

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**ALCANCE DE LA POTESTAD CAUTELAR DEL TRIBUNAL
ARBITRAL SEGÚN LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL**

Trabajo Especial de Grado, presentado como
requisito para optar a la Especialización en
Derecho Procesal

Autor: Abog. Mauro José Guerra

Asesor: Dr. Vicente J. Puppio

Caracas, marzo de 2006

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado **Mauro José Guerra**, titular de la Cédula de Identidad **Nº 9.388.233**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **Alcance de la Potestad Cautelar del Tribunal Arbitral según la Ley de Arbitraje Comercial**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los veintisiete (27) días del mes de marzo de dos mil seis (2006).

Vicente J. Puppio

DEDICATORIA

A mi madre, María Guerra, por su constante apoyo; fuente de constancia y dedicación.

A quienes no han encontrado limitaciones sociales y económicas para crecer intelectualmente, a ustedes dedico.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
APROBACIÓN DEL ASESOR.....	ii
APROBACIÓN DEL JURADO.....	iii
DEDICATORIA.....	ii
ÍNDICE GENERAL.....	v
ABREVIATURAS.....	viii
RESUMEN.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I:	
EL ARBITRAJE	
1 Etimología	12
2 Reseña histórica	16
3 Concepto	20
4 Naturaleza jurídica	23
4.1 Tesis jurisdiccionalista	24
4.2 Tesis contractualista	28
4.3 Tesis ecléctica	29
5 Principios	38
5.1 Principio de autonomía de voluntad de las partes	38
5.2 Principio pro arbitraje	39
5.3 Principio de la libertad de formas	40
6 Tipos de arbitraje	42
6.1 Arbitraje institucional	42
6.2 Arbitraje independiente	43
7 Ventajas del arbitraje	44
CAPITULO II:	
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE ARBITRAJE	
1 Concepto	49
2 Requisitos de procedencia	52
2.1 <i>Periculum in mora</i>	53

2.2	<i>Fumus boni iuris</i>	55
3	Características	61
3.1	Instrumentalidad	61
3.2	Provisoriedad	62
3.3	Variabilidad	63
3.4	Jurisdiccionalidad	64

CAPÍTULO III:

LA POTESTAD CAUTELAR DE LOS ÁRBITROS

1	Fuente de la potestad cautelar	66
2	Límites de la potestad cautelar	70
3	Las medidas cautelares en el proceso arbitral en el derecho comparado	75
3.1	Colombia	76
3.2	Perú	78
3.3	España	80
4	La tutela judicial efectiva	84
4.1	Concepto	84
4.2	Contenido	85
5	La potestad cautelar en otras leyes internas	88
5.1	Ley orgánica procesal del trabajo	88
5.2	Ley de protección al consumidor y al usuario	88
5.3	Decreto ley de empresas de seguros y reaseguros	89
6	Las medidas cautelares en el proceso de arbitraje y el tribunal supremo de justicia	90

CAPÍTULO IV:

EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

1	Oportunidad para solicitarlas	96
2	Decreto motivado	98
3	Ejecución de las medidas cautelares	101
4	Medios impugnativos	104
5	Potestad revisora del juez Estatal	111

CAPÍTULO V:

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN VENEZUELA DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

1	Ámbito de aplicación de la ley de arbitraje comercial	114
2	Procedimiento para la ejecución de laudos extranjeros	116
3	Procedimiento para la ejecución de medidas cautelares dictadas en el extranjero	118
	CONCLUSIONES	127
	BIBLIOGRAFÍA	134

ABREVIATURAS

CACCC:	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas
CPC:	Código de Procedimiento Civil
CRBV:	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
DRAE:	Diccionario de la Real Academia Española
EMASC:	Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos
INDECU:	Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario
LAC:	Ley de Arbitraje Comercial
LDIP:	Ley de Derecho Internacional Privado
TSJ:	Tribunal Supremo de Justicia
UNCITRAL:	United Nations Comisión on Internacional Trade Law

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

**ALCANCE DE LA POTESTAD CAUTELAR DEL TRIBUNAL
ARBITRAL SEGÚN LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL**

AUTOR: Abog. Mauro José Guerra
TUTOR: Dr. Vicente J. Puppio
Fecha: Marzo de 2006

RESUMEN

En el presente trabajo se precisó el alcance de la potestad cautelar del órgano arbitral dentro del proceso de arbitraje comercial, en el marco del artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial, entendiendo que tal potestad proviene de la autonomía de la voluntad de las partes y una vez decretada, cumpliendo con esa manifestación privada, por no poseer el poder de *imperium*, el órgano debe solicitar la colaboración de la jurisdicción para su ejecución, constituyendo tal situación una verdadera limitación a esa potestad. Para su desarrollo se apoyó tanto en el método documental a un nivel descriptivo, por lo que constituyó una investigación básicamente analítica y de desarrollo conceptual, fundamentada en bibliografía, constituida por los más destacados autores que han estudiado el tema, criterios jurisprudenciales y referencias legales, y el uso de la descripción; de la técnica de análisis documental con una revisión de la información basado en la combinación del método inductivo y deductivo, estructurando la investigación en categorías, lo que permitió llegar a síntesis de tal manera que las conclusiones atendieron a los objetivos planteados, por lo cual se concluyó que el arbitraje es un *equivalente jurisdiccional* en el cual el órgano arbitral, en cuanto a la potestad cautelar, se encuentra limitado primero a la voluntad de las partes y luego en la imposibilidad de ejecutar las medidas que adopte.

Descriptor: Proceso, laudo arbitral, cautelares, procedimiento, terceros.

INTRODUCCIÓN

Constantemente escuchamos expresiones que hacen referencia a la crisis del sistema de administración de justicia, lo cual no constituye algo novedoso sino que se ha venido sosteniendo a través del tiempo. Sin embargo, no se hace referencia a ese fenómeno sólo por el hecho del retraso en la solución de los asuntos que se encuentran en los distintos Tribunales del País, sino por las múltiples circunstancias que aquejan al sistema.

Es que al hablar de la crisis del Poder Judicial, rápidamente se dirige la mirada a los jueces quienes son los funcionarios identificados directamente con el sistema, sin considerar que sólo conforman un elemento de ese gran conjunto, detrás del cual se encuentra un gran aparato burocrático responsable de adelantar grandes políticas judiciales tendentes a buscar soluciones a los no pocos problemas que ciertamente aquejan a la administración de justicia.

Esta crisis no es un asunto único de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como el venezolano, sino que involucra incluso a aquellos con sistemas económicos y sociales más organizados y avanzados. En estos problemas influyen no sólo factores económicos, sociales y culturales, sino exógenos como los políticos, que sin ser propios del Poder Judicial, como pudiéramos pensar, en virtud del principio de la separación de los poderes, nos encontramos que los restantes en vez de aportar la debida colaboración en la solución de los grandes males, inducen a su acrecentamiento a través de las indebidas interferencias.

Ante ese panorama, el Estado se ha visto en la necesidad de acelerar políticas a los fines de dar respuestas a los justiciables, pues desde que se prohibió a los particulares hacerse justicia por sus propias manos, aquel asumió, sino el monopolio de la jurisdicción, sí el monopolio de la tutela coactiva de los derechos.

A estos fines, las modernas constituciones han elevado a ese rango la garantía de los ciudadanos no sólo de acceso a los órganos de administración de justicia sino los de obtener una debida tutela de los derechos, a través de un procedimiento que culmine con una decisión motivada que resuelva el conflicto subyacente, tal como lo dispone el artículo

26 de la Constitución de la República, donde además, Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

En este propósito, la propia Constitución al establecer el sistema de justicia, señaló que “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley”, tal como se desprende del artículo 253 *ibidem*. Asimismo, mencionó tanto a los medios alternativos de justicia como integrante de dicho sistema como a los propios ciudadanos y ciudadanas.

Si la potestad de administrar justicia dimana de los ciudadanos y ciudadanas, alguno de los cuales a su vez pueden formar parte integrante del sistema, junto con los medios alternativos, resulta lógico deducir que la misma Carta Magna, llamara a la promoción del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos.

Por otro lado, con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, se pretendió dar al traste con la resistencia de los usuarios a usar esa vía alterna para solucionar sus conflictos, vista la tan aclamada ineficiencia del Estado para establecer un sistema de justicia capaz de dar respuesta eficiente y eficaz a los usuarios. Sin embargo, a pesar que el

arbitraje nace del acuerdo de las partes, donde rige la autonomía de voluntad de ellas, de someter a un tercero sus diferencias, a los fines que adopte una solución, se les impuso la obligación de acudir ante el órgano jurisdiccional a formalizar el acuerdo de arbitraje, con lo cual, la institución no cumplió a cabalidad con su cometido. Situación que trató de resolver la ley vigente.

No obstante, a objeto de materializar esos principios y garantías constitucionales, se requiere una política de Estado donde se asegure no sólo la dotación de recursos financieros, sino de un conjunto de políticas que van desde la formación del personal encargado de cumplir esa función pública esencial, incluido, por su puesto a los jueces, como a todos los auxiliares de justicia, pues como lo define la propia Constitución, es un sistema que necesita el perfecto engranaje de sus partes. Además, algo importante, garantizar la independencia y autonomía del poder judicial, evitando así que factores exógenos al mismo, como el político, interfiera en el fiel cumplimiento de su misión.

Ante tal crisis, los Estados se han visto en la necesidad de promover medios alternativos a la intervención jurisdiccional a la solución de los conflictos entre particulares. Es así como ante una situación de disputa de naturaleza privada, puedan buscar solución bien por la vía jurisdiccional o

mediante el arbitraje, sin que se pueda decir que esos medios alternos compitan con la vía jurisdiccional tutelada por el Estado, dado que no se busca el desplazamiento de la vía jurisdiccional sino una alternativa para los particulares mediante los cuales puedan poner fin a sus diferencias.

Esto es así, dado que mediante el arbitraje se puede buscar soluciones ágiles y técnicas a conflictos complejos, en virtud de la especialización que caracteriza a la institución, frente a la vía jurisdiccional donde el conflicto es resuelto por el Juez, que frente a una pugna de carácter técnico y complejo, no tiene la necesaria especialización.

Aparece así el arbitraje como una alternativa heterocompositiva de los conflictos intersubjetivos de intereses, institución del cual se tiene noticias al menos desde el derecho romano antiguo y edad media, impulsado por la naciente burguesía comercial que de manera expedita y ágil trataba de obtener solución a las controversias surgidas dentro de su gremio.

En efecto, el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos aparece en el derecho positivo venezolano en el Código de Procedimiento Civil de 1838. Sin embargo, bien por la “falta de una cultura arbitral” o por la costumbre paternalista donde se deja que el Estado resuelva todo, el mismo

no tuvo el auge esperado, ni aún con el Código de 1987, pues a pesar que se trataba de una alternativa de solución de conflictos, no se desligaba del aparato jurisdiccional Estatal.

Los particulares no requieren sólo un derecho de acceso a los órganos de administración de justicia o de acudir a cualquier otro medio de solución de sus conflictos. La garantía de la tutela judicial no se agota con el acceso a esas vías, donde pueden hacer valer sus derechos a los fines de su tutela, sino que involucra la necesaria protección de los mismos mediante la adopción de medidas capaces de asegurar la eficacia y efectividad de las decisiones que se adopten, bien por el órgano jurisdiccional o por el tercero designado.

La tutela judicial será efectiva cuando se garantice al particular que ante un conflicto intersubjetivo de intereses, va a encontrar un órgano ante el cual acudir y elevarlo a su conocimiento; que éste la acoja y la resuelva de acuerdo al proceso debido, adoptando las medidas necesarias a los fines de hacer efectivo en su esfera jurídica el eventual derecho que en definitiva se le reconozca en la resolución final. A tales fines, se han creado las medidas cautelares que aseguran el cumplimiento de la sentencia definitiva como

parte esencial de la tutela judicial, pues de nada sirve una sentencia cuando no hay medios para hacerla efectiva.

En materia de arbitraje ya no se discute sobre tal potestad cautelar en los árbitros sino su alcance, toda vez que no se reguló expresamente en el texto legal. De allí la importancia del presente trabajo en el cual analizamos esa función en los árbitros desde el punto de vista de su extensión, toda vez que nos suscribimos al contenido de la tesis contractualista donde concluimos que su límite es precisamente el acuerdo de las partes.

El presente trabajo tuvo un carácter eminentemente monográfico, dado que se estudió el alcance de la potestad cautelar de los árbitros dentro del proceso de arbitraje, con apoyo principalmente, de fuentes bibliográficas y documentales, escritos por autores reconocidos en la materia tanto nacionales como extranjeros, así como de textos legales y jurisprudenciales que permitieron sistematizar de forma general el tema.

Visto que en el arbitraje rige el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes acuerdan que el eventual conflicto en la ejecución de una convención la resuelva un tercero, pareciera innecesario que en el mismo se acuerden medidas cautelares a los fines de garantizar la eficacia

del proceso y la efectividad de la decisión que se dicte, haciendo posible su ejecución. La ley ha establecido esa posibilidad, con lo cual no hay discusión sobre esa potestad en manos del órgano arbitral.

Ello es así, toda vez que las partes a medida que van ejecutando los contratos pueden desplegar conductas distintas a las reinantes al momento de originarse la relación contractual, que pueden causar daños de difícil reparación en el otro o sustraerse de las consecuencias jurídicas que originarían la inejecución de sus obligaciones, o de lo decidido en determinado laudo, con el consecuente peligro de infructuosidad en su futura y eventual ejecución.

Sobre el tema hay disparidad de criterios sobre las soluciones prácticas a los fenómenos y circunstancias que se presentan en la realidad, especialmente cuando se interpreta la norma antes citada, pues a pesar de la autonomía de la voluntad de las partes, a veces se tocan derechos e intereses de personas ajenas al proceso arbitral y se hace necesario saber la respuesta idónea a cada caso.

Los resultados de este estudio contribuirá no solo a enriquecer al instituto del arbitraje, como herramienta que tienen las partes alterna al

proceso ordinario Estatal sino especialmente algunos tópicos sobre las medidas cautelares dentro de ese proceso especial, su fenomenología procesal, dando respuesta a precias interrogantes que se plantean, en beneficio de los árbitros, jueces, instituciones que se dedican al arbitraje, abogados, partes y en general a todos los elementos que conforman el gran sistema de justicia en Venezuela.

En este sentido, mientras más conocimientos tengamos sobre determinado instituto procesal, mayor será su uso, pues la inseguridad a la hora de escogerla, viene determinada no pocas veces por el desconocimiento que se tiene sobre el mismo, de allí que los aportes que el presente trabajo haga, sirvan para una mayor divulgación y promoción del arbitraje, haciendo saber no sólo de la existencia de las medidas cautelares sino el alcance de dicha potestad.

Como puede observarse, en la medida en que divulguemos la existencia de las medidas cautelares en el arbitraje y ofrezcamos una panorámica del alcance de esa potestad en manos del órgano encargado de decidir el mérito de la situación controversial sometida a su decisión, en esa misma medida crecerá el uso que los particulares puedan darle al arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, pues entenderán que hay

vías para darle eficacia y efectividad tanto al proceso como a lo decidido en el laudo. En esa misma medida se contribuirá en la búsqueda de mejorar el sistema de justicia, pues junto con la Estatal, se contribuirá a solucionar el gran problema de congestionamiento y retraso en la administración de justicia que tanto aqueja a los ciudadanos.

Finalmente, el presente trabajo más que contribuir a esclarecer la problemática sobre las medidas cautelares en el arbitraje y los límites de ese poder, procura sembrar simplemente una inquietud y si ello se produce, se habrá logrado en gran medida las expectativas propuestas en la oportunidad de escoger el tema como trabajo para optar al título de especialista en derecho procesal.

El trabajo se estructuró en cinco grandes capítulos. El primero trató de exponer a grandes rasgos, aquellos elementos que permiten al lector entender el campo particular en el cual se desarrolló el tema central del estudio. Es decir, se indicó el concepto, historia, naturaleza jurídica del arbitraje, los principios que lo informan, sus tipos y las ventajas que ofrece el instituto como vía para buscar solución ha determinado conflicto.

En el segundo capítulo se abordaron asuntos específicos de las medidas cautelares en general: concepto, requisitos de procedencia y sus características.

Con el tercer capítulo se entró a revisar el tema central del trabajo con el análisis de las fuentes de la potestad cautelar de los árbitros, sus límites así como el análisis que algunos sistemas del derecho comparado ha venido dando a esa problemática; la relación con la tutela judicial efectiva y el criterio del Tribunal Supremo de Justicia.

En el cuarto capítulo se analizó el procedimiento cautelar en cuanto a la oportunidad de solicitarlas, su decreto, ejecución, medios impugnativos y la potestad revisora del Juez Estatal.

En el último capítulo se trató la problemática relativa al reconocimiento y ejecución en Venezuela de laudos arbitrales extranjeros, analizando el ámbito de aplicación de la ley especial y procedimiento, haciendo referencia especial a la ejecución en el país de medidas cautelares dictadas por árbitros en el extranjero.

CAPÍTULO I

EL ARBITRAJE

1. Etimología

Al estudiar cualquier institución de derecho, debemos buscar el origen de las palabras que la conforman, su significado y evolución así como sus referencias históricas, a los fines de encontrar sus raíces y circunstancias que la motivaron. En tal sentido, antes de entrar al estudio del alcance de la potestad cautelar dentro del arbitraje, se hace imperioso comprender la génesis del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, como una categorización lógica de la información, toda vez que para entender la potestad cautelar de los árbitros, debemos saber las características y sus principios esenciales.

Según el DRAE (2001), arbitraje significa: “Acción o facultad de arbitrar. 2. Juicio arbitral....”

Mientras que arbitrar proviene del latín *arbitrare* que significa: “Dar o proponer árbitros. 2. Dicho de una persona: Proceder libremente, usando de su facultad y arbitrio. 3. Dicho de un tercero: Resolver de manera pacífica, un conflicto entre partes. (...) 5. Juzgar como árbitro...”

Etimológicamente, arbitrar significa proceder con arreglo a su libre albedrío. En efecto, en la ciencia del derecho, cuando nos referimos al arbitraje hacemos referencia a una institución en la cual las partes mediante la libre disposición o la autonomía de la voluntad escogen a otra, a los fines que dirima una diferencia de intereses. Sobre el contenido de las raíces del vocablo se dijo:

“...proviene de las palabras latinas *arbiter, arbitradori, arbitrare, arbitratus* y aluden al concepto de juicio mental o voluntariedad, como aquello que proviene de libre escogencia de la voluntad (*plenum arbitrio voluntatem*). La palabra arbitrio significa la posibilidad de elección en el ejercicio de la voluntad. Esa capacidad de elección bien puede referirse en el arbitraje a la escogencia de los jueces privados por parte de los interesados, o bien al acto de juicio de los árbitros que deciden según conciencia, consultando lo más equitativo y razonable...” (Henríquez, 2000, 23).

De acuerdo a lo expuesto, la etimología de la institución del arbitraje nos da a entender que ese medio de resolución de conflictos, viene determinada por la autonomía de la voluntad de las partes, a través de la cual acuerdan que un tercero resuelva de manera definitiva e imparcial el asunto controvertido.

Al respecto, Badell (1998, 3), señala que: “El arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias, que tiene su origen en un acuerdo de voluntades”.

Históricamente, el hombre como ser coexistencial ha necesitado relacionarse con sus semejantes para satisfacer sus necesidades y alcanzar su plenitud como ser biosicosocial. Pero esta constante interrelación y roce con sus pares, trae como consecuencia los conflictos y quejas a los cuales debe buscarles soluciones, de lo contrario se crearía el caos y con ello el peligro de la comunidad en que se inserta.

Esto lo ha explicado el autor Guasp (1985, 21), a través de las teorías sociológicas sobre el concepto del proceso cuando afirmó que, según dichas teorías, el proceso no es otra cosa que la solución de un conflicto social que surge entre los hombres, por el hecho de vivir en sociedad donde

necesariamente surgen roces y fricciones entre sus miembros o como dice:
“...conflictos, en una palabra”.

Aunque primitivamente estos conflictos eran resueltos rudimentariamente donde se imponía la voluntad del más fuerte, la existencia y resolución de dichos conflictos no debe abandonarse a la libre disposición de las fuerzas sociales sino que requiere de la intervención del ordenamiento jurídico a los fines de no poner en peligro la justicia y la vida en comunidad. Al respecto, puntualizó el precitado autor:

“...De aquí que el ordenamiento jurídico contenga siempre una serie de instituciones o medidas tendentes a apaciguar justamente los conflictos sociales. Ello se hace de modo primario por obra de los mismos contendientes, admitiendo que alguno de ellos, mediante renuncia, desistimiento o allanamiento, o ambos mediante transacción, pongan fin a las diferencias que los separan, y cabe hacerlo también secundariamente por obra de un tercero, ya un tercero espontáneo: caso de la mediación y buenos oficios; ya un tercero provocado: caso de la conciliación o del arbitraje según que las partes conserven o no el derecho de desconocer la decisión del tercero. Mas para el supuesto máximo y el extremo de que la resolución voluntaria, directa o indirecta, aparezca impracticable, se da precisamente el proceso en el cual el Poder público resuelve coactivamente el conflicto, imponiendo la solución a las partes e impidiendo, en consecuencia, la derivación bélica de la contienda y su peligrosa transformación en un verdadero duelo o guerra pública o privada” (Ibíd., p. 21-22).

Como puede apreciarse, los conflictos de intereses surgidos dentro de los componentes de la comunidad, siempre han tenido un medio para

resolverlo. La autotutela por la fuerza individual o grupal y en el lenguaje Carneluttiano, autocompositiva cuando son las propias partes que le pone fin; heterocompositiva cuando es un tercero ajeno a las partes en conflicto quien la resuelve, que es el caso específico de la vía del arbitraje, donde las partes de manera voluntaria confían a un tercero la solución del conflicto.

2. Reseña histórica

Seguramente, en cada época histórica los hombres han encontrado los medios adecuados al momento para resolver sus controversias. La autotutela, cuando rudimentariamente y mediante el uso de la fuerza individual o grupal imponían su voluntad. Más tarde, las partes de manera facultativa o forzada concedían a un tercero el poder de dirimir sus conflictos hasta llegar al momento en que el Estado asume esta función como un elemento de soberanía, sin menoscabo que las partes pudieran escoger su árbitro en determinadas circunstancias.

Del arbitraje se habló en los Libros de Moisés, según Borjas (1947, 12) al comentar al CPC derogado. En efecto, afirmó que el arbitraje fue empleado en la India y en la Grecia así como en Roma, como una de las

instituciones más antiguas, donde tanto en el Digesto como en el Código de Justiniano, se le reglamentó equiparando el laudo arbitral a la sentencia. Y respecto a la Edad Media comentó:

“En los Tiempos Medios, la Iglesia y las nacionalidades fundadas por los bárbaros acordaron tal favor a la institución, que hicieron obligatorio su empleo en gran número de casos; y a juicio de árbitros se sometían frecuentemente las diferencias surgidas entre las comunas, entre los Príncipes, entre aquellas y éstos y aún entre Soberanos y Estados. Los primeros Concilios Ecuménicos impusieron a la clerecía la obligación de someter a árbitros todas sus controversias” (Ibíd., p. 12).

En este mismo sentido lo apuntó el autor Longo (2004, 34), cuando señaló que del arbitraje “se tiene noticias, cuando menos, desde los tiempos bíblicos, pasando por Grecia e India, desde cuyas épocas y culturas provienen suficientes evidencias sobre la aceptación de fórmulas arbitrales”.

Al hablar de las nociones históricas del arbitraje, especialmente en el derecho romano, Henríquez (2000, 30), señaló que en ese período se encuentra las bases del arbitraje que conocemos hoy, pues el procedimiento judicial romano ordinario, se originó cuando los Jueces dejan de ser electos por las partes y pasan a ser nombrados por el pretor, puntualizando:

“...justamente el reconocimiento a las partes para que privadamente, puedan resolver sus disputas encargando el fallo a un tercero, señala el punto de formación jurídico-técnico del arbitraje en el derecho romano como un sistema de administración de justicia colateral al procedimiento público”.

Para Chillón y Merino (1991, 46):

”...la construcción del arbitraje en el Derecho romano se encuentra tanto en los procedimientos de *legis actiones* como en el formulario, ya que en uno y otro las partes determinan el objeto del litigio y la persona del Juez. El magistrado nombra el Juez elegido por las partes, o, en desacuerdo suyo, cualquiera de una lista confeccionada al efecto. Con esto se produce la *litis contestatio* que culmina el procedimiento *in iure*”

En la Edad Media, se afirmó que la justicia tenía un marcado carácter arbitral. Esta iniciativa estuvo influenciada seguramente por la necesidad de la naciente burguesía comercial en obtener respuesta segura y rápida en los conflictos surgidos en sus gremios y corporaciones frente a la arbitrariedad y lentitud de la justicia administrada por la corona.

Paralelo al derecho común, el eclesiástico reconoció ampliamente el arbitraje durante la Edad Media y Moderna, al estatuir el sometimiento del obispo del lugar a la solución de las controversias planteadas por los feligreses.

Asimismo, el arbitraje se vio a raíz de la Revolución Francesa y de allí pasó a los modernos códigos.

En Venezuela, según los autores Eloy y Zumbiehi (2004, 35), a mediados del siglo XVII, se usó el arbitraje para resolver un incidente familiar, relativo a una sucesión hereditaria. En efecto señalaron:

“En octubre de 1832 un tribunal arbitral, compuesto por cuatro destacados miembros del foro Caraqueño, y con un voto salvado, dictó un laudo por el que resolvería una disputa entre las hermanas del Libertador sobre la validez y el monto de una donación que por 30.000 pesos había dejado Simón Bolívar a su hermana Juana”.

En este mismo sentido se pronunció el autor Gabaldón (1987, 16), quien al referirse a los orígenes del arbitraje en el derecho venezolano, señaló: “...podemos afirmar que el arbitraje se hace presente desde la conquista y la colonia a través de las leyes españolas. Luego de la disolución de la Gran Colombia todos nuestros Códigos de Procedimiento Civil lo reconocieron y regularon”.

Asimismo, Badell (1998, 4), explicó:

“En Venezuela, la figura del arbitraje es de larga tradición, por la influencia de la colonia Española. Así, la Constitución del 24 de septiembre de 1830 disponía, en su artículo 190, que los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos. Desde el primer código de procedimiento -19 de mayo de 1936- hasta el vigente Código de Procedimiento Civil, el arbitraje ha sido regulado como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos”.

Sin embargo, en el derecho positivo, el arbitraje apareció en el CPC de 1838 y se ha mantenido hasta el vigente. Pero en 1998, fue regulado en la LAC, mediante la cual se aspiraba darle un mayor dinamismo y adaptar el instituto a las necesidades frecuentes de los comerciantes que requieren trámites seguros, eficaces y con pocos formalismos.

Este instituto adquirió rango constitucional en la Ley Fundamental aprobada a finales de 1999, convirtiéndose así –al menos legalmente- en un verdadero medio alternativo de resolución de conflictos.

A pesar de la trayectoria histórica del arbitraje, no sólo a nivel mundial sino en el proceso civil venezolano, dado que su consagración legal data desde los primeros códigos adjetivos, su uso no ha sido lo suficientemente promovido debido a factores de órdenes jurídicos, culturales, sociales, políticos y económicos.

3. Concepto

Según Cabanellas (2003, 349), el arbitraje es: “La acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral (v). Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto. Integra un sistema de

obtener justicia sin recurrir a las medidas extremas, pero ateniéndose a derecho o justicia”.

Según estas líneas tenemos una primera aproximación sobre el arbitraje. Sin embargo, el instituto resulta más complejo, pues necesariamente involucra la autonomía de voluntad de las partes quienes designan a un tercero imparcial a los fines que dirima una disputa entre ellos.

Para Chillón y Merino (1991, 102):

“...se puede definir el arbitraje como 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, ya conforme a equidad”.

Vemos que en el arbitraje no sólo es el poder otorgado voluntariamente por dos o más personas a un tercero para que decida un asunto controvertido, sino que se establece un procedimiento determinado, en aquellas materias en que rija la autonomía de la voluntad. Este elemento lo consideró Hung (2001, 48-49), en su definición de arbitraje cuando expresó:

“...aquella institución conforme a la cual dos o más personas, en el ejercicio de su autonomía de voluntad, acuerdan someter, a uno o varios árbitros, la solución de un conflicto jurídico determinado sobre materia de la cual tengan libre disposición;

conflicto que, de acuerdo a lo que dispongan las partes, puede ser resuelto conforme a derecho o conforme a la equidad; obligándose las partes a cumplir con la solución del conflicto acordada por los árbitros, la cual tendrá fuerza ejecutiva una vez cumplidos los trámites que al efecto dispone la ley”.

El TSJ también se ha pronunciado sobre el arbitraje. Así, la Sala Político Administrativa, en sentencia N° 00646 del 10 de junio de 2004, con ponencia del magistrado Hadel Mostafá Paolini, en el expediente N° 2004-0228, señaló:

“El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias entre particulares, mediante un procedimiento más sencillo y expedito, con intervención de terceros ajenos e imparciales, a los que el Estado les atribuye la facultad de juzgar, con la finalidad de evitar mayor congestión en los tribunales nacionales y se encuentra consagrado en los artículos 608, 609 y 628 del Código de Procedimiento Civil y el comercial está regulado además, en la Ley de Arbitraje Comercial”.

Asimismo, en sentencia N° 00832 de esa misma Sala, de fecha 14 de julio de 2004, con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa, en el juicio de Mineras Las Cristinas, C.A. (Minca) contra Corporación Venezolana de Guayana (CVG), expediente N° 2002-0464), señaló:

“...el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflicto de intereses, cuyo origen resulta de un convenio entre las partes para que terceras personas ajenas al conflicto, imparciales, denominados árbitros, se pronuncien mediante un laudo respecto de ello”.

De lo expuesto se destaca que el arbitraje es efectivamente una institución paralela a la justicia Estatal, por la cual las partes a través de la autonomía de la voluntad, en aquellos asuntos de su libre disposición, designan a un tercero imparcial para que a través de un procedimiento determinado resuelva un asunto controvertido, mediante una decisión definitiva.

4. Naturaleza jurídica

En el mundo del derecho cuando se estudia la naturaleza jurídica de una institución, se trata de indagar su esencia y características propias que permitan ubicarla dentro de determinadas categorías jurídicas. De allí, que bajo este análisis se pueda decir que cierta figura jurídica sea un contrato, un hecho ilícito, etc.

En torno al arbitraje, la doctrina ha dividido sus posturas en torno a dos tesis principales: la jurisdiccionalista y la contractualista, a pesar que como a menudo ocurre, siempre hay la postura ecléctica que conjuga las dos posiciones principales. Aún cuando pareciera que esta discusión carece de importancia, resulta útil definirse por una a los fines de arribar a

determinadas conclusiones en aquellos casos que la asumida resulta lógica para defenderla.

A esos solos fines se muestra a continuación las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

4.1. Tesis jurisdiccionalista

La teoría jurisdiccionalista, se dedica "...a estudiar fundamentalmente la instauración del procedimiento arbitral, su desarrollo y su culminación". En la tesis jurisdiccional, "...se piensa que los efectos de ese mecanismo se equiparan al de una sentencia judicial o al de una actuación típicamente procesal" (Longo, 2004, 40).

Por otro lado, apuntó Mogollón (2004, 20): "...tenemos a la teoría jurisdiccional del arbitraje. El proceso arbitral es un procedimiento relacionado de tal forma con el Estado, de manera que su ejecución por las partes es una mera extensión de la autoridad jurisdiccional que yace en el seno de éste".

Por su parte, Quintero (1999, 78) apuntó que si la tesis que se asume del arbitraje es jurisdiccional:

“...parece lógico asumir que si esa es la función que cumple este instituto, deben gozar los órganos decisores de la facultad de dictar y practicar medidas, ya que el Estado les ha hecho una delegación, aunque transitoria, de la función de juzgar. De modo, que esa atribución no les deviene de las esferas dispositivas de las partes”.

En otro sentido, Longo (op.cit., p. 241), sostuvo:

“...la potestad cautelar es derivación directa y necesaria de la misma potestad jurisdiccional, por lo que, ante sólidas razones constitucionales, no parece fácil imaginar como posible el que se conceda a quienes tienen alguna designación arbitral, servirse del poder cautelar reseñado, pues carecerían del presupuesto necesario para ello: La Jurisdicción”.

Según este autor, que no comulga con la tesis jurisdiccional para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, la potestad cautelar es inmanente a la función jurisdiccional, de modo que si los árbitros no cumplen verdaderamente dicha función, tampoco pueden tener la potestad cautelar.

En cambio, según los autores Chillón y Merino (Op.cit., p. 108), el problema sobre la naturaleza jurídica del arbitraje se traduce esencialmente en discutir si pertenece a las posiciones normativas publicistas o, por el contrario, a las privadas, con lo cual, se arriba a la vieja división tradicional del derecho objetivo en público y privado, puntualizando:

“Aquel que mantenga posiciones teórico-publicistas acerca del arbitraje afirmará que el arbitraje es una institución pública al servicio de intereses privados, cuyos árbitros ejercen temporalmente funciones soberanas. Pero si lo que se sustenta son concepciones privadas se afirmará que estamos ante un verdadero contrato”.

El procesalista patrio, Rengel (2003, 726), luego de hacer un recuento de las distintas opiniones de algunos autores sobre las teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje, asumió la teoría jurisdiccional. En efecto, explicó que la función jurisdiccional como acto de soberanía del Estado, se encarga de la garantía del derecho, mediante la resolución de los conflictos de intereses a través de la sentencia como mandato jurídico concreto e individualizado, donde se denota una estrecha relación entre la jurisdicción y la sentencia, vale decir, la función y el acto propio de la misma, concluyendo: “Sin la función jurisdiccional, sustitutiva de la autodefensa en el estado moderno, no puede darse la sentencia; y a la vez, ésta no podría existir como acto de tutela jurídica sin el desenvolvimiento de los actos propios de la función jurisdiccional, de los cuales la sentencia es el acto final”.

Prosigue el autor afirmando que esa relación entre la jurisdicción con la sentencia, indica que el concepto de aquella función no puede reducirse a la sola fase de ejecución de la sentencia, pues debe buscarse su esencia en

su objeto y no en los elementos que si bien la caracterizan no la precisan. Todo esto les sirvió para precisar que la doctrina que niegan al juicio arbitral carácter jurisdiccional reduce esa función a la sola fase de ejecución, olvidando lo esencial y primario que es la composición de la controversia mediante una decisión, concluyendo al respecto:

“Entendemos que si bien la jurisdicción es manifestación de la soberanía en relación a la justicia, y por tanto, corresponde originalmente al Estado, no existe en nuestro derecho disposición alguna, ni constitucional ni legal, que impida al Estado crear tribunales arbitrales y delegar, conceder u otorgar a los árbitros, en el proceso arbitral la potestad jurisdiccional. (...) tal delegación de la potestad jurisdiccional comprende las diversas fases de la función jurisdiccional, comenzando por aquella primaria consistente en la declaración del concepto jurídico individualizado que establece el derecho en el caso concreto y decide así, mediante el laudo, la controversia cuya solución le ha sido encomendada por la ley, que es la esencia y finalidad propia de la función jurisdiccional. Así concebida la función jurisdiccional y el proceso arbitral, mal puede sostenerse que los árbitros carecen de la potestad jurisdiccional delegada, o que el laudo carece de la eficacia de toda sentencia;...”

La naturaleza de una cosa se determina por aquellos elementos permanentes e invariables, que constituyen su esencia que la hacen distinguir de las demás. Así debe suceder con la jurisdicción, que como elemento de la soberanía del Estado que permite cumplir una función pública esencial para el mantenimiento de la paz social, debe estar compuesta por elementos invariables que la hacen única e indivisible, aún

cuando existan otras instituciones semejantes, pero que no concuerdan en sus elementos esenciales y por lo tanto disímiles.

4.2. Tesis contractualista

Al lado de la tesis anterior, existe la teoría contractual, según la cual el arbitraje es una convención nacida de la voluntad de las partes, a través de la cual eligen a un tercero a los fines que dirima un conflicto de interés en materias de libre disposición. Así explicó esta teoría el autor Mogollón (Op. cit., p. 20):

“Luego, tenemos a la teoría contractualista del arbitraje: Según esta posición, el principio de autonomía de las partes es de tal magnitud, que no sólo establece este modo de resolución privada de controversias, sino que se considera que cualquier forma de intervención estatal es innecesaria y hasta anómala, en tanto se ha generado el Derecho subjetivo para dirimir disputas por medio del arbitraje”.

Por ello, dijo Quintero (Op. cit., p. 78) en la tesis contractual:

“... las atribuciones arbitrales radica en la disponibilidad del objeto litigioso y que ello no abarca la propuesta convencional de embargarse, de modo, que si no está dentro de su disponibilidad acordarse sobre tal decreto, no pueden cederla a los árbitros, porque nadie puede dar lo que no tiene”.

En este sentido, Rengel (Op.cit., p.731) luego de analizar los criterios de los autores Wach y Chiovenda, resumió la tesis contractualista, aduciendo:

“...el procedimiento arbitral no es un ordenamiento coactivo, ni de tutela jurídica. El árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción, ni propia ni delegada, sus facultades derivan de la voluntad de las partes; su decisión es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es ejecutiva”.

Según esta teoría, el arbitraje es de naturaleza contractual, dado que nace de la iniciativa de las partes, quienes en uso de la autonomía de la voluntad someten la resolución de un asunto litigioso, sobre materia disponible a un tercero. Que dicho tercero o árbitro no es un funcionario del Estado, no tiene jurisdicción, ni propia ni delegada ni *imperium* y sus decisiones es irrevocable por voluntad de las partes pero no ejecutiva.

4.3. Tesis ecléctica

Como en muchas otras discusiones sobre temas similares, donde predominan dos posiciones contrapuestas, siempre sale una postura intermedia, que armoniza a ambas, tomando en consideración las bondades de cada una. Así, respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, Cordón (1995, 32), opinó: “En cualquier caso, para superar la polémica han surgido

posturas eclécticas, que configuran el arbitraje como una institución compleja, contractual en cuanto a su origen y jurisdiccional en cuanto a sus efectos”.

A pesar de estas posiciones, lo más importante es que las mismas se complementen para que el arbitraje como institución adquiriera la importancia y eficacia esperada por las partes, como apuntó Pantaleón, señalado por Chocrón (2000, 196):

“...un arbitraje lo más contractual/civil posible (esto es lo más informal y dispositivo posible) por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de los árbitros y el procedimiento arbitral en general; y lo más jurisdiccional/procesal posible en materia de ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra éste propio de una sentencia judicial”.

En este sentido, se entiende que el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, nazca con la iniciativa particular pero con pocas formalismos, puesto que debe adecuarse a los requerimientos de celeridad que exige el intercambio comercial, pero que la decisión que acoja ese tercero por encargo de las partes, cuente con la mayor eficacia y de allí la importancia de las medidas cautelares.

A pesar que el presente trabajo no tiene como objetivo analizar las diferentes teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje, resulta

pertinente tomar postura sobre cuál de ellas, desde nuestro punto de vista, explica mejor a la institución. Según la tesis que se adopte, trae consigo las consecuencias lógicas del caso. Si se asume la contractual, se entiende que las partes al poder disponer sobre el bien de la vida litigioso, otorgan igualmente la potestad al órgano arbitral para que dicte las medidas cautelares. Pero si la tesis que se asume es la jurisdiccional, tal potestad vendría dada por esa función pública, que contiene al poder cautelar.

La jurisdicción es definida como la función pública inmanente a la soberanía del Estado, que tiene por fin resolver los conflictos de intereses que surgen dentro de los miembros de la sociedad, a través de órganos predeterminados por la ley, mediante decisiones capaces de ser ejecutadas coactivamente.

Para Chiovenda (1997, 195), la jurisdicción puede ser definida: "...como la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, o al hacerla prácticamente efectiva".

La jurisdicción como función pública esencial del Estado es única e indivisible. Es decir, sólo existe una jurisdicción independientemente que se distribuya en diferentes ramas para ejercerla. Además, es indivisible, dado que debe comprender todos sus elementos, pero no se puede decir que se tiene más o menos jurisdicción. En este sentido, afirmó Echandía (1997, 96): la jurisdicción "...es también única, es decir que sólo existe una jurisdicción del Estado, como función, derecho y deber de éste; pero suele hablarse de sus varias ramas para indicar la forma como la ley distribuye su ejercicio entre diversos órganos y funcionarios especializados, para el mejor cumplimiento de sus fines".

Este autor afirmó además que la unidad de la jurisdicción emana de su naturaleza, "por consiguiente, el órgano jurisdiccional del Estado es también uno solo y a él pertenecen todos los funcionarios encargados de administrar justicia". (Ibíd., p.101). Y en cuanto a los poderes que emanan de la jurisdicción, señaló al de decisión, el de coerción, documentación o investigación y el de ejecución.

En este sentido, el maestro Couture (1997, 40) definió a la jurisdicción así:

"[f]unción pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la

cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”.

En esta definición se repiten algunos elementos que se han venido destacando en las restantes definiciones. En efecto, se trata de una función pública cumplida por el Estado a través de órganos especializados, nombrados a través de los procedimientos legalmente preestablecidos que tienen como fin resolver conflictos de intereses surgidos entre los miembros de la sociedad, mediante decisiones capaces de adquirir la cualidad de cosa juzgada y factibles de ejecución.

Según el precitado autor, “[e]l objeto propio de la jurisdicción es la cosa juzgada”, que es “...la piedra de toque del acto jurisdiccional”, para quien: “Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional” (Ibíd., p. 43).

La CRBV, respecto al Poder Judicial y el Sistema de Justicia, en el artículo 253 puntualizó:

“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se impone en nombre de la República por autoridad de la ley.
Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los

procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”.

Y en el tercer aparte del mismo artículo, indicó que el sistema de justicia está constituido además del TSJ y demás tribunales, por los medios alternativos de justicia.

Vemos que de acuerdo al citado artículo, hay varios medios para alcanzar el valor justicia. Así, los ciudadanos como fuente de la soberanía del Estado, pueden alcanzar la satisfacción de sus intereses o la tutela de los mismos, por medio de la justicia oficial, impartida por los órganos jurisdiccionales o acudir a los medios no jurisdiccionales de justicia.

En efecto, el autor Longo (Op. cit., p. 89), señaló que el artículo 253 Constitucional:

“...expresamente, confiere sólo a los jueces la facultad de administrar justicia. Esta es, una facultad especial de los órganos jurisdiccionales y sólo a ellos se les faculta para imponer oficialmente la justicia, siempre que las partes interesadas no se hayan dado a sí mismas una solución satisfactoria o que aquella solución justa no se hubiere alcanzado por otros mecanismos no jurisdiccionales, obviamente permitidos por el derecho”.

Y es que según ese mismo autor, “...la jurisdicción es una atribución pública mientras que el arbitraje es un atributo del hombre; que la

jurisdicción se la impone el Estado mientras que el arbitraje lo provoca consensualmente el individuo; que la jurisdicción encierra un asunto de soberanía mientras que el arbitraje involucra la autodeterminación de la voluntad de los sujetos de derecho” (Ibíd., p. 32).

Por ello, si bien el arbitraje constituye un medio que se le ofrece al ciudadano a los fines de la satisfacción o tutela del interés jurídico, con el cual se obtiene efectos semejantes a la actividad jurisdiccional oficiada por el Estado, a través de los órganos preestablecidos para ello, debemos diferenciarlos claramente. El primero trata de medios no jurisdiccionales de justicia y el segundo, los medios propiamente jurisdiccionales, oficiada, impuesta por el Estado. Mientras que en aquel, se trata de la satisfacción del interés y por ende el alcance de la justicia a través de una actuación privada, material, concordada por la autonomía de la voluntad de los ciudadanos, este se impone por virtud del poder de *imperium* que detenta el Estado

En este mismo sentido, se pronunció el ilustre maestro Carnelutti (1997, 59), quien al referirse al otorgamiento de la potestad jurisdiccional, al responderse su pregunta lo que sucede tanto con el arbitraje y el juez extranjero, afirmó que ambos carecen de jurisdicción; “el árbitro es un particular cualquiera, al cual las partes no pueden atribuir potestad alguna, y

tan cierto es esto que su decisión, de por sí no tiene ninguna eficacia imperativa”. Concluyendo más adelante que “Cuando, en una primera vez he intentado insertar estos fenómenos en el sistema, he recurrido a la figura de los *equivalentes jurisdiccionales*, y todavía hoy me parece ésta una solución lógicamente correcta.”

Por tanto, el arbitraje constituye medios alternativos de justicia o medios no jurisdiccionales de justicia o equivalentes jurisdiccionales, toda vez que se obtiene los mismos efectos que el medio jurisdiccional administrada por el Estado. En ambos casos, se obtiene la tutela de los intereses jurídicos y se pone fin a las controversias entre partes y son medios que forman parte del sistema de justicia y no sistema de jurisdicción.

Así como el ordenamiento jurídico concede a las partes el derecho de acción, a través de la cual pueden acudir a los órganos del Estado encargados de la administración del medio jurisdiccional, también les concede la facultad de acudir a los equivalentes jurisdiccionales a los fines de obtener la tutela de sus intereses. El hecho que en ambos casos obtenga similares efectos en cuanto a la satisfacción de determinada pretensión jurídica, no significa que ambos medios sean iguales, aún cuando se obtenga iguales resultados: la tutela de los intereses jurídicos.

Cuando los particulares celebran un contrato de transacción se ponen de acuerdo en la forma de tutelar sus intereses. Es más, pueden poner fin a un litigio o precaver uno eventual en materia disponible. Con ello, obtienen la tutela de sus derechos e intereses por una simple convención en la que para nada interviene la vía jurisdiccional, a no ser para otorgar una formalidad a los fines de la eventual ejecución, sí adquiere las cualidades de una sentencia con fuerza de cosa juzgada.

Así sucede con el arbitraje, puesto que al nacer de un contrato bilateral como expresión de la autonomía de la voluntad, los vincula con la misma fuerza que la ley y así se someten por virtud del acuerdo de arbitraje.

La naturaleza contractual del arbitraje se hace más patente en el arbitraje comercial. En efecto, para el nacimiento y desarrollo de este arbitraje, para constituir el órgano arbitral, las partes no requieren hacer petición alguna ante el órgano jurisdiccional, sino que, por la autonomía de voluntad, se someten a la decisión que tomen los árbitros por ellos designados.

5. Principios

Como cualquier otra institución de derecho, el arbitraje cuenta con sus propios fundamentos que le dan base para mantenerse como tal instituto jurídico capaz de brillar con luz propia.

5.1. Principio de la autonomía de voluntad de las partes

Se ha venido sosteniendo que la fuente del arbitraje viene determinada por la autonomía de voluntad de las partes, a través de la cual, en aquellas materias de la libre disposición, tienen la facultad de escoger a un tercero a los fines que mediante un procedimiento por ellos mismos acordados, decida un conflicto de intereses, con la misma fuerza de una sentencia propiamente dicha.

Es la autonomía de la voluntad de las partes la fuente que da origen y vida al pacto de arbitraje que se plasma en el acuerdo de arbitraje. Ciertamente, de la lectura de algunos artículos de la LAC, se destaca este principio. Así en el artículo 5, se define al acuerdo de arbitraje como aquel

por el cual las partes "...deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias...".

Asimismo, el artículo 6 *ejusdem*, refiere que esa voluntad de las partes de someterse al arbitraje debe constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos. Conforme al artículo 8 *ibidem*, son las propias partes quienes determinan el carácter de los árbitros; acuerdan su número y las reglas de procedimiento y especialmente, deciden si los árbitros pueden dictar medidas cautelares, tal como lo dispone el artículo 26 de la ley en referencia.

No queda duda entonces que este principio pone en cabeza de las partes una gama de facultades y son éstas las que verdaderamente rigen el ámbito de movimiento de los árbitros.

5.2. Principio pro arbitraje

Este principio tiene como propósito contribuir con el desarrollo del arbitraje como expresión de la autonomía de voluntad de las partes. Así, en aquellos casos en que exista dudas sobre la voluntad de las partes respecto

a la elección del arbitraje como medio para resolver sus diferencias de intereses, debe sostenerse su validez.

Esto va acorde con otros principios usados en el derecho común, puesto que la expresión favor "...recuerda a un trato favorable, a un privilegio o a una tendencia a proteger de modo especial la libertad de las partes,..." (Chocrón, op. cit., p. 56).

Al respecto, el autor Hung (Op. cit., p. 66), señaló:

"El principio a favor del Arbitraje deriva directamente del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Admitida la validez de un determinado procedimiento arbitral como derivado de un convenio o pacto arbitral válido; resulta obligado tratar de decidir a favor de la validez del procedimiento arbitral cuando la misma sea puesta en dudas".

5.3. Principio de la libertad de formas

Una de las razones por las que las partes deciden escoger al arbitraje como medio para resolver sus conflictos de intereses, es que ofrece soluciones rápidas, seguras, confidencial y procedimientos sencillos, que puede ser adaptados a la medida de las necesidades de la parte de acuerdo a

la complejidad del asunto, sin más límites que el orden público y las buenas costumbres.

Ciertamente, debe guardarse un mínimo de formas a los fines de asegurar la tutela efectiva, es decir, "...la observancia de unos requisitos mínimos que aseguren a las partes los derechos y garantías procesales" (Hung, op. cit., p. 68).

Como se señaló con anterioridad, como una derivación del principio de la autonomía de la voluntad, las partes tienen la facultad de establecer el procedimiento que debe seguirse para llegar a la solución del conflicto planteado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 LAC.

Estas formas procesales deben adaptarse a los principios previstos en los artículos 26 y 257 de la CRBV, según los cuales, la justicia debe alcanzarse mediante procesos simples y sin formalismos, adecuándose además, a "[L]a tendencia general en el mundo actual (que) se dirige a la adopción de medios alternativos de composición de conflictos que permitan su sencilla y económica resolución..." (Mejía 1999,17).

6. Tipos de arbitraje

Doctrinalmente se ha tratado de establecer modalidades de arbitrajes, atendiendo a los diferentes puntos de vista. Por ejemplo, respecto a la forma como se origina, se distingue entre arbitraje voluntario o forzoso, para significar si se ha originado por la mutua voluntad de las partes o si se deriva de una decisión judicial.

Sin embargo, en este punto nos interesa destacar la clasificación del arbitraje atendiendo a que sea administrado por una entidad profesional o que sea administrado por las mismas partes.

6.1. Arbitraje institucional

En este tipo de arbitraje las partes acuerdan que su administración la lleve a efecto una institución especializada, que por su prestigio, idoneidad y seriedad permite darle a su decisión la autoridad necesaria para tranquilidad de las partes.

Según Longo (Op. cit., p. 171) “...en el arbitraje institucional la controversia se somete a la administración de una entidad ya establecida o que se establezca en adelante, y que de manera permanente se ocupe de esos fines, aportando la infraestructura adecuada, los profesionales o técnicos que fungirán de árbitros, así como las normas de desenvolvimiento de los trámites arbitrales”.

En este tipo de arbitraje “...las partes se encuentran con un tribunal establecido, o al menos con unas reglas para su designación ciertas y determinadas, y un sistema procedimental estatutariamente formalizado” (Chillón y Merino, op. cit., p. 129).

De acuerdo al artículo 2 de la LAC, el arbitraje institucional es “...el que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales esta Ley, o los que fueren creados por otras leyes”.

6.2. Arbitraje independiente

En oposición al anterior, en este tipo de arbitraje son las partes quienes establecen el procedimiento y la administración del arbitraje. En tal

sentido, el precitado artículo señala que “...es arbitraje independiente aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje”.

Para los autores Chillón y Merino en este tipo de arbitraje se caracteriza por “...la inexistencia de una organización preestablecida del arbitraje: la constitución del tribunal o colegio arbitral y la fijación de la regla de procedimiento queda al libre juego de las partes” (Ibíd., p.129).

Esta clasificación sigue los lineamientos del derecho comparado y al reconocimiento que se ha venido dando en tratados multinacionales, pero tiene gran importancia respecto al tema central del presente trabajo, dado que, según sea su tipo, va a depender el alcance de la potestad cautelar. En un caso, la potestad va a depender de las reglas preestablecida por la institución que administrará el arbitraje y en el otro, de acuerdo a las reglas fijadas por las partes.

7. Ventajas del arbitraje

A pesar que el arbitraje es una institución de gran abolengo tanto en el derecho internacional como interno, su presencia como medio alternativo

de justicia ha venido recobrando interés en la medida en que los Estados han visto su ineficacia en la administración de esta función esencial.

Ante el vigoroso crecimiento de las telecomunicaciones así como las nuevas exigencias del tráfico mercantil, el arbitraje ofrece, sin duda, un aporte fundamental que junto a la justicia administrada por el Estado, coadyuvan a que los ciudadanos encuentren tutela eficaz y oportuna a sus conflictos.

En cualquier actividad de la vida los componentes sociales, por el hecho de convivir en sociedad, donde constantemente hay roces por la diversidad de intereses en juego, surgen conflictos y quienes se vean involucrados, necesitan de la manera más rápida y ágil de resolverlo.

En este sentido, el arbitraje como equivalente jurisdiccional, pone a disposición de los interesados un medio que ofrece mayor ventajas frente a la justicia administrada por el Estado.

En ese sentido, el sistema de administración de justicia requiere de la existencia, desarrollo y fortalecimiento de los medios alternativos de solución de conflictos, especialmente el arbitraje, a los fines que los particulares

busquen por esta vía la solución definitiva a sus problemas y la justicia Estatal pueda dedicarse a aquellos asuntos que por su naturaleza no puedan ser conocidos y decididos por esa vía. Por ello, Mezgravis (2001, 3), afirmó:

“...los medios alternativos de solución de conflictos y la justicia estatal, en lugar de concebirse como adversarios, deben coexistir como firmes aliados, pues existe entre ellos, una relación de dependencia recíproca. La conciliación y el arbitraje se sustentan en la justicia estatal, ya que, en algunas oportunidades, requieren de su auxilio para hacer valer sus acuerdos o decisiones respectivamente. Por su parte, la justicia estatal requiere de aquellos para descongestionarse”.

Trátase de un arbitraje administrado por las partes o por una institución especializada, ofrece a las partes la seguridad en la decisión, dado que en ambos casos, bien el tercero llamado a resolver el conflicto o la entidad a quien se someta la solución, viene precedida de la voluntad de las partes de someter el conocimiento del conflicto a esos entes.

La agilidad y rapidez con que se llega a solucionar un conflicto de interés, es otra ventaja del arbitraje, en comparación con la justicia administrada por el Estado que es lenta. En este sentido, el procedimiento arbitral está configurado a los fines que las partes resuelvan aceleradamente sus conflictos, pues además pueden establecer un procedimiento a la medida de sus intereses y que se adapte a las

circunstancias del problema, necesarios en el convulsionado mundo del tráfico comercial.

Además, el arbitraje ofrece soluciones técnicas a conflictos complejos, "...que la decisión del Juez muchas veces no puede proporcionar, ni siquiera cuando está apoyada en el dictamen de un perito, técnico o experto en la materia..." (Cordón, op. cit., p. 20). En contraposición a la justicia administrada por el Estado donde los conflictos son resueltos por un funcionario de acuerdo a los conocimientos técnicos – legales, en el arbitraje, se escogen a personas especialistas en determinadas áreas de conocimiento, lo que permite tener una mayor idoneidad para buscar solución a un asunto determinado que en la mayoría de los casos se eleva cuando ese tercero escogido, puede conocer mejor la mentalidad de los hombres de negocio, por conocer más de cerca el ámbito de las relaciones comerciales.

La sencillez y menor costo es sin duda una de las principales ventajas del arbitraje. Las partes pueden plantear un procedimiento a la medida de sus intereses con la ausencia de formalismos. También puede plantearse la supresión de incidencias procesales lo que conduce necesariamente a la disminución de costos tanto en lo que se refiere

propriadamente en el desembolso de dinero como el tiempo requerido para poner fin al litigio.

Asimismo, el arbitraje ofrece a las partes involucradas en el conflicto la confidencialidad, dado que la información relativa al asunto la manejan los árbitros quienes en virtud del secreto profesional no deben divulgarlo. Así, aquellos documentos contentivos de informaciones valiosas para las partes no son del dominio público como los documentos que conforman un expediente que se maneja en un tribunal, donde terceras personas pueden imponerse de su contenido.

En el procedimiento de arbitraje, existe la posibilidad de mantener bajo confidencialidad de lo discutido, lo que en la mayoría de los casos resulta de gran interés para las partes involucradas. En muchos casos, según la información que se ventile en el conflicto, puede significar una pérdida de prestigio en el ámbito comercial y de los negocios, elementos esenciales que pueden significar el éxito o fracaso del empresario.

CAPÍTULO II

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE ARBITRAJE

1. Concepto

Durante el desarrollo del proceso pueden suscitarse situaciones que modifiquen las circunstancias existentes para el momento de sucederse los hechos que lo motivaron, especialmente respecto a los bienes de una de las partes, los cuales pueden ser sujetos de medidas para garantizar los resultados del juicio, o mejor de la sentencia que pone fin al juicio.

En tales casos, a los fines que la sentencia que llegue a dictarse sea eficaz y pueda materializarse en la esfera jurídica del ganancioso, existen las medidas cautelares. En este sentido, señaló Carnelutti (1997, 229), "...la finalidad de tal mandato es la de disponer las cosas del modo más idóneo para alcanzar el fin del proceso, se comprende la razón de que tome nombre

de providencia cautelar: cautela, de cavere, significa precisamente diligencia, previsión o precaución”.

En este mismo sentido, el autor Liebman (1980, 161), señaló que la actividad cautelar “...está dirigida a asegurar, a garantizar el eficaz desenvolvimiento y el proficuo resultado de las otras dos, y concurre, por eso, mediatamente a la obtención de los fines generales de la jurisdicción”.

El autor hace referencia que la jurisdicción cumple su función a través de la cognición, ejecución y la actividad cautelar, siendo las dos primeras las principales.

No hay duda que las medidas cautelares como elemento de la jurisdicción cumple una función esencial dentro del proceso, toda vez que a través de ella se persigue darle eficacia no sólo a la sentencia que se llegue a dictar sino al propio proceso y en definitiva a la majestad de la justicia. No podemos hablar de justicia a pesar que tengamos en nuestra manos una sentencia definitivamente firme, cuando no encontramos bienes del condenado para hacerla efectiva, bien porque nunca los tuvo o en el peor de los casos, los haya distraído a los fines de sustraerse de su cumplimiento.

Es criterio de la doctrina que una institución con tanto abolengo en el derecho procesal, pueda ser definida fácilmente cuando encierra en sí mismo gran contenido. Resulta difícil reunir en una definición aquellas características de la cautelares que explique su naturaleza, capaz de identificarla de otra institución procesal.

Tal vez por ello, algunos autores en vez de ofrecer una definición de las cautelares, hacen hincapié en su finalidad. En este sentido, el autor Jiménez (1999, 19) indicó: “Las medidas cautelares tienen por finalidad otorgar garantías de salvaguardar el contexto de lo reclamado, cuando es ejercida oportunamente y con fundamento”.

Ciertamente, las medidas cautelares están dispuestas en el ordenamiento jurídico para actualizar en el presente la garantía de una sentencia futura. Con ellas se actualiza la eventual ejecución del fallo.

Para Enríquez (2000, 29), “la tutela jurisdiccional cautelar, puede definirse, como aquella que va dirigida a hacer cesar el peligro de un daño en potencia, impidiendo la comisión o continuación de un acto perjudicial al interesado, o facilitando la actuación futura del derecho mismo”.

Vemos que esta definición trata igualmente el elemento teleológico de las medidas cautelares, pero no nos da una definición de lo que es, como tampoco lo hizo el legislador en el CPC, toda vez que en el artículo en que comienza su regulación, se encabeza señalando cuando proceden.

No obstante, el autor Ortiz (2002, 128), nos da la siguiente definición:

“...se trata de una institución...de carácter procesal...y además goza de dos notas cualificantes: es *instrumental*, por esa noción de servicio con que está diseñada, y autónoma, lo cual deriva de su absoluta independencia ontológica y la fijación de propios trámites procedimentales; desde luego que la categoría jurídica de las medidas cautelares será la de institución procesal autónoma e instrumental”.

En esta definición se ofrecen algunos elementos con que se pretende categorizar a las cautelares como una institución procesal propiamente dicha. Empero, como dijimos, las cautelares tienen tanto significado en el proceso que no parece fácil fijar con claridad y exactitud todos aquellos componentes esenciales que permitan identificar su naturaleza propia.

2. Requisitos de procedencia

El artículo 585 del CPC, señala:

“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”.

A estos requisitos es lo que la doctrina ha venido señalando como el *Periculum In Mora* y el *Fumus Boni Iuris*, que deben alegarse y probarse de manera concurrente a los fines de su procedencia.

2.1 *Periculum In Mora*

Peligro en la mora, a simple entender nos da la idea del peligro que puede causarse a una de las partes por la demora del juicio, es decir, por el tiempo que hay que esperar desde que se introduce el escrito de demanda o más técnico, desde su admisión hasta que se dicta y ejecuta la sentencia.

Sin embargo, se entiende que no es meramente ese tiempo requerido para resolver el conflicto intersubjetivo que constituye este requisito para la procedencia de la cautelar, sino que, ese peligro deviene de las conductas que pueden desplegar las partes durante el tiempo requerido para resolver el asunto, capaces de sustraerse del cumplimiento del mandato sentencial que llegue a dictarse.

En efecto, “la condición de procedibilidad, peligro en el retardo, exige, como hemos dicho, la presunción de existencia de las circunstancias de hecho que, si el derecho existiera, serían tales que harían verdaderamente temible el daño inherente a la no satisfacción del mismo” (Enríquez, op. cit., p. 193).

En este sentido, el maestro Calamandrei (1996, 42), indicó que este requisito se divide en dos tipos: peligro de infructuosidad y peligro de la tardanza de la providencia principal. “*El periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es, pues el peligro genérico de daño jurídico...sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño *marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario”.

El precitado autor considera que el *periculum in mora* está constituido:

“...no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito” (Ibíd., p.72).

Estas dos modalidades del *periculum in mora*, el autor en referencia lo explica mediante un ejemplo, en el que el titular de un crédito no se siente perjudicado solo por el hecho de esperar largo tiempo para la satisfacción de su crédito, sino también por el temor que durante esa espera su deudor se deshaga de todos sus bienes que haga ilusoria la ejecución forzosa que pueda realizarse a futuro (Ibíd., p.73).

Ciertamente, la sola demora en la tramitación y decisión del juicio significa un peligro para las partes que, aunado las conductas que durante ese tiempo pueden ejecutar, a los fines de hacer nugatoria los efectos de la sentencia que llegue a dictarse, causan un temor que la sentencia pueda hacerse ineficaz. Durante el tiempo que demora la tramitación pueden ocurrir hechos jurídicos que modifiquen las circunstancias existentes para el momento en que se intenta determinada pretensión, que se hace necesario actualizarlo con este tipo de cautelares, que no persigue otra cosa que prevenir la efectividad de la sentencia de mérito.

2.2. *Fumus Boni Iuris*

Se refiere a la presunción grave del derecho que se reclama. Consiste en elementos que den a entender la probabilidad cierta que la pretensión

alegada por la parte va a ser tutelada en la sentencia definitiva. No se trata de una certeza sino de la verosimilitud del derecho reclamado, que aparezca *prima facie* con posibilidad de ser acogida en la futura sentencia que ha de dictarse. Es "...un juicio que haga presumir la garantía de que la medida preventiva va a cumplir su función, instrumentalizada, de garantizar el resultado práctico de la ejecución forzosa..." (Enríquez, op. Cit., p.188).

Sobre este requisito el maestro (Calamandrei op. Cit., p. 77) dijo:

"Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar".

Lo que se ha venido apuntando es a los fines de la procedencia de la medida cautelar en el procedimiento ordinario. Sin embargo, en el proceso de arbitraje, la doctrina y la jurisprudencia han venido sosteniendo que esos mismos requisitos deben cumplirse a los fines de la procedencia de las medidas cautelares en este procedimiento (Enríquez, op. cit., p. 227).

En este sentido, la Sala Político Administrativa del TSJ en Sentencia N° 1951, de fecha 11 de diciembre de 2003, en el expediente N° 2003-1005,

con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa, conociendo un recurso de Regulación de Jurisdicción, respecto a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en el proceso de arbitraje, en el caso Tim Internacional N.V., sentenció:

“...resalta la Sala que a los fines de dictar dicha medida el tribunal tendría que analizar, en primer lugar el *fumus boni iuris*, el cual es comprendido como un preventivo cálculo o 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.

Asimismo tendría que revisar el *periculum in mora*, cuya verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada”.

En el capítulo anterior llegamos a la conclusión que el arbitraje tiene naturaleza contractual, donde ciertamente las partes haciendo uso del principio de la autonomía de voluntad y en aquellas materias que le son permitidas, escogen a un tercero a los fines que dirima un conflicto de intereses, a través de un laudo que adquiere la misma cualidad de cosa juzgada.

De esta forma los particulares se ponen de acuerdo y hasta puede escoger el procedimiento en que el tercero arribará a la decisión del asunto, dependiendo de si trata de un arbitraje independiente o institucional, al cual son libres de escoger. Con el laudo dictado pueden acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado para hacerlo efectivo de manera coactiva si fuese el caso. Con ello, los particulares obtienen la satisfacción de sus intereses y la tutela de sus derechos por una vía no jurisdiccional sino contractual, esto es, el alcance de la justicia a través de una actuación privada, por un equivalente jurisdiccional.

De acuerdo a lo expuesto, si estamos frente a una convención donde las partes pueden establecer la forma de constituir, reglar, modificar o extinguir un vínculo jurídico, pareciera que basta la voluntad libremente manifestada a los fines que dentro del proceso de arbitraje, el órgano constituido adopte las medidas cautelares, sin más requisitos que los derivados de la voluntad de las partes y los límites derivados de las buenas costumbres y el orden público.

De esa manera está prevista tal potestad cautelar en el artículo 26 de la LAC, cuando señala: “Salvo acuerdo en contrario de las partes el tribunal

podrá dictar las medidas cautelares que consideren necesarias respecto del objeto en litigio. El Tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante”.

Lo primero que debe revisar el órgano arbitral es si las partes en su respectivo acuerdo de arbitraje, consideraron la posibilidad de dictar medidas cautelares, de lo contrario, no puede hacerlo, pese a que considere que concurren los requisitos de procedencia de las cautelares en general. Si la adopción de las mismas depende de esa voluntad, como puede el árbitro desconocerla pasando a revisar los requisitos de procedencia de las medidas cautelares que se dictan en el procedimiento ordinario.

Es más, así como las partes pueden convenir en acordarlas o no en el proceso arbitral, con mucha mayor razón pueden regular los parámetros que debe considerar el árbitro para adoptarlas, pero no parece acertado pensar que aún cuando las partes voluntariamente decidan la posibilidad de dictarlas, venga el árbitro a revisar el *Periculum In Mora* y el *Fumus Boni Iuris*.

Ciertamente, creemos que el poder cautelar deviene del poder jurisdiccional. Que los órganos investidos legalmente de ese poder de dirimir

los conflictos de manera definitiva y con fuerza de cosa juzgada, capaz de hacerla efectiva con el uso de la fuerza si es necesario, por esa función, detentan a su vez el poder para prevenir la futura ejecución de su decisión mediante la adopción de las medidas cautelares necesarias. Pero la facultad de los árbitros deviene de la voluntad de las partes.

En este sentido, hay autores que van más allá de lo expuesto y se atreven a señalar que los artículos 26 y 28 de la LAC son inconstitucionales, dado que el primero, por ejemplo, implica una usurpación de funciones, "... porque no están entrenados en la esfera del poder jurisdiccional que es un poder público constituido por órganos jurisdiccionales a través del Poder Judicial" (Araujo, op.cit., p. 216).

Es decir, no puede estar condicionada la voluntad de los particulares a la revisión que haga el árbitro de esos requisitos de procedencia, como sí puede estar condicionada a las propias reglas claramente pactadas por ellos, dado que en definitiva las cautelares en este procedimiento devienen del mismo carácter contractual del arbitraje como medio no jurisdiccional de obtener tutela de los derechos e intereses.

3. Características

Bajo este mote queremos resaltar aquellas notas comunes en todas las medidas cautelares que la hacen distinguir de cualquier otra institución.

3.1 Instrumentalidad

Esta es la característica fundamental de las medidas cautelares, que atiende a su finalidad. En efecto, las medidas cautelares han sido diseñadas a los fines de servir a un juicio principal y no constituyen un fin en sí mismas. De allí que, las medidas cautelares –salvo contadas excepciones- se dictan en el curso de un juicio en marcha a la espera de una sentencia definitiva en la cual debe consolidarse la tutela.

Esta característica ha sido considerada como la nota típica de las medidas cautelares. En este sentido, el autor Calamandrei (op.cit., p. 44), señaló:

“...es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al

servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito”.

Nada más claro para explicar que las medidas cautelares no pueden aspirar a convertirse en providencias definitivas que consoliden en sí las pretensiones de las partes, sino que sirven de instrumento para garantizar la sentencia de mérito que debe proferirse, de allí que sus efectos perduran hasta que se produzca la sentencia definitiva.

El citado autor, distinguiendo entre providencia jurisdiccional y providencia cautelar, destaca que en estas últimas:

“...se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento” (Ibíd., p. 45).

3. 2 Provisoriedad

Lo provisorio es “...lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio” (Ibíd., p. 36).

La provisoriedad de las medidas cautelares es una consecuencia del carácter instrumental. Los efectos jurídicos de las medidas cautelares, no solo tiene una duración limitada en el tiempo sino en el período de tiempo necesario que debe transcurrir “...entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación de definitiva” (Ibíd., p. 37).

Las medidas cautelares se dictan en el curso del juicio –salvo excepción- a la espera que se consolide en la sentencia definitiva, donde deja de tener éste carácter para adquirir su condición definitiva. De modo que “...los efectos que derivan de la medida cautelar están, por su propia naturaleza, intrínsecamente destinados a agotarse en el momento en que se pronuncia la sentencia sobre el fondo, sin que tengan vocación alguna de convertirse en definitivos” (Pierre, 2003, 536).

3.3 Variabilidad

Las medidas cautelares se anotan dentro del grupo de providencias con la cláusula *rebus sic stantibus*, “...en el sentido de que permanecerán

vigentes hasta que cambien las circunstancias que dieron causa al decreto cautelar” (Ortiz, op. cit., p. 37).

En tal sentido, las medidas cautelares se dictan de acuerdo a determinados hechos que se analizan en un momento dado, pero su permanencia va a depender de la mutabilidad o no de las circunstancias existentes para el momento en que se adoptaron. Si cambian los hechos, a través de esta característica, se pueden modificar o suspender.

3.4 Jurisdiccionalidad

Esta característica hace referencia a que las medidas cautelares se dictan en el curso de un juicio pendiente, –salvo la excepción permitida por la ley- a los fines de cumplir con su cometido fundamental, de garantizar las resultas de la sentencia definitiva que se llegue a dictar y la efectividad del proceso.

También se habla de esta característica en el sentido que las medidas cautelares está comprendida dentro de la función jurisdiccional. Esto es, que la potestad cautelar es inmanente a esa función pública esencial y sólo por

los órganos dotados de ese poder. Así lo afirmó el precitado autor (Op. cit., p. 453):

“En otras palabras, cuando el Estado se reserva el poder de resolver los conflictos entre los particulares, está ejecutando una función propiamente jurisdiccional. Lo que implica que toda actividad que está destinada a garantizar esa función, Vgr. las medidas preventivas o cautelares, deben enmarcarse bajo esa misma potestad, es decir que las medidas cautelares son necesariamente jurisdiccionales”.

Es que la función jurisdiccional cumplida por el órgano, no difiere cuando se trata de una medida cautelar o de cualquier otra sentencia, en su esencia van dirigidos a cumplir su función de garantizar la efectividad del proceso. Esta cualidad esencial no se pierde por el hecho que las medidas cautelares sirvan de instrumento para asegurar la sentencia definitiva que se llegase a dictar, cuando precisamente por su naturaleza, están diseñadas como medio para prevenir ese fin, de modo que lo que se decida sobre el mérito no quede ilusorio y menos aún nugatorio la función jurisdiccional.

CAPÍTULO III

LA POTESTAD CAUTELAR DE LOS ARBITROS

1. Fuente de la potestad cautelar

Hemos analizado que la potestad cautelar es inmanente a la función jurisdiccional, que lo detenta el órgano jurisdiccional por el sólo hecho de ser investido con esa función en la forma establecida en la Constitución y la Ley.

Esta hipótesis se mantiene, a nuestro modo de ver, en la jurisdicción en la manera como la hemos visto en este trabajo. Función dentro de la cual, no insertamos al arbitraje, ya que lo describimos como un equivalente jurisdiccional y que tiene su naturaleza meramente contractual.

Siendo así, se hace necesario distinguir el fundamento de la potestad cautelar tanto en el arbitraje independiente como en el institucional.

Dijimos que el arbitraje institucional es aquel administrado por un centro especializado y dedicado a esos fines donde se encuentra con una estructura, profesionales que deben cumplir la función de árbitros y el procedimiento por el que debe desarrollarse los trámites arbitrales. De modo que el acuerdo de las partes lleva consigo la voluntad que la administración del asunto se lleve de acuerdo a las reglas que gobiernan a la actuación de la institución, escogida.

En cambio, en el arbitraje independiente las propias partes se ponen de acuerdo tanto en la forma de administrarlo como en el procedimiento, donde no existe límites a la autonomía de la voluntad sino las derivadas de la moral, orden público y las buenas costumbres y por su puesto, no interviene ninguna institución especializada sino que es fundamental el libre juego de las partes.

Sin embargo, independientemente del tipo de arbitraje, creemos que el principio fundamental es la autonomía de la voluntad de las partes involucradas, pues son ellos quienes en definitiva se ponen de acuerdo en el modo en que van a poner fin al conflicto intersubjetivo de intereses. Mediante esa voluntad, pueden optar entre un arbitraje independiente o institucional, a sabiendas que si es éste último el escogido, se someten a la forma

establecida por la institución de llegar a la solución deseada y si es el primero, en la forma libremente pactada.

Si se adopta la vía institucional, respecto a la potestad cautelar está preestablecida en las reglas procedimentales establecidas por el centro. Así, por ejemplo, el Reglamento de la CACCC, que es un organismo de arbitraje adscrito a la Cámara de Comercio de Caracas, respecto a las reglas de procedimiento, establece en su artículo 55, lo referente a las 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.

La LAC, en su artículo 26, establece:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante”.

La fuente de esta norma es el contenido del artículo 17 de la

UNCITRAL:

“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”.

Si comparamos éstas dos últimas normas, nos podemos percatar que tienen similar redacción. Someten la posibilidad de decretar medidas cautelares a la voluntad de las partes, a pesar que en la LAC, no hace mención la petición que debe hacer alguna de ellas, como expresamente lo prevé la UNCITRAL. Es que, tal mención no hace falta, dado que la norma en su conjunto prevé la adopción de tales medidas siempre que las partes no digan lo contrario.

En lo que respecta a lo que debe entenderse como objeto del litigio, a que hace referencia ambas normas y sobre el cual debería recaer las medidas cautelares, o en todo caso lo que se quiere proteger en el juicio, cabe hacer algunas consideraciones.

En efecto, ese objeto litigioso no debe entenderse como el objeto determinado sobre el que las partes litigan, sino como ese bien de la vida capaz de satisfacer una necesidad. En este sentido, el procesalista Guasp (1985, 71), destacó:

“En lo que toca al objeto, ha de existir forzosamente en toda pretensión procesal como antes se indicó, un *quid* material al que se refieran los sujetos y las actividades que la pretensión encierra. Se desprende también de la significación de la

pretensión como materia sociológica elaborada jurídicamente el que este objeto venga constituido por un bien de la vida, es decir, una materia apta por su naturaleza para satisfacer las necesidades o conveniencias objetivamente determinables de los sujetos”.

El objeto litigioso, no se refiere entonces a ese bien objetivamente reclamado en el juicio, sino a cualquier bien de la vida, material o ideal capaz de satisfacer una necesidad. Es decir, el objeto litigioso no queda limitado a las acciones reales o personales, sino que abarca a todos aquellos bienes con que el hombre satisface sus necesidades. “Pero como un bien de la vida puede ser, a los efectos de sus tratamiento jurídico, una cosa corporal o una conducta de otra persona, es evidente que el objeto de la pretensión procesal puede estar respectivamente constituido por una cosa o por una conducta de tal carácter” (Ibíd., p. 71).

2. Límites a la potestad cautelar

Dijimos con antelación que la potestad cautelar de los árbitros, deriva de la Ley. El Legislador resolvió esa discusión de si los árbitros podían o no decretar medidas cautelares y expresamente dejó establecida ese poder en los árbitros, “salvo acuerdo en contrario de las partes”.

Aquí encontramos el primer límite a esa potestad cautelar del órgano arbitral, dado que sólo pueden decretar medidas si así lo acuerdan expresamente las partes involucradas, cuando se trate de un arbitraje independiente o que en el acuerdo de arbitraje hayan pactado que la controversia se resolviese por medio de un arbitraje institucional, a pesar que si las partes no establecen sus propias reglas de procedimiento, se aplican las previstas en la LAC, tanto para el arbitraje independiente como para el institucional, de acuerdo a la norma del artículo 15 de la citada ley.

De manera indirecta, otra limitación a la potestad cautelar de los árbitros viene dada por la naturaleza de la materia en discusión. Indirectamente por cuanto si la materia en que surge la discusión o conflicto no es susceptible de transacción, no puede someterse a arbitraje y por ende no pueden dictarse medidas cautelares, conforme a lo dispuesto en la norma prevista en el artículo 3 *ejusdem*.

En efecto, quedan exceptuadas de arbitraje aquellas controversias que su materia sean contrarias al orden público o sobre delitos o faltas; aquellas relacionadas directamente al poder de *imperium* del Estado o de personas o entes de derecho público; las relativas al estado o la capacidad de las personas; a los bienes o derecho de los incapaces y sobre aquellas

materias en las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las excepciones allí establecidas.

Claro está que si la naturaleza de la materia en la que surge el conflicto es una de las arriba señaladas, no puede resolverse mediante la vía del arbitraje y por vía de consecuencia no podrán decretarse medidas cautelares, en virtud del principio de la *pendente litis*, que desarrollaremos más adelante.

Otro límite importante a la potestad cautelar, lo contiene la norma del artículo 28 de la LAC, según el cual:

“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”.

Si entendemos la potestad cautelar como el poder que tiene determinado órgano de dictar y ejecutar las medidas, debemos precisar que en el caso del órgano arbitral encuentra un límite a esa potestad al no poder ejecutar las medidas que adopte, por expresa disposición legal, a pesar que hay autores que piensan que pueden ejecutar aquellas medidas no compulsivas, que no “conlleven la aprehensión de las cosas afectadas”,

como por ejemplo: "...la anotación de la litis en la Oficina Subalterna de Registro de la propiedad inmobiliaria, la notificación privada o por vía de jurisdicción voluntaria al Administrador responsable del Libro de Accionistas a los efectos de embargos de acciones; la notificación del deudor cuando se embarga un crédito del sujeto que ha sido demandado ante un tribunal arbitral u ordinario..." (Henríquez, op. cit., p. 243).

En este sentido, (Mogollón op. cit., p. 96), al referirse a este punto señaló que el tribunal arbitral no posee de por sí la *autorictas* como la que ejerce el Estado a través de sus órganos investidos por la ley para dictar y ejecutar las medidas cautelares, por lo que el procedimiento arbitral es dependiente y debe solicitar la cooperación del tribunal ordinario a los fines de la ejecución de las medidas por él dictadas, puntualizando el mismo autor:

"...el tribunal arbitral no detenta la potestad necesaria y suficiente como para llevar a ejecutar directamente sus determinaciones procesales cautelares, de allí que la ejecución directa de tal tipo de medida será acometida por el tribunal ordinario que si posee la competencia directa para ello" (Ibíd., p. 96).

Como vemos, los árbitros tienen atribuida el poder de cognición sobre el asunto que las partes a través de su autonomía de voluntad le someten y la potestad para decretar las medidas cautelares, si así lo pactan las partes, "...pero los árbitros no pueden ejecutar las medidas cautelares que ellos

dicten; hasta allí no alcanza su potestad, que es únicamente declarativa, decisoria;...” (Longo, op. cit., p. 190). Por ello, la ejecución de tales medidas queda reservada al Estado a través de los Tribunales de Primera Instancia competente, dada “...la carencia de *imperium* de los árbitros, y por lo tanto, se sustrae de la competencia de los mismos toda actividad preventiva y coercitiva” (Quintero, op.cit., p. 79).

En Venezuela, el poder cautelar de los árbitros se encuentra limitada:

“...sigue siendo una potestad accesorio, limitada, accidental e instrumental del poder de juzgar dentro del juicio principal que se cumple ante el órgano judicial, que tampoco en nuestro sistema puede aceptarse que dichos órganos judiciales puedan ejercerla en forma independiente y al margen del conocimiento en su sede del problema principal y en lo que atiene a la otra previsión, no dejan de presentarse serias dudas que puedan ejercer la potestad cautelar, a pesar de lo consagrado en la ley y en ejecución de lo aceptado por las partes, quienes todavía no está claro si detentan o no la potestad jurisdiccional, el *ius imperium*, en particular cuando se toma en cuenta que con su ejercicio se afecta el patrimonio de los particulares” (Baumeister, op. cit., p. 69).

Encontramos entonces un límite en la potestad cautelar de los árbitros en el hecho que no pueden ejecutar las medidas cautelares que adopte, dado que carecen del poder de coacción o de *imperium*, que es monopolio exclusivo del Estado, que lo ejerce en el caso de la LAC, por medio de los

Tribunales ordinarios de Primera Instancia, según lo previsto en el artículo 48 de la LAC.

Este poder de ejecución atribuida a los Tribunal de Primera Instancia no versa sólo sobre las medidas cautelares sino sobre el Laudo una vez que adquiere la fuerza de una sentencia firme. Así lo dispone el artículo 523 del CPC, cuando es categórico al sostener que "...si fuere un Tribunal de arbitramento el que haya conocido en primera instancia, la ejecución corresponderá al Tribunal natural que hubiere conocido del asunto de no haberse efectuado el arbitramento".

3. Las medidas cautelares en el proceso arbitral en el derecho comparado

A los fines de hacer algunas comparaciones respecto a la potestad cautelar de los árbitros en otras legislaciones, a continuación hacemos referencia a algunas leyes del derecho comparado, todo en virtud de la importancia que tiene conocer, al menos superficialmente, el tratamiento que se le da a este tema, máxime cuando se trata de una materia tan sensible por el auge de este medio alternativo de justicia que no tiene fronteras en un mundo globalizado en que las partes, especialmente los comerciantes,

sienten la necesidad cada vez mayor de resolver adecuada y eficazmente las controversias que puedan surgir con motivo del desarrollo de su actividad.

3.1 Colombia

En este país, la potestad cautelar lo prevé el artículo 152 del Decreto N° 1818 del 07 de septiembre de 1998, denominado, Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, que señala textualmente:

“En el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrán decretarse medidas cautelares con sujeción a las reglas que a continuación se indican.

Al asumir el Tribunal su propia competencia, o en el curso del proceso, cuando la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes, podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

A. La inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro, para lo cual se libraré oficio al registrador en que conste el objeto del proceso, el nombre de las partes y las circunstancias que sirvan para identificar los inmuebles y demás bienes. Este registro no excluye los bienes del comercio, pero quienes los adquieran con posterioridad estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral.

Si el laudo fuere favorable a quien solicitó la medida, en él se ordenará la cancelación de los actos de disposición y administración efectuados después de la inscripción del proceso, siempre que se demuestre que la propiedad subsiste

en cabeza de la parte contra quien se decretó la medida, o de un causahabiente suyo.

En caso de que el laudo le fuere desfavorable, se ordenará la cancelación de la inscripción.

Si el Tribunal omitiere las comunicaciones anteriores, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia del Tribunal Superior que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

B. El secuestro de los bienes muebles. La diligencia podrá practicarse en el curso del proceso a petición de una de las partes; para este fin, el interesado deberá prestar caución que garantice los perjuicios que puedan causarse.

Podrán servir como secuestros los almacenes generales de depósito, las entidades fiduciarias, y las partes con las debidas garantías.

De acuerdo a esta norma, para la procedencia de las medidas cautelares, se requiere que exista un proceso en marcha, pues la norma se encabeza con la expresión: “en el proceso arbitral”. Por ello, al igual que en Venezuela, no se puede decretar medidas antes de iniciarse el proceso de arbitraje. Además, seguidamente, la norma indica que se solicita cuando el Tribunal asuma su propia competencia o en el curso del proceso.

La regla general es que las medidas cautelares sólo pueden solicitarse bajo un procedimiento arbitral iniciado, con lo cual al igual que en el proceso venezolano, rige la regla de la *pendente litis*.

Pero a diferencia de lo establecido en la LAC, en Colombia, el tribunal arbitral puede ejecutar las medidas decretadas, dirigiendo oficio al Registrador a los fines que se haga el asiento respectivo a los bienes sujetos a tal inscripción. La falta de esa comunicación acarrea el decaimiento automático de la medida “transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia del Tribunal Superior que decida definitivamente el recurso de anulación”.

3.2 Perú

En este país, según Ley N° 26.572, Ley General de Arbitraje en vigencia a partir del 06 de enero de 1996:

“[L]os Tribunales Peruanos sí pueden otorgar medidas precautorias o cautelares antes de que se emita el laudo arbitral. Existen así dos supuestos:

En sede judicial: son las medidas cautelares que se solicitan al Poder Judicial antes de la iniciación del arbitraje. En ningún caso se les puede considerar como una renuncia a este último.
En sede arbitral: una vez instalado el tribunal arbitral, éste puede proceder, previa solicitud de parte, a solicitar el auxilio del juez para la ejecución de las medidas adoptadas por dicho tribunal.

Además, cabe señalar, que la legislación nacional contempla la procedencia de la medida cautelar estando pendiente el recurso de anulación o el recurso de apelación, ante el Juez Especializado en lo Civil, para asegurar de esta forma la plena efectividad de laudo” (Anónimo, 2004).

En efecto, en los artículos 79 y siguientes del texto legal, se establecen las reglas generales de procedimiento respecto a las medidas cautelares en el procedimiento de arbitraje. Se diferencia con el caso Venezolano, en que se pueden solicitar antes de iniciarse el proceso de arbitraje, caso en el cual, el beneficiario tiene un lapso preclusivo para intentar la demanda, caso contrario decae la medida.

“Artículo 79º.- Medida cautelar en sede judicial. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

A estos efectos, serán de aplicación las disposiciones sobre Proceso Cautelar contenidas en el Código Procesal Civil, con la salvedad de que ejecutada la medida antes de iniciado el proceso arbitral, el beneficiario deberá requerir a la otra parte el nombramiento de él 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 (10) días posteriores a dicho acto.

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, esta caduca de pleno derecho.

Artículo 81º.- Medida cautelar en sede arbitral. En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo 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 fuera 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 recursos ni oposición alguna.

Sin embargo, al igual que en la LAC, para su ejecución requiere la intervención del Juez Ordinario, dado que los árbitros carecen del poder de *imperium*, así lo dispone el último aparte del citado artículo. También puede solicitarse medidas cautelares, cuando se encuentre en trámite los medios impugnativos contra el laudo que resuelve el asunto, es decir, el recurso de anulación o apelación, según lo dispone el artículo 82 de esa ley.

3.3 España

La potestad cautelar de los árbitros la prevé la Ley de Arbitraje del 23 de diciembre de 2003, signada N° 60/2003, que señala textualmente:

“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”.

Podemos apreciar que la redacción de esta norma es similar a la contenida en el artículo 17 de la UNCITRAL, dado que se establece la potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares a no ser que las partes la excluyan en su convenio, pero una vez adoptadas, se hace necesario el auxilio de la autoridad judicial para su ejecución, por virtud de la carencia de la potestad ejecutiva de los árbitros.

Al respecto, la exposición de motivos sobre la potestad cautelar de los árbitros para decretar medidas cautelares, indica:

“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, si 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 juego del principio de buena fe procesal”.

El autor García (2003), al comentar las bondades de la nueva Ley de Arbitraje de España, señaló:

“Entendemos que el árbitro tendrá en la nueva ley un mayor margen de actuación para instrumentar medidas cautelares. Necesaria medida. Sin embargo, es probable que se tarde más en conseguir que una medida cautelar cobre eficacia por muy ágil que sea el proceso, que en llevar a cabo el arbitraje de principio a fin, particularmente si la medida cautelar solicitada y concedida se hubiese de instrumentar en países con normativas menos favorecedoras de este tipo de medidas en procesos arbitrales. Asumimos que en la nueva ley, la medida cautelar concedida por el árbitro no estará sujeta a recurso jurisdiccional alguno por la razón apuntada anteriormente, esto es, corre riesgo de ser eficaz meses después de dictado el laudo.

En este sentido, Merino (2003), al destacar algunos aspectos de esta ley, expuso:

“Algo similar ocurría con la posibilidad de que los árbitros pudiesen adoptar medidas cautelares. Tanto los tratados internacionales como la doctrina tenían perfectamente asumido este importante capítulo del arbitraje. Auténtica pieza angular de todo el edificio arbitral porque si el árbitro careciese de potestades para adoptar medidas cautelares, se estaría abriendo una vía de fuga en el “equivalente jurisdiccional”. Por tanto, bienvenido este reconocimiento legislativo, que en todo caso necesitará la intervención y el apoyo de la autoridad judicial para llevarla a su debido efecto”.

Efectivamente, una de las principales novedades de la nueva ley es el reconocimiento de la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares, no sólo a la hora de ejecutar el laudo recurrido, como ocurría antes, sino

durante todo el procedimiento arbitral, aunque puede ser excluida por las partes. Pero a diferencia de la legislación venezolana, el sistema español permite que tanto la Jurisdicción como los árbitros puedan tomar decisiones en materia cautelar. En efecto, según lo dispuesto en el artículo 11.3 de la LAE “la existencia del 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”.

Sin embargo, como apuntó Cucarella (2004, 305), “...los árbitros solamente pueden tomar esas decisiones mientras esté pendiente el arbitraje. Así, antes de que comience, las solicitudes de medidas cautelares necesariamente deberán dirigirse a la Jurisdicción”.

Otro aspecto importante de la ley, es el contenido en el segundo aparte cuando señala que cualquier decisión relativa a las medidas cautelares le serán aplicables las reglas sobre anulación como medio de impugnación y lo relativo a la ejecución forzosa de los laudos. Con esto último se hace hincapié en la carencia del poder de *impeium* de los árbitros y la necesaria colaboración de la jurisdicción para la ejecución de las medidas.

4. La tutela judicial efectiva

4.1 Concepto

En la Constitución vigente podemos encontrar algunos elementos que nos sirven de soporte para la construcción de un concepto de este instituto. En efecto, el Estado Venezolano, se configuró como de justicia, cuyos valores fundamentales lo conducen a un Estado democrático, social de Derecho y de Justicia, tal como lo define tanto el Preámbulo y lo reguló el artículo 2 de la Carta Fundamental. En este sentido, Brewer (2004, 180), señaló:

“...el Estado de Justicia es el Estado que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, estableciendo no sólo el valor justicia en el Preámbulo y en el artículo 1º, sino regulando expresamente el derecho de acceso a la justicia y a la obtención de una *tutela efectiva* de los derechos e intereses de las personas, organizando unos tribunales que deben garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles...”.

Una de las garantías constitucionales fundamentales es el de la tutela efectiva de los derechos, reconocido en el artículo 26, cuando señaló: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a

la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

Para Bandrés (1992, 101), la tutela judicial es “...el derecho que garantiza al ciudadano el acceso a los tribunales de justicia y la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones sustantiva y a través de un proceso equitativo”.

4.2 Contenido

La garantía de la tutela judicial efectiva ha sido definida como de contenido complejo, dado que no sólo abarca el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, a los fines de hacer valer sus derechos e intereses, sino que comprende la adopción de un proceso debido, la obtención de una sentencia fundada en derecho, la efectividad de lo decidido y el derecho al recurso legalmente previsto.

Dentro de ese contenido complejo de la tutela judicial efectiva, destaca el de la efectividad de las resoluciones judiciales, que a decir de Picó (1997, 69), se distinguen tres materias que inciden directamente sobre

dicha efectividad: "...la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; las medidas cautelares; y la ejecución de las resoluciones judiciales firmes". Y sobre el alcance de las medidas cautelares, el citado autor señaló:

"La tutela judicial... no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso. Por ello el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia, pues así vendría a privarse a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva".

En este mismo sentido y respecto a la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro del proceso arbitral, se dijo:

"Gracias a la exigencia anterior se incorpora a dicho derecho fundamental la posibilidad de emitir medidas cautelares, ya que las mismas tienen por fin servir de instrumento a la justicia, es decir, evitar el peligro de infructuosidad, sea objetivo y directo o subjetivo e indirecto, de que la sentencia principal pierda efectividad, siquiera de modo parcial" (Canova, 1999, 288).

Como puede apreciarse, la tutela es efectiva cuando además de tener acceso a los órganos de administración de justicia idóneos e imparciales, para hacer valer derechos e intereses, se adopta un proceso debido, para concluir con una sentencia motivada, que acoja o rechace lo pretendido sobre la cual debe haber un recurso y sobre todo, que se adopten las medidas cautelares como mecanismo de hacer eficaz tanto al proceso como a la decisión que se tome.

Dicha institución ha sido conceptualizada por el TSJ. Así, la Sala Constitucional en el caso Juan Adolfo Guevara, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, puntualizó:

“...el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 *eiusdem*, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 *eiusdem*), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no

por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura”(Sentencia N° 708 del 10/05/2001, expediente N° 00-1683).

5. La potestad cautelar en otras leyes internas

5.1 Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Aún cuando en este cuerpo normativo se prevé al arbitraje como uno de los procedimientos y medio alternativo de resolver los conflictos en materia laboral, no existe norma expresa que conceda la potestad cautelar a la Junta de Arbitraje.

5.2 Ley de Protección al Consumidor y al Usuario

Esta ley tampoco tiene norma expresa sobre la potestad cautelar del órgano llamado a resolver un conflicto de intereses, es decir, los miembros de la Sala de Conciliación y de Arbitraje.

Si bien la mencionada Sala tiene potestad para “solucionar las controversias que se puedan suscitar entre consumidores, usuarios y

proveedores...”, no la tienen para dictar medidas cautelares que aseguren la efectividad de lo decidido.

Iniciado el procedimiento administrativo, la parte que se siente afectado puede solicitar el arbitraje como vía para solucionar el conflicto en relación a sus intereses y derechos patrimoniales, pero el INDECU “continuará el procedimiento administrativo ordinario a fin de determinar la existencia de infracciones a esta Ley o a las disposiciones dictadas en su ejecución”.

Es decir, lejos de contener disposición expresa sobre determinada potestad cautelar, dispone expresamente que el inicio de un procedimiento arbitral no suspende el procedimiento administrativo ordinario que lo origina.

5.3 Decreto Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros

Este dispositivo legal si bien no hace expresa mención a la potestad cautelar del órgano arbitral, señala que se tramita de acuerdo a la ley especial sobre la materia. En efecto el artículo 256, indica:

“Los sujetos sometidos a este Decreto Ley y éstos con los tomadores, los asegurados o los beneficiarios del seguro o con

los prestadores o proveedores de servicios, tales como centros asistenciales de salud o talleres mecánicos de reparación de vehículos, podrán someter a procedimiento de arbitraje las divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos que tengan suscritos. La tramitación del arbitraje se ajustará a lo dispuesto en la ley que regule la materia de arbitraje y supletoriamente al Código de Procedimiento Civil”.

En tal sentido, al dejar establecido que la tramitación del arbitraje se rige por la LAC, se deja implícito que son las propias partes quienes a través de la autonomía de la voluntad, establecerían el procedimiento a seguir en el arbitraje, como expresamente lo indica el artículo 257 *ejusdem*, caso contrario, aplicaría el procedimiento previsto en la LAC.

Siendo así, tenemos que en esta materia, rige los mismos principios establecidos con antelación respecto a las medidas cautelares regulados en la LAC, es decir, que si las partes no disponen otra cosa, el órgano arbitral tiene la potestad de dictar medidas cautelares.

6. Las medidas cautelares en el proceso de arbitraje y el Tribunal Supremo de Justicia

La doctrina ha venido criticando las posiciones que ha adoptando el TSJ, respecto al arbitraje. En efecto, ha hecho hincapié que en los últimos

años, lejos de contribuir con la promoción del arbitraje como medio alternativo de justicia, como lo exige el artículo 258 de la CRBV, riñe contra él, a pesar que ha indicado que esa no es tarea sólo del legislador sino también del propio operador judicial.

En este sentido, la Sala Político Administrativa del TSJ, al resolver solicitudes de regulación de jurisdicción ha venido sosteniendo que para ser válida determinada cláusula arbitral, la misma debe indicar un consentimiento expreso e inequívoco, obviando el principio *de favor arbitri*, según el cual cuando haya duda sobre la interpretación de la voluntad de sumisión de las partes a resolver sus conflictos mediante el arbitraje, debe inclinarse a favor de éste o al menos cumplir con lo previsto en el artículo 12 del CPC, que constituye regla de interpretación de los contratos y que impone a los jueces a atenerse al propósito y a la intención de las partes.

Esta situación la plantearon Anzola y Zumbiehi (2004, 38) de la siguiente manera:

“Pero el examen de la jurisprudencia y en especial de las sentencias dictadas en fechas recientes por la actual SPA del Tribunal Supremo de Justicia..., nos hará ver que aquella parte que quiera eludir el pacto de comparecer ante un tribunal arbitral, puede con la aprobación judicial, encontrar sutiles caminos para sustraerse de su pacto inicial. Alegará ante los tribunales venezolanos con posibilidades de éxito que la cláusula arbitral es confusa, o que quien suscribió el contrato o

el compromiso no tenía suficientes facultades para ello, o que la materia, verdaderamente sin serlo, es de orden público y, en consecuencia, conseguir así que decaiga el camino arbitral y renazca, a plenitud, la jurisdicción y competencia de los tribunales ordinarios”.

En otros casos, el TSJ ha sostenido que las partes renuncian al arbitraje cuando no han excluido de manera expresa la competencia de los jueces estatales en el acuerdo de arbitraje, desconociendo el principio contenido en el segundo aparte del artículo 5 de la LAC, al señalar “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”.

De acuerdo a esta norma, no es necesario que expresamente las partes en su respectivo acuerdo de arbitraje excluyan a los tribunales ordinarios el conocimiento del conflicto, dado que el acuerdo de someter el conocimiento del asunto al arbitraje supone una renuncia a la jurisdicción.

La Sala Político Administrativa del TSJ también ha sostenido que hay renuncia tácita al arbitraje, cuando en la oportunidad de contestar a la pretensión, se guarda silencio respecto a la falta de jurisdicción o, habiéndola opuesto, sin embargo se contesta a la pretensión. En criterio de

Anzola y Zumbiehl (Op. cit., p. 55), ello constituye "...un criterio riguroso que castiga de manera sorprendente y exagerada al que comete un error o tiene un criterio distinto sobre el asunto. Parece imbuido de un formalismo que debía ser desterrado por lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de 2000 (sic)".

Esta situación se agrava cuando la citada Sala del TSJ exige al Juez que verifique de oficio la validez de la convención arbitral que se le invoque, cuando, de acuerdo a lo previsto en el artículo 7 y 25 de la LAC, "El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje".

Esas posiciones de la citada Sala del TSJ respecto al arbitraje, quedaron resumidas en decisión de esa misma Sala, en el juicio de Corporación L'Hoteles C.A., con ponencia de la magistrada Yolanda Jaimes Guerrero, cuando señaló:

"...correspondiendo a esta Sala determinar a quién corresponde la jurisdicción para dirimir la presente causa, observa, que resultará perentorio - como punto preliminar para acometer semejante tarea - la estimación de los siguientes elementos:

(i) Determinar la validez de la cláusula compromisoria, esto, no con el propósito inmediato de dictar una decisión sobre aspectos del fondo de la litis, sino, precisamente, en el sentido de advertir o no la eficacia de la cláusula arbitral en cuanto a que pueda sustraer o no al Poder

Judicial del conocimiento que de rango constitucional detenta sobre las causas que les sean sometidas por los ciudadanos que pretendan hacer uso del derecho al libre acceso a los órganos de administración de justicia –(Vid. Artículos 26 y 253 de la CRBV) y;

(ii) Si de lo que se desprende de las cláusulas contractuales, existe o no, una manifiesta, expresa e incuestionable voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las disputas, desavenencias y controversias que puedan presentarse con ocasión a la interpretación, ejecución y terminación del contrato, y en su lugar, someterlo al conocimiento privado de árbitros mediante la emanación de un Laudo Arbitral definitivo e inapelable.

(iii) Si de lo que se desprende de las conductas procesales – en vía judicial - puede advertirse o no una disposición indubitada para hacer valer en “forma” la excepción de arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria, esto es, si para el primer momento de apersonado en juicio alguna de las partes opuso la incompetencia del tribunal ordinario con base a una cláusula compromisoria de arbitraje cuya eficacia se aduce”.(Sentencia N° 0775 del 20/06/2001, expediente N° 01209).

CAPÍTULO IV

EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

No hay discusión sobre la potestad cautelar de los árbitros para decretar medidas cautelares, pues tal disyuntiva la resolvió el Legislador en la LAC, cuando expresamente confirió esa posibilidad al órgano arbitral, a menos que las partes en su convenio hayan decidido otra cosa.

Sin embargo, no hay disposición expresa en la ley respecto al tratamiento procedimental de las medidas cautelares, por ello, a lo largo de este capítulo trataremos de analizar o asomar algunas posiciones al respecto, sin que con ello pretendamos agotar el tema. Sólo queremos despertar en el lector algunas inquietudes sobre el problema, siendo que al respecto se ha escrito muy poco.

1. Oportunidad para solicitarlas

Hemos advertido que es regla general que rigen a la materia cautelar en el proceso venezolano, que las mismas sólo pueden solicitarse en un proceso en curso, el cual se inicia con la admisión del libelo de demanda contentiva de la pretensión, esto es lo que ha llamado la doctrina como *pendente litis*, ello a los fines de cumplir con una de las características apuntadas en el primer capítulo cual es la instrumentalidad, claro está, salvo disposición expresa de ley que existe en nuestro derecho positivo.

En materia de arbitraje consideramos que de acuerdo a estas reglas generales y a lo previsto en la LAC, no es posible decretar medidas cautelares *extra litem*. En efecto, de acuerdo a lo pautado expresamente en el artículo 26 de la LAC, "...el tribunal podrá dictar medidas cautelares que consideren necesarias respecto del objeto en litigio".

La norma hace referencia tanto al tribunal arbitral como al litigio. Con ello se quiere significar que ya se encuentre constituido el órgano arbitral en la forma prevista.

Siendo así, la solicitud de las medidas cautelares debe hacerse desde la constitución del Tribunal Arbitral, cuando se trate de un arbitraje institucional a menos que las partes pacten otra cosa de acuerdo a un arbitraje independiente, pero siempre dejando a salvo que debe ser dentro de un proceso en marcha, independientemente de la etapa en que se encuentre.

Esto difiere en otras legislaciones. En Perú y España, las partes pueden acudir a la jurisdicción a solicitar medidas cautelares antes de iniciarse el arbitraje, sin que ello signifique una renuncia a seguir esta vía para buscar solución a sus controversias. Quedando a salvo, en el caso del Perú, que debe iniciarse el trámite arbitral dentro del lapso establecido, so pena del decaimiento de la medida. Sin embargo, naturalmente, en ambos casos, los árbitros no tienen tal potestad sino una vez iniciado el proceso arbitral.

Sobre el momento de solicitar las medidas cautelares en el arbitraje, el autor Cucarella (Op. cit., p. 331), analizando la LAE, señaló:

“...a pesar del inicio del arbitraje en los términos previstos en el artículo 27 LA, las decisiones arbitrales sobre tutela cautelar sólo podrán ser tomadas una vez que el árbitro o árbitros hayan aceptado su nombramiento ex artículo 16 LA....tras la aceptación del árbitro y durante la pendencia del procedimiento arbitral, se le pueden presentar solicitudes en cualquier

momento hasta la terminación de sus actuaciones...a partir de ese momento, si la parte que ha obtenido el laudo a su favor pretende la adopción de una medida cautelar, la solicitud deberá dirigirla a la jurisdicción”.

A estas conclusiones podemos arribar en el caso venezolano, con excepción de lo expuesto que el momento para solicitar las cautelares se inicia con la instalación del Tribunal Arbitral y hasta el momento de terminar sus actuaciones, en la forma prevista en el artículo 33 de la LAC.

Si el órgano arbitral cesa en sus funciones por haber emitido el laudo definitivo, desde ese momento el interesado ya no podrá dirigir peticiones de medidas a él sino a la Jurisdicción, quien tiene desde ese instante la competencia para la ejecución de lo decidido.

2. Decreto motivado

Dijimos con anterioridad que, dentro del complejo contenido de la tutela judicial efectiva, se encuentra en que las decisiones de los órganos llamados a resolver el mérito del asunto sometido a su competencia, sea ajustado a derecho, esto es, que necesariamente debe contener un mínimo de razonamientos capaces de conducirlos a determinadas conclusiones.

Sólo bajo el imperio de esos razonamientos, pueden las partes interesadas y el público en general, ponderar tanto las razones como la legalidad de la decisión. A este respecto, los autores Abreu y Mejía (2000, 278), indicaron que la motivación de las sentencias, tienen dos propósitos:

“...uno político, que consiste en permitir a las partes y a la comunidad entender las razones de la decisión, de manera tal que la sentencia se cumpla no sólo por el peso de la autoridad de la cual emana, sino también porque convenza con la fuerza de la razón; y otro procesal, determinante para el examen de casación, que consiste en permitir que la Sala de Casación Civil controle la legalidad...”

Si bien estos dos supuestos no caben en el caso del arbitraje, dado que contra el laudo sólo procede el recurso de nulidad, si ilustra las razones por las cuales toda decisión que afecte los derechos e intereses de las partes, debe contener un mínimo de motivación a los fines de conocer sus razones y el necesario control de legalidad.

Sin duda alguna la motivación de la sentencia va a marcar la distancia entre la arbitrariedad y la discrecionalidad. Las decisiones no pueden ser el producto del capricho, sino consecuencia de un análisis serio, conciente y detenido donde debe expresarse las razones que guiaron la convicción del órgano a tomar determinada decisión.

No es casual encontrar decisiones cautelares sin motivación, bien negándolas o acordándolas, con el visto bueno del TSJ quien en algunas sentencias ha establecido que era de la absoluta soberanía de los tribunales de instancia decretar o no las medidas cautelares, aún cuando encontraren llenos los requisitos de procedencia.

Sin embargo, en reciente decisión, la Sala Civil del TSJ, con ponencia de la magistrado Isbelia Pérez de Caballero, en el juicio de operadora Colona C.A., abandonó el criterio sostenido en sentencia del 30 de noviembre de 2000, caso Cedel Mercado de Capitales, C.A., en la cual estableció la soberanía de los tribunales para decretar o negar las medidas cauteles, con prescindencia del cumplimiento de los requisitos legales y en su lugar estableció la necesidad de "...expresar las razones por las cuales considera que no se encuentran cumplidos los extremos exigidos por el legislador. En otras palabras, debe justificar el por qué niega la medida que le fue solicitada por la parte interesada". (Pierre, 2004, 390, sentencia N° RC-00407 del 21/06/2005, expediente N° 04805).

La motivación se hace necesario cualquiera que sea la suerte de la medida solicitada y no sólo cuando se niega. Así por ejemplo, cuando el órgano arbitral decreta la medida, la parte afectada por ella debe conocer las

razones que condujeron a adoptarlas a los fines de poder ejercer su control correspondiente mediante la oposición como medio primario de impugnación.

3. Ejecución de las medidas cautelares

Este es un punto resuelto también por el legislador. En efecto, según lo dispuesto en el artículo 28 de la LAC, “El tribunal 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”.

Ya hemos advertido que los árbitros carecen del poder de *imperium* a los fines de la ejecución de las medidas decretadas, por lo cual deben solicitar la participación del Estado a través de los Tribunales competentes para cumplir con esa tarea, por ser quienes detentan el monopolio de la coacción. En este sentido, Ponte (2004, 516), sostuvo:

“...el arbitraje como institución, carece de la posibilidad de ejercer el *imperium* a los efectos de la ejecución de las medidas cautelares que se adopten al efecto; esto es, no tiene poder para ejecutar forzosamente las mismas. De allí surge el auxilio judicial para ejecutar aquellas medidas que requieran de acciones compulsivas”.

No hay duda que a través de la autonomía de la voluntad de las partes, "...la actividad de los árbitros se concreta a la simple declaratoria de las medidas cautelares sin que les sea posible proceder a la ejecución de las medidas decretadas debido a que la ejecución implica hacer uso de la fuerza coercitiva de la cual ellos carecen..." (Hung, op. cit. p.199).

Sin embargo, connotados autores piensan que los árbitros pueden ejecutar aquellas medidas cautelares no compulsivas, esto es, aquellas que no requieren la intervención de la fuerza o de la jurisdicción, como por ejemplo, la anotación de la litis, la notificación privada, notificación del deudor cuando se embarga un crédito etc, (Enríquez, op. cit., p. 243).

Otra posición es la de "...considerar si es posible que las partes, en la cláusula arbitral, otorguen al árbitro la potestad de ejecutar las medidas que decreta. En el arbitraje reviste importancia fundamental la autonomía de la voluntad por lo que nada obsta para que las partes lleguen a semejante acuerdo". (Madrid, 2004, 108).

Consideramos que tal posibilidad no opera en esta materia. En efecto, si las partes no pueden convenir en someter al arbitraje aquellas materias en las cuales no caben transacciones, mal pueden convenir en derogar

disposiciones expresas de la ley, en que el Estado en resguardo del orden público, se reserva el poder o monopolio del poder de *imperium* para la ejecución, no sólo de las sentencias, sino de todos aquellos actos equivalentes en que se haga necesario la fuerza pública.

Sobre el particular, la Sala Constitucional del TSJ, en el juicio de Construcciones Industriales Martoran, C.A., con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, expresó:

“A pesar de la utilización de la formula ‘podrá’, la Sala encuentra que en modo alguno es potestativo del tribunal arbitral solicitar la asistencia de un Juzgado de Primera Instancia para ejecutar las providencias cautelares acordadas de forma tal que, prescindiendo de ella, la haga valer por sí mismo. La potestad del árbitro es únicamente decisoria y sólo se extiende a la posibilidad de acordar medidas cautelares. En este caso, pero su ejecución compete en forma exclusiva a los órganos del Poder Judicial señalados en la ley. De lo contrario, carecería de sentido la norma en cuestión, pues si el órgano arbitral fuese capaz de ejecutar la petición cautelar acordada, no necesitaría la asistencia de un Juzgado de Primera Instancia competente”. (Sentencia N° 574 del 22/04/2005, expediente N° 02-2491).

Legalmente, la potestad de ejecutar las mediadas cautelares que se decreten en el proceso de arbitraje, compete de manera exclusiva a la Jurisdicción a través de los Tribunales de Primera Instancia competentes, independientemente del tipo de medida, sin que sea posible para las partes derogar convencionalmente tal disposición.

4. Medios impugnativos

En este punto queremos mostrar aquellas vías impugnativas tanto de parte como terceros, a las decisiones de los árbitros respecto a las medidas cautelares que dicten. Como no existe disposiciones expresas en la LAC, respecto a los trámites a seguirse en esta materia, se suple mediante las disposiciones generales previstas en el CPC, como conjunto de normas generales aplicables al procedimiento cautelar.

La vía impugnativa va a depender en primer lugar de la decisión tomada y, en segundo lugar, de si es una parte o un tercero quien se vea afectado por la decisión.

Si es parte, ante el decreto de una medida, sabemos que el medio impugnativo contra este tipo de decisiones es la oposición, como recurso de primer grado en el cual, la parte contra quien obra el decreto solicita que el mismo órgano que dictó la decisión inaudita parte, la revise a los fines que la revoque o la confirme.

En este particular debemos destacar que de acuerdo a lo previsto en el artículo 602 del CPC, la oposición se puede hacer dentro de los tres días

siguientes a la ejecución, si la parte contra quien obre estuviese citada, o dentro de los tres días siguientes a su citación.

Tal oposición debe plantearse ante el mismo órgano arbitral que haya decretado la medida, el cual debe cumplir con el fin de ese medio primario de impugnación que "...persigue la discusión y examen respecto del cumplimiento de los presupuestos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, análisis éste que el juez debe cumplir haya habido o no oposición, por mandato del artículo 602 *ejusdem*". (Sentencia N° RC-00097 de la Sala de Casación Civil del 12 de abril de 2005, con ponencia de la magistrada Isbelia Pérez de Caballero, juicio de Andrés Humberto Álvarez Acosta contra Acofesa, expediente N° 04008).

En la norma arriba citada, se destacó el hecho que la medida esté ejecutada a los fines de poder ejercer la oposición. Sin embargo, creemos que a los fines de ejercer de manera efectiva el derecho a la defensa, la oportunidad para impugnarla debe nacer con su decreto y no esperar a su ejecución, dado que para ese momento ya la ejecución de la medida pudiese haber causado gravamen irreparable.

En efecto, la parte debe acudir al propio órgano que dictó la cautelar a solicitar que mediante ese medio impugnativo revise los motivos que lo condujeron a dictarla y si son procedentes los alegatos del opositor, la suspenda o confirme.

Distinto es el caso del tercero, quien a pesar de no formar parte del acuerdo arbitral, resulta afectado por una medida cautelar. En este supuesto, se ha venido sosteniendo que sólo puede ejercer la tercería de dominio de acuerdo a lo dispuesto en los ordinales 1° y 2° del artículo 370 del CPC, y de acuerdo a lo expresado en la precitada sentencia, mediante esta vía "...no persigue el re-examen sobre el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la medida, sino tiene por sustento derechos de propiedad, posesión o cualquier otro exigible sobre la cosa embargada, de los cuales es titular el ejecutado".

De acuerdo al primer ordinal, puede intervenir o ser llamado a la causa cuando pretenda tener un derecho preferente al del demandante, o concurrir con éste en el derecho alegado, fundándose en el mismo título; o que son suyos los bienes demandados o embargados, o sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ellos.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 371 del CPC, la intervención mediante esta tercería de dominio, debe hacerse mediante demanda en forma, dirigida contra las partes contendientes y ante el juez de la causa, que se sustanciará según su naturaleza y cuantía.

Pero al practicarse el embargo o después de practicado, el tercero debe proponer la oposición de acuerdo a lo previsto en el artículo 546 del CPC, para lo cual deberá acreditar ser el poseedor y propietario de la cosa embargada. Esta es una oposición que se propone y debe decidir el Juez Estatal de Primera Instancia a que se refiere el artículo 523 *ejusdem*, dado que se trata de una medida ejecutiva y ese el órgano competente para cumplir con la ejecución del laudo arbitral.

A pesar que este era una doctrina diuturna tanto de la extinta CSJ como del actual TSJ, que los terceros sólo contaban con la tercería de dominio para hacer valer sus derechos en casos de ser afectados por una medida, debemos indicar que en sentencia de reciente data, la Sala Constitucional con ponencia del magistrado Marcos Dugarte Padrón, en el juicio de María Eva Araujo Quintero, equiparó los terceros a las partes, en relación a la utilización de la vía impugnativa contra las medidas.

“...Así las cosas, si bien es cierto que el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil se refiere literalmente a la oposición de

terceros al embargo y no al secuestro, la Sala advirtió la existencia de un vacío en el vigente ordenamiento procesal, por lo cual amplió los supuestos de utilización de la oposición prevista en el artículo 546 *ejusdem* a casos distintos al embargo, como es el secuestro de bienes, para permitir a los terceros interesados intervenir en el proceso principal, por vía incidental, y así lograr tutela para sus derechos e intereses". (Sentencia N° 515 del 14/04/2005, expediente N° 04-3249).

Nos parece que a los terceros afectados por una medida, debe garantizársele una vía idónea y expedita para hacer valer sus derechos. La tercería de dominio no nos parece la más adecuada, pues se trata de una intervención larga y engorrosa durante el cual los derechos del tercero se verían vulnerados. Por ello, a pesar que la oposición como tal no persigue revisar la titularidad de los bienes afectados sino de aquellos motivos que condujeron al decreto cautelar, si debe buscarse un mecanismo, que garantice no sólo el debido proceso sino el derecho a la defensa.

Ese tipo de dificultad no la tienen las partes, para quien esa vía impugnativa de la oposición, como involucrados en el convenio arbitral, les resulta idónea y por ello, no tendría sentido plantearse otro medio de intervenir. De allí, que por ejemplo ante la pretensión de amparo, sea declarado inadmisibile, precisamente por contar con la vía ordinaria para intervenir y ejercer sus derechos.

Sin embargo, para los terceros y frente a la presencia sólo de la tercería como mecanismo de impugnación, el amparo pareciera una vía expedita para hacer frente a la violación de sus derechos constitucionales del debido proceso y de propiedad, a pesar que esa no es la vía para discutir la titularidad o no sobre determinados bienes, dado que no se trata de una pretensión para la constitución de derechos materiales sino la restablecedor de derechos constitucionales. Pero, en circunstancias especiales, significaría la vía expedita para ser restituido en la propiedad de precisos bienes afectados por una medida cautelar sin un proceso previo, lo que vendría a significar una vía de hecho contra el tercero afectado.

Bajo el fundamento que en la LAC, no se prevé nada respecto a la intervención de los terceros ajenos al convenio arbitral, como sí lo dispone, por ejemplo, en Colombia el EMASC, en su parágrafo único del artículo 152, señaló: “El Tribunal podrá durante el proceso, a solicitud de terceros afectados, levantar de plano las anteriores medidas, previo traslado por tres (3) días a las partes. Si hubiere hechos que probar, con la petición o dentro del traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos”.

Respecto a los incidentes que surgen luego del decreto de las medidas cautelares en el arbitraje, la profesora Quintero (Op. Cit., p. 81-82), señaló:

“Así como el dictado de medidas cautelares está comprendido dentro de las actividades jurisdiccionales de los árbitros, será a éstos también a quienes compete pronunciarse sobre los diferentes incidentes que se presenten con motivo de su ordenación y ejecución.

Dentro del ámbito de vías posibles, teniendo en cuenta que la determinación de la caución es de su exclusiva competencia, conocerán de las objeciones a la misma, como de la solicitud de levantamiento por oposición, la ampliación, limitación y hasta la de disponer de una cautela diferente a la peticionada, según los eventos que emerjan.

Empero respecto al tercero afectado por la medida cautelar, en nuestro criterio, como no está vinculado por el pacto arbitral, tendría que ir a juicio por vía principal para hacer (sic) sus derechos y mal arreglo haría adhiriéndose a la convención celebrada entre los justiciables en litigio, en cuanto a su oposición y en todo caso tendría sus recursos limitados”.

Si la decisión es desestimatoria de la solicitud del decreto de medidas, no cabe el recurso ordinario de apelación, dado que en el procedimiento arbitral, no existe un órgano superior que pueda revisar la decisión tomada por los árbitros.

5. Potestad revisora del Juez Estatal

Hemos advertido que las partes deben proponer la oposición al decreto de la medida ante el propio órgano arbitral que la haya dictado, dado que se trata de un recurso de primer grado que debe ser resuelto por el funcionario que la haya dictado, y que se trata de una medida preventiva que se dicta a los fines de garantizar, las resultas del dispositivo contenido en el laudo arbitral.

Sin embargo, si la medida es solicitada después de dictado el laudo, con lo cual cesa las funciones del órgano arbitral, y encontrándose en etapa de ejecución del mismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 523 del CPC, la competencia tanto para su ejecución como para dictar las medida ejecutivas, corresponde al Tribunal de la Primera Instancia competente, ante quien se debe proponer la oposición a tenor de lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 588 *ejusdem*. Pero si es un tercero, tal oposición se hará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 546 *ibídem*.

En estos casos, la revisión de los motivos que motivaron su decreto corresponde al Juez Estatal y no al órgano arbitral, como sí lo puede hacer cuando se trate de una medida preventiva o dictada durante el proceso arbitral, dado que en esta etapa ha cesado en sus funciones.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 de la LAC, el único recurso contra el laudo arbitral es el de nulidad y por las causales taxativamente señaladas. Creemos que tal recurso procede no sólo contra el laudo definitivo que resuelve el mérito del asunto, sino contra la decisión de la medida cautelar adoptadas por el órgano arbitral, dado que se trata de una decisión que pone fin al procedimiento cautelar.

Esta sería otras de las vías mediante el cual el Juez Estatal puede revisar la decisión cautelar tomada en el proceso arbitral. Este recurso debe ajustarse a los requisitos previstos para los laudos definitivos. Es decir, debe proponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado al cual debe acompañarse con las actuaciones respectivas a la medida decretada y fundamentarse en alguna de las causales previstas taxativamente como motivo de nulidad.

Este tipo de recursos lo prevé la legislación vigente de España. En efecto, según el artículo 23.2 de la LAE. "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".

Sobre este particular, Cucarella, (Op. cit., p. 333), al analizar este procedimiento comentó:

“De este modo, adoptada por un árbitro una decisión sobre una medida cautelar, esa decisión podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación (art. 23.2 LA en relación con el artículo 40 LA). El impugnante deberá presentar un escrito que deberá ajustarse a lo establecido en el artículo 399 LEC (art. 23.2 LA en relación con el artículo 42.1 LA). En este caso, será preceptiva la postulación procesal. A la demanda deberán acompañarse los documentos justificativos del convenio arbitral y de la decisión arbitral sobre la medida cautelar, debiendo proponer en este escrito los medios de prueba que interesan al que impugna (art. 23.2 LA en relación con el art. 42.1 LA)”.

No vemos obstáculo para que en Venezuela, donde también se adoptó legalmente el recurso de nulidad contra el laudo definitivo, sea utilizado contra las decisiones cautelares, a pesar que no se previó taxativamente como ocurrió en aquella legislación.

También podría tener la oportunidad el Juez Estatal de revisar la decisión cautelar, ante la admisibilidad de una pretensión de amparo constitucional intentado por un tercero afectado por una cautelar dictado bien dentro del proceso arbitral o por el Juez de Primera Instancia en el ejercicio de su función ejecutora.

CAPÍTULO V

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN VENEZUELA DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

1. Ámbito de aplicación de la ley de arbitraje comercial

En el capítulo anterior hicimos referencia a la ejecución de las medidas cautelares dictadas dentro de un proceso de arbitraje interno o nacional. Sin embargo, se hace necesario revisar el procedimiento de ejecución de laudos extranjeros, especialmente aquellas decisiones relativas a medidas cautelares proferidas por organismos de otros Estados, esto es, todas aquellas actividades que cumple profesionalmente el empresario.

El arbitraje comercial se inserta dentro del convulsionado mundo de la globalización, donde por la especial necesidad del tráfico mercantil, cada vez más exigente, los particulares necesitan de procedimientos expeditos y idóneos para resolver sus conflictos, y especialmente hacerlos eficaces una vez que tienen un laudo que le acuerda determinados derechos patrimoniales, pero que se necesita ser ejecutados en un país distinto de aquel en que se dictó.

Además, debemos precisar el alcance de la LAC, cuando hace referencia al carácter mercantil o comercial de las controversias que puede regular. En este sentido, cuando la ley en su artículo 1 expresa que "...se aplicará al arbitraje comercial...", debe entenderse a todas aquellas actividades de índole mercantil o comercial, contractuales o no, desarrolladas profesionalmente por el empresario.

Podemos resumir este particular asunto, con las palabras del autor Barnola (1999, 104), cuando afirmó "...la ley regula sólo arbitrajes comerciales nacionales, pero como veremos, alude a los internacionales, no solamente en el artículo 1, como antes ha quedado expuesto, sino también en su artículo 48, al referirse a su conocimiento y ejecución por el juez venezolano".

En efecto, en la exposición de motivos de la LAC, se señaló que "El objetivo de esta ley es establecer normas sobre arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, que estén acordes con la normativa similar de otros países del mundo".

2. Procedimiento para la ejecución de laudos extranjeros

La LAC, trae en su artículo 48 disposición especial respecto al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros:

“El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinario como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir *exequatur*, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá acompañar a su solicitud una copia del laudo certificada por el Tribunal arbitral, con traducción al idioma castellano si fuere necesario”.

Por virtud del convenio arbitral que firman las partes, se comprometen a aceptar y cumplir con la decisión que se adopte en el aludo definitivo. Cuando el obligado no cumple voluntariamente con ese laudo, que adquiere la cualidad de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, nace el derecho para su beneficiario, de solicitar su ejecución forzosa, con arreglo a lo dispuesto en el precitado artículo.

Sin embargo, cuando se trata de este tipo de laudos extranjeros, surge la necesidad de establecer el procedimiento a seguir, y para ello debe considerarse si el Estado del que se trata el laudo a ejecutar, se vincula o no al país por medio de un Convenio o Tratado multilateral o bilateral.

Con el presente trabajo no pretendemos analizar con profundidad los diferentes procedimientos de ejecución de estos laudos extranjeros, sólo queremos apuntar la necesaria visualización de los distintos convenios existentes, para cuyo efectos sólo indicaremos algunos datos a los fines de su ubicación, dado que nuestro objetivo está relacionado con la ejecución de decisiones cautelares dictadas en otros Estados.

En este sentido, constituyen fuentes internacionales sobre esta materia, los siguientes convenios:

- El Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros o Convenio Boliviano del 18 de julio de 1911.
- Convención Interamericana sobre Validez Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros celebrada en Montevideo el 08 de mayo de 1979.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975.

- Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en New York el 10 de junio de 1958.

3. Procedimiento para la ejecución de medidas cautelares dictadas en el extranjero

Como se desprende de la norma del artículo 48 de la LAC, antes citada, hace referencia a los laudos definitivos dictados en el extranjero. Sin embargo, debemos considerar el mecanismo de reconocimiento y ejecución en el País de las medidas cautelares dictadas por esos órganos arbitrales en el extranjero.

A esos fines, el Juez Venezolano encuentra su primer obstáculo para ejecutar medidas cautelares en Venezuela, cuando se trate de derechos reales sobre bienes inmuebles, según lo dispuesto en el artículo 47 de la LDIP, único artículo de esta ley aplicable el arbitraje, conforme a lo previsto en el artículo 62 *ejusdem*.

El primero de los citados artículos, señaló:

“La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente a favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el

asunto se refiera 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”.

Como puede colegirse, el obstáculo no solo rige cuando se trata de bienes inmuebles situados en el país sino cuando se trata de aquellas medidas que en su ejecución vulneren el orden público venezolano”.

Otra de las materias discutidas es la relativa a si las decisiones extranjeras deben cumplir con el *exequátur* o son ejecutables directamente, a la letra del artículo 48 de la LAC. Al respecto, autores opinan que, cuando el legislador incluyó en el artículo la expresión “...el laudo será ejecutado sin requerir *exequátur*...”, quiso significar que no eran aplicables a la materia del reconocimiento y de la ejecución de los laudos comerciales internacionales las exigencias contenidas en los artículos 850, 851 y siguientes del CPC, pero no por ello deja de requerirse el *exequátur*, en el sentido técnico, y fundamentan tal posición en el contenido del artículo 49 de la LAC, “están previstas las causales por las cuales puede denegarse el *exequátur*”. (Barnola, op.cit., p.117).

En sentido contrario es la postura del autor Hung (ob. cit. p 323), para quien, en su "...opinión, el encabezamiento del artículo 48 LAC, declara el reconocimiento automático de los laudos arbitrales dictados en el extranjero y permite su ejecución directa, estableciendo al efecto un sencillo trámite para lograrla".

Somos del criterio que ciertamente, el legislador de manera imperativa ordenó el reconocimiento del laudo extranjero, e impuso su ejecución inmediata sin la necesidad de seguir el procedimiento establecido en los artículos 850 y siguientes del CPC, para obtener la eficacia y ejecutoria en el país de una sentencia extranjera.

Sin embargo, el Juez puede negar tal reconocimiento y por tanto la ejecución en el país, cuando medie alguna de las causas establecidas en el artículo 49 de la LAC, todo esto a pesar que la Sala Constitucional del TSJ en sentencia N° 2635 de fecha 19 de noviembre de 2004, con ponencia de la magistrado Carmen Zuleta de Merchán, en el Expediente N° 04-0163, en el caso de Consorcio Barr, S.A., indicó que para "...la ejecución en el territorio de Venezuela de un laudo arbitral dictado en el extranjero, pasaría por cumplir con lo establecido por el artículo 53 de la Ley de Derecho

Internacional Privado, entendiéndose como equivalente a una sentencia extranjera...”

Estamos contestes en que el laudo sea nacional o extranjero tiene las mismas cualidades y fuerza ejecutoria de una sentencia. Sin embargo, como lo dejamos advertido con antelación, la LAC de manera expresa le reconoció fuerza ejecutiva sin necesidad del *exequátur*, cuyo fin es el que persigue el trámite a que se refiere el artículo 53 de LDIP.

Sobre esta materia de ejecución de medidas cautelares dictadas en el extranjero, existe la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, celebrada en Montevideo en 1979, que no ha sido ratificada por Venezuela, pero que nos sirve como principio de derecho internacional privado, aplicable en materia de arbitraje externo.

En el artículo 1 de la citada Convención se expresó que para sus efectos:

“las expresiones ‘medidas cautelares’ o ‘medidas de seguridad’ o ‘medidas de garantía’ se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro... Los Estados Partes podrán declarar que limitan esta Convención solamente a alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ella”.

Por esa indicación de prever garantía para un proceso futuro, según la autora Madrid (Op. cit., p. 110), "...está el primer obstáculo para su ratificación por Venezuela...", dado que "...en nuestro país la tutela cautelar es siempre accesoria a un proceso principal y nunca independiente de éste, es decir, las medidas cautelares tienen carácter instrumental"., lo cual, según la propia autora podría subsanarse según lo dispuesto en la parte final del artículo cuando establece la posibilidad de limitar su aplicación a alguna de las medidas en ellas previstas y creemos que también se pudiera excluir su ámbito de aplicación, los derechos sobre bienes inmuebles, que no pueden ser objeto de ellas por disposición expresa de ley.

A pesar que en ella no se hace mención al órgano arbitral como competentes para decretar medidas cautelares, por ser la única convención en la especialidad, y dada la competencia atribuida casi universalmente a éstos órganos para hacerlo, no vemos el inconveniente que pueda subsumirse dentro del supuesto previsto en el artículo 2.b, cuando, obliga a los Estados partes a dar cumplimiento a las medidas dictadas por autoridades competentes de otros Estados, especialmente las destinadas a garantizar "...la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y

administración e intervención de empresas”, haciendo hincapié en la reserva abierta a los Estados para limitar el alcance de la Convención”.

En el artículo 3, se indica que los requisitos de procedencia de la medida se rige por las leyes del lugar donde curse el juicio, pero su ejecución, contracautela, deben ser resueltas por “...los jueces del lugar donde se solicita su cumplimiento, conforme a las leyes de este último lugar”.

Los terceros afectados por una medida cautelar, podrán ejercer oposición o tercería, ante el tribunal requerido a los solos fines que éste lo comunique al comitente devolviéndole el exhorto o rogatoria, quien deberá suspender el curso del juicio principal, a los fines que el impugnante haga valer sus derechos, todo conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Convención.

Según el artículo 7, “El órgano jurisdiccional a quien se solicitare el cumplimiento de una sentencia extranjera podrá, sin más trámite y a petición de parte, tomar las medidas cautelares necesarias, conforme a lo dispuesto por su propia ley”.

De acuerdo con la Convención en su artículo 13, “El cumplimiento de las medidas cautelares de que trata esta Convención se hará mediante exhortos o cartas rogatorias que podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central del Estado requirente o requerido, según el caso”.

Los exhortos o cartas rogatorias deberán estar legalizados e ir acompañados con los documentos pertinentes debidamente traducidos al idioma oficial del Estado requerido. Estos documentos son: copia auténtica de la demanda o de la petición de la medida cautelar; “información acerca de las normas procesales que establezcan algún procedimiento especial que el órgano jurisdiccional requirente solicitare que observe el órgano jurisdiccional requerido”; “información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente”.

Hechas las consideraciones anteriores, creemos necesarios revisar someramente el control judicial contra las decisiones cautelares en esta fase de ejecución.

Ya hemos indicado que tanto en el derecho interno como internacional, cumpliendo con la corriente de limitar los recursos contra los laudos arbitrales, a los fines que cumplan con una de sus funciones como es la celeridad, se ha limitado al recurso de anulación contra el laudo definitivo. Pero como quiera que las decisiones cautelares, si bien no cumplen con la especial característica de ser la que resuelve el fondo del asunto, sí son decisiones que ponen fin al procedimiento cautelar y por ello creemos que contra ellas también pudiera plantearse el recurso de anulación cuando medie alguna de las causales taxativas de la ley.

Sin embargo, debemos considerar que generalmente no se prevé una segunda instancia en el procedimiento arbitral. De allí que el recurso de nulidad sólo persigue anular el laudo que ha sido dictado y se encuentre inficionado con alguna de las causales allí señaladas, procediendo las partes a recomenzar el procedimiento o plantear la controversia en la jurisdicción. Es un control de regulación formal y el órgano judicial que lo conozca no tiene competencia para conocer el aspecto sustancial del asunto.

Contra los laudos arbitrales extranjeros, las partes pueden ejercer su oposición a la ejecución. En tal sentido, el Juez que corresponda negará su

reconocimiento y ejecución, cuando exista alguna de las causales indicadas taxativamente en el artículo 49 de la LAC.

Contra esta decisión del Tribunal ejecutor, la parte interesada puede ejercer el recurso ordinario de apelación bien cuando acuerde su ejecución, bien cuando lo niegue, a los fines que el Juez Superior, revise lo decidido por aquel. Pero este recurso no persigue ya la nulidad del laudo, sino a impedir su ejecución. Contra la decisión que adopte el Juez Superior, cabe el recurso de Casación si se cumple los requisitos formales de este medio extraordinario de impugnación.

CONCLUSIONES

La vida en comunidad conduce a constantes roces y fricciones entre los seres que la componen. Esas necesarias interrelaciones en muchos de los casos concluyen en conflictos de intereses que se hace necesarios solucionarlos, a los fines de buscar la paz social y en definitiva la supervivencia de la vida en comunidad.

En cada época histórica los hombres han encontrado los medios adecuados al momento para resolver sus controversias. La autotutela, cuando rudimentariamente y mediante el uso de la fuerza individual o grupal imponían su voluntad. Luego, las partes de manera forzada concedían a un tercero el poder de dirimir sus conflictos hasta llegar al momento en que el Estado asume esta función como un elemento de soberanía, sin menoscabo que pudieran escoger su árbitro en determinadas circunstancias.

Nace así el arbitraje como un medio de resolución de conflictos, determinada por la autonomía de la voluntad, a través de ella pactan que un tercero resuelva definitivamente y con fuerza de sentencia un conflicto de intereses, sin más limitaciones que las derivadas del orden público y las buenas costumbres.

El arbitraje como medio de resolución de conflictos, a pesar de contar con una trayectoria en el País, pues lo hemos tenido desde los primeros Códigos Adjetivos, su uso no ha sido lo suficientemente promovido debido a factores de órdenes jurídicos, culturales, sociales, políticos y económicos. Asimismo, las instituciones llamadas a fortalecerlo como tal medio alternativo de justicia, en vez de hacerlo tienden a debilitarlo.

El arbitraje debe ser una institución paralela a la justicia Estatal, mediante el cual las partes a través de la autonomía de la voluntad, en aquellos asuntos de su libre disposición, designen a un tercero imparcial para que a través de un procedimiento determinado resuelva un asunto controvertido, mediante un laudo definitivo.

No se trata de arrebatarse al Estado el monopolio del *imperium*, sino que se busquen medios o *equivalentes jurisdiccionales* a través de los cuales

las partes, privadamente, busquen solución a sus conflictos de intereses. De esta manera, lejos de querer usurpar una de las funciones primordiales del Estado, se contribuye en el descongestionamiento del sistema de administración de justicia y por ende se coadyuva en la solución de la crisis del sistema.

El arbitraje es de naturaleza contractual, dado que nace de la iniciativa de las partes, quienes someten la resolución de un asunto litigioso, sobre materia disponible a un tercero, quien no es un funcionario del Estado, no tiene jurisdicción, ni propia ni delegada ni *imperium* y sus decisiones es irrevocable por voluntad de las partes pero no ejecutiva.

El hecho que tanto en la jurisdicción como en sus equivalentes jurisdiccionales, se obtenga similares efectos en cuanto a la satisfacción de determinada pretensión jurídica, no significa que ambos medios sean iguales, aún cuando se obtenga similares resultados: la tutela de los intereses jurídicos.

La naturaleza contractual del arbitraje se hace más patente en el arbitraje comercial, de allí la importancia de los principios como el de favor arbitralis, según el cual, en aquellos casos en que exista dudas sobre la

voluntad de las partes respecto a la elección del arbitraje como medio para resolver sus diferencias de intereses, debe sostenerse su validez.

Por otro lado, debemos destacar que a veces la preocupación no estriba tanto en que encontremos a un medio a los fines de resolver de manera rápida, idónea y segura un conflicto de intereses como la que dentro del proceso que se siga, se tomen las medidas cautelares a los fines que la decisión que se adopte pueda ser satisfecha.

En tal sentido, hablamos de la tutela judicial efectiva, la cual, entendemos se trata de una institución compleja con gran contenido. No es suficiente que encontremos la oportunidad de acceder a los órganos que han de recibir, tramitar conforme a la ley una pretensión y que lo haga con la debida motivación, sino que adopte las medidas cautelares para hacerla efectiva.

En el arbitraje, las medidas cautelares proceden sólo si las partes expresamente han pactado tal posibilidad, de modo que lo primero que debe constatar el órgano es si en el acuerdo de arbitraje se consideró la posibilidad de dictar medidas cautelares, de lo contrario, no puede hacerlo,

pese a que concurriesen los requisitos de procedencia de las cautelares en general.

No discutimos sobre la potestad cautelar del órgano arbitral, dado que el legislador resolvió tal problemática al establecerla expresamente en la ley. Sin embargo, si constituye tema de discusión, el alcance de esa potestad, toda vez que encontramos ciertas limitaciones que debe enfrentar los árbitros.

En efecto, una de esas limitantes en el poder cautelar, además de la indicada voluntad de las partes, viene dada por la naturaleza de la materia en discusión, dado que si no es susceptible de transacción, no puede someterse a arbitraje y por ende no pueden dictarse medidas cautelares.

Pero la limitación más importante a esa potestad cautelar lo constituye la ejecución. En efecto, los árbitros no posee de por sí la *autorictas* como la que ejerce el Estado a través de sus órganos investidos por la ley para ejecutar las medidas cautelares, por lo que se debe solicitar la cooperación del tribunal ordinario a los fines de la ejecución de las medidas dictadas.

Además, al igual que en el proceso ordinario, en el arbitraje, las medidas cautelares sólo pueden solicitarse en un proceso en curso, el cual se inicia con la admisión del libelo de demanda contentiva de la pretensión, esto es lo que ha llamado la doctrina como la *pendente litis*, ello a los fines de cumplir con una de las características: la instrumentalidad, a diferencia de la legislaciones del Perú, por ejemplo, que permite la adopción de medidas cautelares, antes de iniciarse el proceso de arbitraje.

La solicitud de las medidas cautelares debe hacerse desde la constitución del Tribunal Arbitral, cuando se trate de un arbitraje institucional a menos que las partes pacten otra cosa, en un arbitraje independiente, pero siempre dejando a salvo que debe ser dentro de un proceso en marcha, independientemente de la etapa en que se encuentre. La decisión que tome el órgano debe ser motivada.

Como medio impugnativo contra las decisiones cautelares, la parte y terceros cuentan con la oposición como vía primaria de impugnación ante el mismo órgano que las haya dictado. El tercero sigue teniendo la tercería de dominio y el amparo como medio excepcional y extraordinario ante la violación de derechos constitucionales. Además, como las decisiones cautelares son definitivas en cuanto a ese específico asunto, la parte puede

optar con el recurso de nulidad como si se tratase de un laudo definitivo. Ese derecho a impugnar nace con el decreto, sin esperar su ejecución.

Cuando se trata de la ejecución en el País de laudos extranjeros, las partes pueden ejercer su oposición a la ejecución y al Juez que corresponda, negará su reconocimiento y ejecución, cuando exista alguna de las causales indicadas taxativamente en el artículo 49 de la LAC.

Sobre esta materia de ejecución de medidas cautelares dictadas en el extranjero, existe la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, celebrada en Montevideo en 1979, que no ha sido ratificada por Venezuela, pero que nos sirve como principio de derecho internacional privado, aplicable en materia de arbitraje externo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abreu, A., y Mejía, L. (2000). **La Casación civil**. Caracas: Editorial jurídica Alva.
- Araujo, J. ((2000). Medidas cautelares en el arbitraje. **Revista venezolana de estudios de derecho procesal**, 3, 213-216.
- Badell, R., Badell, A., De Grazia, C., Quiroz, D., Hernández, J. y De Sousa, R. (1998). **Comentarios a la ley de arbitraje comercial**. Caracas: Editorial Torino.
- Bandrés, J. (1992). **Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional**. Pamplona: Aranzadi Editorial.
- Barnola, J. (1999). Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral comercial en venezuela. **Revista venezolana de estudios de derecho procesal**, 1, 103-124.
- Baumeister, A. ((1999). Algunas consideraciones sobre el procedimiento arbitral en la nueva ley de arbitraje comercial. **Revista venezolana de estudios de derecho procesal**, 1, 19-73.

Borjas, A. (1947). **Comentarios al código de procedimiento civil venezolano** (Tomo V). Buenos Aires - Argentina: Editorial Biblioamericana.

Brewer, A. (2004). **La constitución de 1999: Derecho constitucional venezolano**. (4ª. Ed., Tomo I). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Cabanellas, G. **Diccionario enciclopédico de derecho usual** (28° Ed., Tomo I). Argentina: Editorial Heliasta.

Calamandrei, P. (1996). **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares** (Trad. M. Ayerra). Buenos Aires: Librería El Foro.

Canova, A. (1999). Una revolución en la forma de concebir los procesos: la efectividad de la tutela judicial y el principio de que no perjudiquen a quien tiene la razón. **Revista venezolana de estudios de derecho procesal**, 1, 269-312.

Código de Procedimiento Civil Venezolano (1985). **Gaceta oficial de la República de Venezuela, N°3970**, (Extraordinario), marzo 13 de 1987. Caracas.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). **Gaceta oficial de la República de Venezuela, N°36860**, (Ordinario). Caracas.

- Cordón, F. (1995). ***El arbitraje en el derecho español: interno e Internacional***. Pamplona: Arazandi Editorial.
- Chillón, J., y Merino, J. (1991). ***Tratado de arbitraje privado interno e internacional*** (2° ed). Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- Chocrón, A. (2000). ***Los principios procesales en el arbitraje***. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Couture, E (1993). ***Fundamentos del derecho procesal*** (3°. Reimp.). Buenos Aires: Desalma.
- Cucarella, L. (2004). ***El procedimiento arbitral***. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Echandía, D. (1997). ***Teoría general del proceso: Aplicable a toda clase de procesos*** (2° ed.). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Figueroa, E. (Comp.). ***Curso de derecho procesal civil***: Giuseppe Chiovenda (Tomo 6). México: Editorial Mexicana.
- Jiménez, S. (1999). ***Medidas cautelares*** (5ª ed.). Caracas: Kelran Editores, C.A.
- Gabaldón, F. (1987). ***El arbitraje: En el código de procedimiento civil***. Caracas: Paredes Editores.

García, J. (2003). Ley de arbitraje de España. [Revista en línea]. Consultado el 09 de enero de 2006. Disponible en: http://www.servilex.com.p./arbitraje/colaboraciones/nueva_ley_arbitraje-españa-html.

Guasp, J. (1985). *La pretensión procesal* (2ª. Ed). Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Henríquez, R. (2000). *El arbitraje comercial en venezuela*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.

_____ (2000). *Medidas cautelares: según el código de procedimiento civil*. Caracas: Ediciones Liber.

Hung, F. (2001). *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Ley de Arbitraje Comercial. (1998). *Gaceta oficial de la República de venezuela*, 36.430 (Extraordinaria), 07 de abril de 1998.

Ley de Arbitraje de España. (2003). *Exposición de motivos*. Disponible en: www.Aryme.com/documentación_objeto/legislación/2003_arbitraje_España_pdf.

Ley de Derecho Internacional Privado. (1998). *Gaceta oficial de la República de venezuela*, N° 36.511, 06 de agosto de 1998.

Liebman, E. (1980). **Manual de derecho procesal civil** (Trad. S. Sentis). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa – América.

Longo, P. (2004). **Arbitraje y sistema constitucional de justicia**. Caracas: Editorial Frónesis, S.A.

Mejía, L. ((1999). Algunas consideraciones sobre el procedimiento arbitral en la nueva ley de arbitraje comercial. **Revista venezolana de estudios de derecho procesal**, 1, 7-18.

Merino, J. (2003). **Aspectos destacables de la nueva ley de arbitraje**. [Documento en línea]. Consultado el 10 de enero de 2006 en: <http://www.Injef.com/php/index.php>.

Mezgravis, A. (2001). La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia. **Revista de derecho constitucional**, 5, 132.

Mogollón, I. (2004). **El arbitraje comercial venezolano**. Caracas: Vadell Hermanos Editores.

Ortiz, R. (2002). **El poder cautelar general y las medidas innominadas: En el ordenamiento jurídico venezolano**. Caracas: Editorial Frónesis, S.A

Picó, J. (1997). **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: J. M. Bosch Editor

Pierre, O. (2004). ***Jurisprudencia del tribunal supremo de justicia mes de abril*** (Tomo I). Caracas: Editorial Pierre Tapia.

_____ (2004). ***Jurisprudencia del Tribunal Supremo de justicia mes de noviembre*** (Tomo II).

Pizani, V. (2004). ***Resolución de conflictos*** (Comp.). Caracas: Velea.

Ponte, M. (2004). ***Las medidas cautelares en el arbitraje comercial. Ensayos de derecho mercantil***, 15, 493-519.

Quintero, M. (1999). De las medidas cautelares en el arbitraje. ***Revista venezolana de estudios de derecho procesal***, 1, 75-85.

Rengel, A. (2003). ***Estudios jurídicos***. Caracas: Academia de ciencias políticas y sociales

Tribunal Supremo de Justicia (2003). ***Jurisprudencias***. Disponibles en: <http://www.tsj.gov.ve>.