

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

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

Trabajo Especial de grado, para  
optar al Grado de Especialista en  
Derecho Procesal.

Autora: Hermann Hernández Jennifer M.

Asesor: Badell Madrid, Alvaro

Caracas, 27 de julio de 2007

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

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE**

Autor: Jennifer M. Hermann Hernández

Asesor: Álvaro Badell Madrid

Fecha: Julio 2007

**RESUMEN**

Con el presente estudio se ha efectuado un análisis de los planteamientos teóricos y prácticos de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral venezolano. Existen posiciones diversas con respecto a la aplicación práctica de las medidas cautelares en el arbitraje, algunas de las cuales son bastante controversiales. Este trabajo pretende hacer un aporte a la comprensión del sistema cautelar en el contexto arbitral, aclarando las limitaciones y procurando encontrar nuevas perspectivas de aplicación. Los arbitrajes ofrecen una solución de controversias más expedita, y contribuyen a aliviar la carga de los tribunales, permitiendo que esos recursos del Estado sean aplicados con mayor eficiencia en la búsqueda de la justicia. Esto a su vez redundaría en una mejor percepción del Poder Judicial a los ojos de los ciudadanos, y al incremento de la idea de seguridad jurídica. El tipo de investigación es de carácter documental y descriptivo, ya que se hizo una serie de revisiones bibliográficas, resumiendo y pormenorizando las diferentes posturas doctrinarias sobre la institución de las medidas cautelares en el proceso arbitral venezolano.

Descriptores: Arbitraje, medidas cautelares, tutela judicial efectiva.

## ÍNDICE GENERAL

	Pág.
ACEPTACIÓN DEL ASESOR	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
RESUMEN	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO	
I. Justificación e Importancia de las Medidas Cautelares.	
Nociones Generales	5
A. Aproximación a la tutela cautelar	5
B. Descripción y objeto de las medidas cautelares	8
C. Características de las medidas cautelares	13
1.- Jurisdiccionalidad	13
2.- Autonomía e independencia	16
3.- Instrumentalidad	18
4.- Homogeneidad	20
5.- Se dictan en cualquier grado y estado de la causa	21
6.- Provisionalidad y urgencia	23
D. Requisitos de procedencia	26
1.- Fumus boni iuris	28
2.- Periculum in mora	29

II. Determinación del Órgano Competente en Materia Cautelar en el Procedimiento Arbitral	30
A. Tesis de la competencia exclusiva de la jurisdicción estatal en materia de tutela cautelar	34
B. Tesis de la competencia exclusiva del tribunal arbitral en materia de tutela cautelar	39
C. Tesis de la competencia concurrente de jueces y árbitros	41
D. Incidencia de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del órgano competente en materia cautelar	42
a) La teoría de los poderes inherentes	46
b) La teoría intermedia	47
c) La teoría de los poderes inherentes	49
III. Tesis de la competencia concurrente. Sistema Venezolano	52
A. La competencia del tribunal arbitral. Artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial	52
B. Papel complementario de los jueces en la adopción de medidas cautelares	60
CONCLUSIONES	71
BIBLIOGRAFIA	77

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES 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 la ciudadana Abogado Jennifer M. Hermann Hernández, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE, 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 días del mes de julio de dos mil siete

---

Alvaro Badell Madrid  
C.I. V-4.579.772

## **INTRODUCCIÓN**

El presente estudio tiene como objeto examinar los aspectos teóricos y prácticos que se plantean sobre la tutela cautelar en el contexto del procedimiento arbitral venezolano.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 y la Constitución de 1999, expresamente se reconoce al arbitraje, y a los medios alternativos de solución de controversias en general, como parte del sistema de justicia.

En este sentido, como medio alternativo de solución de conflictos, el arbitraje contribuye a alcanzar el fin último de aplicación efectiva de justicia, que no es otra que la resolución de la controversia, adoptando una vía más expedita a la ofrecida por el congestionado sistema judicial.

Este aspecto es particularmente relevante en una sociedad compleja, en la cual la capacidad de respuesta de las instituciones judiciales es insuficiente.

De nada sirve un proceso más expedito, pero ineficaz en su ejecución. Se trata entonces de un asunto de interés práctico en el sentido de que, la eficacia misma del arbitraje puede depender, en un determinado momento, de la adopción de una medida cautelar.

En efecto, el desarrollo del proceso arbitral conlleva, necesariamente un lapso de tiempo que, aunque más breve que el de un procedimiento judicial, puede suponer un riesgo importante para las expectativas de las partes respecto de sus bienes o derechos. Ello, por cuanto siempre está latente la posibilidad que la parte que se estime perdidosa tratará por todos los medios a su alcance de entorpecer al máximo el proceso; pudiendo influir también la distinta situación geográfica de las partes implicadas, así como la difícil coordinación de los árbitros, sobre todo, en el caso que se nombre un tribunal arbitral en lugar de árbitro único debido, básicamente, al elevado número de asuntos que conocen al mismo tiempo. Todas estas circunstancias dificultan todavía más, si cabe, la realización de las distintas audiencias u otros actos procesales.

Con todas sus diferencias, en el arbitraje nos encontramos ante un procedimiento sometido a vicisitudes y limitaciones procesales similares a las del procedimiento judicial. Siendo esto

así, parece justo y lógico que ambos procesos gocen de las mismas vías de protección del objeto del litigio. Esto es, desde el momento en que los ciudadanos pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción en determinadas materias incluidas en la esfera de la libre disposición de las partes, para resolver sus diferencias deberían, asimismo, disponer de iguales posibilidades de tutela.

Este paralelismo implica que también en el arbitraje sea indudablemente, parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. Además, se invocan en la Ley de Arbitraje Comercial los mismos principios de audiencia contradicción e igualdad entre las partes en ambos procesos.

La frustración de las decisiones de fondo o de la misma aspiración de justicia es una experiencia marcada en nuestra actualidad procesal y es tan sentida la dolencia del sistema de administración de justicia, que se ha hecho más evidente la necesidad de una acometida fuerte de medidas cautelares que le den sentido al principio del acceso a una tutela judicial efectiva (Quintero, 1999, 75), incluyendo al arbitraje, el cual forma parte del sistema de justicia establecido en la Constitución vigente.

Ahora bien, la doctrina no ha sido conteste sobre este particular, existiendo diversas posiciones sobre el tema y suscitando discusiones diversas que generan resistencia en los sectores que aún dudan de los beneficios que el arbitraje, como medio alternativo de resolución de conflictos presenta.

Este trabajo pretende hacer un aporte a la comprensión del sistema cautelar en el contexto del arbitral, aclarando las limitaciones y procurando encontrar nuevas perspectivas de aplicación.

**CAPÍTULO I**  
**JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS**  
**CAUTELARES. NOCIONES GENERALES**

**A. APROXIMACIÓN A LA TUTELA CAUTELAR**

Se hace necesario partir de la noción de *jurisdicción*; esto es, de la noción de aquella potestad o funcional (llamada *jurisdiccional* o *judicial*) que el Estado, cuando administra justicia, ejerce en el proceso por medio de sus órganos judiciales.

Sobre el particular, Rengel-Romberg (1995, 99 s.s.), siguiendo a Calamandrei, señala que “formando la base de los conceptos de jurisdicción y de acción, se encuentra en el Estado moderno la prohibición de la autodefensa, en virtud de la cual, el derecho individual se encuentra protegido y asegurado por la fuerza del Estado y no por la fuerza de su titular concreto (...)”.  
(Subrayado nuestro)

Para el referido autor, la jurisdicción puede definirse como:

“la función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual y concreta necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses y de asegurar por la fuerza, si fuere necesario, la práctica ejecución de la norma creada.”

De todo lo anterior se desprende que la jurisdicción es una función estatal consistente en la resolución de los conflictos que puedan surgir entre los particulares, pudiendo incluso, hacer uso de la fuerza, para hacer cumplir las resoluciones que en tal sentido se adopten. No obstante, “(...) el monopolio exclusivo del Estado es el poder coactivo para el cumplimiento de las sentencias y no la solución de todas las controversias (...)” (Mezgravis, 2001, 131-132)

Esta función estatal se encuentra regulada en el texto constitucional vigente, y en especial en el artículo 26 que consagra el derecho de acceso a la justicia en los siguientes términos:

“Artículo 26.- 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.”

Desde el punto de vista de la "efectividad" de la tutela jurisdiccional, se puede afirmar que la tutela judicial efectiva significa, sin lugar a dudas, el derecho a utilizar las medidas cautelares, y que las mismas sean oportunas. Como dice Peyrano (1999): "Hoy en día se habla con razón, de la «Jurisdicción Oportuna» que debe procurar no sólo «dar a cada uno lo suyo» sino hacerlo «cuando corresponde», es decir, en tiempo útil, como para satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables."

En efecto, una de las bases del acceso a la justicia es que la pretensión contenida en la acción sea satisfecha.

Surge entonces la efectividad de la sentencia como una garantía constitucional procesal del justiciable frente al Estado, el cual deberá asegurarse, no sólo de brindar el efectivo funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, sino también de garantizar a los administrados que los efectos de la sentencia se cumplirán.

El sistema llamado a garantizar la efectividad de la sentencia es precisamente el sistema cautelar, que se configura entonces como garantía intrínseca del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido la profesora Mariolga Quintero Tirado (1999, 75) ha dicho:

“la frustración de las decisiones de fondo o de la misma aspiración de justicia es una experiencia marcada en nuestra actualidad procesal y es tan sentida la dolencia del sistema de administración de justicia, que se ha hecho más evidente la necesidad de una cometida fuerte de medidas cautelares que le den sentido al principio de acceso a una tutela judicial efectiva”.

## **B. DESCRIPCIÓN Y OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

No existe acuerdo en la doctrina sobre esta figura del derecho procesal que unifica una serie de pretensiones, procedimientos y resoluciones diversos en sus objetos, formas y resultados particulares.

Si buscamos su nombre en la pretensión, tendríamos que designarlas como acción o acciones cautelares o conservativas; si en la forma de sustanciarlas, tendríamos que llamarlas procesos o procedimientos cautelares, y si por la resolución, sentencias o

decisiones cautelares. Pero con ninguna de esas designaciones se logra una idea integral de la institución. (Podetti, 1956, p. 11).

Siguiendo a Podetti (1956), se adoptará el vocablo "medidas cautelares", por cuanto supone una acepción más amplia que la de decisión o resolución judicial, porque indica algo que se cumple. "Tomar medidas" para reparar o solucionar una dificultad no implica solamente una decisión sino que la misma se ejecute. Respecto al sustantivo, se prefiere el de "cautelar" que significa "prevenir" y que señala una anticipación de lo que ha de venir, por motivos de precaución y a la vez da una idea de interinidad.

Desde que una demanda se inicia, hasta el momento que alcanza su definitiva culminación en el pronunciamiento legal denominado sentencia, transcurre un largo período de tiempo, el cual varía de unas legislaciones a otras motivado a las características propias de cada ordenamiento jurídico; pero, en lo general, dicho espacio de tiempo es bastante largo y tanto más largo será cuando alguno de los litigantes con tácticas de mala fe se empeñe en extenderlo hasta un límite que le permite realizar actos inescrupulosos, tendientes a dejar a su contrario vencedor, en situación de no poder hacer efectivo el triunfo.

El remedio para este mal lo han encontrado los juristas del mundo en ciertas medidas encaminadas a evitar que el derecho del litigante triunfador quede burlado por mala fe y la viveza del contrario, que, aunque perdedor, puede resultar ganancioso en tanto y en cuanto no se verá afectado en ningún modo por la decisión que le resulte contraria en teoría al hacerla ineficaz, dejando así al "triunfador" en el juicio en estado de plena inseguridad con respecto al futuro de su acreencia, pues dicho litigante de mala fe no tendrá el menor escrúpulo en continuar escondiendo y colocando a nombre de otros todos aquellos bienes adquiridos o por adquirir y que podrían servir para pagar aquella deuda.

En referencia a la finalidad de las medidas, Feo (1905), citado por Quintero Muro (1979) señala:

"Las medidas precautelativas tienen por objeto evitar que se llegue a burlar el derecho de la parte; bien porque al fin del juicio haya de encontrarse que no existen bienes sobre qué hacer efectivo su derecho, por manejos de su contrario, bien porque se le pongan estorbos indebidos a su procedimiento judicial, embarazando el curso de él para fines incorrectos."

La definición de Feo, es acorde en su explicación con la índole y naturaleza propia de las medidas cautelares: finalizando el juicio que haya dado motivo a las medidas, podrá el Juez de la causa dictar las providencias que tiendan a hacer efectivo el triunfo de la parte gananciosa, a fin de que los bienes afectados por dichas medidas, respondan de la totalidad de la acreencia.

Cuando un litigante cualquiera se enfrenta al tremendo problema que encierra la larga y complicada tramitación de un proceso, lleva casi siempre la aspiración de triunfar y ver logrados sus propósitos; pero esta ambición puede fracasar por la mala fe del perdedor, así como por la inexperiencia o falta de previsión del mismo, que por motivos ajenos al dolo o la mala intención, pueda estar carente al final del juicio de aquellos recursos que al iniciarse tenía para responder de él. Contra tal posibilidad surgen las medidas preventivas, como elemento que tiende a asegurar el derecho del ganancioso en el litigio.

Aún más y extremando las consideraciones acerca de la importancia de las medidas cautelares, que hasta ahora solo nos ha llevado al campo teórico, se puede poner de manifiesto la importancia práctica de las mismas.

Así, desde que se interpone el libelo de la demanda hasta la sentencia definitiva, puede pedirse y acordarse la medida que corresponda tanto en la primera como en la segunda instancia; pero, en realidad, dada la naturaleza de estas medidas, es poco frecuente que un litigante, que sospecha de la honradez o probidad de su contrario, espere a que el proceso llegue a una fase avanzada para solicitar al Juez alguna de las medidas que la ley autoriza para poner en resguardo su derecho.

Carnelutti, citado por Manuel de la Plaza (citado a su vez por Quintero Muro, 1979), diferencia el proceso cautelar del proceso principal en los siguientes términos:

“Hasta aquí el proceso, dice el autor, se consideró como un medio para lograr la justa composición de una litis o de definir un derecho en una relación de medio a fin; mas en antítesis con esta concepción, hay casos en los cuales, aunque ese sea su designio mediato, se trata inmediatamente de garantizar el desenvolvimiento o el resultado de un proceso diverso; de ahí que se reputen definitivos aquellos cuyos efectos sobre la litis o sobre el asunto se producen sin mediación de otro proceso, y que convenga el calificativo de cautelares a los que constituyen una garantía para llevar a buen fin otro proceso a que en ese aspecto se da el nombre de definitivo.”

Bien puede decirse entonces, siguiendo lo anterior, que el proceso definitivo no supone al cautelar, pero por el contrario, el cautelar siempre presupone al definitivo.

### **C. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

#### 1) Jurisdiccionalidad

Algunos autores han llamado a esta característica "judicialidad", sin embargo, compartiendo el criterio del Profesor Ortiz-Ortiz, adoptamos la noción de "jurisdiccionalidad", que atiende a la función mientras que lo judicial atiende el órgano.

Alude esta característica al hecho de que las medidas cautelares sólo pueden ser dictadas por órganos jurisdiccionales a diferencia de otros entes públicos como los órganos

administrativos, en cuyo caso estaríamos frente a actos administrativos.

La función jurisdiccional es la potestad de declarar el derecho de cara a conflictos intersubjetivos y está reservada al Estado, y dentro de éste, a unos órganos especializados que conforman el Poder Judicial.

Cuando el Estado se reserva el poder de resolver los conflictos que surgen entre los particulares, está ejecutando la función propiamente jurisdiccional, lo que implica que toda actividad que está destinada a ejercer garantizar esta función debe enmarcarse bajo dicha potestad. En consecuencia, puede afirmarse que las medidas cautelares tienen un carácter netamente jurisdiccional.

Ahora bien, el carácter jurisdiccional no desaparece cuando nos referimos a la posibilidad que tienen los árbitros de dictar medidas cautelares. Y es que, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el arbitraje, entre otros medios alternativos de resolución de conflictos, forma parte del Poder Judicial y del Sistema de Justicia, según lo dispuesto en el artículo 253 de la norma suprema:

“Artículo 253: La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de resolución de conflictos, los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados y abogadas autorizados y autorizadas para el ejercicio.” (Subrayado nuestro)

Siguiendo el orden de ideas, el artículo 258 ejusdem señala que “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 26 dispone que “Salvo acuerdo en contrario de las partes el tribunal

podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El Tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante". (Subrayado nuestro).

No cabe entonces suponer que las medidas cautelares no tengan un carácter eminentemente jurisdiccional, y que por ello no pueden ser dictadas por un tribunal arbitral. Por el contrario, al ser el arbitraje, por mandato constitucional, parte del Poder Judicial, en ejercicio de la función jurisdiccional, está facultado, salvo acuerdo contrario de las partes, para dictar medidas cautelares.

## 2) Autonomía e Independencia

La autonomía de las medidas cautelares respecto del proceso principal es una autonomía relativa, a saber, es independiente de aquel en lo relativo a los trámites procedimentales, sin embargo, es dependiente o instrumental en cuanto a su existencia misma.

Las razones que sustentan la afirmación de la autonomía de las medidas cautelares respecto de los trámites procedimentales del juicio principal son las siguientes:

- Las medidas cautelares pueden dictarse en cualquier grado y estado del proceso, hasta tanto se produzca sentencia definitivamente firme.
- Constituyen un procedimiento con sus propios trámites, que se inicia mediante una solicitud motivada, que debe probarse suficientemente y que debe ser decidida, en estricto apego a la norma, el mismo día. Está prevista una articulación probatoria y el recurso de apelación contra la decisión.
- Conforme lo dispuesto en el artículo 606 del Código de Procedimiento Civil, si fuere dictada decisión sobre la causa sin que se haya resuelto lo relativo a las medidas cautelares, el Tribunal seguirá conociendo de aquellas, aunque se haya admitido la apelación en uno o en ambos efectos o se haya interpuesto recurso de casación, puesto que se entiende que la sentencia de fondo aún no ha adquirido carácter de cosa juzgada.

- Los procedimientos son tan independientes entre sí que la tramitación de la medida cautelar no prejuzga sobre el fondo de la controversia, no habiendo lugar a la recusación del Juez que dictó la medida.

Las razones anteriores conducen a pensar que las medidas cautelares no constituyen un trámite más del proceso principal ni depende de lo sucedido en dicho juicio para que se haga procedente la medida señalada, salvo por supuesto que la causa haya sido decidida con carácter definitivo y se hubieren agotado todos los recursos contra ella.

### 3) Instrumentalidad

Para Calamandrei esta es la nota verdaderamente característica de las medidas cautelares.

Enseña Calamandrei (1945, 44) que las providencias cautelares no constituyen un fin en 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 aprontar los medios más aptos para su éxito.

Son un instrumento del proceso principal en cuanto se otorgan en consideración al derecho que ha de esclarecerse o actuarse mediante las formas regulares que aseguran la defensa en juicio. Las medidas cautelares tienen una relación de medio a fin con la sentencia definitiva; aquellas son un instrumento de esa finalidad y en consecuencia sus efectos pueden retrotraerse a la decisión que recaiga en el juicio principal.

Así las cosas, pedida y otorgada una medida, sea antes de iniciar el juicio, sea durante éste, y debido también a su carácter provisional, debe caducar con la sentencia definitivamente firme que actúe el derecho que motivo aquella.

A modo de conclusión, hacemos nuestras las palabras de Calamandrei (1945, 45) cuando dice:

“Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela

*mediata*: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado: son en efecto, 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, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*.”

#### 4) Homogeneidad pero no identidad con el derecho sustantivo

Entre el contenido de las medidas cautelares y el juicio principal tiene que haber la suficiente vinculación para que pueda afirmarse que la cautelar es ‘preventiva’ de tal juicio principal; pero, si la vinculación es total, al punto que existe ‘identidad’, entonces habría una ejecución anticipada e indebida del fallo (Ortiz-Ortiz, 2001, 377)

Es decir, la medida cautelar no puede ser idéntica al contenido sustancial de la pretensión principal, ya que de serlo, perdería su naturaleza preventiva para convertirse en una medida ejecutiva que satisface el petitum de fondo sin el transcurso natural del proceso, quedando violentados el derecho al debido proceso y a la defensa de la otra parte.

Por otro lado, la cautelar que se solicita no puede estar tan desvinculada del derecho sustantivo que se reclama que pueda constituirse en una pretensión autónoma y principal.

En conclusión, la homogeneidad significa que la medida cautelar tenga el atributo de prevenir algunos efectos de la sentencia definitiva pero sin satisfacer la pretensión principal (Ortiz-Ortiz, 1999)

5) Se dictan en cualquier grado y estado de la causa

Señala el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil que las medidas cautelares, tanto las típicas como las innominadas, pueden decretarse en cualquier estado y grado de la causa.

Se observa que es esta una de sus características más típicas, lo que trae como consecuencia que pueden dictarse sin que la otra parte tenga ningún conocimiento de las mismas sino hasta el momento en que el Juez se aparezca para cumplirlas, ya que ciertamente como dice Hugo Alsina (1943, Vol. III, 289) "La providencia precautoria se dicta inaudita parte, pero ello no importa violar el principio de bilateralidad, pues permite a la parte adversa, una vez cumplida, discutir su procedencia y extensión".

Es lógico que la medida cautelar pueda dictarse incluso de esta manera, pues si fuese siempre necesario avisar a la otra parte y ponerla en conocimiento del proceso que contra ella se pretenda y que está incoado, estaría sobreaviso, dejando totalmente burlada la naturaleza esencial de este tipo de medidas, que requieren celeridad y sorpresa para cumplir su cabal cometido.

## 6) Provisionalidad y Urgencia

Calamandrei, citado por Ortiz-Ortiz (1997, 503), apunta que “temporal” es simplemente lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada; “provisorio”, en cambio, es lo que está destinado a durar hasta tanto sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual, el estado de provisionalidad subsiste el tiempo intermedio. Y concluye:

“Las providencias cautelares son Provisionales por cuanto los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen temporal (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice con la cláusula rebus sic stantibus) sino que tienen una duración limitada que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, de allí la clasificación de cautelar a las providencias cautelares y las otras providencias serán definitivas.”

Esta característica es la que permite explicar que las medidas cautelares fenezcan al terminar el juicio y que no puedan subsistir

luego de dictada la sentencia, y que esta quede definitivamente firme; además explica que el Juez pueda revocar la medida cuando cesen las causas que la motivaron o que se sustituya la medida por una garantía suficiente.

En este orden de ideas, Henríquez La Roche (1997) señala que las medidas cautelares se encuentran comprendidas dentro de las providencias con la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual, aún estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron, es decir, dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio origen.

Así, si las circunstancias del proceso principal a cuyo tenor el juez acordó una determinada medida cautelar, no debe impedirse una reconsideración de la necesidad de su vigencia. De esto se sigue que se produzca una cosa juzgada meramente formal.

A esta característica, denominada por Henríquez La Roche "variabilidad", Podetti (1956) la llama "mutabilidad", y refiere que las medidas cautelares son mudables en un doble sentido: en cuanto pueden ser sustituidas a pedido del demandado (artículo 590, Código de Procedimiento Civil), y en cuanto deben ajustarse

al fin de la cautela, adaptándose, tanto como sea posible, a las necesidades del caso. La medida solicitada puede entonces ser sustituida por el juez, limitada "teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger y para evitar prejuicios innecesarios al demandado" (artículo 586, Código de Procedimiento Civil), o incluso, aún ejecutada la resolución que la acordó, puede modificarse, ampliarse o limitarse, a pedido de los interesados.

Igualmente, como consecuencia de la característica mencionada en el punto anterior, y conforme a su carácter de mudable o variable, nada obsta para que una medida cautelar, que haya sido rechazada en un momento determinado, pueda ser solicitada nuevamente en el mismo juicio cuando se hubiere modificado la situación de hecho o de derecho que la origina.

Por otra parte, la urgencia viene a ser la garantía de eficacia de las medidas cautelares. La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga a favor de una situación de hecho, es cabalmente suplida por las medidas cautelares.

Como se ha venido señalando, la causa de impulso de las medidas cautelares viene a ser el peligro en el retardo en la

administración de justicia, el cual inevitablemente hace peligrar la satisfacción de la pretensión de la parte demandante.

Este carácter de urgencia se manifiesta en dos aspectos: el primero, está referida a la simplicidad de las formas y los trámites en su procedimiento; el segundo, tiene que ver con la superficialidad en el conocimiento previo en la materia de fondo. Basta que el Juez considere que hay indicio fundado de peligro y de justicia en la pretensión del solicitante, para que decrete la medida.

#### **D. REQUISITOS DE PROCEDENCIA**

Reza el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil lo siguiente:

“Artículo 585.- 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.”

De la norma transcrita se desprenden dos requisitos de procedencia de las medidas cautelares, a saber: la presunción grave de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*) y la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*).

Podetti (1956) señala que son al menos dos los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares, e indica que estos son: la existencia de un derecho garantizado por la ley, el cual debe acreditarse, al menos sumariamente en los autos; y, un interés jurídico que justifique ese adelanto al resultado de un proceso.

Continúa el autor, señalando que ese interés de obrar está fundamentado en el peligro en el cual se encuentra el derecho principal ante la posibilidad de que la actuación normal del derecho llegará tarde.

Pero veamos ahora estos presupuestos de manera particular:

### 1) Fumus boni iuris

Las medidas cautelares, por el propio interés que las justifica, que no es otro que el temor de la frustración en la ejecución de la sentencia definitiva, exigen disminuir o suprimir la instrucción de la causa, y demorar la participación de una de las partes hasta que aquella se haya cumplido.

De allí, que la verificación de la existencia del derecho que presumiblemente asiste al solicitante se haga de forma sumaria, de manera que proporcione la verosimilitud del derecho; es decir, que bajo ciertas circunstancias pueda suponerse, y eventualmente admitirse, su existencia.

Este presupuesto surge de la instrumentalidad de las medidas cautelares, ya que como señala Calamandrei (1945, 74), es esta la que determina que su emanación presuponga un cálculo preventivo de probabilidades acerca de cuál podrá ser el contenido de la futura providencia principal.

## 2) Periculum in mora

Como se refirió anteriormente, este segundo presupuesto es el interés jurídico que justifica las medidas cautelares, en tanto y en cuanto que no existe cautela alguna que no se decrete con el fin de disipar un temor de daño inminente.

El interés procesal de las medidas cautelares encuentra fundamento en el hecho de que, cuando finalmente la justicia se pronuncie, podría ser ya muy tarde para hacer efectivo el derecho sustancial reclamado en el juicio principal. Si existe peligro en el retardo, existe interés actual en obtener la medida cautelar, aunque el interés sustancial que asegurará no sea actual.

El peligro en la demora es requisito común de todas las medidas cautelares, podría incluso afirmarse que constituye su razón de ser jurídica y de hecho.

**CAPÍTULO II**  
**DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA**  
**CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

El recurso al mecanismo de la tutela cautelar en un procedimiento arbitral, que como se ha venido señalando, puede resultar necesario en múltiples ocasiones, plantea como primera interrogante la determinación del órgano legitimado para adoptarlas. Es decir, la difícil cuestión de si la competencia para su adopción corresponde a los árbitros o a los jueces. Un problema que lamentablemente no ha sido resuelto aún por la doctrina.

El hecho de que cada sistema estatal de arbitraje y los reglamentos de las distintas instituciones arbitrales regulen de forma autónoma la cuestión de las medidas cautelares, por un lado, y por otro, la circunstancia de que, en definitiva, la legitimidad de los árbitros o de los jueces para dictar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje vendrá determinada por lo previsto en alguno de ellos, -norma estatal o reglamento institucional-, nos obliga a

efectuar un estudio de las soluciones que mayoritariamente se prevén en los diferentes textos normativos. De su análisis se resaltarán aquellas soluciones que se estime más apropiadas para tratarlas en profundidad en el capítulo siguiente.

Con carácter general, cuando una parte presenta una solicitud de medidas cautelares ante un determinado órgano, bien sea arbitral o jurisdiccional, la primera cuestión que éste deberá resolver es si, efectivamente, tiene poder para garantizar la medida o, por el contrario, carece de él. A tal fin, deberá examinar, por un lado, los términos de la cláusula arbitral, por otro, las normas de arbitraje estatales o institucionales elegidas por las partes y, finalmente, la ley correspondiente que, generalmente, suele ser la ley del lugar de celebración del arbitraje.

Cuando existe un acuerdo expreso de las partes en la cláusula arbitral o en un acuerdo posterior de atribuir el poder en materia cautelar a un determinado órgano, no suele plantearse mayor problema por cuanto que, generalmente, dispondrá de tal poder, salvo que, claro está, las normas imperativas de la sede del arbitraje y las del lugar de ejecución de las medidas de protección prohíban un acuerdo en ese sentido.

Sin embargo, en la práctica, las partes no se suelen pronunciar expresamente acerca de quién será el órgano competente para ordenar medidas cautelares, sino que se limitan a someterse a un determinado Reglamento o sistema estatal de arbitraje. En ocasiones, eligen asimismo la Ley de procedimiento, pudiendo acudirse también a ésta para que determine el órgano competente.

Es por ello que la primera cuestión que debe plantearse es la de concretar cuáles sean las normas que van a determinar el poder de los árbitros o de los jueces para dictar medidas cautelares en función de un arbitraje. Desde el punto de vista del juez estatal, en principio, parece que debería ser la Ley del foro la que resuelva la cuestión. Sin embargo, veremos como esta afirmación no está exenta de críticas.

La doctrina parece admitir de forma unánime, al menos en Francia, que el problema de la determinación del órgano legitimado en materia cautelar es propiamente procedimental. Esto es, será la Ley reguladora del procedimiento arbitral la que determine, asimismo, quién tiene el poder para adoptar las medidas provisionales. Esto significa que, si esta Ley excluye toda

competencia de la jurisdicción estatal al respecto, cualquier solicitud de medidas cautelares dirigida ante un juez le llevará a éste, necesariamente, a declararse incompetente. Y todo ello, con independencia de lo previsto en su *Lex fori*, es decir, aun cuando la Ley del Estado al cual dicho juez pertenece le atribuya poder en esa materia.

En el caso de los árbitros, la cuestión es distinta, en cuanto que, por la misma naturaleza de la institución arbitral, el arbitraje es cada vez más deslocalizado y el árbitro carece de foro propio. De ahí que la determinación de su competencia derive de lo dispuesto en las diferentes normas que afectan directa e indirectamente al desarrollo del proceso arbitral Ley reguladora del procedimiento, Ley del lugar de celebración del arbitraje, ley del lugar de ejecución de la medida. Pero no debe olvidarse, como se verá más adelante, que en ambos supuestos se deberá respetar la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral, con el único límite del orden público internacional. No en vano, la autonomía de la voluntad de las partes constituye el principio rector de todo proceso arbitral.

Todas estas razones apuntadas hacen imprescindible abordar

las posibles soluciones que se recogen en relación a esta cuestión en las diferentes normativas tanto estatales, convencionales, así como en algunos de los Reglamentos Institucionales de arbitraje más relevantes, desde el punto de vista práctico, por cuanto se hace imperativo acudir necesariamente a ellas para averiguar qué órgano resulta competente en materia cautelar.

A continuación se señalan las posturas más resaltantes que sobre este particular se han planteado.

#### **A.- TESIS DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA JURISDICCIÓN ESTATAL EN MATERIA DE TUTELA CAUTELAR**

De acuerdo con esta tesis, la única vía posible para la adopción de medidas cautelares en función de un arbitraje es la judicial. Son muy pocos los sistemas que optan por esta solución, a saber: el sistema italiano y el argentino.

No obstante, se hace necesario determinar cuál debe ser el grado de intervención del tribunal arbitral, esto es, si deben intervenir a título principal o con carácter subsidiario.

Centrándonos en estos sistemas que niegan la competencia de los árbitros en materia cautelar, debemos diferenciar dos grupos, en primer lugar, aquéllos que niegan de forma expresa la competencia de los árbitros; y, en segundo lugar, los que lo hacen de forma implícita.

Así por ejemplo, el sistema italiano de arbitraje, forma parte del primer grupo por cuanto que excluye expresamente en el artículo 818 del Código de Procedimiento Civil (2005) la competencia de los árbitros en materia cautelar al señalar que "*Los árbitros no pueden autorizar secuestros ni otras medidas cautelares salvo disposición contraria de la ley*". Esta norma se considera un principio de orden público, lo que implica que cualquier pacto en contrario de las partes será nulo.

Del mismo modo, la escogencia de las partes de un reglamento de arbitraje que atribuya competencia a los árbitros en materia cautelar carecerá igualmente de valor, desde el punto de vista del derecho italiano.

En Argentina se adopta una solución similar, en efecto, el artículo 753 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación (2002) dispone que: *“Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz substanciación del proceso arbitral”*.

La solución adoptada, en este caso, se estima una anomalía respecto de las soluciones generalmente previstas en el resto de los sistemas de derecho comparado. Y, además, ha sido duramente criticada por gran parte de la doctrina.

Junto a estos sistemas tan rígidos aparecen otros que optan por esta misma solución pero, a diferencia de los anteriores, no lo hacen de forma expresa, sino que cabe deducirlo de su regulación. En estos casos el poder de los árbitros se excluye de forma implícita. Así, por ejemplo, la Ley Brasileña de Arbitraje de 24 de septiembre de 1996, que en su artículo 22, párrafo 4° dispone: *“con la excepción prevista en el párrafo 2°, habiendo necesidad de medidas coercitivas o cautelares, los árbitros pueden solicitarlas a los órganos del poder judicial que serían originariamente competentes para conocer del asunto”*.

En este caso, se habla de medidas coercitivas o cautelares en general. A primera vista se entiende que, con independencia del

tipo de medida de que se trate, serán los jueces los órganos exclusivamente competentes para adoptarlas. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina por interpretar que la competencia en materia cautelar se atribuye a los árbitros y este precepto, en realidad, hace referencia a la solicitud de cooperación de los jueces para hacerlas efectivas, esto es, para ejecutarlas. No en vano esta Ley ha tomado como punto de referencia en muchos aspectos la Ley Modelo CNUDMI de 1985.

En Venezuela, esta tesis es sostenida por José Araujo Parra (2000) quien señala lo siguiente:

“Si entendemos que la Jurisdicción es la función de administrar justicia y que de acuerdo con las leyes que tienen el *imperium* para poder en forma anticipada cumplir los mandatos de la futura cosa juzgada a través de las medidas cautelares, llámese por el temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo o llámese para evitar un daño, es el juez el que tiene el *ius imperium* para dictar medidas cautelares.

Si planteamos esto así y si entendemos (que es nuestra posición) de que el arbitraje es mixto en el sentido aquí expuesto, entenderemos que los árbitros de Derecho y menos los árbitros arbitradores no tienen la facultad de dictar medidas cautelares, sólo tienen la posibilidad de dictar un auto y una vez que

se dicta el laudo arbitral, quien ejecuta el propio laudo no son los árbitros sino los órganos jurisdiccionales, porque los árbitros sólo resuelven el conflicto.

Ahora bien, pero en la ley de arbitraje comercial está prevista en el Artículo 26 la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares y que de conformidad con el Artículo 28 *eiusdem* van los órganos jurisdiccionales a practicar medidas cautelares decretadas por los árbitros. La profesora Mariolga Quintero Tirado, en un excelente trabajo, sostiene que sí es cierto que tal función puede darse. Nosotros vamos más allá y decimos que no es posible, y ese Artículo 26 *eiusdem* es inconstitucional, al igual que el Artículo 28 *eiusdem*, por lo siguiente:

Si hemos sostenido que el arbitraje nace de un acuerdo de voluntades, los árbitros no tienen el *ius imperium*, tienen la *autórta* que viene del laudo arbitral, pero no tienen el poder de dictar medidas cautelares y el artículo 26 de la ley de arbitraje comercial implica una usurpación de funciones porque los árbitros no están entrenados en la esfera del poder jurisdiccional que es un poder público constituido por órganos jurisdiccionales a través del Poder Judicial. Si bien es cierto, Muñoz Sabaté en un libro sobre las cláusulas privadas en el proceso civil, prevé la posibilidad que las partes de común acuerdo establezcan un régimen cautelar distinto, el autor

nada dice que se pueda suplir a los órganos jurisdiccionales para decretar las medidas cautelares porque esto implica el inicio de un proceso y excepcionalmente la ley prevé que se dictan medidas cautelares de tutela autosatisfactivas sin haber un proceso como en el Derecho de Autor.

En conclusión, los árbitros no tienen poder cautelar dada su naturaleza jurídica.”

Más adelante, se expondrán las razones por las cuales no se comparte esta posición doctrinaria, no obstante su exposición se hace necesaria a los fines de contrastar las diferentes tesis existentes y así llegar a una conclusión.

## **B.- TESIS DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN MATERIA DE TUTELA CAUTELAR**

Son diversos los argumentos que sustentan la atribución de competencia exclusiva al tribunal arbitral en materia cautelar:

En primer lugar, el hecho de considerar el arbitraje como una vía autosuficiente de resolución de conflictos. De acuerdo con este planteamiento, no se requiere la colaboración de ningún órgano estatal para resolver las incidencias que se puedan plantear en el desarrollo del procedimiento arbitral, específicamente, la necesidad de adoptar una medida de protección.

No obstante, la adopción de una medida de este tipo de forma exclusiva por los árbitros resulta inviable si se tienen en cuenta las limitaciones a que está sujeta la institución arbitral debido a su inherente falta de poder coercitivo.

La efectividad de la vía arbitral requiere, generalmente, de un cierto grado de colaboración por parte de los tribunales estatales, por lo que no hay ningún sistema, ni estatal ni institucional, que prevea una competencia exclusiva de los árbitros para la adopción de las medidas cautelares.

En consecuencia, esta hipótesis queda descartada, tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico.

La competencia exclusiva de los árbitros y, correlativamente, la incompetencia de los jueces en materia cautelar podría

deducirse, asimismo, de distintas disposiciones legales tales como el artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958, que excluyen la competencia judicial cuando hay un acuerdo de arbitraje. En efecto, esta situación se ha dado con bastante asiduidad en la práctica. Y es que con no poca frecuencia, los jueces se han declarado incompetentes ante la solicitud de una medida cautelar en apoyo de un arbitraje, alegando que existía una cláusula arbitral válida.

Sin embargo, como se señaló en el punto anterior, en algunos sistemas, como el Italiano, el Brasileño o el Argentino, se admite de forma unánime la compatibilidad entre la existencia de una cláusula de arbitraje con la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal.

### **C.- TESIS DE LA COMPETENCIA CONCURRENTES DE JUECES Y ÁRBITROS**

El principio de competencia concurrente de los árbitros y jueces estatales parece ser la hipótesis que con mayor fuerza tiende a implantarse en el ámbito internacional. De hecho, esta es la línea en la que se muestran la gran mayoría de Leyes estatales recientes, así como Reglamentos internacionales de arbitraje.

El modelo por excelencia de esta tendencia es la Ley Modelo CNUDMI de 1985 y, por ende, todas aquellas que en mayor o menor medida se han inspirado en ella. En la misma, la competencia en materia cautelar se atribuye a los jueces y a los árbitros en condiciones de igualdad. Esto implica que las partes podrán dirigirse indistintamente a unos u otros órganos.

Sobre esta tesis se profundizará más adelante.

#### **D.- INCIDENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA CAUTELAR**

El hecho de que en el ámbito del derecho comparado se afirme mayoritariamente la competencia concurrente de jueces y árbitros en la adopción de medidas cautelares, no debe, sin embargo, interpretarse como un principio de carácter absoluto. De hecho existe una serie de límites a esta competencia concurrente, de entre las cuales destaca la autonomía de la voluntad de las partes al respecto. En este sentido, cabe que las partes restrinjan, en cierto modo, la competencia de unos u otros.

El arbitraje se configura desde su inicio como una institución fundamentada en la voluntad de las partes. Son ellas quienes pueden decidir sobre casi todos los extremos del mismo: desde el lugar de celebración, al idioma en el que se va a desarrollar el procedimiento, pasando por las normas aplicables o el número de árbitros, etc. No en vano, el acuerdo de arbitraje constituye la principal fuente del poder de los árbitros.

Si las partes han optado por un arbitraje ad hoc remitiendo a un derecho estatal, reglamento institucional o a la norma de procedimiento que ellos hayan fijado expresamente, se estará a lo que las partes hayan decidido.

Para el caso que las partes opten por un arbitraje

institucional, que suele ser lo más común, será dicha norma la que establezca la forma y procedimiento sobre todas las cuestiones que se planteen en el desarrollo del proceso arbitral, salvo que las partes se hayan manifestado sobre algún aspecto concreto, en cuyo caso prevalecerá su voluntad frente a la ley reguladora del arbitraje, con el único límite de las normas imperativas de la sede del arbitraje y las del lugar de ejecución de las medidas.

Como consecuencia lógica de este fundamento contractual se impone, en primer lugar, acudir a la cláusula arbitral a efectos de poder conocer cuál es la voluntad de las partes respecto de la tutela cautelar, esto es, si se han pronunciado expresamente sobre la cuestión.

Si las partes atribuyen poder a los árbitros de forma explícita no se planteará ningún problema. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones las partes no hacen una referencia expresa a este asunto, sino que se limitan a elegir la normativa que regulará el procedimiento arbitral. Esta última será la que resuelva la cuestión, pudiendo ser un sistema nacional o un Reglamento institucional.

A falta de elección de las partes, se estará generalmente a lo previsto en la ley del lugar de celebración del arbitraje. De manera

que las partes, bien directamente o bien a través de la denominada incorporación por referencia, determinarán el órgano competente en materia cautelar.

En definitiva, cuando exista una manifestación expresa de las partes atribuyendo competencia a los órganos arbitrales en materia cautelar, generalmente éstos se declararán competentes y la dictarán, salvo que la Ley aplicable al procedimiento se lo impida, así como también cuando no se permita en la ley del lugar donde deba ejecutarse la tutela solicitada.

Ahora bien, siguiendo el orden de ideas, es necesario circunscribir realmente el ámbito de injerencia de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la competencia de los árbitros en materia cautelar. Es decir, se requiere responder a la pregunta de si efectivamente pueden las partes decidir sobre la competencia o incompetencia de los árbitros o de los jueces en materia de medidas cautelares.

A tal efecto, la respuesta dependerá directamente de la teoría que se adopte de las existentes sobre la naturaleza del poder de los árbitros. Fundamentalmente son tres las teorías que se han formulado al respecto, a saber:

a) La teoría de los poderes implícitos

Tiene su origen en el fundamento convencional del arbitraje, afirmando que se presume la competencia del tribunal arbitral en materia cautelar puesto que deriva de la propia cláusula arbitral, salvo que las partes dispongan lo contrario.

Esta es la teoría adoptada por el artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL. Supone que el poder del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares debe considerarse implícito en el convenio arbitral, salvo pacto en contrario de las partes.

En este sentido se pronuncia la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, en cuyo artículo 26 se lee:

“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.”

En consecuencia, si las partes negaran expresamente a los árbitros la competencia para dictar medidas cautelares, estos carecerán de cualquier potestad para su adopción, pues, como se ha venido señalando, el punto de partida es, fundamentalmente, el

carácter contractual del arbitraje. En definitiva, de existir una manifestación expresa de las partes, con independencia de los términos del acuerdo, parece que no se plantean dudas al respecto, ya que se estará a lo que ellas dispongan.

El problema surge debido a que en la práctica, los acuerdos de arbitraje no suelen hacer una mención expresa a esta cuestión, limitándose bien a introducir una cláusula estándar en su contrato, sin especificar más; bien, aun cuando no se pronuncian expresamente, lo hacen de forma indirecta a través de una incorporación por referencia. De modo que cuando las partes elijan un determinado reglamento o ley estatal de arbitraje que atribuya poder a los árbitros en materia cautelar se entiende que le han atribuido este poder de forma implícita.

#### b) La teoría intermedia

Conforme este segundo planteamiento, la competencia de los árbitros para resolver la controversia derivada de la cláusula de arbitraje, no incluye el poder para ordenar medidas cautelares

genuinas, esto es, medidas cautelares en sentido estricto. En este sentido, la función de estas medidas no está conectada con la resolución de la controversia, sino que pretende, bien estabilizar las relaciones entre las partes, por ejemplo, a través de una orden de paralización o de continuación de unas obras, impedir la competencia desleal, etc, o bien asegurar la ejecución del laudo arbitral, por ejemplo, mediante una orden dirigida al demandado para que presente una garantía bancaria a favor el demandante, o un embargo de los bienes del demandado, etc.

Es por ello que el tribunal arbitral requiere de una fuente de poder adicional, a efectos de poder ordenar medidas de protección. Esta fuente de poder puede derivar tanto de la Ley, como de un acuerdo de las partes a tal efecto. Salvo que la Ley de forma expresa les legitime o sean las partes quienes pacten su atribución también de forma expresa, se entiende que los árbitros carecen de poder para ordenar las medidas cautelares.

La teoría de los poderes implícitos y la teoría intermedia coinciden en que si hay una voluntad manifiesta de las partes, hay que someterse a lo que en ella se haya dispuesto. La divergencia se produce cuando hay una laguna, bien porque las partes no se

hayan pronunciado, bien porque la Ley elegida guarda silencio. Mientras que la teoría de los poderes implícitos lo interpreta positivamente estimando competentes a los árbitros, en la intermedia se interpreta de forma negativa considerándolos, por tanto, incompetentes. En la primera, hay una presunción de competencia de los árbitros, mientras que en la segunda no.

#### c) La teoría de los poderes inherentes

La tercera de las tesis manejadas por la doctrina es la denominada teoría de los poderes inherentes, de origen anglo-americano. De acuerdo con la misma, el poder de los árbitros para dictar medidas cautelares, que emana del convenio arbitral, se considera un accesorio natural a la competencia para conocer del fondo del asunto. Esto es, la competencia del árbitro engloba todas aquellas cuestiones que son necesarias para resolver la controversia. Este poder que, sin duda alguna, actúa en el ámbito de la jurisdicción estatal ha sido, precisamente, el argumento

esgrimido por algunos tribunales arbitrales para fundar su legitimidad en materia cautelar.

De acuerdo con esta teoría, el principio general en virtud del cual los tribunales estatales gozan de poder para ordenar medidas de protección respecto de un litigio se aplica con la misma intensidad para el caso de los tribunales arbitrales.

Este pretendido poder inherente de los árbitros para ordenar medidas cautelares se proclama únicamente respecto de las partes en el arbitraje y no respecto a terceros ajenos al acuerdo arbitral. Lo cual es lógico, en cuanto que el acuerdo de arbitraje es la fuente de poder de los árbitros.

En resumen, la competencia emana directamente de la cláusula arbitral, pero no de la voluntad de las partes, pues se considera un poder intrínseco de la función arbitral. Los árbitros estarán legitimados y tendrán competencia para adoptar medidas cautelares, con independencia de la voluntad posterior de las partes, pues se entiende que éstas han consentido en atribuirles este poder cuando concluyen el convenio de arbitraje.

Desde el momento en que las partes pactan la cláusula arbitral y encomiendan a los árbitros la resolución de un

determinado litigio, se interpreta que este compromiso les dota de poder para llevar a cabo todas las actuaciones procesales necesarias para resolver la controversia; incluida, por tanto, la adopción de medidas cautelares.

En definitiva, cabría afirmar que las partes sí que pueden decidir sobre la competencia o incompetencia de los árbitros en materia cautelar. De todos modos, teniendo en cuenta las divergencias que derivan de la interpretación del silencio de las partes, sería recomendable que éstas otorgaran expresamente poder a los árbitros en la cláusula arbitral si realmente quieren asegurarse su competencia.

**CAPÍTULO III**  
**TESIS DE LA COMPETENCIA CONCURRENTE.**  
**SISTEMA VENEZOLANO**

**A.- LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL. ARTÍCULO  
26 DE LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL**

El artículo 5° de la Ley de Arbitraje Comercial reza:

“Artículo 5°.- El ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de los árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.”

Una lectura simplista de esta norma podría llevar a suponer que la legislación venezolana adopta la teoría de la competencia exclusiva del tribunal arbitral. No obstante, como se señaló en el capítulo anterior, la tesis predominante en el derecho comparado respecto a la competencia para dictar medidas cautelares en un proceso arbitral es la teoría de la competencia concurrente de los árbitros y de los jueces, adoptada por la Ley Modelo de la CNUDMI en su artículo 17, y seguida, entre muchos otros, por la Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

Señala la norma referida, lo siguiente:

“Salvo acuerdo 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.”

Casi idéntica redacción tiene el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, lo cual supone un importante avance legislativo que pone a Venezuela a la par de las más modernas normativas.

El punto de partida entonces es el poder de los árbitros en materia cautelar, aunque las partes podrán privarles de esta competencia, previo acuerdo mutuo. Así, el ejercicio de este poder por el tribunal arbitral estará, no obstante, sujeto a lo impuesto por las normas imperativas de la ley del lugar de ejecución de las medidas, así como a la ley reguladora del procedimiento arbitral.

A primera vista, pues, sólo cabe una vía que es la arbitral para la adopción de medidas cautelares. Para excepcionar esta regla y, por tanto, privar de competencia a los árbitros se precisa el acuerdo mutuo de ambas partes. Y, todo apunta a que únicamente se podrá acudir a la vía judicial para obtener la tutela cautelar cuando éstas lo pacten expresamente.

En un principio, parece que no cabe la posibilidad de que la parte interesada acuda directamente motu proprio a la autoridad judicial, a tal efecto. Esta opción parte, claramente, del fundamento contractual del arbitraje, de ahí que se de primacía a la autonomía de la voluntad común de las partes.

Es por ello que podría pensarse que se establece una presunción de competencia en favor de los árbitros, en cuanto que si las partes no han manifestado su voluntad en ningún sentido, el

tribunal arbitral es quien está legitimado para su adopción.

La existencia de esta preferencia es bastante cuestionable, en cuanto que utilizan la siguiente fórmula: "el tribunal arbitral podrá (...)".

De las normas citadas se deduce únicamente la legitimación de los árbitros en materia cautelar sin establecer una obligación para ellos. De ahí que, de no adoptarlas pese a la solicitud de las partes, no estarían infringiendo norma jurídica alguna, ni incumpliendo sus obligaciones. En definitiva, la utilización de esta expresión da a entender que no es la única vía posible en materia cautelar.

Surge entonces la interrogante de ¿a qué se refiere entonces el legislador con la expresión: "salvo acuerdo contrario de las partes"?. Para responder esta cuestión se hace necesario determinar qué es lo que podrá ser objeto de pacto entre las partes.

Según se extrae del mandato de la norma, las partes podrán acordar la exclusión de los árbitros para la adopción de las medidas cautelares. Obviamente, si se descarta la competencia de los árbitros es porque se va a optar por recurrir a los jueces. Pero, no

es necesario que se pronuncien de forma expresa excluyendo el poder de los árbitros, sino que la mera solicitud de medidas cautelares por una de las partes ante los jueces ya se entenderá como un acuerdo en contrario en el sentido del precepto. Sobre todo, porque como se ha visto no existe un poder preferente de los árbitros sobre el particular.

La facultad de dictar medidas cautelares de los árbitros prevista en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial deviene, como se ha repetido incesantemente en este trabajo, de un acuerdo de voluntades, es decir, encuentra su fuente en el principio rector del arbitraje, cual es la autonomía de la voluntad de las partes.

En consecuencia, y aplicando un viejo adagio que refiere que "quien puede lo más, puede lo menos", mal podría negarse esta atribución a los árbitros que, con fundamento en la fuerza vinculante del acuerdo de arbitraje suscrito por las partes, decide con efecto de *cosa juzgada* el fondo de la controversia, pudiendo afectar claramente el derecho de propiedad de la parte vencida, con mayor razón y con base a esos mismos fundamentos, podría adoptar medidas cautelares cuya finalidad inmediata es la de

asegurar de manera preventiva la eficacia práctica del laudo arbitral. (Mezgravis, 2004, 25-26)

El fundamento inmediato del arbitraje es acuerdo de arbitraje, pero el sostén que legitima todas las actuaciones de los árbitros y el carácter vinculante del laudo, como verdadera sentencia, es la propia ley que, en desarrollo de los principios constitucionales, autoriza, tanto en la Ley de Arbitraje Comercial como en el Código de Procedimiento Civil, la posibilidad de que las partes sometan sus controversias, relativas a materias sujetas a la transacción, a la consideración y decisión de terceros imparciales escogidos por ellos mismos de común acuerdo.

Obviamente lo anterior comporta una parte de la función jurisdiccional, y en este sentido conlleva el aseguramiento de la efectividad de la decisión, razón por la cual no puede abstraerse al árbitro del poder cautelar en razón del compromiso arbitral, salvo que así lo acuerden las partes.

Lo anterior ha sido reconocido por el propio Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político-Administrativa, mediante sentencia de fecha 10 de octubre de 2001, en la que expresó:

“(...) la potestad para dictar medidas cautelares en los procedimientos arbitrales, en cabeza, sin lugar a dudas

del tribunal arbitral, o más concretamente, de los árbitros, que conociendo el fondo de la causa, deben entenderse facultados para garantizar la efectividad del laudo arbitral (*periculum in mora*), lo cual es el fundamento y la justificación de la tutela jurisdiccional cautelar.” (Subrayado nuestro)

A mayor abundamiento, no puede dejarse de lado el texto constitucional que, no sólo consagra en su artículo 26 el derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales, sino que en su artículo 253 incluye los medios alternativos de resolución de conflictos –de entre los cuales el arbitraje tiene especial relevancia- dentro del sistema de justicia, y, yendo incluso más allá, en el artículo 258 *eiusdem* manda su promoción junto a la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

En este estado, y con arreglo a ese marco de diseño de un sistema resolución de conflictos que sea eficaz, en el ámbito de los sistemas alternos de justicia, específicamente en el arbitraje, no cabe si no considerar inconstitucional que se limite el acceso a las medidas cautelares. (Quintero Tirado, 1999, 76)

El árbitro es un verdadero juez privado en ejercicio de la potestad jurisdiccional, y por ende, debe colegirse que la atribución

jurisdiccional de conocimiento y decisión de la causa, va de la mano con la de prevenir el derecho controvertido y asegurar la eficacia de la administración de justicia.

Haciendo nuestras las palabras de la profesora Quintero Tirado (1999, 79):

“Lo cierto es que, en un encuadre dentro de la noción garantista del arbitraje, como institución procesal, alejada de la noción ferroviaria del instituto, resulta armónico sostener que si ese instituto tiene como objetivo resolver, previo convenio, las cuestiones disponibles por las partes, la potestad arbitral debe integrar la del decreto de medidas cautelares, porque es de su esencia que los sujetos en litigio accedan a una tutela procesal efectiva, a la que no han renunciado por alternar en este medio de solución de conflictos.”

No obstante lo anterior, es necesario distinguir entre la facultad que tienen los árbitros para decretar la medida (etapa de cognición del proceso) y lo que vendría a ser su ejecución forzosa (etapa de ejecución).

Como se ha referido, lo realmente inherente al llamado “monopolio exclusivo del Estado”, no es la resolución de controversias, sino el uso del poder coactivo, el uso de la fuerza

para hacer efectiva una decisión de los tribunales, sean estos estatales o arbitrales.

Es aquí cuando la Ley entonces remite al árbitro a “pedir la asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente (...) para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten”.

## **B.- PAPEL COMPLEMENTARIO DE LOS JUECES EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES**

El alto grado de autonomía en el arbitraje no es sinónimo de exclusividad arbitral. A pesar de los esfuerzos en el derecho comparado por hacer de esta una institución cada vez más independiente y autónoma de los tribunales estatales, en la práctica todavía se precisa la colaboración de los jueces ya que sólo ellos disponen de poder coercitivo para hacer efectivas las cláusulas de arbitraje, así como los laudos. Este poder de los jueces, sin embargo, no puede quedar sustituido totalmente por las instituciones de arbitraje, puesto que sólo ellos gozan de la

prerrogativa del poder estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De modo que cuando se requiera una actuación de los árbitros que implique la utilización de poder coercitivo si la parte no cumple de forma voluntaria, tan sólo los jueces podrán forzar el cumplimiento. Sin la intervención y asistencia de los jueces el arbitraje sería totalmente inefectivo.

La vía arbitral debe concebirse, pues, como un método habitual de resolución de controversias en el que la cooperación de ambas instituciones ha de verse como un elemento necesario y absolutamente natural, ya que es, precisamente, esta colaboración la que la convierte en una alternativa sumamente atractiva para las partes, por cuanto que la dota de eficacia y seguridad jurídica.

En teoría, se debe partir de un principio general en virtud del cual el poder de los árbitros para dictar medidas cautelares se corresponde con una correlativa obligación de las partes de cumplir lo ordenado por ellos. Obligación de las partes que surge de la misma fuente de poder que la autoridad de los árbitros, esto es, del acuerdo de arbitraje. Y es que, desde el momento en que las partes insertan una cláusula arbitral en un contrato, no sólo están atribuyendo poder a los árbitros, sino que se comprometen a

cumplir las decisiones que dicho órgano pueda emitir en el desarrollo del procedimiento.

Lamentablemente, el proceso arbitral puede verse infectado de las mismas artimañas y tácticas fraudulentas que suelen emplear los litigantes cuando se saben perdidosos, por lo que, no solo se hace necesario reconocer la facultad arbitral de decretar medidas cautelares que aseguren al solicitante un resguardo de su derecho, sino que es muy probable que dichas medidas deban hacerse cumplir, incluso por la fuerza.

Es correcto afirmar que la institución arbitral carece de imperium, es decir, no tiene poder para ejecutar forzosamente las mismas, de allí que el legislador patrio establezca expresamente el auxilio de los tribunales estatales para ejecutar aquellas medidas que requieran del empleo de acciones compulsivas.

Es precisamente en el ámbito de las medidas cautelares donde los jueces y los árbitros deben llevar a cabo una estrecha colaboración para que esta vía de resolución de controversias sea verdaderamente efectiva

La redacción del artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial no restringe en forma alguna la facultad de cognición, y en

consecuencia, la competencia de los árbitros para dictar las medidas cautelares que consideren necesarias respecto al objeto del litigio. En efecto, la norma referida amplía el campo de acción de los árbitros con la redacción del artículo 28 eiusdem que dispone:

“Artículo 28.- 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.”

Llama la atención que el legislador utiliza en esta norma, nuevamente, la expresión “podrá”, lo cual lleva a la elemental deducción de que pueden darse casos en los que efectivamente no se requiera una intervención, mejor dicho, una colaboración, del tribunal estatal.

Así, lo anterior aplica sólo para aquellos casos en los que las medidas cautelares decretadas, efectivamente requieran “del uso de la fuerza pública” para ser ejecutadas, como sería el caso, por ejemplo, de un embargo o de un secuestro, no así una medida de enajenar y gravar, la cual debe ser acatada por el Registrador

Inmobiliario competente como si de un Tribunal de la República se tratara con el solo oficio que a los fines competentes dicte el tribunal arbitral.

Por otra parte, resulta importante destacar que la facultad cautelar otorgada por la Ley de Arbitraje Comercial a los árbitros implica su ejercicio, en la parte cognitiva, evidentemente, conforme todas las directrices generales que amparan su naturaleza.

Dado que la Ley de Arbitraje Comercial no hace mención alguna sobre los requisitos de procedencia que deben ser tomados en cuenta por los árbitros cuando les sean solicitadas medidas cautelares, se entiende que, deberán examinar los presupuestos de procedencia de las mismas previstos en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil: el *fumus boni iuris*, o presunción del buen derecho que presumiblemente asiste al solicitante de la medida, y el *periculum in mora*, que concierne a la presunción de existencia de circunstancias de hecho (retardo en el juicio, hechos del demandado) que, de existir el derecho que se reclama, harían verdaderamente temible el daño inherente a la no satisfacción del mismo.

No obstante, algunos autores (Mezgravis, 2004) opinan que los árbitros deben dictar las medidas cautelares según su propio arbitrio, con arreglo a su leal saber y entender, sin estar sujetos a previa determinación legal.

El argumento anterior encuentra fundamento en la redacción del artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial que señala que el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias, expresión esta que autoriza

Pero la colaboración o asistencia de los tribunales estatales no se limita a la ejecución de las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

Existe otro supuesto en el que se hace necesaria la intervención del tribunal estatal en post de la garantía de la tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares.

Así, quien se vea perjudicado por una acción o inacción de su contraparte antes que se haya instalado el tribunal arbitral puede encontrarse ante un virtual vacío al no tener donde acudir a solicitar una medida preventiva.

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 5° de la Ley de Arbitraje Comercial pareciera tener por efecto excluir a la jurisdicción ordinaria.

Además, si se acude ante la jurisdicción ordinaria puede eventualmente entenderse, que quien lo hace, renuncia, al menos de manera tácita, a la jurisdicción arbitral.

Así, el eventual solicitante de una medida preventiva tendría que esperar a que se constituya el tribunal arbitral, lo que eventualmente tomará un tiempo considerable, por cuanto en la mayor parte de los centros de arbitraje, el tribunal arbitral se constituye luego que se haya presentado la demanda y ésta haya sido contestada.

Tal situación sería contraria a todos los principios que, según se ha venido exponiendo, fundamentan la constitucionalización del arbitraje y las facultades de los árbitros para dictar medidas cautelares a los fines de garantizar la tutela efectiva.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI, contiene una disposición orientadora que de manera expresa autoriza a los justiciables a acudir a los tribunales ordinarios a solicitar medidas preventivas. El texto reza sí:

“Artículo 9.- Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal.

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.”

Si bien, la Ley de Arbitraje Comercial y el Código de Procedimiento Civil no contienen una norma de contenido similar, en nuestro criterio, este silencio, atendiendo a principios generales más elevados, no puede ser interpretado como un impedimento para que las partes acudan ante un tribunal estatal a ejercer la tutela cautelar como parte del derecho de acceso a la justicia y una tutela judicial efectiva.

En este sentido, Martin-Ponte (2004, 505) escribe:

“En este sentido, y habida cuenta de la norma venezolana con el artículo 23 de la novísima Ley de Arbitraje Española de 2003, que tampoco reconoce de manera expresa la posibilidad de que los particulares afectados puedan solicitar medidas cautelares a los tribunales ordinarios, nos permitimos citar lo que sobre este particular reseña la Exposición de Motivos de esta Ley.

Veamos:

Y se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno renuncia

tácita al arbitraje; aunque tampoco hace actuar sin más el efecto negativo del convenio arbitral. Con ello se despeja cualquier duda que pudiera subsistir acerca de la posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto a una controversia sometida a arbitraje, aún antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado. Esta posibilidad es indudable a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es importante que se recoja también en la Legislación de Arbitraje. Además, da cobertura a una eventual solicitud de medidas cautelares ante un tribunal extranjero respecto de un arbitraje regido por la ley española.”

Mal podría entonces negarse la posibilidad a las partes, de acudir, antes de la constitución del tribunal arbitral, a los tribunales estatales ante la inminencia de un probable daño para ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo alcance puede ser resumido en el siguiente extracto de sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 10 de mayo de 2001:

“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 solo 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 de la Constitución), 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 a la defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaaura” (Subrayado nuestro)

Siguiendo el orden de ideas, lo conducente es entonces interpretar el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial de manera amplia con el fin de garantizar los derechos de las partes, permitiendo entonces el acceso de las mismas a la justicia ordinaria cuando, antes de la constitución del tribunal arbitral, requieran el decreto de medidas cautelares, no pudiendo el

tribunal ordinario excepcionarse ante dicha solicitud bajo el alegato del artículo 5° eiusdem, puesto que dicha norma se refiere al fondo de la controversia.

## **CONCLUSIONES**

Conocida es de todos la compleja situación que atraviesa el sistema judicial venezolano, y que en general afecta a los sistemas judiciales latinoamericanos, que a pesar de las reformas de códigos y leyes, se siguen caracterizando por su ineficiencia e ineficacia debido a la insuficiencia de infraestructura y de recursos técnicos y humanos que permitan una verdadera tutela judicial efectiva.

Es así como se hace cada vez más necesario retomar los hoy denominados medios alternativos de resolución de conflictos, entre los que encontramos el arbitraje, los cuales, de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1999 forman parte del sistema de justicia, y que vendrían a descongestionar a los tribunales que están sobrecargados de causas sin decidir, contribuyendo a alcanzar el fin último de aplicación efectiva de justicia, que no es otro que la resolución de controversias, adoptando una vía más expedita a la ofrecida por el sistema estatal.

La jurisdicción consiste en la potestad o función del Estado de administrar justicia, ejercida en el proceso por medio de sus órganos judiciales (Calamandrei, 1973, 114). Son los órganos judiciales con los que la autoridad mantiene el orden, cuando se produzcan ciertas situaciones entre los justiciables, y estos órganos pueden ejercer,

conforme a la ley, una jurisdicción de equidad o una de derecho. A ese fin, la jurisdicción administra justicia, resolviendo conflictos, mediante un proceso contradictorio que es resuelto por una persona imparcial, autónoma e independiente.

Los árbitros pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, como lo son los jueces de paz y otras figuras que pueda crear la justicia alternativa.

La justicia alternativa (arbitramentos, justicia por conciliadores, etc.), es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos, de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; produce decisiones que se convierten en cosa juzgada, ejecutables (lo que es atributo jurisdiccional, y que aparece recogido en las normas sobre ejecución del laudo arbitral de la Ley de Arbitraje Comercial así como en el numeral 1 del artículo 9, y en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz y en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil), y por tanto es parte de la actividad jurisdiccional.

Sin embargo, resulta innegable que esa otra cara de la jurisdicción constituida por los órganos que administran la justicia alternativa despliega, por ello mismo, potestades públicas y, en ejercicio de ellas, dicta actos de incontestable carácter jurisdiccional.

Los árbitros, al igual que cualquier juez, dirimen conflictos o controversias entre partes, siendo ese su objetivo, e incluso pudieran

producir actos con efectos constitutivos. Su finalidad, como la de cualquier juez, es mantener la paz social, la cual es un valor de la República y de la comunidad, lo que le permite a la actividad jurisdiccional, en los casos señalados por la ley, controlar al Estado.

Es innegable entonces la naturaleza jurisdiccional de los medios alternativos de resolución de conflictos, incorporados al sistema de justicia, entendido en forma cabal. Obviamente, el arbitraje, goza también de tales atributos y, entendiéndolo, la propia Carta Magna en sus artículos 26 y 258 propugna su acceso como mecanismo de resolución de conflictos intersubjetivos de intereses.

De este modo, la ley otorga a las partes la posibilidad de acudir al arbitraje para dirimir las controversias surgidas entre ellas, y el laudo que culmine dicho proceso goza de plena eficacia y puede incluso revestirse con la fuerza de la cosa juzgada. Reconoce así el legislador la capacidad que tienen los particulares de resolver sus diferencias a través del mecanismo que resulte más acorde con sus intereses, como parte integrante de su libertad contractual.

Sin embargo, la existencia de estos medios alternativos no presupone mella alguna en atributos exclusivos de los órganos del Poder Judicial, pues cuestiones fundamentales de orden público se hacen inderogables frente a la voluntad de los particulares. Uno de estos atributos, precisamente, es la facultad de los órganos del Poder Judicial para ejecutar lo decidido en sede jurisdiccional. En materia de

arbitraje, por ejemplo, si bien la propia Ley de Arbitraje Comercial (artículo 48) reconoce la fuerza ejecutoria del laudo arbitral, dictamina que tal ejecución debe solicitarse ante un «*Tribunal de Primera Instancia competente*». De modo tal que, desde este panorama, el Estado considera indeclinable el ejercicio de su autoridad para imponer incluso de forma forzosa el cumplimiento de una decisión.

Siguiendo el orden de ideas, las medidas cautelares son una institución orientada a garantizar a las partes interesadas la fiel y efectiva ejecución de la decisión de la controversia, sea esta en vía jurisdiccional o arbitral.

Aún existen gran número de países que no reconocen en su ordenamiento jurídico facultad a los árbitros para dictar medidas cautelares. No así la Ley de Arbitraje Comercial venezolana vigente de 1998. que conforme lo dispuesto en los artículos 26 y 28 de la Ley de Arbitraje Comercial, son del tenor siguiente:

“Artículo 26. Salvo acuerdo 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.

[..omissis..]

Artículo 28. 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 les sean aplicables.”

Las normas transcritas, reconocen la potestad de tutela cautelar conferida a los árbitros, como mecanismo asegurativo de los resultados del juicio y parte integrante del derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, es de notar que el citado artículo 28 refiere que para la ejecución de tales cautelas, el tribunal arbitral «podrá» pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente. A pesar de la utilización de la fórmula «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, las 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.

En refuerzo de esta imposibilidad, debe reiterarse que la protección de terceros ajenos a la litis y que pudieran ver afectados sus intereses, también se enfrenta con la pretendida facultad del árbitro de ejecutar medidas cautelares.

En los términos expuestos, a menos que las partes acuerden lo contrario, el órgano arbitral constituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso, su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; pero su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en esta materia, razón por la cual es imperativo –no facultativo– que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial. A éstos, en cambio, nada compete resolver sobre la existencia o no de los presupuestos procesales que dan lugar a la cautela, sino simplemente su puesta en práctica.

Sin embargo, se acota que para ello luce al menos indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución, etcétera; todo ello en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros.

## BIBLIOGRAFÍA

Alsina, H. (1943). **Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores

Anzola, E. (s/a). **¿Quién puede decretar medidas preventivas en el arbitraje comercial?**[Documento en disquete]

Araujo Parra, J. (2000). *Medidas Cautelares en el Arbitraje*. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**, 3.

Calamandrei, P. (1973). **Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: EJEA.

Codice di Procedura Civile (2005). **Decreto Legislativo N° 40** Febrero 2, 2006. Disponible: [www.altalex.com](http://www.altalex.com) [Consulta: marzo 2007]

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (2002). **Ley N° 25488** Mayo 20, 2002. Disponible: [http://www.ftaa-alca.org/busfac/canal\\_s.asp](http://www.ftaa-alca.org/busfac/canal_s.asp) [Consulta: marzo 2007]

Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) (1958). 10 de junio de 1958. Disponible: <http://www.uncitral.org>

Fairen Guillén, V. (1992). **Teoría General del Derecho Procesal**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México

Feldstein de Cárdenas, S. y Leonardo de Herbón, H. (s/a). **El Arbitraje** Buenos Aires: Abeledo-Perrot

Henríquez La Roche, R. (1997) **Código de Procedimiento Civil**. Caracas: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia

LEI N.º 9.307 (1996), Septiembre 23, 1996. Disponible: [http://www.ftaa-alca.org/busfac/canal\\_s.asp](http://www.ftaa-alca.org/busfac/canal_s.asp) [Consulta: marzo 2007]

Ley de Arbitraje Comercial. (1998). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, N° 36.430 (Extraordinaria), Abril 7 de 1998.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Sobre Arbitraje Comercial (1985). **Resolución 40/72**, 21 de junio de 1985. Disponible: <http://www.uncitral.org>

Martin Marchesini, G. (2006). *Las Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral Comercial*. **Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación** [Revista en línea]. Consultado el 2 de diciembre de 2006 en: [www.servilex.com.pe](http://www.servilex.com.pe)

Martín-Ponte, R. (2004). *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial*. **Libro Homenaje a Jorge Enrique Nuñez**. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. (Colección de Libros Homenaje N°15)

Mezgravis, A. (2001). *La Promoción del Arbitraje: Un Deber Constitucional Reconocido y Vulnerado por la Jurisprudencia*. **Revista de Derecho Constitucional**, 5, 131-152

\_\_\_\_\_ (2004). *Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano*. **Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila**, 5, 19-69

Parra Quijano, J. (1999) *Las Medidas Cautelares en el Contexto Procesal del Nuevo Milenio*. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**, 1, 1-14

Peyrano, W. (1999) *Soluciones Urgentes No Cautelares (Medida Autosatisfactiva)*. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**, 1, 15-26

Podetti, R. (1956). **Tratado de las Medidas Cautelares** Buenos Aires:Ediar Soc. Anón. Editores

Ortiz-Ortiz, R. (1997). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas** Caracas: Paredes Editores

\_\_\_\_\_ (1999). **Las Medidas Cautelares Innominadas** Caracas: Paredes Editores

\_\_\_\_\_ (2001). **Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa** Caracas: Editorial Fronesis C.A.

Quintero Muro, G. (1979). **Medidas Preventivas**. Caracas: Fabreton Editores.

Quintero Tirado, M. (1999). *De las Medidas Cautelares en el Arbitraje*. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**, 1, 75-85

\_\_\_\_\_ (2000). *Las Medidas Cautelares Frente a los Retos del Nuevo Milenio*. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**, 3, 41-56

Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (2005). Caracas: Cámara de Comercio, Industria y Servicio de Caracas.

Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) (2000). Caracas: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

Rengel-Romberg, A. (1995) **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el Nuevo Código de 1987)**. Caracas: Editorial Arte

Sarmiento Sosa, C. (1999). **Ley de Arbitraje Comercial** Caracas: Livrosca

Sánchez Palencia, S. (2005). **El Derecho Aplicable al Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Venezolano** Caracas: Universidad Católica Andrés Bello