho produce, efectos nocivos para los terceros ajenos al acuerdo de arbitraje, no previstos ni consentidos o declarados por las partes o el árbitro. Y son precisamente el acto de ejecución de medidas cautelares y la ejecución judicial del laudo definitivo de la litis, los que pueden producir más efectos negativos en contra de los terceros. En Venezuela, en el ámbito procesal suele denominarse *eficacia refleja de la sentencia* a estos efectos sobrevenidos.

Sobre la base de lo antes expuesto, se ha sostenido, en el desarrollo de esta investigación que los terceros no pueden intervenir a motus proprio en el procedimiento arbitral, sino que por el contrario que caso de hallarse afectados por una medida cautelar deberán acudir ante el tribunal ordinario y presentar demanda de tercería si se tratará de un secuestro, de una prohibición de enajenar o gravar; ó de una medida cautelar

innominada, y sí se tratará de una medida de embargo la oposición no difiere de la prevista en el art. 546 del Código de Procedimiento Civil, la cual se sustanciaría en el expediente formado con la solicitud de ejecución de medidas cautelares remitida por los árbitros. Sin embargo, lo expuesto es tan sólo uno de los criterios mayormente aceptados por los catedráticos venezolanos estudiosos del arbitraje, en virtud de que, la intervención de los terceros en el procedimiento arbitral representa uno de los temas más discutidos, ello porque, el legislador de la Ley de Arbitraje Comercial de 1.998 no previó nada al respecto. Es más, existe otro sector de profesionales del derecho que estiman que, la providencia o laudo de los árbitros beneficiosa al tercero le es oponible a las partes que hayan aceptado su intervención. Es decir que, su adhesión o incorporación voluntaria al juicio arbitral aceptada por las partes en forma expresa o tácita, les es oponible, por lo que, el laudo, surtiría efecto respecto a todo tercero que voluntariamente se haya involucrado y haya sido aceptado en el procedimiento arbitral por las partes originalmente involucradas.

Aunado a lo anterior, en los últimos años hemos sido testigos de la frenética actividad legislativa por parte de organismos especializados en el derecho mercantil internacional, en particular, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral). Dicha actividad, llevo a elaborar, una ya, famosa Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en 1.985, que tal y como lo observamos en el desarrollo del capítulo VI se ha convertido en fuente de inspiración de

muchas reformas de leyes estatales en la materia en los últimos años. Se demuestra así, el papel de la Uncitral, y su enorme influencia en la configuración del arbitraje.

Sin embargo, la misma Uncitral, ha puesto de manifiesto la existencia de lagunas y diferencias en su regulación. Este es el motivo que llevó a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1.999, a tomar la iniciativa de seguir elaborando normas en materia de arbitraje, creando al efecto un grupo de trabajo sobre dicha figura jurídica. Este grupo, debate actualmente la conveniencia de una modificación de la mencionada ley modelo como forma de hacer frente a todos los problemas que se suscitan en torno a las medidas cautelares, en cuanto tema prioritario del arbitraje internacional. De hecho, han elaborado ya, una propuesta de reforma dirigida a paliar los numerosos inconvenientes que en la práctica se plantean.

Desde este enfoque, en el procedimiento arbitral, al igual que ocurre con la jurisdicción ordinaria impartida por los jueces impuestos por los Estados, se hace necesario en determinados casos, la adopción de medidas cautelares o de aseguramiento, de esta exigencia se hace eco la mayor parte de los sistemas estatales, tales como: Alemania, Francia, Italia, Suiza, España, Panamá, Perú, Colombia, Costa Rica, Paraguay, Bolivia, Argentina, Estados Unidos, China, Hong Kong, entre otros; y es tanta la importancia de su regulación que también se ha previsto en los distintos reglamentos de los centros de arbitraje.

Con esta investigación se aspira, haber contribuido de alguna forma con el incremento del interés hacia el arbitraje. Nuestra labor, entonces, estuvo encaminada en la determinación de la procedencia de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral previsto en la Ley de Arbitraje Comercial y en el arbitraje previsto en el Código de Procedimiento Civil, mejor conocido como el arbitramento, de modo que, podemos concluir que, sí son procedentes las medidas cautelares en ambos procedimientos, y además podrán ser decretadas por árbitros de derecho y por árbitros de equidad, de acuerdo a lo previsto en los arts. 585 y 588 del CPC, destacándose que las bondades de la institución arbitral dependen esencialmente de las personas involucradas en él, no en vano su principio rector lo constituye la autonomía de la voluntad de las partes.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Academia de Ciencias Políticas y Sociales. (1.999). **Seminario sobre la ley de arbitraje comercial**. Caracas: Anauco.
- Alcalá, N. (1.970). **Proceso, autocomposición y autodefensa** (2^{da} ed.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Almeida, F. (1.992). **Poder general de cautela**. *Revista de Centro de Estudios de Derecho Procesal*, (15), 89.
- Alsina, H. (1.963). **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial** (2^{da} ed.). Tomo I. Buenos Aires: Ediar.
- Alvins, R. (1.999). **Vigencia de la ley de arbitraje comercial**. *Publicaciones Jurídicas Venezolanas*. (22). 91 – 97.
- Arias, F (2.004). **El proyecto de investigación: introducción a la metodología científica** (4^{ta} ed.). Caracas: Episteme.
- Badell & Grau. (1.998). **Comentarios a la ley de arbitraje comercial**. *Cuadernos Jurídicos Nº 1*. Caracas: Torino.
- Bartoloni, A (1.993). **Presupuestos de la teoría del proceso**. Buenos Aires: Arayú.
- Baumeister, A. (1.999). **Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitraje regidos por la ley de arbitraje comercial**. *Memorias del Seminario sobre la ley de Arbitraje Comercial*. (p 91 y 138). Caracas: Biblioteca Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Brice, A. (1.967). **Lecciones elementales de derecho procesal civil**. Tomo III. Caracas: Lex.
- Briceño, A. (2004). **Arbitraje: mitos y realidades**. *Periódico Ámbito Jurídico*. VII (76) 9 – 10. Caracas: Legis.
- Borjas, A. (1.973). **Comentarios al código de procedimiento civil venezolano**. (4^{ta} ed.). Tomo V. Caracas: Piñango.

- Cabanellas, G (1.991). **Diccionario enciclopédico de derecho usual** (16^a ed.). Tomo VI. Buenos Aires: Heliasta.
- Caivano, R. (1.993). **Arbitraje**. Buenos Aires: Ad – Hod.
- Calamandrei, P. (1.945). **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. (Trad. S. Sentís). Buenos Aires: Bibliografica Argentina.
- _____. (1.984). **Providencias cautelares**. Buenos Aires: Bibliografica Argentina.
- _____. (1.997). **Derecho procesal civil** (vol. 2, trad. E. Figueroa). México: Mexicana.
- Calderón, M. (1.992). **Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil**. Madrid: Civitas.
- Campins, E y otros. (2000). **El arbitraje**. (Trabajo en línea). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Consultada el 24 de Junio de 2004 en: www.ucab.edu.ve.
- Carnelutti, F. (1.952). **Estudios de derecho procesal** (vol. 2, trad. S. Sentís). Argentina: Euro – América.
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. (2004) [Página Web en Línea] Disponible en: <http://www.arbitraje.ccc.org/.html>.
- Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. (2004) [Página Web en Línea]. Disponible en: <http://www.venamcham.org/cedca/public.html>.
- Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990. (Extraordinario). 26 de Julio de 1.982.
- Código de Procedimiento Civil. (1.987). Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 3.970. (Extraordinario) 13 de Marzo de 1.987.
- Colegio de Profesores de Derecho Procesal. (2000). **Diccionarios jurídicos temáticos: derecho procesal** (2^{da} ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. México: Oxford.

Comisión Andina de Juristas. (2004) [Página Web en línea] Disponible en:
www.cajpe.org.pe.com

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1.999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860. (Extraordinario). 30 de Diciembre de 1.999.

Couture, E. (1.981). **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma.

Cuenca, H. (1.969). **Derecho procesal civil** (2^{da} ed.). Caracas: Biblioteca Caracas.

Chinchilla, C. ((1.991). **La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa**. Madrid: Civitas.

Chillón, J y Merino, J. (1.991). **Tratado de arbitraje privado interno e internacional** (2^{da} ed.). Madrid: Civitas.

Chocrón, A. (2000). **Los principios procesales en el arbitraje**. Barcelona: J.M. Bosch.

Diccionario de Sinónimos y Antónimos. (1.981). (2^{da} ed.). Caracas: Panapo

DiezPicasso, L y Guillén, A. (1.998). **Instituciones de derecho civil**. (vol. 1). Madrid: Tecnos.

Devis, E (1.994). **El proceso civil: parte especial** (8^{va} ed., vol. 2). Tomo III. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

Fabrega, J (1.991). **Arbitraje en el área iberoamericana**. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XLI (175, 176, 177). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Feltri, M. (1.981). **Estudios de derecho procesal civil**. Caracas: Jurídica Venezolana. (Colección Estudios Jurídicos N° 12).

_____. (1.983). **Estudios jurídicos sobre la acción reivindicatoria y la acción de tercería: relaciones contractuales y los terceros**. Caracas: Fabretón.

- Feo, R. (1.962). **Estudio sobre el código de procedimiento civil venezolano**. Tomo III. Caracas: Rea (Colección de obras clásicas jurídicas venezolanas).
- Franco, O. (2003). **Los medios alternativos de resolución de conflictos**. (Revista en Línea). (1 – 5). Consultada el 28 de Junio de 2004 en: <http://www.mediationworks.com/mti/latino/index.html>.
- Fuenmayor, J. (2000). **El arbitraje como medio de solución de los conflictos: el arbitramento según el código de procedimiento civil**. Caracas: Vadell Hermanos.
- Gabaldón, F. (1.987). **El arbitraje en el código de procedimiento civil**. Caracas: Paredes.
- _____. (1.999). **Análisis de la ley de arbitraje comercial**. Caracas: Livrosca.
- Gamboa, N. (2003). **Asistencia judicial en los tribunales arbitrales**. (Revista en Línea). (1 – 9). Consultada el 28 de Junio de 2004 en: www.Chabaneix&Asociados,Abogados.com.
- Gelsi, B y Vescovi, E. (1.994). **El código procesal civil modelo para iberoamérica**. Caracas: Estudios.
- Gil, I. (1.999). **Introducción al estudio del arbitraje en venezuela**. Caracas: Funeda.
- González, R. (1.998). **El procedimiento para la adopción de medidas cautelares en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento civil**. Barcelona: J.M. Bosch.
- Guanipa, J. (1.996). **Medidas cautelares: oposición de terceros**. Caracas: Paredes.
- Gutiérrez, E. (1.974). **Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares: el sistema de medidas cautelares**. Pamplona: Arazandi.
- Guzmán, H. (2002). **Cuadernos de procedimiento civil: procedimientos especiales**. Mérida: Fondo Común Banco Universal.
- Hernández, R, Fernández, C y Baptista, P. (2003). **Metodología de la investigación**. Bogotá: McGrawHill.

- Hung, F. (2001). **Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano**. Caracas: Jurídica Venezolana. (Colección Estudios Jurídico 74).
- Henríquez, R. (1.983). **Medidas Cautelares** (2^{da} ed.). Maracaibo: Maracaibo
- _____ (2000). **El arbitraje comercial en venezuela**. Caracas: Cámara de Comercio de Caracas – Centro de Arbitraje.
- Jiménez, S. (1.986). **Las medidas cautelares en la legislación venezolana**. Caracas: Paredes.
- Haro, J. (1.999). **Justicia arbitral y la justicia judicial**. Memoria del Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial. (p 155). Caracas: Biblioteca Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Lacerda, G. (1.981). **Comentarios al código de proceso civil**. (vol. 3). Tomo I. Río de Janeiro: Forense.
- LaPiedra, R. (2003). **La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional**. Trabajo de Grado Doctoral Publicado. Universidad de Valencia - Departamento de Derecho Internacional. España: Servei de Publicacions.
- Lazarri, E. (1.988). **Medidas cautelares** (2^{da} Ed.). Argentina: Platense.
- Ley de Arbitraje Comercial. (1.998). Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 36.430. (Extraordinario). 7 de Abril de 1.998.
- Ley de Carrera Judicial. (1.998). Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 5.262. (Extraordinario). 11 de Septiembre de 1.998.
- Ley Orgánica del Poder Judicial. (1.998). Gaceta Oficial de la República de venezuela Nº 5.262. (Extraordinario). 11 de Septiembre de 1.998.
- Longo, P. (2004). **Arbitraje y sistema constitucional de justicia**. Caracas: Frónesis.
- Lorca, A. (1.989). **Derecho de arbitraje interno e internacional**. Madrid: Tecnos.
- _____ (1.997). **Manual de derecho de arbitraje: manual teórico práctico de jurisprudencia arbitral española**. Madrid: Dykinson.

- _____ (1.999). La tutela cautelar arbitral. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. (1), 13 y ss.
- _____ (2000). Del procedimiento para la adopción de medidas cautelares. Valladolid: Lex Nova.
- Maduro, E. (1.997). Curso de obligaciones: derecho civil III (10^{ma} ed.). Caracas: Texto.
- Martínez; J (1.983). Código de procedimiento civil. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Martínez, R. (1.990). Medidas cautelares. Buenos Aires: Universidad
- Márquez, L. (1.987). El nuevo código de procedimiento civil. Caracas: Ex libris.
- Matthies, F. (1.996). Arbitrariedad y arbitraje: Un análisis a la normativa de derecho privado en venezuela. Caracas: Fondo de Publicaciones Universitarias.
- Mellich, J. (1.993). Doctrina general del contrato. Caracas: Jurídica Venezolana.
- Messineo, F. (1.986). Doctrina general del contrato. Buenos Aires: Europa – América.
- Mezgravis, A. (1.998). La unidad de la jurisdicción: un mito en el derecho venezolano. *Revista de la Universidad Central de Venezuela*. (108), 362 y ss.
- _____ (1.999). Algunas consideraciones sobre la jurisdicción y el arbitraje. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. (50), 360 y ss.
- _____ (2001) La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia. *Revista de Derecho Constitucional*. (5), 130 – 151. Caracas: Sherwood.
- _____ (2002, Septiembre, Octubre, Noviembre) Medios alternativos de resolución de conflictos. Cátedra Universitaria

impartida en la Especialización de Derecho Procesal [Clases desgravadas] Universidad Católica Andrés Bello.

Moreno, D. (2000). **Los procesos ordinarios: las medidas cautelares**. Madrid: Tecnos.

Muñoz, L. (1.998). **Medidas Cautelares y Arbitraje en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento civil**. Barcelona: J.M Bosch.

_____. (2000). **Las medidas cautelares en el arbitraje**. Vol III. Barcelona: Difusión Jurídica.

Ortiz, R. (2001). **Tutela constitucional preventiva y anticipativa**. Caracas: Frónesis.

_____. (2002). **El poder cautelar general y las medidas innominadas: en el ordenamiento jurídico venezolano** (2^{da} ed.). Caracas: Frónesis.

Osorio, M. (1986). **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires: Heliasta.

Parilli, O. (1.994). **La intervención de terceros en el proceso civil**. Caracas: Mobil – Libros.

Pierre, O. (1.987, Julio). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia**. (7). Caracas: Bibliografía Jurídica.

_____. (1.990, Noviembre). **Jurisprudencia de la corte suprema de justicia**. Caracas: Autor.

_____. (2002, Febrero). **Jurisprudencia del tribunal supremo de justicia**. III (2). Caracas: Autor.

Quiroga, H. (1.985). **Procesos y medidas cautelares**. Bogotá: Librería del Profesional.

Rengel, A. (1.989). **Medidas cautelares innominadas**. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (8), 91. Bogotá: Librería Profesional.

- (1.991). **Tratado de derecho procesal civil venezolano: según el nuevo código de 1.987.** (Vol. III) Caracas: Ex Libris.
- Rión, P. (1.997). **Del procedimiento cautelar de la tercería y del embargo ejecutivo.** Caracas: Libra.
- Rodríguez, M. (1.999). **C.P.C. práctico: el código de procedimiento civil esquematizado.** Caracas: Paredes.
- Rojas, M. (2001). **Factibilidad de aplicación de medidas cautelares en procesos de arbitraje.** (Trabajo en línea). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Consultada el 30 de Abril de 2004 en: www.ucab.edu.ve.
- Rocco, U. (1.983). **Tratado de derecho procesal civil: parte especial – proceso cautelar.** (Vol. V, Trad. S. Sentís). Buenos Aires: Temis – Depalma.
- Ruiz, R. (1.991). **Derecho civil: derecho de obligaciones.** Madrid: Realigraf.
- Rondón, H. (1.997). **Medidas cautelares innominadas: con especial referencia a su aplicación en el contencioso administrativo.** Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Procesal Civil (El C.P.C diez años después). Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara – Barquisimeto.
- Sabater, M (1.999). **Arbitraje y medidas cautelares en el proyecto de ley de enjuiciamiento civil.** Madrid: Marcial Pons.
- Sanojo, L. (1.981). **Comentarios al Código de Procedimiento Civil.** Caracas: Fabretón.
- Sinopoli, J. (2001). **Aplicación del arbitraje en el código de procedimiento civil como mecanismo de resolución de conflictos en el derecho interno.** (Trabajo en línea). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Consultada el 10 de Mayo de 2004 en www.ucab.edu.ve.
- Sarmiento, C. (1.999). **Ley de arbitraje comercial.** Caracas: Livrosca.
- Sistema de Información sobre Comercio Exterior. (2004) [Página Web en Línea]. Disponible en: www.sice.com.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. (2004) [Página Web en Línea]. Disponible en: www.tsj.gov.ve.

Universidad Católica Andrés Bello. (2004) [Página Web en Línea] Disponible en. www.ucab.edu.ve

Villasmil, Y. (2001, Julio). **El arbitraje comercial en venezuela**. Ponencia presentada en el foro sobre Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Universidad del Zulia. Maracaibo.

_____. (2001, Julio). ***Régimen Legal del arbitraje comercial independiente en venezuela***. Ponencia presentada en el Foro sobre Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Universidad del Zulia. Maracaibo.

_____. (2001). ***El arbitraje comercial en la legislación venezolana: independiente e institucional. (Un nuevo marco procedimental para la resolución de controversias mercantiles)***. Trabajo de grado de maestría no publicado. Universidad del Zulia. Maracaibo.

Viloria, M. (2003). **Las medidas cautelares innominadas de naturaleza provisionalmente satisfactivas en los juicios contenciosos – tributarios**. *Revista de Derecho Tributario*. (99). 27 – 53. Caracas: Legis.

Véscovi, E. (1.984). **Teoría general del proceso**. Bogotá: Temis.

Zoppi, P. (1.989). **Soluciones a errores en el código de procedimiento civil**. Valencia: Vadell hermanos.

_____. (1.999). **Providencias cautelares: en el nuevo código de procedimiento civil venezolano (3^{ra} reimp.)**. Valencia: Vadell hermanos. (Colección Movimiento Humberto Cuenca).