

TESIS  
DP2004  
A53

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO  
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
AREA DERECHO  
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL

**MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL**

Trabajo Especial de Grado presentado  
como requisito para optar al Grado de  
Especialista en Derecho Procesal

**Asesor:**  
Abog. Paolo Longo F.

**Autor:**  
Abog Luis Manuel Alcalá Guevara

Maturín, Enero 2004

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO  
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
AREA DERECHO  
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL**

**APROBACION DEL JURADO**

**MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL**

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal, aprobado en nombre de la Universidad Católica Andrés Bello, por el jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los \_\_\_\_\_ ( ) días del mes de \_\_\_\_\_ de Dos Mil Cuatro (2004).

\_\_\_\_\_

## INDICE GENERAL

	Pág.
<b>RESUMEN</b>	VII
<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>CAPITULO I. NOCIONES GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES</b>	
<b>CAUTELARES</b>	6
Concepto de Medidas Cautelares	6
Características de las Medidas Cautelares	11
Instrumentalidad	
Instrumentalidad Mediata	12
Instrumentalidad Inmediata	12
Provisoriedad	13
Judicialidad	13
Variabilidad	14
Urgencia	15
De Derecho Estricto	16
Autonomía e Independencia	17
Homogeneidad pero No Identidad con el Derecho Sustantivo	17

Se Dictan en Cualquier Estado y Grado de la Causa	18
Dispositividad y Flexibilidad	18
Clasificación de las Medidas Cautelares	19
Finalidad de las medidas Cautelares	21
Requisitos Procedimentales de las Medidas Cautelares	24
Periculum in Mora (o Peligro en el Retardo)	24
Fumus Bonis Iuris (o Verosimilitud en el Derecho)	26
Periculum in Damni (Peligro De Daño)	29
Razones por la que los Jueces Pueden Dictar Medidas Cautelares	31
Concepto de Potestad Cautelar	33
Poder Cautelar Determinado, Especifico y Concreto	34
Poder Cautelar General	36
Finalidad Del Poder Cautelar General	38
Finalidad mediata	38
Finalidad Inmediata	39
Base Constitucional y Legal en Venezuela de las Medidas Cautelares	40

<b>CAPITULO II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARBITRAJE</b>	<b>52</b>
Definición de Arbitraje	52
Características del Arbitraje	59
Resolución de Conflictos Intersubjetivos	59
Intervención de Terceros	60
Naturaleza Disponible del Objeto Litigioso	61
Voluntad en el Sometimiento	62
Decisión Definitiva e Irrevocable	63
Clasificación del Arbitraje	64
Ventajas del Arbitraje	67
Naturaleza Jurídica del Arbitraje	70
Tesis Contractualista o Privatista	72
Tesis Jurisdiccionalista, Publicista o Procesalista	77
Tesis Intermedia o Sincrética	82
 <b>CAPITULO III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL</b>	 <b>91</b>

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO  
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO  
AREA DERECHO  
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROCESAL**

**MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL**

**Autor: Abog Luis Manuel Alcalá Guevara  
Asesor: Abog. Paolo Longo F.  
Año: 2004**

**RESUMEN**

El presente trabajo documental abarcó un tema de singular importancia, como es el tema del arbitraje comercial que sin duda alguna se ha convertido en una respuesta a la grave crisis institucional que está sufriendo el poder judicial, por las características mismas de esta institución, entre las que destacan la celeridad y la confianza que genera que los árbitros sean personas adecuadas y preparadas para cada caso en particular. La finalidad de este trabajo es analizar la procedencia de las medidas cautelares en el arbitraje comercial, tanto desde un punto de vista legislativo, como doctrinal, así mismo se estudio las normas legales y constitucionales que sirven de base para determinar la potestad cautelar de los árbitros en el arbitraje comercial, a fin de conocer los alcances y los límites de ese poder cautelar general, su pertinencia y si los jueces tienen potestad revisoria frente a la cautela. Constituyó una investigación monográfica a un nivel descriptivo utilizando los métodos cualitativos, con apoyos documentales, recolección de bibliografías y análisis de los diversos criterios relacionados con el tema investigado. El instrumento que sirvió de apoyo a la investigación fue la matriz de análisis de contenido conformada por las referencias bibliográficas y documentales, libros, textos legales, documentos y jurisprudencia. Los resultados obtenidos permiten concluir que la discusión sobre la procedencia de las medidas cautelares en el arbitraje comercial ha sido superada al establecerse expresamente esa facultad en la Ley de Arbitraje Comercial, por otro lado existe la evolución importante de esta institución con la entrada en vigencia de la Constitución Venezolana 1999, donde la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos, y el arbitraje forma parte del sistema de justicia, en concordancia con la obligación del Estado de garantizar una tutela judicial efectiva a todos los ciudadanos que sin duda se logra con la potestad cautelar otorgada a los árbitros en el arbitraje comercial.

**Descriptor:** Medidas cautelares, poder cautelar, arbitraje, arbitraje comercial, laudo arbitral, árbitros, tutela judicial efectiva.

## INTRODUCCION

El arbitraje se ha convertido en uno de los medio alternativos mas populares para solucionar controversias comerciales tanto a nivel nacional como internacional.

Asumir el arbitraje constituye una de las formas jurídicas más relevantes para la toma de decisiones y resolución de conflictos más efectivo, que surgen entre las personas, ya que su génesis se remonta a un sistema de solución de controversias que se le atribuían a un tercero para que este decidiera sobre un particular, poniéndole fin de este modo a otros mecanismos de resolución de conflictos, como lo era hacerse justicia por cuenta propia.

Según ello, cabe el análisis y profundización acerca del cambio que produce toda evolución antes de existir otras formas de organización judicial, donde las partes someterán sus discrepancias a otras personas y estas aceptaban desde el inicio con carácter obligatorio el dictamen resultante, se esta ante una solución arbitral.

Con la evolución de la organización del Estado, surgieron perfeccionamientos de las instituciones judiciales cuyo propósito era impartir justicia mediante un sistema permanente con procedimientos sistematizados,

previamente establecidos para cada uno de los casos que se le presentara y así dar solución a la situación particular.

Esta misma evolución trajo consigo una estructura nada dinámica sino más bien compleja y pesada, donde ya el mismo sistema no da una solución efectiva y eficaz a una situación en concreto, en un lapso previamente determinado, donde se consiguen cada día tribunales más abarrotados de causas, donde la respuesta en lo mejor de los casos no es oportuna o sencillamente no la hay por cualquier causa.

En Venezuela esta problemática se ha agudizado severamente en la última década, tanto por el poder judicial que no da una respuesta oportuna, por muchas otras causas, a saber falta de presupuesto, falta de jueces probos, capaces y dispuestos, una infraestructura acorde con sus funciones etc., como por la misma cultura que se posee donde se considera al juez como solo un espectador del proceso, donde el juez no se inmiscuye en la búsqueda de la verdad, porque se consideraba que estaría favoreciendo a una u otra parte, aún cuando existen expresas disposiciones en el Código de Procedimiento Civil vigente, para que pueda actuar el juez hasta de oficio.

Sin embargo el hecho de que el Estado asumiera la función de administrar justicia a través de los jueces, no elimino de ninguna forma al arbitraje, el cual se ha conservado, en casi todos los sistemas jurídicos modernos, el arbitraje en la actualidad ha sido una respuesta a ese complejo

---

un proceso, no es más que la necesidad de proteger el interés de una de las partes, en este sentido las medidas cautelares tienen un doble propósito, uno es impedir la violación de un derecho, y el otro es facilitar el ejercicio del mismo cuando se llegue a una solución definitiva y así evitar que el deudor se insolvente y quede ilusoria la ejecución del fallo o laudo.

Las medidas cautelares en el arbitraje comercial, deben ser una garantía más de que los laudos serán respetados tal y como sean decididos, cuando se establece un procedimiento seguro se vencen barreras para su



estos tiempos, Por lo que, en la medida que el arbitraje se fortalezca, en esa medida podremos descongestionar los tribunales ordinarios.

Con la presente investigación se obtuvo una amplia visión de la posibilidad de dictar medidas cautelares en el arbitraje comercial. Esto se logro analizando sus elementos y características, su naturaleza jurídica, las facultades cautelares de los árbitros, así mismo, se estableció ciertos limites en lo que respecta a ese poder.

El presente trabajo constituye una investigación documental descriptiva-interpretativa con fundamento en una amplia revisión bibliográfica, jurisprudencial, documental y la utilización de técnicas de análisis de contenido, construcción de sistemas de categorías, clasificación inducción y síntesis con el propósito de obtener una visión amplia del tema, para de esta manera plantear los aspectos principales del mismo, así como sus elementos y finalmente determinar las causas y consecuencias del objetivo de la investigación. Para obtener y sintetizar de forma lógica y ordenada toda la información recopilada, se utilizo como instrumento la matriz de análisis de contenido.

Como limitante para la realización de este trabajo, se encuentra el difícil acceso a bibliografías y jurisprudencia relativas al tema dada la carencia de bibliotecas y librerías jurídicas especializadas en la materia estudiada.

Se estructuró el presente trabajo en cuatro capítulos para permitir verificar con claridad los objetivos establecidos durante la investigación. El Primer Capítulo contiene las nociones generales de las medidas cautelares, sus distintas definiciones, sus características, su clasificación, finalidad, los requisitos de procedencia, la potestad cautelar, y la base constitucional y legal en Venezuela de este tipo de medidas. El Segundo Capítulo visualiza todo lo relacionado con las consideraciones generales del arbitraje sus distintas definiciones, sus características, su clasificación, sus ventajas, se analiza la naturaleza jurídica del arbitraje y sus diferentes tesis. El Tercer Capítulo estudia las consideraciones generales sobre el arbitraje comercial, el ámbito de aplicación de la ley de arbitraje comercial, su concepto y la facultad cautelar que poseen los árbitros en el arbitraje comercial. El Cuarto Capítulo trata de algunas consideraciones particulares sobre el arbitraje comercial, de los límites de ese poder cautelar de los árbitros, el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares por parte de los árbitros, su ejecución, cual es la situación de los terceros frente al acuerdo de medidas cautelares en el arbitraje y la potestad revisoria de los jueces frente a la cautela dictada por los árbitros.

Sobre esta base se emiten una serie de conclusiones en la cual se refleja la importancia de las medidas cautelares en el arbitraje comercial, y que este tiene suficiente base legal y constitucional para que los árbitros la puedan adoptar.

## **CAPITULO I**

### **NOCIONES GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

Se pretende dar una visión global sobre las medidas cautelares, con especial atención, a su concepto, sus características y su clasificación, se determinará la razón por la que los Jueces pueden dictar medidas cautelares, cual es su finalidad y dentro de este tema de las medidas cautelares, se le dará especial atención a la potestad cautelar general, en que consiste esa potestad y cual es su base constitucional y legal en Venezuela sobre las medidas cautelares.

#### **Concepto de Medidas Cautelares**

Las medidas cautelares son aquellas que son adaptadas en un proceso, las cuales pueden ser solicitadas a instancia de parte o de oficio cuando así la Ley lo permita, para prevenir que la resolución del proceso, quede ilusoria. Rocco citado por Ortíz-Ortíz (1997), señala "que la acción cautelar va dirigida a obtener una providencia jurisdiccional apta para conservar el estado de hecho y de derecho hasta tanto que se produzcan la declaración de certeza y el comienzo de ejecución" (p.58).

Por su parte Cuenca (1996), indica que "La Acción Cautelar es la Tutela Jurídica que el Estado otorga a las partes para asegurar el cumplimiento de la sentencia, para impedir que al final el obligado se haga insolvente o eluda en cualquier forma efectiva reparación del derecho lesionado para impedir que sus decisiones resulten ilusorias".

El tratadista italiano Redenti, traducido por Sentís y Ayerra (1957),  
preciso:

Los procedimientos cautelares no tienden a un juicio definitivo sobre una acción civil, ni a una ejecución satisfactoria (y por tanto, a su vez, de carácter definitivo). Tienden más bien a la introducción y realización de providencias destinadas a prevenir el inconveniente de que, mientras se discute acerca de la existencia (fundamento) de una acción y de la satisfacción a que tiende ope iudicis, desaparezcan los medios a los bienes sobre los que dicha satisfacción habría en hipótesis de conseguirse, u ocurra algún otro accidente que la haga imposible o muchísimo más dificultosa (p.106).

Este Instituto Jurídico ha tomado diferentes denominaciones o terminologías, lo que ha provocado que no haya una unificación en el término.

La Cautela Judicial, como instrumento de carácter jurisdiccional, puede ser contemplada desde distintos puntos de vista, según Calamadre, citado por Ortíz-Ortíz (1997, p. 69), la ha estudiado bajo su forma de acción,

Providencia Cautelar: En estas denominaciones jurídicas, milita el jurista italiano Calamandrei, al tratar la clasificación de las garantías jurisdiccionales.

Proceso Cautelar: Así las denomina Carnelutti al estudiar los procesos. Encuadra dentro de su clasificación, el proceso cautelar, como aquel que en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela) para el buen fin de otro proceso. Explica también, que puede ser cautelar no de un proceso entero, sino un auto del juicio, o sea, una providencia.

Acción Cautelar: De igual forma, la doctrina extranjera, ha estudiado las instituciones cautelares, agrupándolas sistemáticamente, bajo las formas de acciones cautelares. Esta denominación, es la utilizada por Chiovenda.

Las acciones cautelares se dirigen a la obtención de algunas de dichas providencias. Pero Chiovenda, hace la siguiente consideración, expresa que cualquier clasificación de la acción, como poder jurídico condicionante de la actuación de la Ley, a través del órgano jurisdiccional debe estar fundada, en la naturaleza diversa de la resolución a que se dirige; y que a la vez que parte dentro de su exposición de una definición de la acción aseguradora, correspondida con los pronunciamientos que realizan

una tutela de conservación, refiere indistintamente a las medidas provisionales, de cautela o de conservación.

Hugo Alsina (1962), las denomina medidas precautorias y el jurista Goldschmidt (1958), las denomina medidas preventivas o provisionales, él se refiere al embargo preventivo y a las medidas provisionales de seguridad.

Otra denominación que se le ha dado en la doctrina extranjera, es la de sentencia cautelar. Dentro de la clasificación de sentencias está la adoptada por Couture (1997, p 323), dentro de las cuales ubica las sentencias cautelares, explica que la diferencia que puede existir entre providencias y sentencias corresponde a las modalidades que adopte cada Derecho positivo en particular.

Por otra parte, Vescovi (1999, p. 7), las denomina medidas de garantía, porque aseguran el resultado del proceso, la Ley permite anticipar algunas de estas medidas (embargos preventivos, cautelas, prisión preventiva, etc.) diferenciándolas de las definitivas que solamente se pueden resolver luego del proceso.

Para Quintero (1999), estas medidas cautelares constituyen una garantía dentro del marco del principio del debido proceso, y por ende tiene la proyección de un derecho procesal constitucional (p.75).

### **Características de las Medidas Cautelares.**

Explica Henríquez (2000), que la característica esencial de las medidas cautelares es la instrumentalidad, que constituye su naturaleza jurídica, pero además existen otros rasgos característicos que fortalecen su definición y ayuda a obtener un concepto claro y concreto de las medidas cautelares, según este autor, además de la instrumentalidad, como característica principal se encuentra la provisoriedad, judicialidad y variabilidad (p. 40), también señala como característica la urgencia y que son de derecho estricto.

#### **Instrumentalidad.**

Explica Calamandrei citado por Ortíz-Ortíz (1999, p.30), que las medidas Cautelares no constituyen un fin en si mismas, sino que sólo sirven para proteger, precaver o prevenir un fallo principal de tal manera que son un instrumento del proceso para garantizar la eficacia y efectividad del proceso mismo, y explica el criterio teleológico de estas medidas como sus principales características procesales, de acuerdo a nuestro ordenamiento

### **Judicialidad**

Se refiere a que necesariamente debe existir un juicio, siendo una relación inseparable con el proceso y su terminación, algunos autores la denominan Jurisdiccional, porque deben ser dictadas por el órgano jurisdiccional correspondiente, por cuanto la medida es una manifestación del poder jurisdiccional del Estado.

En este sentido Ortíz-Ortíz (1997), plantea que:

Las medidas cautelares son necesariamente jurisdiccionales... Lo que acarrea como consecuencia que sólo el Estado puede dictar medidas cautelares, y dentro del Estado, sólo a los órganos del Poder Judicial tiene reservado tal posibilidad... [más adelante señala] con razón ha escrito el maestro Carnelutti que la eficacia de la decisión cautelar no es distinta de la decisión jurisdiccional, ni en cuanto a la eficacia ni en cuanto a la extensión; la primera como la segunda es imperativa, sino lo fuese, no serviría para la finalidad a que el proceso cautelar se dirige... (p.458).

### **Variabilidad**

Las medidas cautelares pueden ser modificadas en la medida en que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron y dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que le dio origen, Villarroel (1997, p. 26), añade a esta características la revocabilidad, "por cuanto dependen de los supuestos existentes al momento de su otorgamiento (rebus sic stantibus) por lo que la misma puede ser modificada



e incluso ser revocada dependiendo de la o las circunstancias que le dieron nacimiento.”

Henríquez (2000) explica que estas medidas aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas, acotando posteriormente que esa es la razón por lo cual se produce una cosa juzgada meramente formal; es decir, aquella que, conservando los caracteres de impugnabilidad y coercibilidad eventual, es, sin embargo modificable (p. 42).

### **Urgencia.**

Esta característica de las medidas cautelares viene a ser según nos señala Henríquez (2000), “una garantía de eficacia de las providencias cautelares” (p. 43), este carácter es sin duda uno de los más importantes desde un punto de vista del proceso como tal, es la razón de ser en buena parte de las medidas cautelares y la respuesta al desarrollo de una administración de justicia lenta y pesada llevada por los órganos de justicia, muy bien lo explica Calamandrei, citado por Henríquez (2000, p. 44), que estas medidas representan una conciliación entre dos exigencias, frecuentemente opuestas, la de justicia: la de celeridad y la de ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia se

---

juicio conjetural basado en presunciones del hombre (Henríquez, 2000, p. 46).

Por su parte, Ortiz-Ortiz (1997), agrega a estas características, señaladas por Henríquez La Roche la autonomía e independencia, la

homogeneidad pero no identidad con el derecho sustantivo, se dictan en cualquier estado y grado de la causa y la dispositividad y flexibilidad.

### **Autonomía e Independencia**

Indica Ortíz-Ortíz (1997 p.458), que esta autonomía "es relativa en relación con el proceso principal en lo que respecta a los tramites procedimentales, pero es dependiente o instrumental del proceso principal en cuanto a su existencia", es decir, que será autónoma en cuanto a su tramitación pero dependiente en cuanto a su existencia.

### **Homogeneidad pero No Identidad con el Derecho Sustantivo.**

Esta es una de las característica que distingue las medidas cautelares de las medidas ejecutivas, y es de la propia naturaleza de las medidas cautelares, para Gutiérrez de Cabiedes citado por Ortíz-Ortíz (1997 p.472), ha explicado como un elemento principal de toda medida cautelar, la homogeneidad pero no la identidad entre la medida que se pide y el derecho sustantivo deducido en el proceso, por lo de no darse esa homogeneidad la medida cautelar sería ineficaz porque no aseguraría la posterior ejecución de la sentencia, que en definitiva es el fin de las medidas cautelares, pero no se debe confundir esa homogeneidad con el derecho que se pide porque se estaría en presencia de una identidad absoluta de la medida por lo que llegaríamos a una ejecución adelantada de la sentencia, entonces dejaría de

ser una medida cautelar para convertirse en una auténtica medida ejecutiva, por otra parte, sino existiese relación alguna el derecho sustantivo, quedaría desprovisto de una verdadera y eficaz protección jurisdiccional.

### **Se Dictan en Cualquier Estado y Grado de la Causa.**

Las medidas cautelares se pueden dictar de acuerdo al artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, en cualquier estado y grado de la causa, según lo señala Ortíz-Ortíz (1997, p. 493) "es posible que sean dictada aún cuando el demandando no haya sido citado" entendiéndose esta característica como la esencia de las medidas cautelares en contraposición Rodríguez Cirimele, considera que la esencia de las medidas preventivas es el hecho de que se puedan dictar *inaudita altera pars*, para el autor antes señalado esta situación responde a una característica y no a su naturaleza.

Esta característica lo que busca es dar a una de las partes la protección de que no quede ilusoria la ejecución del fallo y poder solicitar la medida en cualquier momento incluso sin conocimiento de la otra parte, en definitiva esto sería el elemento sorpresa y una de las razones del sistema cautelar como tal.

### **Dispositividad y Flexibilidad**

En materia de medidas cautelares rige el principio dispositivo lo que quiere decir, que a las partes es a quien le corresponde solicitar las medidas cautelares, para lo cual deben probar su adecuación y pertinencia, no existiendo la posibilidad en nuestro Código de Procedimiento Civil de que el Juez la pueda dictar de oficio.

Se ha expuesto de esta manera a grandes rasgos las notas características de las medidas cautelares que rigen en el derecho venezolano, unas mas representativas que otras, pero que en su conjunto definen lo que son las medidas cautelares.

### **Clasificación de las Medidas Cautelares**

La doctrina procesal ha clasificado las medidas cautelares en dos grupos, los primeros las limitan a una función jurisdiccional preminentemente ejecutiva y los segundos agrupan todas las providencias con fines preventivos, sin importar si cumplen una función declaratoria, ejecutiva o constitutiva.

Las medidas cautelares se clasifican, de acuerdo con el Prof. Luis Aquiles Mejías, según material de clases, señala que las principales son:

**Couture las clasifica en:**

a) Medidas del puro conocimiento, cuyo objeto es meramente declarativo. b) Medidas de conocimiento sumario con comienzo de ejecución provisional. c) Medidas de tutela de la propiedad o del crédito. d) Medidas de ejecución anticipada. e) Medidas de cautela negativa. Y f) Medidas de contracautela.

**Para Alsina las clasifica en:**

a) Las que tienen por objeto conservar pruebas. b) Las que aseguran el resultado de la ejecución forzosa, e) Las que previenen un daño irreparable. d) Las que se exigen para ejecutar un acto.

**Calamandrei clasifica las medidas cautelares en:**

a) Providencias instructorias anticipadas, b) Providencias que facilitan la ejecución c) Providencias anticipadamente dirimentes y d) Providencias exigidas para obtener una decisión.

**Para Podetti las clasifica en:**

a) Medidas para asegurar bienes y esta se divide en de ejecución forzosa y asegurativas simples, b) Medidas para asegurar pruebas y c) Medidas para asegurar personas dividiéndose en de guarda provisoria y de necesidades materiales.

Añade Henríquez (2000, p. 48), dos clasificaciones adicionales de las medidas cautelares, desarrolladas por Gutiérrez de Cabiedes y Goldschmidt.

**Gutiérrez señala que se pueden clasificar las medidas cautelares atendiendo a que la obligación sea:**

a) De dar cosa genérica (dinero) b) De dar cosa específica, mueble o inmueble, c) De hacer, d) De no hacer.

**Goldschmidt las clasifica en cuatro especies:**

a) Embargo preventivo que tiende al aseguramiento de la ejecución forzosa, b) Medidas provisionales que tienden a asegurar la ejecución futura, c) Medidas provisionales protectoras de la paz, mediante la regulación provisional de una situación de hecho, que de no regularse tendría consecuencias irreparables d) Medidas provisionales que tienden a satisfacer necesidades primarias.

Se ha hecho un repaso breve por las más importantes clasificaciones de las medidas cautelares, explicadas por diferentes autores que reúnen de una forma u otra, las diferentes clases de medidas cautelares, y que forman parte de la doctrina procesal en esta materia.

esta decisión sobre la medida no alcanzara la cosa juzgada material sino en un sentido meramente formal, la función jurisdiccional, según Henríquez (2000, p. 27).

Va dirigida a la solución apriorística de un interés legítimo, con el propósito de evitar o soslayar un resultado perjudicial para el sujeto que propulsa la actividad judicial, se evita de esta forma con la adopción de una medida cautelar un perjuicio al particular de forma anticipada, por lo que el interés legítimo se justifica en el peligro actual de que se produzca el daño.

Este elemento fundamental de anticipar soluciones, que pueden ser o no las medidas de la función represiva, constituye el fin (aspecto teleológico) del proceso cautelar o proceso voluntario, en este sentido la justicia cautelar comprende una doble finalidad: impedir la violación de un derecho, y facilitar el ejercicio del mismo, disipando la incertidumbre respecto a su existencia o efectos. En este sentido, indica Ortíz-Ortíz (1997), que “el propósito de las medidas cautelares es la de asegura la relación sustancial que será dictada en el proceso de cognición o de verosimilitud” (p. 283), en otras palabras, lo que se trata de proteger es en definitiva la ejecución del fallo, una vez dictado por el juez que el mismo sea de posible ejecución.

En este orden de ideas ha establecido la jurisprudencia:

...el fin que persigue el legislador venezolano, son la regulación de las medidas cautelares consagradas en nuestro Código de Procedimiento Civil, es claramente el garantizar la efectividad del derecho Constitucional que tienen todos de acudir a los órganos judiciales para la

### **Finalidad de las Medidas Cautelares.**

La finalidad principal de las medidas cautelares es sin duda evitar que quede ilusoria la ejecución del fallo en la decisión definitiva.

Para Liebman (1980), la finalidad de las medidas cautelares es “garantizar el proficuo resultado de la acción principal” (p. 162), durante el desarrollo de un proceso puede suceder que tantos los bienes como las pruebas sean susceptibles de desaparecer, por lo que se permite a la parte, amenazada solicitar a los órganos competentes que protejan esos bienes o pruebas de manera de asegura a la parte amenazada que pueda conseguir un resultado útil. De lo contrario no tendría sentido acudir ante los órganos competentes a pedir la solución de los conflictos y al final del proceso no poder conseguir lo acordado por el decisor, porque la parte contraria se insolventó o desapareció del ámbito jurídico una determinada prueba.

Para Carnelutti, “su finalidad no consiste en darle la razón o en negársela a uno u otro de los litigantes, ni a remediar la lesión de una pretensión, sino se trata de crear un “Estado jurídico provisional” que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el proceso ejecutivo” (1993, p. 387). El proceso cautelar garantiza el resultado de otro proceso al cual sirve, y es lógico que tal garantía deba ser, también anticipada, por lo que



### **Fumus Bonis Iuris (o Verosimilitud en el Derecho)**

También conocido como apariencia de buen derecho, este requisito está ligado con la propia naturaleza de las medidas cautelares, lo que se quiere con las cautelas, es garantizar la posterior ejecución del fallo o que no se siga causando un daño mayor o de difícil reparación, por lo que, el Juez no podrá dictar una medida cautelar, si no existe esa apariencia de un derecho, del que solicita la medida, por las mismas características de las medidas cautelares como lo es la urgencia, pero esto no obsta para que el Juez deba hacer un breve y previo análisis, para determinar en su conciencia por lo menos, la apariencia de la existencia de ese derecho, como lo ha indicado Liebman (1980), "no se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino solamente de formular un juicio de probabilidades de su existencia, sobre la base de una cognición sumaria y superficial" (p. 162).

De lo contrario estaríamos frente a la violación del derecho de las partes, tanto para el que solicita la medida cautelar, como para quien recae, para el solicitante, el juez no debe hacer un exhaustivo análisis sobre la existencia del derecho, porque estaría prácticamente decidiendo al fondo, con lo que seguramente representaría mucho tiempo y la medida perdería su sentido práctico de garantizar el resultado del juicio definitivo, y en cuanto

para quien le recae la medida, si no se hace ese análisis sumario y no se verifica por lo menos esa probabilidad de la existencia de ese derecho, se le estaría dando una ventaja discriminatoria para quien la solicita, y a su vez violentándose su derecho a la defensa.

El Dr. Sánchez Noguera citado por Ortiz- Ortiz (1997, p. 129), señala que el juicio de valor que el Juez debe formarse para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la medida, estará dirigido a determinar:

- a) Que el derecho invocado en la demanda goza o no de verosimilitud;
- b) Que la pretensión del solicitante tenga la apariencia de no ser contraria a la ley, al orden pública o a las buenas costumbres y que no sea temeraria;
- c) Que el derecho de la parte contraria tenga o no también la apariencia de ser verosímil.

Ortiz-Ortiz (1997), esta de acuerdo con los dos primero, pero on respecto al tercer punto, señala que no tiene que ver que el derecho de la parte contraria sea verosímil para que sea procedente la medida cautelar de que se trate, y se añadiría que se perdería el sentido práctico de la medida, más si se solicita en el momento de la introducción de la demanda, porque al juez se le haría difícil analizar con los elementos que tiene a mano, sin llamar a la otra parte, para tomar alguna decisión.

Para Henríquez (2000, p. 188), resulta conveniente “un juicio que previamente haga presumir la garantía de que la medida preventiva va a cumplir su función, instrumentalizada, de garantizar el resultado práctico de la ejecución forzosa”. De lo contrario sería inoficioso el decreto de la medida, sino se garantiza la ejecución del fallo, las medidas cautelares no pueden ser un capricho de las partes o del juez, que se afecté la esfera jurídica de una de las partes, sin cumplirse con los extremos exigidos en la ley, por lo que, debe necesariamente existir una cierta identidad entre la medida y el derecho que se quiere proteger.

### **Periculum in Damni (Peligro De Daño)**

Este tercer requisito se encuentra establecido en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, el cual, es necesario para dictar las medidas cautelares innominadas o atípicas, distintas a las señaladas en la primera parte de este artículo, ambos tipos están debidamente reguladas en el título I, De Las Medidas Preventivas Del Libro Tercero, que trata del Procedimiento Cautelar y de otras incidencias del Código de Procedimiento Civil, las medidas innominadas son aquellas dictadas para evitar que la conducta de las partes, o la acción y omisión en la conducta de ellas pueda afectar la ejecución de la sentencia, pero además de los requisitos establecidos en el artículo 585 eiusdem, para su

procedencia, se debe observar un requisito adicional indicado en el párrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil que establece.

... cuando hubiere fundado tenor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra...

Para Ortíz- Ortíz (1997, p. 241), este requisito que ha denominado *periculum in damni*, se encuentra constituido por el peligro de daño inminente de que la actuación u omisión de una de las partes va a generar una lesión o un daño de difícil o imposible de reparación, en cuyo caso deben tomarse las providencias necesarias y adecuadas para evitar la actualización de este peligro de daño.

Este mismo autor, señala en su libro *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas* (1997), que estamos en presencia de un tercer requisito de carácter especial y concreto, un peligro de daño inminente, inmediato y además dentro del proceso.

En este sentido ha señalado Zoppi citado por Ortíz-Ortíz, (1997, p.519):

es necesario que exista otro tenor o riesgo: el de una de las partes pueda causar una lesión grave y definitivamente irreparable o de difícil reparación al derecho de la otra, no es pues el simple riesgo de la ejecución de la sentencia, de precaver el que pueda cumplirse una sentencia condenatoria, sino, además, de

poner coto a una actitud destemplada, ilegal, ilegítima o ilícita de una parte que perjudique el derecho de la otra.

En otras palabras, este requisito lo que hace es exigir a la parte que solicita la medida, demuestre que esa conducta de verdad le está causando o le pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a su derecho, por lo cual una vez cumplido con ese extremo el Juez acordará la medida, en este caso, como se señaló antes no se dictan medidas sobre bienes sino sobre conductas lesivas y es sencillamente la posibilidad de impedir que se sigan cometiendo injusticias a los derechos de una de las partes, porque no solamente en un estado social de derecho, se busca proteger los bienes patrimoniales, sino que además hay otros derechos que si se violan pueden ser tan perjudiciales, como que una de las partes se insolvente para hacer ilusoria la ejecución del fallo.

Con estas medidas innominadas, el legislador busca proteger a las partes de los abusos o excesos de la otra, dando una amplia gama de medidas, según el caso particular para poder defenderse de las lesiones graves o de difícil reparación, el Código Procedimiento Civil, en este sentido no es limitativo en cuanto a señalar una u otra medida, sino que es abierto, en un código o ley definitivamente no se podría prever toda las posibilidades de lesiones para poder proteger a una parte, de acuerdo, a la situación de hecho que este afrontando.

### **Razones por la que los Jueces Pueden Dictar Medidas Cautelares.**

En principio es por la propia finalidad de las medidas cautelares, que es la de resguardar la ejecución futura del fallo, y que esta decisión no solo quede en papel, sin la posibilidad de ejecución, luego que se haya determinado quien tenía la razón, para el maestro colombiano Parra (2000), la efectividad de las decisiones judiciales, conllevan a una tutela judicial efectiva que significa, sin lugar a dudas, el derecho a utilizar medidas cautelares. “Y que esa medida sea oportuna, [agrega que] ...muchas veces la verdadera tutela es la preventiva o inhibitoria y no la meramente resarcitoria, pues se trata de derechos no restaurables ex post, cuya violación carece de un equivalente monetario” (p. 3).

En ningún caso podemos pensar que le legislador, al hacer las leyes, considero en hacer más oneroso y más difícil el camino del que tiene la razón, con procesos largos y complicados llenos de formalismos, para que este pudiera conseguir una satisfacción al derecho reclamado, por el contrario las nuevas corrientes del derecho procesal, apuntan a la implementación de procesos rápidos, tendentes a obtener su pretensión y medidas cautelares que inclusive adelantan el resultado del proceso, porque en definitiva como bien lo señala Ramos Méndez (1987, p.186):

La medida cautelar en aras de la rapidez y urgencia del caso, permite anticipar la ejecución, a reserva de lo que luego se decida en el proceso principal. Se hace primar, dentro de ciertos límites, el factor rapidez sobre el factor seguridad, a sabiendas de que en muchos casos una resolución tardía, aun siendo favorable, equivale a una denegación de justicia.

Por lo que, la efectividad del fallo es fundamental que junto con la certeza y la confianza, dará la seguridad jurídica necesaria. Adicionalmente a lo antes señalado, en nuestra legislación el Juez esta facultado de acuerdo con el artículo 585 y 588 del CPC, para dictar medidas cautelares en los términos y condiciones establecidos en la Ley, esa facultad por la que los jueces puedan dictar medidas cautelares, es la base fundamental de la administración de justicia, sostiene Henríquez (1999), "De hecho, el Poder Judicial Venezolano esta funcionando, mal que bien, hoy en día gracias a las medidas cautelares"... (p. 198).

Aun cuando la critica que hace el Dr. Ricardo Henríquez La Roche (1999), se pudiera considerar fuerte, es la dura realidad de nuestros órganos de justicia, la institución judicial a medida que ha pasado el tiempo, se ha convertido en una pesada estructura llena de ritualismos y formalidades que hay que cumplir a cabalidad, sino bastaría ver un recuerdo de casación, por lo que las medidas cautelares han sido sin duda una tabla de salvación y la respuesta en muchos casos, por supuesto estas medidas no escapan de las

deshonrosas excepciones de jueces no apegados a los estrictos requisitos exigidos y al cumplimiento honesto del derecho, así como la conducta de los solicitantes.

### **Concepto de Potestad Cautelar**

La potestad cautelar o poder cautelar, según Ortíz-Ortíz (1999), debe entenderse como:

La potestad otorgada a los jueces y dimanante de la voluntad del legislador para dictar las decisiones cautelares que sean adecuadas y pertinentes en el marco de un proceso jurisdiccional y con la finalidad inmediata de evitar el acaecimiento de un daño o una lesión irreparable a los derechos de las partes y la majestad de la justicia (p.8).

Considerando este poder cautelar abstracto, dirigido a dictar medidas cautelares adecuadas y pertinentes dentro de un proceso.

Cabe destacar, el poder cautelar se encuentra dentro de un proceso cognitivo, y su fin se debe primordialmente a garantizar que el fallo no quede ilusoria su ejecución.

Este poder cautelar se puede distinguir en dos tipos, el primero sería un Poder Cautelar Determinado, Específico o Concreto y el segundo en un Poder Cautelar Indeterminado, Inespecífico o General.



### **Poder Cautelar Determinado, Especifico y Concreto.**

Es aquel que se encuentra previamente establecido por la ley en cuanto a su contenido, finalidad, límites, condiciones y alcance de la medida cautelar, la misma ley determina su aplicación, teniendo ciertos hechos o características se aplicará tal o cual medida cautelar, el Código de Procedimiento Civil ha establecido esas medidas típicas o nominadas, en el artículo 588, en su primera parte establece las medidas siguientes:

- 1° El embargo de bienes muebles;
- 2° El secuestro de bienes determinados;
- 3° La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Cuanto se ésta frente a determinadas circunstancias específicas y lo que se quiere es garantizar la ejecución del fallo en la definitiva, se utilizarán estas medidas llamadas típicas, nominadas o determinadas, las cuales para ser decretadas, siempre se deberán cumplir con los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, es que exista un temor fundado de daño (*periculum in mora*) y la apariencia de un buen derecho (*fumus boni iuris*) y deberá basarse el embargo sobre bienes muebles no inmuebles, el secuestro solo será procedente sobre bienes determinados taxativamente por la ley y no otros, y la prohibición de enajenar y grabar, solo se podrán dictar sobre bienes inmuebles, nunca sobre bienes muebles, por eso se llaman medidas típicas, porque están determinadas previamente por la Ley.

Por su parte, Ortíz-Ortíz (1997), señala que también “existen medidas preventivas típicas o nominadas previstas en leyes especiales, o sea distintas a las establecidas en el Código de Procedimiento Civil, las cuales pueden dividirse en medidas típicas de contenido indeterminado o abstracto.” (p. 275), pero a todo evento seguirían siendo típicas porque estarían establecidas expresamente por la Ley.

### **Poder Cautelar General**

Esta potestad cautelar vendrá a ser la contraposición del Poder Cautelar Específico, ya no son medidas cautelares expresamente establecidas en la ley, existiendo ciertas circunstancias de hecho y cumpliéndose con los requisitos de procedencia del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, antes señalados el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* y un tercer requisito establecido en el Parágrafo Primero del artículo 588 *eiusdem*, denominado *periculum in damni*, el Juez podrá dictar medidas cautelares distintas a las típicas, para proteger los derechos de una de las partes, cuando hubiera fundado temor de que la otra pueda causar lesiones graves o de difícil reparación.

Cabe destacar, que generalmente estas medidas innominadas están dirigidas a conductas, obligaciones de hacer o no hacer (activas u omisivas)

y muy excepcionalmente podría permitirse sobre bienes muebles, para evitar la continuidad de la lesión.

En el poder cautelar general o indeterminado, el legislador establece unas premisas básicas de procedencia de las medidas cautelares, pero la pertinencia y adecuación, deberá ser evaluada por el Juez, con este poder cautelar, las partes tienen la posibilidad de solicitar medidas no previstas por la ley, mientras dure el procedimiento, para proteger sus derechos.

El Juez puede dictar estas medidas innominadas en cualquier estado y grado del proceso, para evitar que cualquiera de las partes pueda causar algún daño a los derechos de la otra, por lo que la ley a instituido según Ortiz-Ortiz (1997), “una facultad de pedir a las partes y un poder al juez para acordar” (p. 279), frente a una situación de hecho determinado, las partes tienen la posibilidad de acudir al Juez, para solicitar se le garantice que sus derechos no serán lesionados por la otra parte y el Juez luego de una sumaria cognición, podrá decretar la medida cautelar más conveniente, deteniendo el daño que se este o vaya a causar, la conducta de una de las partes va a determinar que clase de medida se va a dictar y cualifica la facultad o poder. Esa posibilidad indeterminada en cuanto a la clase de medidas que se pueden adoptar es lo que hace pertinente, que de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, se hable de Poder Cautelar General.

Para Ortíz-Ortíz (1997), el poder cautelar general:

Es una función otorgada a los órganos jurisdiccionales en el proceso mediante la cual, las partes, con vista a la situación fáctica concreta, pueden pedir y el juez acordar, las medidas innominadas o inespecíficas para evitar una situación de daño o de peligro, o cuando una de las partes requiera de la actuación judicial para evitar la continuidad de un daño, pudiendo las partes suplir el silencio de la ley en cuanto al contenido de la providencia y el juez evaluar la pertinencia o adecuación de la misma (p. 280).

La intención del legislador fue garantizar a las partes la no-violación de sus derechos, por lo que sería un poco difícil que se pudiera codificar en un texto o varios textos, todas las posibles situaciones de hecho que una parte pudiera infringir a la otra, por lo que el legislador estableció la posibilidad una vez cumplido con los requisitos establecidos, el juez pudiera proteger a una de las partes de la violación de sus derechos por parte de la otra.

### **Finalidad Del Poder Cautelar General**

Las medidas cautelares tienen como fin resguardar la relación sustancial que será determinada en el proceso de cognición y la podemos dividir en:

### **Finalidad Mediata**

Consiste en garantizar el ejercicio de la jurisdicción tanto en el derecho de los particulares como en la función del Estado, para cumplir con un verdadero "estado de Derecho" que no sólo sean sus decisiones válidas, vigentes, y duraderas, sino fundamentalmente eficaces.

La necesidad de aseguramiento de todo el ordenamiento jurídico, es la cualidad justificativa del poder cautelar general de los jueces como una emanación de la función jurisdiccional y como una necesidad de la justicia material preventiva (Ortíz-Ortíz, 1997, p. 284).

Todas las medidas cautelares, persiguen asegurar la majestad de la justicia y la plenitud del estado de Derecho. La finalidad mediata tiene perfecta vinculación con la protección del proceso y por esta vía se ejerce también una función tutelar del Derecho, esto es, del ordenamiento jurídico y el estado de Derecho.

### **Finalidad Inmediata**

La adopción de estas medidas tiene como finalidad inmediata, evitar el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión, a través, de un mandato de hacer o no hacer. Por lo cual, la adopción de una medida innominada debe estar revestida de carácter de inminencia del daño y que, se denomina

periculum in damni, no siendo suficiente, el temor genérico de daño que proviene en la tardanza de la sentencia de fondo y ni la presunción de que el fallo pueda resultar ilusorio, en el caso de las medidas innominadas el daño debe ser actual, inminente, continuo o no, pero en todo caso se requerirá la rápida intervención judicial para evitar el daño o impedir su continuidad.

Cuando existe un daño inminente, el Juez puede autorizar o prohibir la realización de determinados actos. (solo obligaciones de hacer o no hacer, pero no obligaciones de dar).

Cuando la lesión sea continua, puede adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión, obligación de hacer o no hacer, y eventualmente obligación de dar. (sólo sobre mueble).

## **Base Constitucional y Legal en Venezuela de las Medidas**

### **Cautelares**

La institución de las medidas cautelares en Venezuela, esta íntimamente ligada a la noción de tutela judicial efectiva, señalan Araujo-Juárez y Arveláez (2000), el derecho a la tutela es considerado un derecho fundamental, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y extranjera, dentro de los cuales se encuentra el caso francés, el español,

también la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades Europeas, de los cuales pueda desprenderse el carácter de derecho fundamental de la tutela cautelar (p. 77).

Señala Alonso García, citado por Araujo-Juárez y Arvelález (2000. p. 78), que:

[...] Esta concepción derecho fundamental a la tutela cautelar como inherente al derecho a la tutela judicial efectiva había sido, por lo demás, adelantada tanto por la doctrina (García De Enterría) como por el Tribunal Supremo. Así, el ATS 20 de diciembre de 1990- trayendo a colación, por cierto, el principio aludido por el Ab. Gral. Tesauro en sus Conclusiones en Factortame de que «la necesidad del proceso para obtener la razón no deber convertirse en un daño para el que tiene la razón» (aunque, matiza con acierto GÓMEZ FERRER, el daño debería referirse al «que tiene la apariencia de tener razón»)- señaló expresamente que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 CE «implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar»

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y la Constitución derogada de 1961, se ha desarrollado un proceso de constitucionalización de la tutela cautelar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 68 de la Constitución de 1961 y los artículos 26, y 49 de la Constitución de 1999, como ha quedado sentado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto al desarrollo de las medidas cautelares en Venezuela.

La efectividad de la tutela judicial esta condicionada entre otras cosas a la posibilidad de conservación del derecho o situación jurídica litigiosa mientras pende el proceso, por lo que la efectividad de la sentencia, se debe entender entonces como una garantía constitucional procesal del ciudadano frente al Estado, garantizándoles de forma efectiva y eficaz que los efectos de la sentencia se cumplirán, tal cual lo establezca el dispositivo del fallo.

Es por ello, que para Araujo-Juárez y Arvelález (2000, p. 85):

...Las medidas cautelares constituyen una garantía para los justiciables, las cuales aseguran los efectos resultantes de la sentencia; es decir, son aquellos actos que tienden al aseguramiento de las pretensiones y que llegando el momento, si le son estimadas, están aseguradas las resultas del fallo judicial y, a su vez, satisfecho en debida forma el derecho a la tutela judicial efectiva.

Obviamente, una vez cumplidos con los requisitos procedimentales de las medidas cautelares, el Juez deberá dictar las medidas solicitadas, con lo cual estará garantizado los efectos de la sentencia, por lo que los justiciables no podrán alegar que la tutela judicial no ha sido efectiva.

Para Marinoni (2000, p.22), "La tutela cautelar se transformó en técnica de sumarización y, en último análisis, en remedio contra la ineficiencia del procedimiento ordinario." Lo que busca el ciudadano común, como el gran empresario, es que ante su pretensión se le de una respuesta



rápida y que garantice que su sentencia podrá ser ejecutada por los órganos que correspondan, así como también, que el daño que se le está causando o la lesión a su derecho se paralice.

Se debe entender que las medidas cautelares, son una garantía para los justiciables, de que no quede ilusoria la ejecución del fallo, luego de un camino muchas veces largo y dispendioso, por lo que el Estado ha desarrollado esta protección, regulada en el artículo 26 CRBV que se encuentra dispuesto en el Título III de los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes, cabe destacar, que el constituyente de 1999, estableció en la exposición lo siguiente:

Se reconocen los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en virtud de los cuales toda persona puede acudir a los órganos de administración de justicia para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, incluidos los colectivos o difusos. A tal efecto, los referidos órganos están representados por las cortes y tribunales que forman parte del Poder Judicial, así como por los demás órganos del sistema de justicia previsto en la Constitución, entre los cuales se encuentran los ciudadanos que participan en la administración de justicia o que ejercen la función jurisdiccional de conformidad con la ley.

Cabe destacar, que el concepto de tutela judicial efectiva no solo garantiza el derecho de la persona a acceder al sistema de justicia, para que su pretensión sea oída y de forma efectiva sea resuelta, sino también que una vez, declarada con lugar esa pretensión, la persona pueda ejecutar ese

fallo, con lo cual se le garantiza que aun cuando hubo un tiempo considerable o no, desde que se intento la demanda hasta la fecha de la definitiva, puede perfectamente ejecutar y hacer valer sus derechos frente a la otra parte.

Es de capital importancia para el desarrollo de este trabajo, la mención que hace el Constituyente de 1999, en la exposición de motivos, al señalar que los distintos órganos de administración de justicia, además de los tradicionales, también están representados por “los ciudadanos que participan en la administración de justicia o que ejercen la función jurisdiccional de conformidad con la ley”. De esta forma se esta constitucionalizando el concepto de la tutela judicial efectiva no solo para la aplicación de los órganos de administración de justicia, como las Cortes o Tribunales, sino también, se incorpora esta tutela al sistema de justicia, siendo parte del sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, (Artículo 258 CRBV).

En cuanto al procedimiento de las medidas cautelares, se encuentra desarrollado en el Libro Tercero, Del Procedimiento Cautelar y de otras incidencias del Código de Procedimiento Civil, artículo 585 y siguientes ubicados en el Libro Tercer del Código, se establece todo el procedimiento

de las medidas cautelares, que hemos señalado a lo largo de este Capítulo, para efectos prácticos de este trabajo haremos mención solo a algunas normas del Capítulo I Disposición Generales del Título I del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil (CPC).

El artículo 585 del CPC, establece los requisitos necesarios para la procedencia de cualquier medida, a saber: Debe existir riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*) debiéndose acompañar un medio de prueba que constituya presunción grave del hecho y del derecho que se reclama, (*fumus bonis iuris*), los cuales son extremos necesarios que se deben cumplir para decretar las medidas cautelares.

El artículo 586 del CPC, señala cuales son los límites de las medidas “el juez limitara los efectos de éstas a los bienes suficientes”, aun cuando la persona haya cumplido con los requisitos de procedencia de las medidas, este deberá limitarlas de considerarlas excesivas, solo a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar los resultados del juicio.

Por su parte, el artículo 587 del CPC establece, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley, como es el caso del secuestro, no se podrán acordar medidas sobre bienes que no sean de la persona contra quien recae la medida.

Sobre estos particulares ha indicado la sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en de fecha 9-12-92, Magistrado Ponente Dr. Alirio Abreu Burelli.

La disposición del artículo 586 del Código de Procedimiento Civil tiene Carácter imperativo, por tanto, de recaer medidas sobre bienes de terceros, o tratarse de bienes inembargables, o de constar fehacientemente que la medida excede el propósito cautelar que debió inspirarla, podrá el juez, aun de oficio, limitarla a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio.

Por lo que, en definitiva es ilegal dictar medidas cautelares, en la propiedad de un tercero donde no es parte de un juicio, donde se le menoscabaría su derecho a la propiedad y a la defensa, salvo los caso expresamente establecidos en la ley.

En el artículo 588 del CPC, se encuentran enunciadas las clases de medidas cautelares que se pueden dictar, las cuales podemos dividir en medidas cautelares típicas o específicas dentro de estas se encuentran el embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, la doctrina ha denominado este poder como un poder cautelar específico, donde solo se pueden dictar aquellas medidas que se encuentran expresamente establecida en la ley, no pudiendo variar su carácter o aplicación, no se puede solicitar una medida de embargo sobre bienes inmuebles o una

prohibición de enajenar y gravar sobre un bien mueble, por lo que en los casos de medidas cautelares típicas no se pueden dictar medidas diferentes a las que el legislador consagro expresamente. La otra clase de medidas cautelares estipuladas en el artículo 588 del CPC, las encontramos en el párrafo Primero y son las medidas cautelares innominadas, aquellas que no se encuentra, previamente establecidas en la ley por su amplia gama, al legislador le sería casi imposible enumerar todas las posibilidades de medidas de este tipo, que están dirigidas a proteger conductas del hombre, para evitar que una de las partes cause lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, cuando hubiere fundado temor de que se puedan producir esas lesiones.

Se trata pues de ordenar obligaciones de hacer o no hacer, por lo cual, se podrán autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, en este párrafo se establece un requisito adicional a los señalados en el artículo 585 del CPC, el cual es el peligro de daño inminente, inmediato y además dentro del proceso, denominado por la doctrina como *periculum in damni* (peligro de daño inminente), entonces se debe entender que para dictar una medida innominada, se debe verificar este requisito, este poder del juez es conocido en la doctrina como el poder cautelar general, el cual ha sido estudiado en este Capítulo.

Este artículo 588 del CPC, expresa que la oportunidad para el decreto de la medida tanto típicas como innominadas, “el tribunal puede decretar en cualquier estado y grado de la causa” por lo que en cualquier momento se pueden dictar las medidas cautelares, incluso el Juez Superior puede dictar medidas cautelares, en Segunda Instancia, así que al cumplir con los requisitos procedimentales de las medidas cautelares, el juez en cualquier estado y grado de la causa, podrá dictar medidas adecuadas, para garantizar el resultado del fallo.

El artículo 588 del CPC, establece la plena potestad que tienen los jueces, de ejecutar sus medidas, por lo que “podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado”, como por ejemplo hacerse acompañar de la fuerza pública para ejecutar la medida.

El párrafo segundo del artículo 588 del CPC, establece la posibilidad de las partes de oponerse a las medidas cautelares innominadas y las mismas se sustanciarán y resolverán de acuerdo con el procedimiento de las medidas preventivas.

El párrafo tercero del artículo 588 CPC, señala la posibilidad de suspender los efectos de las medidas, si la parte contra quien obre la medida

diere caución, dependiendo y atendiendo la naturaleza de la medida cautelar, esta suspensión con caución, sólo será procedente cuando las medidas cautelares tengan carácter patrimonial, de lo contrario no se podrá suspender la medida por su misma naturaleza, ya que es improcedente sustituir un derecho personalismo o un derecho in rem controvertido en juicio por un derecho de crédito.

La jurisprudencia en los casos de medidas innominadas ha negado la posibilidad de suspender la medida, por la constitución de caución, porque los derechos que se están protegiendo son superiores, y serían en muchos casos derechos fundamentales.

El artículo 589 CPC, establece la posibilidad de levantar la medida o evitar que se ejecute, si se da caución o garantía suficiente, esto solo aplica para los casos de embargo y prohibición de enajenar y gravar, no así para las medidas de secuestro o las medidas innominadas.

Por su parte el 590 CPC establece la posibilidad que tiene alguna de las partes de solicitar medidas cautelares y el juez podrá decretarlas si se cauciona suficientemente y de acuerdo con los requisitos señalados en este artículo, en este caso no es necesario que estén llenos los requisitos del artículo 585 CPC, igual que en el caso anterior solo es procedente en los

casos de embargo y prohibición de enajenar y gravar, cabe destacar que esta es una potestad de la parte, en ningún caso del juez, por lo que si no están llenos los requisitos del 585 CPC y la parte no ofreció caución, el juez no podrá solicitar la caución a la parte que solicita la medida.

En ningún caso se podrá ofrecer caución para que se decrete una medida innominada o una medida de secuestro, en el caso de la innominada no resulta lógico que le pueda causar un daño a una persona, por el simple hecho de tener la posibilidad económica de dar caución en un determinado caso.

El Capítulo II Título I del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, establece todo lo referente al embargo, por su parte el Capítulo III señala el procedimiento a seguir en el caso de secuestro y todo lo relacionado con esta institución, el Capítulo IV trata lo referente a las medidas de prohibición de enajenar y gravar.

El Título II del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, se refiere al procedimiento de las medidas preventivas en cuanto al decreto de la medida, a la posibilidad del juez de ampliar la prueba de considerar insuficiente para poder decretar la medida, la oposición de la medida y la apertura de una articulación probatoria, el lapso para sentenciar esa



oposición y la posibilidad de apelar de esa sentencia, en este caso, señala el Código la apelación no produce la suspensión de la causa principal, en los casos de secuestro se podrá protocolizar por ante la Oficina Subalterna de Registro respectiva, y la continuidad de la incidencia por el juez que la venia conociendo.

El Título III de este libro, trata de otras incidencias, establece el procedimiento para decidir las mismas, y las incidencias que puedan surgir en el procedimiento y el termino respectivo.

Se encuentran en otras normas, disposiciones cautelares que por ser particulares a la materia que trata solo haremos mención a las leyes, teniendo generalmente estas, una norma que remitirá en lo que no colida con ella al Código de Procedimiento Civil, entre las cuales se encuentran el Código de Comercio, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, la Ley de Emergencia Financiera, la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, etc.

## **CAPITULO II**

### **CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARBITRAJE**

Durante las últimas décadas del pasado milenio, las sociedades latinoamericanas, al igual que otras en el mundo, han vivido un intenso proceso de búsqueda de esa anhelada condición de desarrollo integral de la persona, y en búsqueda de ese desarrollo se encuentran, las formas de resolución de conflictos de una manera mas sencilla o menos traumática posible, el arbitraje resurge como una alternativa al abanico de opciones que dan las legislaciones de diferentes países, por lo cual, se presentará en este capitulo los aspectos generales del arbitraje, su definición vista por diferentes autores de distintos países, su clasificación, sus características, sus ventajas, y su naturaleza jurídica.

#### **Definición de Arbitraje**

Antes de señalar las distintas definiciones de arbitraje que encontramos tanto de los autores nacionales como extranjeros, se debe acotar que algunos consideran como Gabaldon (1987, p. 16), que "no es posible dar una definición de arbitraje con pretensiones de universalidad", así también, Ottolenghi (1943) citado por Roca Martínez (1992, p. 23), califica de inútil la tarea de definir el arbitraje. Se coincide con Roca Martínez (1992), en

el sentido que es imprescindible y necesario llegar a una definición de arbitraje, ya que sin una delimitación de la institución, aumentarían significativamente las dificultades para su análisis y desarrollo.

El arbitraje consiste para Bejarano (2001), “en un proceso en virtud del cual, personas plenamente capaces, sustraen a la justicia ordinaria el conocimiento de una controversia susceptible de transacción, para que sea decidida por particulares, investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia”. (p. 396), explica este autor que el arbitramento surge de un acuerdo entre las partes, conocido como pacto arbitral donde se decide someter el conocimiento y decisión a particulares, siempre y cuando esa controversia sea susceptible de transacción. El arbitramento es un verdadero proceso judicial, en manos de particulares llamados árbitros, pero que ejercen transitoriamente la jurisdicción, así pues el fallo dictado por los árbitros, una vez firme es de obligatorio cumplimiento.

Jarrosson citado por Blanco-Urbe (2002), “define al arbitraje como la institución por la cual un tercero soluciona un litigio entre dos o más personas, ejerciendo la función jurisdiccional que le ha sido confiada por ellas” (p. 21)

Para Junco Vargas (2000), "El arbitraje nace de un compromiso o contrato que las partes celebran frente a una futura o actual controversia, para que unos sujetos llamados árbitros decidan el conflicto mediante una decisión llamada laudo. El arbitraje es la típica forma de derogación de la jurisdicción..." (p. 82), adicionalmente señala este autor que "las decisiones que toman los árbitros tiene los alcances de cosa juzgada" (p. 83).

Luego de un análisis de las notas características del arbitraje, Roca Martínez (1992), llega a la conclusión que "el arbitraje se configura como un medio voluntario de heterocomposición dispositiva de conflictos intersubjetivos, alternativo y condicionalmente excluyente del proceso judicial, que proporciona una decisión definitiva, irrevocable y ejecutiva" (p. 32).

Por su parte, Álvarez (2000), señala que "El arbitraje es una forma de autocomposición procesal, un medio alternativo de solución de conflictos, admitido con relación a aquellas disputas sobre derechos disponibles por las partes" (p. 151).

El Dr. Duque Sánchez citado por Balzan (1995), expresa:

En una palabra puede, decirse que comprometer en árbitros es la facultad que tienen las partes de nombrar a particulares jueces legítimos de sus asuntos. Esa facultad

no se extiende sin embargo, [Limite del arbitraje] hasta poder nombrar los ejecutores de los fallos por ellos dictados, porque tal cosa iría contra el orden social (p. 205).

En este sentido, explica Vescovi (1999, pp. 4-5), que el arbitraje implica la composición del conflicto por un tercero, que lo resuelve por su voluntad y conforme a un procedimiento predeterminado. ... El árbitro es, en todo caso, un tercero imparcial y está investido (ya sea por las partes o por la ley) de atribuciones idénticas a la de los jueces (jurisdicción, mas no de poder y fuerza para ejecutar sus decisiones).

Según Gaspar (1998, p. 54), citando a varios autores define al arbitraje "como la institución por la que las partes de una determinada relación Jurídica, someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas que con ocasión de dicha relación se suscitan sobre derechos arbitrales."

Gabaldon (1987), presenta la figura del arbitraje como "un instituto, mediante el cual el derecho Procesal faculta a quienes se encuentran en controversia para designar los jueces que la resolverán y para establecer los mecanismos con que estos deberán actuar para lograrlo, quedando las partes obligadas por imperio de la ley a respetar el fallo que dicten" (p.15).

Por su parte Feldstein y Leonardi (1998), enseñan que “El arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales... los árbitros tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iuditium*, mientras que los jueces agregan a las anteriores la *coertio* y la *excutio*” (p. 12).

El profesor colombiano Benetti Salgar (2001), señala que:

El arbitraje consiste, entonces, en la solución de un conflicto cuyo objeto sea transigible por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque sí adquieren la primera para adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, mediante una decisión que se denomina laudo y que la ley equipara a una sentencia judicial, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión, pero ellos, sin embargo, conservan jurisdicción y competencia para actuar en otros conflictos distintos de que aquellos que en cada caso se llevan a la justicia arbitral (p. 15).

De las definiciones anteriores, se desprenden elementos coincidentes del concepto arbitraje, tanto en la doctrina nacional como extranjera, con mas o menos parecido, lo que no hay duda es que el arbitraje se erige como un medio alternativo de resolución de conflicto distinto a de la justicia ordinaria, donde los particulares o justiciables de común acuerdo le transfieren esa potestad a un tercero distinto de los jueces tradicionales o a órganos distintos

de la administración de justicia, denominados centros de arbitraje o tribunales de arbitramento, y cuando actúan sin esta forma se denominan simplemente árbitros, esta posibilidad de decidir sobre materias susceptibles de arbitraje, el Estado conserva para sí, materias que considera que no pueden estar bajo el conocimiento y decisión de los particulares, como por ejemplo, que sean contrarias al orden público, o que versen sobre el estado o capacidad civil de las personas; por otra parte, esa decisión que toman los árbitros, llamado laudo, es de obligatorio cumplimiento para las partes, el cual produce efectos idénticos a la cosa juzgada, en este sentido ejercen plenamente la jurisdicción que le da el Estado para decidir sobre materias a los que son competente, sin poder ejecutar de forma coactiva esa decisión, que le corresponderá únicamente a los órganos jurisdiccionales creados por el propio Estado.

En otras palabras, el arbitraje es una institución jurídica, por la que dos o más personas establecen, a través de una Declaración de Voluntad que se fundamenta en determinadas circunstancias, que cierta controversia particularmente existente entre ellas, o que llegara a existir, se resolverán conforme a un procedimiento desarrollado por un tercero o terceros al que o a los que se inviste como Juez o Jueces de sus contiendas (árbitros) y cuya decisión, se llamara también laudo arbitral.

De este enfoque se deduce que son variadas las notas determinantes del concepto de arbitraje y son muchos los elementos interrelacionados que lo componen.

En primer lugar, hay que resaltar, quizás como más importante, su carácter de institución con todo lo que ello implica.

En segundo lugar, se tiene la autonomía de la voluntad de las partes como base, que se manifiesta en el contrato preliminar, en el compromiso (cláusula compromisoria) y en la voluntaria sumisión a la decisión de los árbitros.

Otro elemento importante de resaltar es la recepción del árbitro como elemento caracterizador de la jurisdicción, que queda investido, por esa sumisión voluntaria de las partes, de la potestad de evitar el conflicto pendiente mediante su decisión.

Luego de la exposición de las distintas definiciones sobre arbitraje tanto de la doctrina nacional como extranjera, pasaremos a analizar las características de esta institución, comunes en todas o en la mayoría de las definiciones esgrimidas.



## **Características del Arbitraje**

Se debe precisar que las características del arbitraje se matizaran de acuerdo al derecho positivo de cada país, en este sentido, siguiendo a Roca Martínez (1992), las características del arbitraje son las siguientes: Resolución de conflictos intersubjetivos; intervención de terceros; naturaleza disponible del derecho litigioso; voluntariedad en el sometimiento; y decisión definitiva e irrevocable.

### **Resolución de Conflictos Intersubjetivos.**

Para Gómez de Llaño, citado por Roca Martínez, (1992, p. 24), "El arbitraje es un medio de resolución de conflictos intersubjetivos", en este sentido, el arbitraje se ha desarrollado en los últimos tiempos, impulsado por la misma situación en que se encuentra la maltratada justicia ordinaria, es decir, es un elemento coincidente en mayor o menor medida en todos los países iberoamericanos, la administración de justicia por parte del Estado se ha hecho lenta y complicada, por lo que el mismo Estado esta en la búsqueda constante de brindar al justiciable una verdadera tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 CRBV, y ésta no es solo que tenga la posibilidad de que pueda acceder a los órganos de administración de justicia, sino también a obtener con prontitud la decisión correspondiente, el mismo Constituyente de 1999 estableció en el artículo 258 CRBV que "La ley

promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquiera otros medios alternativos para la solución de conflicto”, el arbitraje tal vez no será la respuesta definitiva a la problemática existente, pero podría coadyuvar a descongestionar los tribunales ordinarios de causas, que reposan en sus atestados archivos, sin esperanza de lograr esa anhelada justicia eficiente y eficaz.

Por otra parte, señala Roca Martínez (1992), que “el arbitraje no solo es una vía alternativa al proceso judicial para solucionar controversias, sino que además, tiene carácter excluyente respecto a este, habida cuenta de que la existencia de un convenio arbitral impide a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje...” (p. 27), Por lo que una vez escogido el arbitraje, como mecanismo de solución de conflictos, no podrán los jueces o tribunales conocer sobre ese asunto, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 608 y 617 CPC y de manera particular en materia de arbitraje comercial en el último aparte del artículo 5 LAC, que establece: “El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.

### **Intervención de Terceros.**

Dentro de los distintos medios de composición de los conflictos, el arbitraje, según Gimeno Sendra citado por Roca Martínez (1992), se incluye dentro de las formulas heterocompositivas, la razón es que la decisión sobre

un determinado conflicto le corresponderá dirimirlo a un tercero que no es parte, e impone su decisión a estas, quedando obligados jurídicamente, el arbitraje conlleva una solución coactiva imparcial. Aun cuando, se encuentra en la doctrina algunos autores que consideran el arbitraje como parte de las formulas autocompositivas, en lo cual no se esta de acuerdo, la mayor parte de la doctrina coincide en que es un tercero o terceros que decidirán un conflicto entre las partes, y esa decisión denominada laudo será de obligatorio cumplimiento, para aquellos que convinieron en el arbitraje.

#### **Naturaleza Disponible del Objeto Litigioso.**

En el derecho positivo venezolano tanto el Código de Procedimiento Civil (CPC), como en la Ley de Arbitraje Comercial (LAC), en sus artículos 608 y 3 respectivamente, establecen:

Artículo 608 CPC: Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción.

Artículo 3 LAC. (In limine): Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

Por lo que, obligatoriamente el arbitraje se debe basar sobre materias en las cuales las partes puedan disponer validamente de acuerdo al

ordenamiento legal de cada país, la disponibilidad del objeto litigioso es una nota características del arbitraje en toda la doctrina comparada.

### **Voluntad en el Sometimiento**

De no existir la voluntad a someterse al arbitraje, sencillamente no lo habría, esta aceptación de someterse al arbitraje, como lo ha establecido el tribunal constitucional Español es inherente a la institución arbitral.

Gómez Llaño citado por Roca Martínez (1992), explica que la base legitimadora del arbitraje, se encuentra en la voluntad de las partes, este deseo voluntario de someterse al arbitraje, esta atado desde un punto de vista constitucional y legal, si una de las partes previamente no ha acordado someter su controversia a arbitraje, simplemente no se iniciaría el procedimiento de arbitraje, el artículo 608 CPC en su segundo y tercer párrafo establecen la necesidad de existir la voluntad de someterse libremente a la institución del arbitraje, cabe destacar, que de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, las partes pueden decidir someterse a arbitraje en el mismo juicio.

Por su parte, el artículo 5 LAC establece “el “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el cual las partes deciden someterse a arbitraje...” (omissis), Si no existe esa voluntad, mal podría obligarse a una de las partes, a utilizar

una vía de solución de conflicto que no ha sido convenida o con la cual no se esta de acuerdo.

### **Decisión Definitiva e Irrevocable**

Esta es otra característica coincidente en todas las definiciones planteadas, es una características esencial del arbitraje, si fuera posible apelar del laudo arbitral por cualquier causa, se perdería la esencia de esta institución y se trasladaría a la justicia arbitral, los males y los retrasos inútiles de la justicia judicial u ordinaria, no habría la certeza que se trata de una sentencia firme, la cual no produciría los efectos de la cosa juzgada.

Tanto la Ley Adjetiva, como la Ley de Arbitraje Comercial, establecen la posibilidad de solicitar ante el juez competente la anulación del laudo, solo cuando se encuentran en los casos señalados en los artículos 626 CPC ó 44 LAC, cabe destacar que la anulación del laudo recaerá sobre la forma del laudo como tal, y no sobre el fondo, Roca Martínez (1992), señala que "El contenido del laudo no puede ser revisado en vía jurisdiccional, por lo que habrá de considerarse irrevocable" (p.32).

### **Clasificación del Arbitraje**

Desde esta perspectiva, Gil Echeverry J. (1995), presenta entre generalidades del arbitraje la clasificación siguiente:

- 1) De acuerdo con los principios que se fundamentan los árbitros para proferir su decisión.
- 2) De acuerdo a su origen.
- 3) La forma de funcionamiento del tribunal de arbitramento
- 4) Al ámbito territorial en que se produzcan sus efectos
- 5) Desde el punto de vista de las reglas procesales aplicables.

El arbitraje puede ser:

1) De acuerdo con los principios en que se fundamentan los árbitros para proferir su decisión, el arbitraje puede ser: en derecho, en conciencia, técnico:

- a) En derecho: es cuando los árbitros basan su laudo teniendo en cuenta normas sustantivas vigentes y tarifa legal probatoria.
- b) En conciencia: cuando los árbitros profieren su fallo sin sujeción a la tarifa legal probatoria. En este arbitraje, ellos deciden según su real saber y entender, aplicando los principios de igualdad, verdad y buena fe, tratando de conciliar

las pretensiones opuestas, en Venezuela se llaman de equidad.

- c) Técnico: cuando los árbitros pronuncian su fallo fundamentado en conocimientos claros y precisos acerca de determinada ciencia, arte o profesión, los cuales deberían aplicar procedimientos para resolver conflictos de índole técnico cuya solución se les defiere en el pacto arbitral

2) En razón de su origen el arbitraje puede ser: voluntario y forzoso.

- a) El voluntario tiene su origen en el pacto arbitral, suscrito libremente por las partes para resolver conflictos de intereses presentes o futuros. Arbitraje, regulado en Colombia por Decreto N° 2279 de 1989 y la Ley 23 de 1991. En Venezuela por el Código de Procedimiento Civil y la Ley de Arbitraje Comercial.
- b) Forzoso tiene su origen en la Ley, como infancia obligatoria en la solución de conflictos (caso colombiano)

3) De acuerdo con la forma de funcionamiento del tribunal de arbitramento, puede ser:

- a) Independiente (ad hoc): Es aquel en el cual la formación del tribunal la adelantan las partes, nombrando directamente los

árbitros o delegando este nombramiento en un tercero no independizado en la materia. El tribunal de arbitramento una vez integrado discrecionalmente señala el lugar de su funcionamiento y fija los emolumentos que considere pertinentes.

- b) **Institucionalidad o Administrado:** Es aquel que se inicia, desarrolla y finaliza con el concurso y administración de una entidad o institución especializada en el área regida por su propio reglamento.

4) En cuanto al ámbito territorial donde se produzcan sus efectos, el arbitraje puede ser:

- a) **Nacional o Doméstico:** Es aquel que se ejecuta en una nación, con sujeción a la Ley para resolver Litigios acerca de derechos y obligaciones que producen efectos jurídicos en su territorio.
- b) **Internacional:** Es el que se rige de formalidad con el derecho internacional y produce efectos jurídicos en diferentes Estados.

5) Desde el punto de vista de las reglas procesales aplicables el arbitraje puede ser:



- a) **Formal o Ritual:** Es aquel en el cual las partes no pueden escoger sus propias reglas procesales, debiendo sujetarse, ellas y los árbitros, a las reglas procesales consagradas por la Ley.
  
- b) **Informal o Irritual:** Es cuando las partes están habilitadas para escoger las reglas procesales aplicables al caso, debiendo los árbitros fallar de conformidad con lo previsto en el pacto arbitral.

### **Ventajas del Arbitraje**

En los últimos tiempos ha habido un incremento vertiginoso del número de procedimientos arbitrales como producto del éxito que la solución por vía del arbitraje de los conflictos jurídicos ha obtenido en la comunidad mercantil internacional.

En este sentido, Gil Echeverry, J. (1995, pp 13-14), hace referencia a las siguientes ventajas: celeridad, economía, universalidad, eficacia, reserva, idoneidad, equidad, intermediación e informalidad, que se describen a continuación:

a) Celeridad: El arbitramento es una opción rápida para resolver conflictos de intereses, acordando el término para proferir el fallo que prevean las partes, o subsidiariamente un lapso no mayor de seis meses, contadas a partir de la primera audiencia de trámite, que consagra la legislación Colombiana.

b) Economía: De la celeridad surge la economía del proceso arbitral, teniendo en cuenta que resulta más oneroso para las partes el transcurso del tiempo y los perjuicios que ello conlleva, que los costos y gastos procesales que ocurren con motivo del proceso arbitral.

c) Universalidad: A través de la justicia arbitral se pueden resolver los distintos conflictos, con la condición de que los mismos sean transigibles. Es decir, el tribunal de arbitramento puede conocer y decidir lo referente al debate que de ser sometida a la justicia ordinaria, generando un proceso ordinario, breve, u oral pues todos ellos son fácilmente sustituibles por el proceso arbitral.

d) Eficacia: Los laudos arbitrales desarrollan los mismos efectos que las sentencias proferidas por jueces de la República. (Tienen tratamiento de cosa juzgada).

e) Reserva: El desarrollo del proceso arbitral se enmarca dentro de la más estricta reserva. Esto garantiza que el nombre de las partes intervinientes no sea afectado durante el Litigio, lo que no ocurre en la justicia ordinaria, especialmente cuando las partes son muy conocidas, por que rige el principio de publicidad, en el arbitraje comercial venezolano se exige a los árbitros guardar la confidencialidad.

f) Idoneidad: Con el arbitraje se asegura la calidad del fallo por las especiales cualidades morales y profesionales de los árbitros.

g) Equidad: Árbitros idóneos, fallos certeros.

h) Inmediación: La interrelación de los árbitros con las partes es permanente, lo que sin duda lleva sencillamente a la verdad. Los árbitros decretan y practican directamente las pruebas, con la colaboración de las partes y sus apoderados, redundando a favor a la lealtad procesal. No obstante, los árbitros disponen de ánimo y tiempo suficiente para realizar una valoración probatoria minuciosa y acertada, la cual puede diferir de la justicia ordinaria.

i) Informalidad: Aún cuando el proceso arbitral no es informal en sentido estricto, si se reviste a los árbitros de una cierta discrecionalidad para la instrucción del proceso arbitral.

Es conveniente destacar que el arbitraje requiere un comportamiento preciso y claro que estimule a los árbitros hacia objetivos definidos, en situaciones específicas. Las nueve (9) ventajas presentadas por el autor citado, se interpretan como variables que se afectan entre sí, que permiten la solución de conflictos en un marco y espíritu de neutralidad, bien sea política, económica, cultural o sociológica, donde la decisión debe estar tomada por personas, que estén debidamente preparadas para asumir este reto, cuyo fin es solucionar conflictos.

### **Naturaleza Jurídica del Arbitraje**

Para el desarrollo de este trabajo, es de vital importancia esgrimir las diferentes tesis sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, seguidas por los distintos autores, tanto nacionales como extranjeros, por lo que se estudiará las teorías mas importantes sobre esta materia, lo importante de determinar cual es la naturaleza jurídica de esta institución, será extraer la esencia misma de esta figura.

Por lo que, Pietro Castro (1964), citado por Roca Martínez (1992), señala como elementos fundamentales del arbitraje los siguientes: "el compromiso, el *receptum arbitri*, el procedimiento arbitral y, en su caso, la ejecución" (p. 37). La complejidad del arbitraje viene dada por varios componentes; por ello, el arbitraje no es una figura jurídica simple, sino que requiere para su constitución de otras figuras, el arbitraje tiene su génesis en un acuerdo de voluntades mediante el cual, las partes someten los asuntos litigiosos a la decisión de uno o más terceros, los cuales no se obligan a resolver el punto particular si no a través de la aprobación expresa de dicho encargo; la actividad de los árbitros se ejerce mediante un procedimiento que finaliza con el laudo, produciendo efectos idénticos a la cosa juzgada, pudiendo lograrse la ejecución forzosa de la sentencia, por los trámites establecidos en la ley.

En un primer acercamiento sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, no se puede perder de vista la división que existe entre el Derecho Público y el Derecho Privado, como bien apunta Chillón Medina y Merino Merchán, citado por Roca Martínez (1992, p. 38):

Nuestro derecho, y en general el de todos los países que siguen el derecho Romano, encuentran prejuzgadas sus instituciones con esa distinción arbitraria que secciona en dos regiones del mundo jurídico. Nos referimos a la división tradicional y más polémicas de toda la ciencia jurídica que divide el derecho objetivo en público y privado

En consecuencia, el planteamiento de la naturaleza jurídica del arbitraje concurren inquietudes acerca de las concepciones normativas públicas o por el contrario, a las privadas. Estas tendencias tratan de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje. La tesis Contractualista representa la concepción privada o privatista del arbitraje; mientras que la tesis jurisdiccionalista destacan las notas publicista del arbitraje.

En este sentido Rengel (1999, p. 29), en su trabajo sobre El Arbitraje en el Código de Procesamiento Civil y en la Nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998), explica la naturaleza jurídica del arbitraje, apoyándose en autores como Mortara, L. (1899-1900); Ottolenghi, G. (1916); Carnelutti (1923); Betti, E. (1927) Rocco, A. (1944); Wach, A. (1977), explica las siguientes tesis:

- a) Contractualista, b) Jurisdiccionalista y c) La intermedia.

### **Tesis Contractualista o Privatista**

Sostiene que el procedimiento arbitral no es un ordenamiento coactivo, ni de tutela jurídica. El árbitro no es un funcionario del Estado, no tiene jurisdicción ni propia ni delegada, sus facultades derivan de la facultad de las partes; su decisión es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es ejecutiva. (sostienen esta tesis, Wach, Chiovenda, Guasp, Satta, Hecce Quemada, Rosemberg, Ogayar, Rocco, Weill, Fairen Guillén, entre otros)

Para Troconis (1999, p. 71), Los que sostienen el carácter privatista o convencional del arbitraje, posición que prevalece entre los civilistas y mercantilistas, afirman que la jurisdicción es una función pública, y que este carácter es, precisamente, lo que la diferencia de la actividad de los árbitros. Niega la naturaleza jurisdiccional del árbitro por los siguientes motivos:

- 1) El Estado considera la función jurisdiccional como propia de su soberanía y, siendo así, dicha función no puede ser compartida por los particulares.
- 2) Al limitar la materia objeto de la actividad de los árbitros el Estado elimina de esta todo el carácter jurisdiccional; puesto que es de la esencia de la jurisdicción ser amplia e ilimitada como la soberanía de la que emana.
- 3) No se reconoce a los árbitros las facultades o poderes indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional; y
- 4) El arbitraje es un asunto exclusivamente privado, y en ningún momento se reconoce carácter público al árbitro o sus actos.

En este sentido los seguidores de esta teoría señala González Soria (1988), "parten principalmente del momento inicial del arbitraje, es decir, del contrato de compromiso o la cláusula compromisoria" (p. 57), por lo que, existiendo un derecho disponible de las partes, estos pueden renunciarlos o

transigirlos, y buscar la solución que consideren más conveniente, pudiendo facultar a un tercero para que decida, y esta decisión será obligatoria para las partes por el mismo convenio realizado con antelación.

Consideran los autores, que siguen esta teoría, que la función privada de los árbitros deriva del negocio jurídico que llevo a las partes para su nombramiento (Cláusula compromisoria), igualmente será el laudo que dicten, siempre y cuando sean de derecho privado o materia disponible. Para Guasp citado por González Soria "El árbitro no es un juez, ni el arbitraje es un fenómeno procesal, sino material y sustantivo" (1988, p. 57), de esta forma quitándole cualquier relación con la función jurisdiccional, no asimilando desde ningún punto de vista al árbitro con el juez, ni al arbitraje con el procedimiento.

Por su parte Ramos Méndez, citado por Feldstein y Leonardi (1998), señala que la teoría privatista sostiene que el arbitraje es equiparable "aun contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas" (p. 26), Por lo que, basan la creación del arbitraje en un pacto convenio arbitral sobre materia disponible, y por esa misma voluntad es que deciden si su controversia la resuelve un tercero.



La conclusión principal a la que llegan los autores que defiende la tesis contractualista, según Roca Martínez (1992), es que el arbitraje se sitúa necesariamente en el ámbito del derecho privado, para Rocco citado por este autor señala:

Así como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función, así son de derecho privado las relaciones que se engendra entre ellos y las partes, y del mismo modo lo es el laudo que dictan; si quien nombra los árbitros determina los límites de su oficio, no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del estado, sino sólo en interés privado, lógicamente se deducen que las funciones de los árbitros no son funciones públicas, sino privadas, que las relaciones entre éstos y las partes son relaciones privadas, juicio privado y no sentencia, el fallo que de ellos emana (p. 41).

Se le critica a esta teoría contractualista, que ha equiparado el arbitraje a un contrato derecho privado, por el solo hecho de su génesis, que es la cláusula compromisoria, donde las partes quedan facultadas para nombrar los árbitros que resolverán sus controversias fuera de la jurisdicción ordinaria, sobre materias disponibles en sus esferas jurídicas, olvidando como bien señala Roca Martínez (1992), "aspecto tan importante como el desarrollo de la actividad arbitral, el contenido de estas o los efectos de la decisión". Que sin duda no se podría considerar contractuales, en toda su dimensión y forma.

Los seguidores de esta teoría han asimilado en algunas ocasiones al árbitro como un mandatario de las partes, otros equiparan el arbitraje como la transacción.

En cuanto al mandato, según nuestro ordenamiento jurídico, es un contrato por el cual, una persona se obliga a ejecutar uno o más negocios por cuenta de otro, dentro de los límites del mandato, por su parte el mandato se puede extinguir, por revocación por renunciaciones entre otros, tal vez esta es una de las características más contrapuestas con el arbitraje, según el artículo 615 CPC "el cargo de los árbitros una vez aceptado es irrenunciable..." de lo que deriva otra característica, en el mandato la aceptación puede ser tácita de acuerdo al artículo 1685 del Código Civil, en el Arbitraje siempre tiene que ser expresa, por lo que una vez aceptada la designación de árbitro, esta no puede ser revocada por capricho de algunas de las partes a menos que se encuentre entre una de las causales de recusación o inhabilitación de conformidad del artículo 35 de la Ley de Arbitraje Comercial, "el árbitro no actúa ni en el carácter de representante, ni en beneficio de la parte" (Feldstein y Leonardi, 1998, p.27).

En cuanto equiparar al arbitraje con la transacción, en primer lugar debemos decir, como se apuntó en la definición de arbitraje que este es entendido como un medio voluntario de heterocomposición de controversias

y la transacción de acuerdo con el artículo 1713 del Código Civil, es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, en concordancia con los artículos 255 y 256 CPC, la transacción es un medio de autocomposición procesal, son las mismas partes las que deciden resolver su conflicto, sin intervención de un tercero para llegar a una decisión o que sea este tercero el que decida.

El tratadista argentino Lino Enrique Palacios (1998), citado por Bejarano (2001), hace duras crítica a la tesis contractualista y señala

La tesis contractualista es, a nuestro juicio, desechable en cualquiera de sus orientaciones. Ciertamente, a la luz del mandato no puede equipararse la labor y función de los árbitros, por cuanto el contenido del laudo no ejecuta instrucciones de las partes; tampoco hay punto de comparación con la prestación de servicios, pues en este no se tienen los poderes y facultades con las que se dota al árbitro para que adelante y concluya el proceso (p. 397).

### **Tesis Jurisdiccionalista, Publicista o Procesalista**

Entre los seguidores de esta tesis encontramos Mortara, Ottolenghi, Micheli, Ricci, Fenech, Carreras, Serra Dominguez, Perez Gordo, Alcalá Zamora, Vescovi, Benetti Salgar, entre otros. Señalan que el Estado moderno garantiza la facultad de encomendar la resolución de las controversias a la decisión de terceros, pero ésta no es aún la forma de un

juicio porque a la voluntad del tercero falta toda fuerza de coacción para imponerse a las partes contratantes. Tanto los tribunales arbitrales como los extranjeros, deben ser considerados "Órganos Impropios de la Jurisdicción Civil Ordinaria", si bien la función que cumplen, por el contenido y por los efectos, da vida a "actos de jurisdicción" en los confines dentro de los cuales el ejercicio de esta función es atribuida a ellos.

Para Mortara (1902) citado por Roca Martínez (1992), considerado uno de los iniciadores de la teoría jurisdiccionalista del arbitraje señala:

Los árbitros desempeñan su oficio jurisdiccional no por la voluntad de las partes, sino porque el Estado confiere el carácter de jueces a las personas designadas por las partes; en el momento de juzgar, los árbitros no representan a las partes, sino a la soberanía que administra justicia (p. 45).

La concepción de los que apoyan esta teoría es asimilar a los árbitros con los jueces ordinarios, y señalan que esa potestad de nombrar árbitros es de derecho público y una vez investido como tal, tienen las mismas facultades que los jueces, impuestos por el Estado, sus decisiones tienen carácter de cosa juzgada.

Los que afirman el carácter jurisdiccional del arbitraje parten del siguiente razonamiento, cuando las partes designan un árbitro, sea de

derecho o equidad, se comprometen a someterse a su decisión, es decir, admiten la obligatoriedad de su pacto; pero la decisión de los árbitros no produce tan solo esta obligatoriedad, sino que tiende a resolver la controversia jurídica en la misma forma y con los mismos caracteres que el juez en la sentencia es decir, con ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada plena.

Si cada una de las partes, por si misma no pueden resolver con estos caracteres una controversia, es evidente que ellas no pueden otorgar a un tercero, dentro del derecho privado más de lo que tienen. Por lo tanto, es indudable que el poder de decidir obligatoriamente, con ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada, solo puede venirles a los árbitros del Estado, de lo cual se desprende la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. En apoyo a lo antes señalado, Serra Domínguez, citado por Álvarez Sánchez (1996), "se identifican laudo arbitral y sentencia judicial, al producir ambas resoluciones efectos de cosa juzgada, siendo el laudo susceptible de ejecución forzosa por los órganos jurisdiccionales, a través de los tramites previstos para la ejecución de sentencias. La función y los efectos de la sentencia arbitral y del laudo son idénticos" (p. 34).

De acuerdo a la doctrina dominante en Latinoamérica se puede concluir que la teoría jurisdiccionalista es la mas aceptada por los distintos

autores, al entender que esa función y sus efectos solo pueden derivar del Estado.

Se argumenta a favor de la jurisdiccionalidad del arbitraje, entre los distintos autores se encuentra, Gimeno Sendra (1990), que establece "la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de la cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad... y que si bien es cierto que los árbitros no ejercen potestad, si que gozan de auctoritas" Ramos Méndez (1990), señala que "se pone de relieve la similitud entre la función de los árbitros y la del juez, entre el laudo y la sentencia," ambos autores citados por Roca Martínez (1992, p. 48), poniéndose de manifiesto el carácter jurisdiccional del arbitraje y sin duda la característica mas relevante para llegar a esa conclusión es la posibilidad de que los árbitros puedan dictar decisiones, que gozan de toda obligatoriedad necesaria para considerarla como una sentencia con autoridad de cosa juzgada.

Entre los detractores de esta teoría se encuentra a Chiovenda (1922) citado por Troconis (1999), que no esta de acuerdo con el carácter jurisdiccional que se le da al arbitraje por las razones siguientes:

- 1) El arbitraje tiene su fundamento en un negocio jurídico de derecho privado.

- 2) El árbitro no actúa por la ley ni la ejecuta, esta facultad deriva de la voluntad de las partes.
- 3) La actividad de los árbitros conserva su naturaleza privatista.
- 4) Considerado definitivo el laudo adquiere la eficacia de la sentencia de los jueces, es decir produce cosa juzgada.

Para Palacio, citado por Bejarano (2001) llega a la conclusión:

Según la cual median razones suficientes para fundamentar la naturaleza jurisdiccional del proceso arbitral. En efecto, aun cuando el árbitro carece del imperium comprensivo, a su vez, de la coertio y de la executio su actividad es sustancial equiparable a la fundamental que cumplen los órganos judiciales, y que incluso en determinados casos agota la función de estos. Los laudos arbitrales participan de la obligatoriedad que caracteriza los actos de autoridad, que es extraña a los contratos (p.396).

La tesis jurisdiccional se convierte en una de las tres tesis con mayor peso en nuestro ordenamiento jurídico, sin olvidar su nacimiento que viene por un pacto entre las partes (un contrato), para que un tercero resuelva una controversia con toda la fuerza que podría tener un juez ordinario, esta aquí el punto neurálgico de este asunto, porque es el árbitro el que toma una decisión sobre el problema planteado, y las partes están obligadas por la cláusula compromisoria a respetar esa decisión, esa facultad de poder decidir y la obligatoriedad de las partes de respetar el laudo, emanan del propio Estado, sin duda aun cuando mucho se ha escrito y estudiado todavía

se vera muchos debates sobre este tema, si el arbitraje se funda en una tesis contractualista o por el contrario en una tesis jurisdiccionalista, por lo que algunos autores no consideran que se pueda encuadrar esta figura en alguna de estas posiciones, sino mas bien en una tercera que sería la intermedia.

### **Tesis Intermedia o Sincrética**

Son seguidores de esta tesis los siguientes autores: Carnelutti, Zanzucchi, Gaspar, Micheli, Ferrara, González Soria, Silva Melero, De la Plaza, entre otros, quienes consideran que tanto la decisión del árbitro como la del juez, no puede dejar de proceder de una potestad jurisdiccional cuando despliegan la misma eficacia que las decisiones promulgadas por el juez provisto de tal potestad, pues la eficacia jurídica del acto supone la existencia del poder o del deber, así pues, si éstos árbitros no tenían la potestad antes, deben haberla adquirido después por virtud del acto que ha conferido eficacia a su decisión, pues conferírsela sin conocerles a ello tal potestad, sería una contradicción en los términos; y ningún obstáculo lógico se opone a tal deducción, puesto que naturalmente, al conferimiento de la potestad se le puede atribuir efecto retroactivo, ya que el reconocimiento se define como una condicio iuris de la eficacia de la decisión y con ella de la potestad del juez que la ha pronunciado (Rengel, 1998).



Se adhiere a esta tercera posición, Gaspar (1998), Ello por cuanto que “la institución arbitral en su origen es un negocio de derecho privado creado por la voluntad de los particulares pero en cuanto a su desarrollo ulterior -una vez surgida la controversia- es evidente que requiere una actividad jurisdiccional conducente a la obtención del laudo correspondiente” (p. 56), el arbitraje no se puede analizar desde una óptica cerrada, ni mucho menos se puede pretenderse analizar por separado todas sus facetas, el mismo se debe hacer de forma global, para no caer en contradicciones con esta institución.

Comenta en este sentido, Benetti Salgar (2001, p. 24), que los seguidores de esta tesis, reprochan a los contractualistas no tener en cuenta que es la propia ley la que le da al laudo el valor, los efectos y la ejecutabilidad de una sentencia, que en muchos países las partes sometidas a arbitraje no tienen libertad para escoger el procedimiento, el cual es reglado y es inderogable y, en fin es la propia ley la que autoriza y estimula este medio para solucionar los conflictos, y por otra parte se le crítica a los jurisdiccionalistas, haber olvidado que sin el acuerdo arbitral no puede darse el arbitraje, pues es el deseo de las partes solucionar sus controversias mediante el arbitraje, así mismo acota Benetti Salgar (2001), que dependerá de la legislación de cada país determinar cual es la teoría que se impone respecto al arbitraje doméstico y en el caso colombiano, tiene un mayor

predominio la tesis publicista, sin dejar de lado la necesidad del pacto arbitral, que es la *condictio iuris* del procedimiento arbitral.

Por otra parte Chillón y Merino (1991), citados por Feldstein y Leonardi (1998), establecen:

Si por una parte se llega justificadamente a refutar la jurisdicción de los árbitros como negocio privado y, por otra, se rechaza la posibilidad de asimilarla a la atribuida a los organismos del Estado, se establece sin embargo, una estructura *sui generis*, que en la técnica se denomina 'jurisdicción convencional' (p. 32).

La doctrina ha tratado de darle respuesta a las necesidades de esta figura y explicar todas las aristas que lo componen, así pues, por su parte, Martínez Vázquez (1991), explica de que se trata esta "jurisdicción Convencional" la cual quiere decir dos cosas:

a) Es convencional el arbitraje desde aquel momento en que las partes perfeccionan un contrato de compromiso, que es negocio de Derecho privado; asimismo es convencional en aquel otro acto, engendrar de él un vínculo jurídico entre litigantes y árbitros y que crea una relación de servicio desde el instante en que se da la aceptación por terceros llamados a dirimir.

En cuanto al procedimiento o tramitación arbitral, estamos ante un contrato de tracto procedimental, en que cada uno de los elementos que lo componen funciona como requisito de admisión del siguiente, como condición de eficacia del anterior.

b) Es jurisdiccional la institución que nos ocupa, no por la función que desarrollan los árbitros, que no es jurisdiccional en sentido técnico-político, sino por la especial eficacia que el Derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del Derecho contractual o

privado y se trastocan en procesales, al otorgarles la ley la misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas (p. 22).

La tesis intermedia toma en cuenta no solo su génesis, sino también sus efectos, el arbitraje se debe considerar contractual, al momento de comprometerse con una cláusula compromisoria o manifestar su voluntad de someterse a arbitraje y es jurisdiccional por los efectos que tiene el laudo sobre el arbitraje, este tiene los mismos efecto de la cosa juzgada, por lo que resumiendo esta teoría no la pueden considerar cien por ciento contractual, ni cien por ciento jurisdiccional, no es contractual porque quedarían muchos vacíos y preguntas sin respuestas, como es la propia facultad del árbitro de decidir, ni tampoco jurisdiccional, porque algunos autores consideran que resultaría excesivas y no podría olvidarse su génesis que viene de un contrato entre las partes por lo que esta teoría intermedia busca armonizar ambas tesis, contractual por su nacimiento, la cual deriva de una cláusula compromisoria, y jurisdiccional por sus efecto, la cual conlleva a un laudo (sentencia), con autoridad de cosa juzgada.

El maestro Muñoz Sabaté (1992), al comentar una sentencia del Tribunal Supremo Español, destaca que el arbitraje tiene una doble naturaleza, pero con un acento jurisdiccionalita sobre el contractual, señalando:

Esta doble naturaleza no debiera ser utilizada, como a veces lo ha sido, para buscar solamente el lado malo de la institución mostrándose inflexible, por ejemplo, a la hora de sancionar la extemporaneidad del laudo (tesis contractualista) o a la hora de determinar la indisponibilidad de una materia (tesis jurisdiccionalista). Pienso que sin perjuicio de velar por el debido respecto a los derechos constitucionales -misión ineludible y sublime de la jurisdicción ordinaria- tienen que respetarse al máximo los principios de conservación del negocio jurídico y de intervención mínima del Estado. Salvo contadas excepciones, lo demás será pura hipocresía jurídica (p. 12).

Esta tesis en ningún momento busca sobreponer una tendencia sobre otra, mas bien lo que hace es dar respuesta a algunas interrogantes que plantean por separado las tesis jurisdiccionalista o contractual, se le debe dar al arbitraje su justa dimensión, sin olvidar que nace de un deseo de las partes de arreglar sus diferencias por un mecanismo distinto al de la justicia ordinaria, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, y en ese caso debe existir la menor intervención del Estado, porque de lo contrario se estaría desdibujando la esencia misma del arbitraje.

Por su parte Roca Martínez (1992), critica esta teoría intermedia porque trata de conciliar ambas tesis "incurriendo en contradicciones terminológicas", refiriéndose a las expresiones jurisdicción convencional o jurisdicción privada, por lo que, concluye que "el arbitraje presenta, una naturaleza jurídica propia, a la cual se llegará tras el análisis de sus distintos

elementos” (p. 60). Este autor fija su posición al explicar que el arbitraje no supone ninguna actuación jurisdiccional, sino mas bien lo entiende como un método privado de resolución de conflicto, tanto por su origen (cláusula compromisoria), como por los sujetos que actúan (árbitros), sin embargo señala que su influencia procesal es inobjetable, ya que necesita de ciertas garantías para su correcto desarrollo y eficacia, no olvidando que la decisión que de los árbitros emane se convertirá en título ejecutivo, que va a permitir acudir al Juzgado de Primera Instancia a solicitar su ejecución (p.80).

Para el análisis de toda institución jurídica se debe estudiar todos sus componentes que forman parte de la misma y el arbitraje no es la excepción, por lo que, se seguirá estudiando esta figura y muy especialmente la naturaleza jurídica del arbitraje, aun cuando una determinada legislación le ponga su acento en el carácter jurisdiccional, como lo hace la legislación colombiana, pero a pesar de ese señalamiento expreso, el arbitraje no podrá ser nunca una institución netamente jurisdiccional o contractual, o cualquier otro carácter que se le quiera dar.

Para Cortes Domínguez citado por Roca Martínez (1992, p. 81), menciona que la institución del arbitraje a pesar de tener muchas relaciones con otras ramas del ordenamiento jurídico es “esencialmente una institución procesal” que esta incorporada de manera inequívoca en el aparato

jurisdiccional, en consecuencia se desarrolla y produce sus efectos en el ámbito procesal.

Señala en este sentido Roca Martínez (1992, pp. 81-83), que el arbitraje es una de esas instituciones jurídicas en que se manifiesta una orientación multidisciplinar, debido por la complejidad de la institución, resaltando el autor que la influencia procesal es predominante. Esta pluralidad de elemento que conforma el arbitraje, aconsejan alejarse de visiones parciales de la institución y exige un estudio conjunto desde distintas ópticas, dando lugar al surgimiento de una literatura especializada sobre el arbitraje que trata de poner fin al abandono en que la doctrina había sumido a esta figura.

De acuerdo con lo antes expuesto, cabe destacar que mediante la utilización constante de las leyes y procedimientos judiciales correspondientes, la relación entre arbitraje y jurisdicción depende de la naturaleza jurídica que aquel se atribuye, quienes defienden la tesis jurisdiccional del arbitraje, evidencian la similitud de los árbitros con la de los jueces ordinarios; por el contrario, si el arbitraje es considerado como actividad privada, su separación con la jurisdicción será determinante, ya que esta constituido por el origen contractual del arbitraje, donde ha habido un concurso previo de voluntades.

Definitivamente, aun cuando parezca superado el debate de la naturaleza jurídica del arbitraje, esta va a depender como lo han señalado algunos autores mencionados, del derecho positivo de cada país.

Para Henríquez (2000), "La potestad jurisdiccional es concerniente al concepto del Estado. El Estado se reserva en todo caso la potestad (el poder, el orden coercitivo); pero delega la autoridad o dicho mejor, no la delega –porque nunca la ha reservado totalmente–; la presupone en los sujetos de derecho" (p. 43), partiendo de esta premisa, cobra mayor sentido la posibilidad de que los árbitros dicten laudos y ejerzan una facultad jurisdiccional, por el efecto mismo de la libre determinación de la voluntad de las partes, si se tiene la facultad para llegar a un arreglo entre las partes por medio de una transacción, también se tiene la facultad para decidir si un tercero es el que resolverá ese asunto y su decisión será definitiva, salvo las excepciones establecidas en la ley, y esta decisión (laudo) esta cubierta por la cosa juzgada, donde otro tribunal no podrá revisar la misma.

En el 2001 acota Torrealba Ledesma, que resulta inficioso las discusiones de la naturaleza jurídica del arbitraje si es jurisdiccional o contractual, al haberse incorporado los medios alternativos de justicia en la nueva Constitución como parte del sistema de justicia venezolana (p. 35).

Como quiera que sea, definitivamente existe un marcado acento jurisdiccional a la institución del arbitraje en Venezuela que deriva de la misma constitución y de las leyes, por supuesto sin olvidar su origen, acuerdo entre las partes, por su parte, la Constitución de 1999, introdujo dos aspectos de vital importancia para la naturaleza jurídica del arbitraje, la primera que incorporó el arbitraje al sistema de justicia, como un medio alternativo a la resolución de controversias, de acuerdo a la exposición de motivos de la Constitución de 1999, con lo cual se termina el debate, de si era constitucional o no el arbitraje y por otra parte el artículo 253 Constitucional, establece que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la Ley, con lo cual, la figura del árbitro adquiere mayor peso, para los que asimilaban al árbitro como un verdadero juez de las partes, por lo que, al derivar de los ciudadanos la potestad de administrar justicia, sin duda, el justiciable puede determinar quien o quienes van a ser sus jueces y cual va a ser la modalidades para la aplicación de ese derecho con la limitaciones por supuesto que la Constitución y las leyes establecen para cada caso concreto.



### **CAPITULO III**

#### **CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL**

En 1.998 el Congreso de la República de Venezuela, sancionó la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en Gaceta Oficial N° 36.430, de fecha 7 de Abril de 1.998, que consagra a los comerciantes un medio alternativo para la solución de sus conflictos, cuyo objeto primordial es crear un instrumento legal dirigido a solucionar las diferencias que pueda presentarse en materia mercantil distinta a la vía jurisdiccional u ordinaria, que diera a los comerciantes una mayor seguridad jurídica, estableciendo normas claras para la solución de sus controversias comerciales, con reglas propias, de forma eficiente, imparcial y rápida, y que indirectamente iría a descongestionar con su utilización los tribunales ordinarios, evidentemente no se puede considerar a la Ley de Arbitraje Comercial, como una solución definitiva al problema judicial en Venezuela, pero sin duda puede llegar a convertirse en un instrumento de gran utilidad para la sociedad mercantil acota Henríquez, (2000, p. 78), que “el aporte fundamental de la Ley es la celeridad procesal y la certeza y seguridad jurídica que representa”; estudiándose en el presente capítulo la definición de arbitraje comercial y muy particularmente, se analizará la discusión de la potestad cautelar conferida a los árbitros en el arbitraje comercial.

### **Ambito de aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial**

El ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial, de acuerdo con el artículo 1, se aplicará ésta al arbitraje comercial sin perjuicio de cualquier tratado internacional vigente, según Govea, (1998) citado por Sarmiento. (1999, p. 11), "...La Ley del Arbitraje Comercial, rige para el arbitraje comercial, por lo que es inaplicable a las controversias de naturaleza agraria, civil o laboral".

En consecuencia esta Ley será aplicable de acuerdo a Badell & Grau "solo a la resolución de conflictos en los cuales se ventilen derecho de naturaleza comercial, mercantil o industrial esto es, aquellos que deriven de relaciones jurídico-comerciales regulados como tal en el Código de Comercio" (1998, 15).

En este sentido señala Bonnemaïson (1999), La Ley de Arbitraje Comercial, aunque no lo establece expresamente, pareciera aplicarse exclusivamente a la materia comercial, tal como su propio nombre lo indica.

## **Concepto de Arbitraje Comercial**

“El arbitraje comercial, 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 o no contractual” (Enciclopedia Jurídica Opus, Apéndice I, 1998, p.71).

La idea principal del arbitraje comercial, se puede dividir en dos, la primera: es un acuerdo de las partes de someter sus controversia a arbitraje, mediante un acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, y la segunda es su ámbito de aplicación, que se circunscriben a “relaciones jurídico-comerciales” (Badell& Grau , 1998, p.15).

La siguiente definición se asemeja a la anterior, para Torrealba (2001), El Arbitraje Comercial es un acuerdo conforme el cual, como lo preceptúan los artículos 1°, 3° y 5 de la Ley de Arbitraje Comercial las personas capaces de transigir deciden someterse al conocimiento y decisión de árbitros todas o algunas de las controversias comerciales susceptibles de transacción que hayan surgido o puede surgir entre ellas respecto de una relación jurídica mercantil contractual y no contractual (p. 12), igual a los concepto anteriores, se resalta la voluntad de las partes de someterse a arbitraje sobre materia disponible, y que versen sobre materia comercial.

## **Facultad Cautelar Concedida a los Árbitros en el Arbitraje Comercial**

Se debe aclarar sobre el análisis de este punto, que el mismo en principio esta delimitado al Arbitraje Comercial, en algunas ocasiones se hará mención al Procedimiento Arbitral, establecido en el Código de Procedimiento Civil, para hacer comparaciones entre uno y otro, y señalar sus coincidencias y diferencias.

La Ley de Arbitraje Comercial promulgada en el año 1998, estableció expresamente la posibilidad de que los árbitros pudieran dictar medidas cautelares, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial que establece:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto del litigio.

El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.

Colocándose de esta forma Venezuela, a la par de las legislaciones más modernas del mundo, estableciendo en el texto de la Ley de Arbitraje Comercial, la posibilidad de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares, que versen sobre el objeto litigioso, con lo cual se sigue la

tendencia acogida por la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional y su Reglamento y por otras legislaciones como la Suiza, la Alemana, la Sueca, la Colombiana, la Guatemalteca, la Ecuatoriana, la Brasileña, entre otras, donde se reconoce la posibilidad de los árbitros de dictar medidas cautelares, a pesar de esta facultad expresa, tanto la doctrina patria como la extranjera, se encuentran divididas, en reconocer o no la posibilidad de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares.

En principio se debe recordar cual es la doble finalidad de las medidas cautelares, que no es otra que la de impedir la violación de un derecho por una parte y por la otra facilitar el ejercicio del mismo, en otras palabras poder garantizar la ejecución de la decisión definitiva, al momento en que sea dictada. Feldstein y Leonardi (1998), señalan que “las medidas provisionales y conservatorias tienden a crear un estado de hecho o de derecho que permiten asegurar una ejecución efectiva de la sentencia” (p. 84).

En este sentido, la sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 15/11/95 dejo sentado que:

... El poder cautelar general que a todo juez, por hecho de tener la atribución de decidir y ejecutar lo juzgado le es inherente. Ello, por cuanto una protección integral del derecho constitucional a la defensa y a una tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares

idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en casos de transcurrir en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenado o, al menos, menoscabada.

Explica Madrid (2001), que esta sentencia se encuentra referida a los tribunales ordinarios, que ese poder cautelar es inherente a la función de decidir y ejecutar lo juzgado, y que ese poder está comprendido dentro de los elementos que conforman la jurisdicción, por lo que, se hace necesario determinar cuáles son los órganos que detentan este poder (p. 92). Por lo que se considera que no sólo este poder lo detentan los órganos jurisdiccionales o jueces estatales, al ser inherente ese poder cautelar a la función de decidir, la cual como fue planteado en el tema sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, los árbitros tienen delegada esa función jurisdiccional, no solamente por la voluntad expresa de las partes, para que un tercero distinto a ellos resuelvan sus controversias, sino el mismo Estado que delega esa función en un tercero, para que decida determinadas controversias.

Así pues, la sala Político Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 10 de enero de 1980, consultada en Henríquez (2000, pp. 58-59) dejó sentado que “la función jurisdiccional, si bien es una “función propia” de los órganos judiciales, no es una función privativa y exclusiva de ellos, pues los otros órganos estatales también la ejercen”, aun cuando en esta sentencia se refería a órganos administrativos,

ya la Corte, asomo la posibilidad de que otros órganos diferentes a los judiciales, pudieran ejercer la función jurisdiccional.

En este mismo sentido y particularmente, cuando se refiere a la potestad de los árbitros para decidir, señala Rengel Romberg (1999, p. 35)

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.

Por lo que, se puede deducir en un primer acercamiento, que los árbitros al cumplir una función jurisdiccional, que no solamente se puede circunscribir en la función de decidir, sino también debe comprender la potestad cautelar, es decir la posibilidad de dictar medidas cautelares que estén dirigidas a garantizar la ejecución del futuro laudo, esta potestad cautelar, se encuentra atada a la protección de una tutela judicial efectiva, por cuando al dictarse el laudo, el mismo debe ser efectivo y posible su ejecución.

En este orden de ideas, Silva Melero citado por Martínez Vásquez (1991), distingue en la génesis del arbitraje tres momentos diferentes:

Aquel en que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, que es negocio de Derecho privado; aquel otro, en que la voluntad cristaliza en un documento y se endereza a lograr un acto de marcada condición receptiva (la aceptación), engendrador de un vínculo que surge entre los litigantes y el árbitro y que se asemeja a un mandato; aquel otro momento, finalmente, en que investidos los árbitros de un poder que está en potencia en la ley, que así lo reconoce, pero que se traduce por obra del compromiso, ejercen una actividad pública, la de juzgar, y ello porque el Estado, al ejercer la tutela jurídica sobre los ciudadanos, así puede valerse de funcionarios que, en todo caso, asumen la potestad jurisdiccional, como en persona a quienes, concurriendo determinadas circunstancias, atribuyen la facultad de juzgar para un caso concreto (p. 21).

La doctrina tanto nacional como extranjera, están de acuerdo en otorgarles a los árbitros para el caso concreto, funciones jurisdiccionales que le son propias a los órganos de justicia del Estado, y esa función de decidir siempre deberá ser considerada una función jurisdiccional.

Por otra parte, la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional, han considerado a la tutela judicial efectiva, como un concepto jurídico que tiene un contenido complejo, que comporta a su vez cuatro garantías mínimas relacionadas con el quehacer jurisdiccional: el derecho de acceso a los tribunales; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente (motivación); el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y el derecho al recurso legalmente previsto (Pico, 1997, p.40).



Esta garantía del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, la tienen todos los ciudadanos, es un derecho inherente a la persona, por lo que él mismo, se debe reconocer en todo ciudadano, cuando al árbitro se le inviste con este carácter, tiene la potestad otorgada por la ley primero de decidir y luego de garantizar esa ejecución del laudo.

En apoyo a lo señalado, explica Henríquez (1999, p. 197), que los jueces privado, refiriéndose a los árbitros, ejercen una función jurisdiccional, y ésta función siempre tiene un cometido de eminente orden público, donde se encuentra la función jurisdiccional cautelar que se ejerce también en los procesos arbitrales, para evitar que la tardanza del proceso haga nugatoria la administración de justicia, entonces al ser el arbitraje una función jurisdiccional, tiene que existir para su eficacia, medidas cautelares.

En este mismo sentido ya señalaba en 1998, Henríquez, que “La función jurisdiccional conlleva el aseguramiento de la efectividad de la sentencia, y por tanto, el árbitro goza de un poder cautelar en razón del solo compromiso arbitral, salvo pacto expreso en contrario (art. 26 LAC)” (p. 40), por lo que necesariamente para una sana administración de la justicia arbitral, debe existir la posibilidad de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares, es la única forma de garantizar la posible ejecución del fallo, en un momento determinado, independientemente que el arbitraje sea un medio

rápido y eficaz para la resolución de conflictos, porque no siempre termina siendo rápido y no siempre las partes actúan de buena fe.

Ahora bien, como se señaló en lo relativo a la naturaleza jurídica del arbitraje, la doctrina se encuentra dividida incluso hasta hoy, no son pocos los debates sobre el tema, si el arbitraje es jurisdiccional o contractual o tiene una naturaleza mixta. Parece mas conveniente considerar que "el arbitraje presenta una naturaleza jurídica propia, a la cual se llegará tras el análisis de sus distintos elementos" (Roca Martínez, 1992, p. 80).

Por otra parte, no se puede perder de vista como lo han expuestos algunos autores, que la naturaleza jurídica del arbitraje va a depender del ordenamiento jurídico de cada país (Lex Fori), por lo que en el caso Venezolano, se debe aceptar que el arbitraje tiene un marcado acento jurisdiccional, así ha sido aceptado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 27 de abril de 1988, consultada en Henríquez La Roche (1998, pp. 21-22).

Ahora bien, el legislador cuando prevé las funciones de los árbitros quiso investirlo de una función jurisdiccional, la cual desempeñan durante la sustanciación del arbitraje; como consecuencia de está función el laudo arbitral tiene cualidad jurisdiccional per se, es decir, el laudo es una verdadera sentencia. De esta manera y en atención a lo antes dicho la sentencia arbitral debe contener la decisión de todos los puntos planteados por las partes, o sea las cuestiones sometidas al arbitramento, y en consecuencia

las partes quedan obligadas por su propia voluntad a lo decidido por el árbitro o árbitros elegidos.

Este carácter jurisdiccional del arbitraje se encuentra ratificado en la Ley de Arbitraje Comercial, al establecer que la sola emisión del laudo, cumplido -por supuesto- con todos los requisitos legales señalados, es suficiente para considerarlo como "sentencia", sin más requisitos que los establecidos en la Ley, en los Reglamentos y Pactos o Acuerdos aceptados por las partes, no es necesario la homologación del laudo por ante el juez ordinario de acuerdo con lo establecido en los artículos 31 y 48 LAC. Acota en este sentido, Caballol (1997), que "La actividad de los árbitros ante el litigio es jurisdiccional por más que existen aspectos de la potestad jurisdiccional que no le estén atribuidos" y mas adelante señala "La jurisdiccionalidad del arbitraje se agota con la emisión del laudo. Lo que suceda posteriormente ya no podrá modificarla" (pp.35-36)

Por su parte, señala Balzán (1995):

La doctrina nacional y de manera especial Cuenca y Brice, y aún más recientemente Frank Gabaldon, se pronuncian por la naturaleza jurídica del arbitraje. Cuenca sostiene que el laudo es una manifestación de voluntad del Estado y sus efectos jurídicos en nada se diferencian del fallo pronunciado por los jueces oficiales, es una actividad jurisdiccional y alcanza, como toda sentencia la autoridad de la cosa juzgada (p.212).

En nuestro país, independientemente del debate de la naturaleza jurídica del arbitraje forzosamente se debe aceptar el carácter jurisdiccional que el legislador le otorgó a los "Jueces privados" -árbitros-, estableciéndolo expresamente en la Constitución y demás Leyes que rigen la materia, la mayoría de la doctrina tanto nacional como extranjera, están de acuerdo en el hecho de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares, dichas medidas, puedan ser antes de iniciarse el procedimiento arbitral (no es el caso venezolano, artículo 9 de la Ley Modelo UNCITRAL, durante el proceso arbitral (caso Venezolano), y luego de concluido el procedimiento y con el laudo dictado, como es el caso Español con la Ley 36/1988, o Panameño en el Código Procesal.

Entre los distintos autores que concuerdan en la posibilidad de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares, se encuentra Henríquez (2000, p. 224).

Los árbitros deben entenderse facultados para garantizar la efectividad del laudo arbitral, lo cual es el fundamento y la justificación de la tutela jurisdiccional cautelar". [mas adelante indica] "...De manera que el juez [árbitro] puede dictar en general medidas cautelares y queda autorizado expresamente inclusive para conservar los bienes que constituyan el objeto litigioso.

La facultad de los árbitros de dictar laudos, con las mismas características de una sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se debe entender facultado para dictar medidas cautelares, en el transcurso del

proceso arbitral, porque él debe estar facultado para garantizar la decisión definitiva o sea el laudo que dicten los árbitros.

Badell & Grau, por su parte señala que “La Ley de Arbitraje Comercial viene a resolver una de las grandes dudas que surgía respecto al procedimiento arbitral regulado en el Código de Procedimiento Civil: La imposibilidad de dictar medidas preventivas” (1998, 37). Concluyendo estos autores, que:

La determinación de si los árbitros pueden o no dictar medidas preventivas, debe partir de un análisis de la justificación de las providencias cautelares, relacionada con la naturaleza de la función que ejercen los árbitros.

Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el poder cautelar es inherente a la atribución de decidir y ejecutar lo juzgado, esto es, que tal poder está comprendido dentro de los elementos que conforman la función jurisdiccional (Cfr.: Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15 de noviembre de 1995). De allí que si los árbitros ejercen la función jurisdiccional, es forzoso concluir que también poseen un poder cautelar general.

Así, la justificación del poder cautelar de los árbitros, lo encontramos en la naturaleza de la función que ejercen, y como tal, la competencia para dictar medidas cautelares no requiere de una norma legal expresa (pp. 75-76).

La posibilidad de ejecutar lo juzgado, esta íntimamente ligada a la función jurisdiccional, y la forma mas segura de garantizar las resultas del laudo, es otorgándole a los árbitros poder cautelar general, de lo contrario no se podría garantizar el cumplimiento cabal del laudo.

En 1999, Quintero, esta de acuerdo en que "Este texto legal [el del artículo 26 LAC] fue amplio, puesto que no las limitó en sentido alguno, refiriéndolas en mi criterio, [la de la autora], a la naturaleza de la pretensión debatida en los procesos, lo que permite al tribunal arbitral dictar resoluciones cautelares cualesquiera que sean los aspectos litigiosos..." (p.80).

La Ley concede a los árbitros la posibilidad de dictar medidas cautelares, en el ámbito de sus facultades. Henríquez, (1998) señala cual es el fundamento de ese poder cautelar de los árbitros, con las limitaciones que ese ejercicio conlleva sobre la ejecución de medidas cautelares.

... No es otro que el de la misma institución del arbitramento. Como expresamos al pie del artículo 608 [CPC], el fundamento inmediato del arbitraje es el contrato, pero el soporte que legitima el carácter vinculante del laudo, como verdadera sentencia, y toda la actuación del juez privado es la propia Ley en cuanto autoriza en este Título de la ley adjetiva – y la Ley de Arbitraje Comercial – la posibilidad de que materias sujetas a transacción, es decir al poder negocial de las partes sean dirimidas por terceros imparciales por querer de los propios interesados (T.V., p. 39-40).

Significando que es el propio imperio de la ley, quien le otorga esa potestad de decretar medidas cautelares, si el árbitro puede dictar laudos con las mismas características de una sentencia, entonces puede dictar medidas

cautelares, porque el árbitro debe garantizar la ejecución del fallo que dicte en su oportunidad.

Madrid (2001), llega entre otras a la siguiente conclusión, “la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares, pues ellos, como funcionarios que en cierta medida detentan poder jurisdiccional, están investidos de tal poder y así lo reconoce el artículo 26 de nuestra Ley de Arbitraje Comercial” (p. 114). Por lo que, se ratifica en este sentido, que esta facultad de dictar medidas cautelares deriva de ese poder jurisdiccional que le otorgo el legislador al árbitro, de decidir una controversia y poder garantizar su resultado.

Aun antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial y el desarrollo moderno de la doctrina, Gabaldón (1987), señala que al igual que el maestro Ramón Feo, consideran posible que los árbitros puedan impulsar el decreto de medidas, porque los mismos “están legitimados por la ley para impulsar a petición de parte el decreto de esa medida por el juez natural...”, por lo que “...los árbitros si puedan “aprobar”, con carácter previo y a petición de la parte interesada, la medida solicitada, y en tal sentido dirigirse al juez ordinario para que éste la decrete y posteriormente la ejecute” (p. 70).

Ya incluso, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, se aceptaba de forma moderada la posibilidad de solicitar al Juez de Primera Instancia, el decreto de medidas cautelares, que consideraran necesarias para garantizar la futura ejecución del fallo.

Por su parte, Matthies (1996, p. 65), señala que el Código de Procedimiento Civil venezolano de 1987, solo establece un deber genérico de colaboración entre los órganos jurisdiccionales y los árbitros en su función. Concluyendo que queda abierta la interrogante a pesar de las diversas opiniones doctrinarias, si ante un caso concreto un juez se sentirá con autoridad de decretar una medida cautelar.

Es importante destacar de las dos citas anteriores, se hicieron en base a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil de 1987, y sin la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, por lo que parece que siempre se considero, que a pesar de que no se establece expresamente la posibilidad de que los árbitro puedan dictar medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil, si es pertinente la adopción de las mismas o por lo menos, no se encuentra expresamente prohibidas en el Código de Procedimiento Civil Vigente y tampoco en el derogado de 1916.



En apoyo a esta tesis, de que los árbitros con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil pueden dictar medidas cautelares, Ortiz-Ortiz (1997), hace una distinción entre árbitros de derecho y árbitros arbitradores, cuya distinción más es en el fundamento que en su consecuencia.

En nuestro criterio, cuando los árbitros actúan como árbitros de derecho asumen la posición de juez, y el instrumento jurídico que producen es una verdadera sentencia, de modo que no es extraño que puedan decretar medidas cautelares toda vez que tal institución está prevista para garantizar la ejecución del fallo ha dictarse, cosa que no excluye el fallo de los árbitros de derecho (p. 416).

Y en los casos de los árbitros arbitradores indica.

En este caso, nuestro criterio es, que debe acudirse a la regla general, esto es, al principio general de las medidas cautelares: evitar que la ejecución del fallo quede ilusoria, en cuyo caso lo que deberá protegerse es el fallo definitivo que debe dictar el árbitro arbitrador, y por consiguiente puede afirmarse la procedencia de todas las medidas cautelares previstas en la Ley, cuestión que se reafirma cuando se deja a la entera libertad de los árbitros, libertad que indudablemente incluye la posibilidad de decretar medidas cautelares (p. 417).

Por lo que se puede llegar a la conclusión, que incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, existía la posibilidad de que los árbitros bien de derecho o arbitradores pudieran dictar medidas cautelares, porque no existe impedimento legal alguno para el decreto de las mismas, teniendo en cuenta que la finalidad de las medidas cautelares, es justamente evitar que la ejecución del fallo quede ilusoria.

Se analizará las conclusiones que llega López Fonseca (2001, pp. 47-48), luego del análisis de esta figura, señalándose las razones de la procedencia o no de las medidas cautelares en el arbitraje.

- 1) Gran parte del análisis del autor, se basa en el carácter excepcional de las medidas cautelares, porque afectan el derecho de propiedad de las partes, sin la necesidad de certeza del derecho e inaudita parte.
- 2) Considera López Fonseca (2001), para que procedan las medidas cautelares en el arbitraje, necesariamente deben derivar de una norma expresa y su interpretación debe ser restrictiva.
- 3) Señala el autor que en Venezuela solo el arbitraje comercial, tiene una norma expresa que faculta al árbitro a dictar medidas cautelares, en las demás materias para este autor es cuestionable las medidas cautelares en el arbitraje.
- 4) Asimismo, cuestiona la posibilidad de que el árbitro en el contexto de la Ley de Arbitraje Comercial, artículo 26 pueda dictar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral.

- 5) Igualmente, las partes no podrán acudir a la jurisdicción ordinaria, antes de la constitución del tribunal arbitral, para el decreto de medidas cautelares por imperio del artículo 5 de la Ley de arbitraje comercial, que señala “el arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”.
- 6) Es criticable tanto en materia civil, como en materia comercial, aun cuando, existe la posibilidad expresa de dictar medidas cautelares que estas medidas afecten derechos de terceros.
- 7) Propone López Fonseca que para futuras reformas legales, tanto el decreto como ejecución de la medida cautelar, por ser más congruente, le corresponda al Juez Competente de Primera Instancia, y su justificación, es que el Juez goza de poder de imperio y los terceros podrían oponerse al decreto de la medida cautelar, sin necesidad de acudir al proceso arbitral.
- 8) Salvo en materia comercial, no existe norma expresa en materia civil u otra distinta que permita decretar y ejecutar medidas cautelares.
- 9) Deja asentado López Fonseca (2001) que es necesario crear expresamente normas que establezcan la procedencia de medidas

cautelares tanto en materia civil como en otras distintas a la comercial, para que haya certeza sobre su procedencia, igual es el caso de la posibilidad de dictar medidas antes de la constitución del tribunal arbitral en materia comercial, teniendo como argumento el carácter excepcional de las medidas cautelares.

- 10) La falta de claridad puede servir señala el autor, a que cualquiera de las partes se oponga a la validez de las medidas, en los casos antes señalados, y que los mismos árbitros sean reticentes a dictarlas para no incurrir en infracciones de ley.
  
- 11) Los puntos criticados es decir, las medidas cautelares en materias distintas a la comercial y las medidas que se pudieran adoptar antes de la constitución del tribunal constituyen "un desincentivo para el uso del arbitraje", porque la ejecución del fallo quedará bajo la buena voluntad del que recaiga el laudo y finaliza López Fonseca (2001, p. 48), "aclarar la procedencia de las medidas cautelares en todo tipo y etapas del arbitraje es necesario para un uso más frecuente del arbitraje como medio idóneo de administración y materialización de la justicia en Venezuela.

Se debe resaltar las coincidencias con el autor en relación a la procedencia de las medidas cautelares en el arbitraje comercial, mas aun cuando existe norma expresa que los habilita para dictar este tipo de medidas, pero también, porque esta institución ha tenido una evolución doctrinal que permite que los árbitros puedan dictar medidas cautelares.

Por otra parte, se esta de acuerdo que en Venezuela no hay posibilidad de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, así mismo tampoco se considera procedente la posibilidad de que cualquiera de las partes puedan ir a un tribunal a solicitar ese auxilio, en primer lugar por las razones expuestas por López Fonseca (2001), que el arbitraje es exclusivo y excluyente, sino también que la ley venezolana no prevé la posibilidad de que antes del juicio o demanda, se pueda solicitar ese amparo y luego proceder a demandar, salvo en los casos de Protección de los Niños y Adolescentes, que de acuerdo a la doctrina este tipo de medidas que se adoptan en estos procedimientos de menores, no son cautelares sino preventivas, y por otra parte, esta materia de menores no es susceptible de arbitraje.

Esta formula sería posible en las legislaciones que han aceptado las medidas cautelares autónomas, cuestión que en nuestro país no es aceptada, salvo alguna excepciones como es el caso del artículo 467 de la

Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que señala que las medidas cautelares se podrán solicitar de forma previa al proceso, pero se la dará a la parte un mes para intentar la demanda respectiva, so pena del pago de daños y perjuicios. Las medidas cautelares serán autónomas, según Ortiz-Ortiz (1997, p. 458), en cuanto a su tramitación pero dependientes en cuanto a su existencia.

Lo que no sería factible que por acuerdo entre las partes, dictar estas medidas antes de constituirse el tribunal arbitral, siendo esta algunas de las razones por las cuales no se consagro en nuestra legislación, el artículo 9 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, que señala:

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

Es discutible la improcedencia de las medidas cautelares en el arbitraje, en materias distintas a la comercial, porque como se señaló cuando se cito a Gabaldon (1987), Cuenca, Ortiz-Ortiz (1997), entre otros, también lo señalado por la jurisprudencia de que las medidas cautelares son propias de la función jurisdiccional de decidir y ejecutar lo juzgado, por lo que mal

servicio prestarían los árbitros, sino pueden proteger esos derechos, con la colaboración por supuesto de los tribunales estatales, en cuyo caso no se cree que sea una interpretación extensiva, sino más bien es considerar ese poder cautelar general inherente a las funciones de los árbitros, de que puedan garantizar a las partes que las decisiones que se tomen en el transcurso del procedimiento se van a ejecutar; de nada sirve, un laudo perfecto jurídicamente, una pieza de arte en un sentido jurídico y no poder ejecutarlo, se estaría violando el derecho del justiciable a una tutela judicial efectiva, consagrada en nuestra Constitución en su artículo 26.

Sería una involución que el árbitro o las partes, tengan que recurrir al Juez de Primera Instancia para decretar una medida cautelar, arguyendo entre una de las razones, la problemática que pudieran presentar los terceros, en este sentido, sería darle a un juez que no conoce del procedimiento arbitral, la posibilidad de inmiscuirse en un procedimiento que por voluntad de las partes se sustrajo de su conocimiento, entre otras cosas y tal vez con mayor o menor importancia, según el caso, se vería comprometido el principio de la confidencialidad, así como también, aun cuando las medidas cautelares se decretan con un análisis de las pruebas presentadas, si las mismas cumplen con los requisitos de procedencia, el juez las deberá decretar, esta decisión podría influenciar positiva o negativamente a los árbitros en el ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, por lo que respecta a los terceros, se deberá buscar mecanismos que protejan eficazmente a los terceros para que no se vulneren sus derechos, pero no debemos dejar de un lado, ni olvidar que las medidas cautelares solo se puedan dictar contra las partes en la controversia, tanto en los procedimientos ordinarios como el arbitral, vale señalar que “la cláusula [compromisoria] solo obliga a las partes, no a terceros” (Ramos Méndez, 1987 p. 189), se volverá a tocar este punto en el próximo Capítulo.

En la legislación colombiana, considerada por algunos autores, entre ellos Madrid (2001), como uno de los antecedentes de poder dictar medidas cautelares en el arbitraje comercial venezolano, es aceptado el decreto de medidas cautelares por parte del árbitro de acuerdo al decreto 2279 de 1989 artículo 32 y recopilado en el decreto 1818 de 1998, donde estableció en su artículo 152, la posibilidad de dictar medidas cautelares, limitándolas a la inscripción del proceso y al secuestro de bienes muebles.

El autor colombiano Bejarano (2001), comenta que

Desde el punto de vista conceptual, la práctica de una medida cautelar en cualquier proceso, y en ello debe comprenderse el arbitral, tiene por objeto siempre el mismo: asegurar el cumplimiento de la sentencia que habrá de proferirse. Por lo demás, la facultad de decretar y practicar medidas cautelares no deriva del acuerdo de



las partes, sino de la función jurisdiccional que cumple todo arbitramento, así sea ella transitoria (p. 428).

Este mismo autor señala, que es criticada por algunos autores la posibilidad de dictar medidas cautelares, por cuanto hubo un acuerdo previo para someterse a arbitraje y dirimir de esta forma sus controversias, por lo que no tendrían inconveniente para proteger ese derecho o cosa mientras dure el proceso, olvidan muy fácilmente que en la gran mayoría ha sido producto de una cláusula compromisoria, que los ha llevado al arbitraje, tal vez en un principio estuvieron de acuerdo en utilizar este método de resolución de conflicto, no necesariamente debe ser el mismo deseo cuando se suscita la controversia, por lo que serán necesaria y muy útiles, la adopción de medidas cautelares (Bejarano 2001 p. 431).

En este sentido, explica Henríquez (1999), y en apoyo a la tesis de Bejarano (2001), las disputas judiciales surgen en la mayoría de los casos porque hay personas que no quieren pagar o cumplir con la obligación pactada, por lo que las medidas cautelares, están llamadas a cumplir una función de vanguardia insustituible y de allí que cualquier tesis que niegue o restrinja, señalando "razones gramaticales" del artículo 26 LAC, limitándolas solo al arbitraje civil o comercial, o solo aplicar las medidas típicas sin incluir las innominadas, se aparta de la necesaria eficacia de la administración de justicia (pp. 197-198).

En 1977, Cremades, sostuvo antes de la entrada en vigencia de la ley 36/1988 (Ley de Arbitraje Español ) que "la diferencia entre el juez estatal y el árbitro era que el primero derivaba de la fuerza del Estado y el segundo no tenía mas base que la contractual, con lo cual se necesitaba la cooperación judicial para garantizar la futura decisión arbitral, exigiendo de esta forma la solicitud de medidas" (pp. 193-194), se deriva entonces que los dos, tanto el juez como el árbitro, pueden dictar medidas cautelares para garantizar la decisión definitiva, solo que uno deriva del poder del Estado y el otro de un contrato, con lo cual como ya se ha señalado anteriormente, aun cuando derive de un contrato, es la propia ley la que le concede esa facultad a los árbitros

El autor español Ramos Méndez (1987), explica que el comercio internacional se desarrolla a un ritmo muy apresurado, debiéndose reconocer que los instrumentos jurídicos no siempre dan una respuesta con la misma velocidad con que se desarrolla las relaciones comerciales, tomándose conciencia que el arbitraje tiene una inevitable duración temporal, aun en el arbitraje, se ha encontrado respuesta en el sentido de su celeridad, también se debe asegurar su eficacia, siendo entonces las medidas cautelares, el medio idóneo para resolver el conflicto entre la exigencia de rapidez y la tardanza en resolver el proceso principal (pp. 184-185).

Explica Ramos Méndez (1987), en su opinión cual podría ser el marco de eficacia de una medida cautelar dictada por un árbitro.

- a) No se negaría eficacia a una medida cautelar dictada por un árbitro, que se cumpla espontáneamente por la parte contra quien obra.
- b) Considera que una cláusula general de arbitraje, desde un punto de vista dogmático, autoriza al árbitro para adoptar cualquier medida relativa a los derechos y obligaciones de las partes del procedimiento arbitral, más aun si esa facultad se desprende de un reglamento arbitral, esa potestad se verá fortalecida para adoptar medidas cautelares.
- c) La duración de la medida será la del proceso arbitral.
- d) Cuando un árbitro adopte medidas cautelares, éste deberá extremar las garantías fundamentales de dicho procedimiento y, en concreto el principio de audiencia.
- e) La decisión arbitral que adopta una medida cautelar es, por definición "ejecutiva provisionalmente y definitiva dentro de sus límites" (p. 189)

- f) El árbitro no puede acudir directamente a la coacción, por lo que al no cumplir la parte con lo dispuesto en la medida cautelar, la única vía será la de los derechos y obligaciones de las partes en cuanto al fondo del asunto o incluso por la vía sustitutiva de indemnización de daños y perjuicios.
  
- g) El atribuir facultades cautelares a los árbitros no excluye la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios en la solicitud de medidas cautelares (pp. 188-190).

Esta última consideración no es factible en Venezuela, porque al escogerse el arbitraje no es posible acudir a los órganos jurisdiccionales por imperio del artículo 5 LAC “El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria” adicionalmente el artículo 7 LAC establece “El tribunal arbitral esta facultado para decidir acerca de su propia competencia...” por lo que esta en principio vedado a las partes acudir al tribunal ordinario para solicitar este tipo de medidas, cuando se escoge la vía del arbitraje la misma se debe agotar.

Cabe destacar que según Ramos Méndez, siempre se debe acudir a la “lex fori” del país en donde se piensa solicitar la medida cautelar, para

estudiar su ámbito de aplicación y competencia, independientemente del lugar de ejecución de la medida (1987, p. 195).

Se debe acotar que tanto Cremades (1977), como Ramos Méndez (1987), escribieron sus libros antes de la entrada en vigencia de la Ley 36/1988 de la Ley de Arbitraje Español, por lo que algunos presupuestos cambiaron con la entrada en vigencia de la nueva ley.

La decisión de fecha 25 de noviembre de 1994, planteada en el AAPB, consultado en Lorca Navarrete (1997, p. 806), establece.

Este Tribunal se inclina, como ya se intuía en el auto de 21 de julio de 1992, por la admisibilidad de la adopción de medidas cautelares por los órganos jurisdiccionales estatales en función de un arbitraje privado antes de haberse dictado el correspondiente laudo, y ello en razón de que no existe prohibición legal expresa de tal posibilidad ni la misma se deduce de los principios inspiradores y finalidades de la Ley de 1988. En efecto, esta Ley potencia la institución del arbitraje al configurarlo con una naturaleza mixta: privada en cuanto su origen y pública en cuanto a sus efectos, de suerte que realmente crea una verdadera jurisdicción (entendida esta palabra en el sentido clásico de "dictar derecho") privada, excluyente de la jurisdicción estatal; desde esta perspectiva, que tiene un armónico encuadre en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, puede sostenerse que esa jurisdicción privada debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras de la jurisdicción estatal por cuanto que los ciudadanos pueden optar libremente por someterse a una u otra jurisdicción, lo cual lleva a la conclusión por la que se inclina este Tribunal, es decir, el que los órganos jurisdiccionales estatales podrán adoptar medidas cautelares instrumentales respecto de un

arbitraje en el que aún no se ha pronunciado el laudo, y sólo ellos podrán adoptarlas en razón de que tales medidas siempre suponen un constreñimiento de derechos.

Lorca Navarrete (1997), señala que la tesis planteada persevera en la colaboración entre tribunales estáticos y arbitrales, que a su vez postuló Ramos Méndez (p. 806). Cabe destacar que en la Ley de Arbitraje española, en su artículo 50 prevé la posibilidad de dictar medidas cautelares solo después de dictado el laudo, considerada por algunos autores como Álvarez Alarcón (1991) citado por Chocrón Giráldez (2000), que mas se parece a “una ejecución provisional que a los de una medida cautelar” (p. 200); la evolución de esta institución en España, ha llegado a considerar que si es factible solicitar estas medidas al juez estatal en cualquier momento en el juicio, por gozar los justiciables de igual posibilidad tuteladoras de la jurisdicción, independientemente que sea de la jurisdicción estatal o la privada.

A diferencia del caso venezolano, la propia Ley de Arbitraje Comercial, otorga a los árbitro la posibilidad de dictar medidas cautelares necesarias, no así el caso español, que las limita solo a dictarlas después del laudo, existe en la legislación española una ambigüedad entre el supuesto del arbitraje interno y el arbitraje internacional, pudiendo dictarse medidas cautelares en el ámbito de aplicación del arbitraje internacional.

Esta legislación, la española es criticada por Muñoz Sabaté citado por Chocrón Giráldez (2000), cuando afirma que el momento de dictar una medida cautelar no puede ser al final de un proceso, porque va en contra de su misma función, y señala que en su opinión "la Ley de Arbitraje Español no prohíbe las medidas cautelares previas al proceso, simplemente no las regula" (p. 201).

Resume la autora española Chocrón (2000), las diferentes posiciones asumidas por la doctrina de su país que abogan por 1) Atribuir facultades cautelares a los árbitros en concurrencia con los tribunales ordinarios y 2) Posibilitar la adopción de medidas cautelares en el proceso arbitral.

Por lo que existe la posibilidad de que sean las partes las que acuerden que en el proceso arbitral, el árbitro pueda adoptar medidas cautelares, que protejan no solo la efectividad del laudo arbitral sino también a proteger el objeto litigioso, de darse este caso, el procedimiento de adopción de medidas cautelares debe observar "el más absoluto respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción e imposibilita al árbitro a ejercer cualquier tipo de coacción sobre la parte que se muestre reticente a cumplir con lo dispuesto en la medida cautelar" (Chocrón, 2000, p. 204).

En la doctrina, la procedencia de las medidas cautelares en el arbitraje comercial no es pacífica, hay autores que consideran que los árbitros no tienen facultad para decretar medidas cautelares, a lo sumo tienen la posibilidad de solicitar al Juez de Primera Instancia competente, para que este las dicte, para garantizar las resultas del juicio.

Algunos autores sostienen, entre ellos Carnelutti (1973) y Barrios De Ángeles (1989) citados por Madrid (2001), el primero afirma que el proceso ante árbitros es un equivalente del proceso contencioso de cognición, por lo que debe negárseles toda función ejecutiva y "Cautelar". El segundo resalta las diferencias existentes entre la jurisdicción entendida como función estatal y la ejercida por los árbitros. Así se ha venido sosteniendo que los tribunales arbitrales carecen: 1) de la potestad ejecutiva; 2) de la potestad cautelar coactiva; 3) de la potestad para requerir auxilio de la fuerza pública (p. 94).

Por lo que, los árbitros no tienen la posibilidad de dictar medidas cautelares, porque se refiere solo a un proceso contencioso de cognición, es decir, solo podrá conocer del asunto controvertido pero no tiene la potestad ejecutiva ni cautelar, en otras palabras no podrá ejecutar lo decidido, ni podrá decretar una cautela para garantizar las resultas del laudo, ni mucho menos podrá requerir apoyo de las autoridades para hacer cumplir la cautela.



Sostiene Baumeister (1999), "...que afectando el poder cautelar el patrimonio de los particulares, aún siendo ellos partes del proceso, la interpretación de dichas potestades es y tiene que ser restrictiva, que no amplía o que pueda fundársela en la analogía" (p. 90).

Así mismo, señala Baumeister (1999), al referirse a la procedencia de las medidas cautelares en el arbitraje, aún en el comercial, e independientemente de lo establecido en el artículo 26 LAC y en los reglamentos de los centros de arbitraje "no dejan de presentarse serias dudas que puedan ejercer la potestad cautelar [los árbitros], 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*" mas adelante señala refiriéndose a los particulares "...quienes con su abstención de pronunciamiento de expresar la negativa de conferirla, no puede entenderse faculden la derogatoria de principios constitucionales que los protegen" (pp. 69-70).

Por lo que para Baumeister (1999), la interpretación de la potestad cautelar de los árbitros, se debe entender en sentido restrictivo y no amplio por afectar los derechos de propiedad de los particulares, y adicionalmente que no esta claro, para el autor señalado, la potestad jurisdiccional de los árbitros, cabe destacar que parte de la doctrina considera que al atribuírsele

a los árbitros la potestad de decidir las controversias de los particulares, otorgada por estos mismos, y la propia ley, se le da a estas decisiones denominadas laudos, los mismos efectos de la cosa juzgada, las cuales son de obligatorio cumplimiento por los particulares, que se acogieron al arbitraje como el mecanismo de solución de su conflicto, con la colaboración de los órganos de justicia en caso de ser necesario para la ejecución forzosa, el árbitro necesita garantizar la ejecución de esa decisión, y que haya bienes suficientes como para que no quede ilusoria la ejecución del fallo.

En consecuencia, si el árbitro puede decidir las materias puestas a su consideración que necesariamente van a afectar de manera permanente los bienes de los particulares con mayor razón podrían afectar de manera temporal, -no olvidando la característica de instrumentalidad de las medidas cautelares-, los bienes de una de las partes, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de procedencia de las medidas y se refiera al objeto litigioso.

Aún cuando nuestra Constitución de 1999, no fue tan amplia como la Constitución Política de Colombia, que consagra funciones judiciales a los árbitros, en el último párrafo del artículo 116 establece:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes

---

las medidas por parte de los árbitros, independientemente del contenido del

artículo 26 LAC, cuando se trate del decreto de medidas típicas, embargo, prohibición de enajenar y gravar y el secuestro, no considera probable la practica de estas medidas, porque llevan implícitas la disposición, y no se permitiría hacer justicia conservando la amistad, considerando Sarmiento (1999), que son más aceptable las medidas cautelares atípicas, que se ajusten al caso concreto con el objeto de interrumpir actos lesivos actuales, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos (pp. 59-60).

En principio se debe señalar que aún cuando en el arbitraje las partes están de acuerdo en someter sus diferencias a un tercero para que este las resuelva, en la mayoría de los casos, se llega al arbitraje por una cláusula compromisoria y cuando se solicita ante el árbitro o un tribunal arbitral, la resolución de una controversia, es porque ambas partes no se pudieron poner de acuerdo sobre un asunto, así el argumento de que no se dicte una medida típica por mantener la amistad cuando se administre justicia parece un poco difícil, por otra parte un poco difícil, por otra parte no aceptar la posibilidad de dictar medidas típicas resulta extremo en el sentido específico de la prohibición de enajenar y gravar, tal vez esta es una de las medidas más adecuadas que puedan dictar los árbitros, porque no necesitan el auxilio del órgano de justicia, con la sola notificación al Registrador debería ser suficiente.

Araujo Parra (2000), sostiene que tanto el artículo 26 como el artículo 28 LAC son inconstitucionales, y que no es posible para los árbitros dictar medidas cautelares, por las razones siguientes:

Si hemos sostenido que el arbitraje nace de un acuerdo de voluntades, los árbitros no tienen el *ius imperium*, tienen la autoridad 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 (p. 216).

Y concluye señalando que “ los árbitros no tienen poder cautelar dada su naturaleza jurídica” (p. 216).

No se puede confundir o circunscribir el análisis de que los árbitros carezcan del *ius imperium* de poder ejecutar de manera forzosa las medidas cautelares por ellos decretadas, con la facultad de poder decretarlas, esta facultad es inherente a la facultad de poder ejecutar lo juzgado, por lo que aceptar que los árbitros no puedan garantizar desde el inicio, la ejecución de su propio laudo se estaría frente a una institución incompleta, que prestaría un servicio muy pobre a las partes, que se sustrajeron de la justicia ordinaria la resolución de sus conflictos, por una justicia mas rápida, con jueces expertos en la materia, pero ineficaz en su resultado.

La postura de la prof. Quintero (1999), es un poco ambigua en algunos puntos se pronuncia a favor de la procedencia de las medidas cautelares en otros en contra, señalando "el principio general es que estos sujetos carecen de la competencia de ordenar y practicar las medidas cautelares, sino que es función que implica requerimiento al auxilio de los jueces estatales" (p. 83).

Y termina su exposición señalando que el arbitraje "debe convertirse en un sistema capaz de proporcionar justicia eficaz, y por ello es menester también que se de, en ese transito jurisdiccional, una lectura cautelar a la controversia humana" (p. 85).

Desde un punto de vista practico, sin revisar todos los razonamientos jurídicos explanados en este capítulo, no admitir la posibilidad de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares, sería como cortarle las alas a un pájaro, para que este pueda desarrollarse plenamente, así mismo el arbitraje tendría sus días contados, si a los árbitros se le niega tal posibilidad, el mejor ejemplo de lo señalado, es el poco desarrollo del arbitraje consagrado en el Código de Procedimiento Civil, establecido en el artículo 608 y siguiente. Por lo que, lejos de análisis gramaticales, cercenar esta posibilidad es ponerle a al arbitraje un lastre demasiado pesado para poder despegar y desarrollarse plenamente.

**CAPITULO IV**  
**ALGUNAS CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL**  
**ARBITRAJE COMERCIAL**

En este capítulo se estudiará los temas relacionados con los límites del poder cautelar de los árbitros, cual es su procedimiento, la forma de ejecución de esas medidas cautelares dictadas por los árbitros, cual es la situación de los terceros y cuales podrían ser sus posibles defensas ante el decreto de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral, Asimismo se analizará si los jueces ordinarios tienen potestad revisoria frente a la cautela dictadas por los árbitros.

**Límites del Poder Cautelar de los Árbitros**

Estos límites vienen dados por el mismo artículo 26 LAC cuando señala que los árbitros podrán dictar medidas cautelares, respecto del objeto en litigio, en este sentido señala Henríquez (1999), refiriéndose a este artículo.

Esta norma no está limitada a las acciones reales como pudiera deducirse de la frase "objeto litigioso" que utiliza la norma. Objeto litigioso es también una suma de dinero que debe pagarse, por lo que la expresión debe entenderse en sentido amplio; los árbitros deben entenderse facultados para garantizar la efectividad del laudo arbitral (p. 196).

De no aceptarse esta posición, no tendría sentido la potestad cautelar del árbitro, si en definitiva no se pudiese garantizar la efectividad del laudo arbitral, así como no se pudiese detener que se siguiera causando lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra parte.

Baumeister (1999), tiene una visión más restringida del artículo 26 LAC, considera que en principio solo se refiere esa potestad cautelar a los árbitros independientes y lo limita al deducirse de su regulación que:

- a) Las mismas proceden sólo para garantizar el cumplimiento del laudo, y no para otros efectos (así debe entenderse la frase «[...] que considere necesaria respecto del objeto en litigio»);
- b) Se da por sentado que los árbitros la concedan previo a pronunciamiento razonable atendidos al *bonus fumus iuris* y al *periculum in mora*;
- c) Que los árbitros sólo les decretan y resuelven potestativamente previa la consideración sobre la procedencia de contracautela para responder de los daños; y,
- d) Que al acordarlas proveerán para que las ejecuten la jurisdicción ordinaria, en tanto que su efectiva aplicación comporta potestad del *ius imperium*, atinente a la garantía de ejecución, de la cual carece los árbitros (p.69).

En cuanto a que esa potestad cautelar de los árbitros sólo se refiere al arbitraje independiente, cuestión que es considerada muy rígida, la misma no presenta mayores problemas, porque el arbitraje institucional se regirá por los reglamentos de los respectivos centros de arbitraje que en el caso de

Venezuela todos los reglamentos consultados prevén, la posibilidad de que el tribunal arbitral pueda dictar medidas cautelares, así es el caso entre otros del artículo 15 del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el compromiso arbitral, el tribunal arbitral podrá dictar, a petición de parte interesada, en el curso del proceso las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.

Cuando la medida no fuere dictada con garantía, la parte contra la cual se dirija la medida podrá formular oposición ante el Tribunal arbitral, dentro de los cinco días siguientes a su ejecución, o al pronunciamiento que las acuerde, si no han sido ejecutadas.

En todo caso se podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar mediante garantía suficiente, a juicio del Tribunal arbitral, quien podrá suspenderla, tomando en cuenta para decidir su naturaleza y la efectividad de la tutela cautelar.

El artículo 54 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas señala:

Salvo acuerdo de las partes en contrario, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, el tribunal arbitral, a solicitud de parte, podrá ordenar cualesquiera medidas conservatorias o provisionales que considere apropiadas. El tribunal arbitral puede subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que solicita la medida. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante auto motivado o laudo, según el Tribunal Arbitral estime conveniente.



Así mismo el artículo 22 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Cedca) establece:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, el Tribunal Arbitral, a solicitud de parte, podrá ordenar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral puede subordinar el decreto de tales medidas, al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para garantizar a la parte contra quien se dirijan las medidas, de los daños y perjuicios que éstas pudieran ocasionarle. Las medidas deben decretarse mediante decisión motivada.

Por lo que parecería ilógico en caso de que el reglamento de un centro de arbitraje, no dijera nada y que no lo prohibiera expresamente, cabría la posibilidad de dictar medidas cautelares, más cuanto el artículo 26 LAC, despeje las dudas en cuanto si los árbitros podían o no dictar medidas cautelares mas aún cuando el artículo 15 LAC, en su último, aparte señala "asimismo, estas reglas podrán aplicarse a un arbitraje institucional, si así lo estipulan las partes"

En cuanto a que las mismas procedan solo para garantizar el cumplimiento del laudo, se podría añadir que también se pueden dictar medidas que eviten lesiones graves en el derecho de una de las partes y estas no siempre van dirigidas a garantizar la ejecución de un laudo, pero si a proteger que no se le siga causando daños patrimoniales por esa conducta lesiva.

En este sentido señala López Fonseca (2001), que las medidas cautelares que pueden dictar los árbitros, se refieren y limitan a aquellas establecidas en el Libro Tercero, Título I, artículos del 585 al 607, del Código de Procedimiento Civil, es decir, medidas cautelares típicas o innominadas, señala también las medidas complementarias, pero de acuerdo a la doctrina estas no son medidas cautelares, por lo que el legislador no limitó en este sentido al tipo de medidas sino "al contrario; los deja [a los árbitros] en plena libertad para dictar las que consideren convenientes [las medidas]" (Madrid, 2001, p. 101)

Madrid, hace notar que la única limitación impuesta por la norma, es respecto al alcance de las medidas. Así sólo podrán decretarse "... respecto del objeto del litigio" (2001, p. 101), debiendo recaer sólo la medida, sobre el objeto del litigio.

En el caso de los requisitos de procedencia, se está de acuerdo que los árbitros deben verificar el cumplimiento de los requisitos procedimentales del *periculum in mora*, el *bonus fumus iuris*, y en el caso de las medidas cautelares innominadas el *periculum in damni*, tal como fueron esgrimidos estos requisitos en el capítulo I de este trabajo.

Los árbitros tienen la potestad de solicitar garantías, si las consideran procedentes para responder por los daños que se pudieran causar por el decreto de la medida, tal y como se desprende del mismo artículo 26 LAC.

En cuanto a la ejecución de las medidas cautelares, se harán conforme a lo establecido en el artículo 28 LAC, los árbitros al carecer del *ius imperium*, carecen de la posibilidad de ejercer de forma coactiva, necesaria en algunas oportunidades para ejecutar una medida, "El árbitro carece de la potestad de ejecutar mediante la fuerza" (Feldestein y Leonardi, 1998, p. 61), pero nada obsta a que el tribunal arbitral solicite a la parte contra quien obre la medida su cumplimiento voluntario, adicionalmente, se tiene que señalar que las medidas cautelares sólo pueden recaer, sobre los derechos de las personas que son sujetos del arbitraje, nunca sobre bienes de terceros, aun cuando el decreto de una medida cautelar podría afectar a un tercero ajeno al proceso arbitral que necesariamente tendría que defenderse, este punto lo veremos más adelante, lo que se quiere resaltar es que el tribunal arbitral sólo podrá dictar medidas cautelares sobre bienes de las partes que se encuentran en el arbitraje.

Por último, se discute si los árbitros podrán variar las instituciones cautelares, o los tipos de medidas cautelares, en este sentido señala Ortiz-Ortiz (1997):

Al respecto estimamos que a pesar de la indicación legal sobre la completa libertad de los árbitros arbitradores existen principios de insoslayable cumplimiento; así las normas constitucionales son irrelajables, y a nuestro modo de ver la forma de los actos procesales, los principios de orden público, y la naturaleza de las instituciones deben ser respetadas, y por ello mismo estimados que las instituciones cautelares deben ser observadas, aún cuando puedan variarse los procedimientos, en caso contrario el arbitraje se constituiría en la primera negación del estado de Derecho (p. 417).

Hay principios e instituciones que no se pueden relajar por convenio entre las partes, por lo que no se puede adecuar una medida típica a lo estrictamente establecido en el Código de Procedimiento Civil, como por ejemplo una medida de embargo sobre un bien inmueble.

Cabe señalar que además de cumplir las medidas cautelares con todos los requisitos de procedencia, las mismas no pueden ser contrarias al orden público, ni a las buenas costumbres.

### **Procedimientos de las Medidas Cautelares en el Arbitraje**

El procedimiento de las medidas cautelares, es el camino que debe recorrer toda clase de medida cautelares para lograr el fin de las mismas, este procedimiento por la misma naturaleza del arbitraje, donde la voluntad

de las partes, tiene un alto componente de discrecionalidad, y va a depender en buena medida de lo que las partes hayan acordado previamente.

Para Badell & Grau (1998), La tramitación de las medidas cautelares se llevaran a cabo de acuerdo con lo acordado por las partes en el convenio que deberá expresar el procedimiento a seguir, en los casos arbitraje institucional será el mismo Reglamento del Centro de Arbitraje que estipule el procedimiento a seguir y en los casos de no establecerse, los mismos Reglamentos disponen la supletoriedad de la propia Ley de Arbitraje Comercial y el Código de Procedimiento Civil, respetando siempre los principios de celeridad, simplicidad, acotando que se deberá permitir el derecho de oposición a las providencias cautelares otorgadas, según lo establecen los artículos 602 y siguientes del CPC, para garantizar así el derecho a la defensa de la parte contra la cual obra la providencia acordada (p.p. 37-38).

El procedimiento se iniciara a solicitud de parte interesada, aun cuando no lo establece expresamente la Ley de Arbitraje Comercial, pero si está reconocida en los Reglamentos revisados, el de la Cámara de Comercio de Caracas, el del Cedca, y el de Invedepro, por el principio dispositivo que rige la materia de arbitraje, esta solicitud debe ser hecha por el interesado, aun cuando señala Madrid (2001), "que las medidas cautelares además de

ser una facultad atribuida a las partes, pueden ser dictadas de oficio por el árbitro, salvo que exista un acuerdo en contrario de las partes, siempre que se den los requisitos de procedencia de las medidas cautelares” (p. 105), por lo que una vez el tribunal verificado los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, establecidas en los artículos 585 y 588 CPC las cuales son de estricto cumplimiento, para Madrid (2001, p. 103) “son presupuestos intrínsecos para la procedencia de las medidas cautelares, que deben ser probadas por el solicitante de la misma”. A saber y referidas in exteso en el Capítulo I, el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, y el *periculum in damni*, si se trata de medidas innominadas.

El *periculum in mora* o peligro en la demora, no es mas que el peligro de que quede ilusoria la ejecución del fallo por el retardo del proceso, el tribunal arbitral deberá verificar si por el tiempo que dure el proceso realmente el particular va a sufrir ese daño que esta alegando.

El *fumus boni iuris*, los árbitros deben obrar racional y equitativamente en cuanto a la verosimilitud del derecho reclamado, igualmente deben hacer un análisis sobre el medio de prueba consignado, para que tenga por lo menos la apariencia de buen derecho y así poder dictar la medida.

En los casos de las medidas cautelares innominadas, existe un requisito adicional a los señalados anteriormente que es el *periculum in damni*, o peligro de daño, es que esa conducta de la otra parte comporte o pueda comportar, una lesión grave o de difícil reparación al derecho de la otra.

Una vez verificado estos requisitos de procedencia establecidos en los artículos 585 y 588 CPC, los cuales tienen que ser obligatoriamente observados por los árbitros para dictar cualquier medida, adoptaran entonces aquellas que consideren mas adecuadas, de acuerdo con la solicitud hecha por la parte, se discute si esta medida debe ser motivada, la doctrina mayoritariamente ha considerado que este decreto debe ser motivado, porque es la prueba que tiene la parte contra quien obra la medida, del cumplimiento de los requisitos de procedencia, tanto el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, como la del Cedca, no así la de Invedepro, reconocen expresamente que el laudo o auto que dicte la medida cautelar debe ser motivado, y habría que tener en cuenta como señala Chocrón (2000), "que el procedimiento de adopción de la medida muestre el mas absoluto respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción e imposibilite al árbitro a ejercer cualquier tipo de coacción sobre la parte que se muestre reticente a cumplir con lo dispuesto en la medida cautelar" (p. 204).

Por lo que, tanto la doctrina patria como extranjera, están de acuerdo que los laudos o providencias que dicten los árbitros, donde acuerden una medida cautelar deberá ser motivado, por supuesto este pronunciamiento no podrá tocar el fondo del asunto.

### **Ejecución de la Medida Cautelar**

Para la ejecución o aplicación de la medida cautelar hay que distinguir, si la misma se cumple voluntariamente o forzosamente, en el caso que sea voluntario el cumplimiento no plantea ninguna duda, por la misma redacción del artículo 28 LAC, donde estableció que el tribunal arbitral o las partes con autorización de éste podrá pedir asistencia al tribunal, por lo que nada obsta para que sea directamente el tribunal que pida la ejecución o las partes. Salvo en los casos como embargo y secuestro que manejan un procedimiento especial y contienen una estipulación específica como el caso de la desposesión de la cosa en casos de secuestro, que si deberán ser ejecutadas por el organismo jurisdiccional, en el caso de la ejecución de la medida forzosamente por mandato del artículo 28 LAC, se solicitará asistencia al tribunal para ejecutar las medidas, el mismo establece:

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la



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

Los árbitros carecen de *ius imperium*, que poseen los jueces ordinarios para ejecutar coercitivamente una medida cautelar, esta es una función que el Estado ha reservado solo para los jueces investidos de autoridad por él. El Estado sustrajo de los particulares la posibilidad de hacerse justicia por su propia mano y con la evolución del estado social de derecho, los particulares no pueden hacerse justicia por ellos mismos y de esa manera se les traslado al Estado esta facultad, como la conocemos hoy en día.

En este sentido Gozaini citado por Haro (1999), señala que “La función jurisdiccional que hoy ejerce el Estado nace de la autodeterminación de los hombres que al organizarse para vivir en sociedad deciden entregar al Estado la potestad de tutelar los conflictos inter-subjetivos” (p. 154).

La mayoría de la doctrina admite la potestad cautelar del árbitro, quien detenta la función jurisdiccional de decidir o juzgar la controversia sometida a su conocimiento, como consecuencia de garantizar el fallo definitivo tienen la potestad de decretar medidas cautelares, no así su propia ejecución “...pues

la jurisdicción que ellos ejercen no envuelve la fase de ejecución, sino únicamente la de cognición” (Madrid, 2001, p. 106).

En este orden de ideas acotan las profesoras Feldstein y Leonardi (1998), que “Solo los jueces del Estado tienen, en principio, el poder de ejecución forzada, la coacción en sentido estricto” (p. 61) y mas adelante señalan que “el uso de la fuerza, es monopolio exclusivo del Estado” (p. 84), la doctrina tanto nacional como extranjera, reconoce que la ejecución de la medida, cuando es forzada, debe ser hecha obligatoriamente por un juez Estatal, por así estipularlo la propia Ley y los principios generales del derecho, ese *ius imperium* no ha sido delegado de ninguna forma por el Estado, recordando las palabras del Dr. Duque Sánchez citado por Balzán (1995) “Esa facultad [la de decidir los árbitros] no se extiende sin embargo, hasta poder nombrar los ejecutores de los fallos por ellos dictados, porque tal cosa iría contra el orden social. En efecto los árbitros sentencian pero son únicamente los jueces quienes conforme al poder que ejercen por ministerio de la Ley, pueden ejecutar las sentencias arbitrales” (p. 205).

Asimismo se pronuncian Badell & Grau (1998), señalando que la potestad coactiva para la aprehensión de bienes, y la adopción de medidas forzosas, es privativa del Estado tal y como se reconoce en el artículo 48 LAC concluyendo estos autores, que toda medida preventiva cuya

---

cautelares en el arbitraje con la señalado por Haro, (1999, p. 107), entre la justicia arbitral y la justicia judicial existe una indisoluble relación de cooperación y control, en virtud de la cual, la justicia judicial apoya y coopera

con la justicia arbitral", sin esta cooperación o auxilio, esta última no tendría sentido y su vida sería muy reducida, solo a la fase de cognición del procedimiento, sin garantizar su ejecución.

### **Situación de los Terceros Frente al Acuerdo de Medidas Cautelares en El Arbitraje**

Como principio general, el arbitraje solo puede afectar derechos disponibles de las partes y las medidas cautelares en el arbitraje se limitan solo al objeto en litigio, así que en principio este decreto no debería afectar derecho de terceros. Pero al igual que en el proceso ordinario, cuando el juez dicta una medida cautelar solo debe afectar derechos, conductas y bienes de las partes, por lo que si afecta la esfera jurídica de un tercero con una medida, el legislador ha creado mecanismos de protección, para que los terceros puedan defenderse de estas medidas cautelares que no tienen que ver con ellos. En este sentido señala Ramos Méndez (1987), que

Una cláusula general de arbitraje autoriza al árbitro para adoptar cualquier medida relativa a los derechos y obligaciones de las partes en el procedimiento arbitral. ....Como es obvio, la cláusula sólo obliga a las partes, no a tercero. Por la misma razón las medidas que se puedan adoptar con base en dichas cláusulas tendrán la misma eficacia limitada a las partes (p. 188).

Por razones obvias, las medidas cautelares solo pueden afectar a las partes en el proceso arbitral, por la sencilla razón de que no se puede traer a un tercero dentro de un juicio primero que no es parte y segundo que el no decidió sustraerlo de sus jueces naturales, además este es un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución.

Gabaldon (1987), refiriéndose al procedimiento de arbitramento contemplado en el Código de Procedimiento Civil, opina que los árbitros no pueden decretar medidas cautelares "porque el simple decreto o su posterior ejecución abre las puertas a una eventual oposición de un tercero que no esta obligado a ventilarla ante los árbitros, ya que no fue parte del compromiso" (p. 70).

Se debe puntualizar que el autor citado se refiere al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil de 1987, considerando que el árbitro no puede decretar medidas cautelares, solo las podría "autorizar" para que el Juez de Primera Instancia las decrete, no se esta de acuerdo con esta postura porque no se debería limitar la posibilidad de dictar medidas cautelares por parte de los árbitros, por la problemática que pudiera presentar eventualmente los terceros, se debe buscar mecanismos efectivos de protección frente a los terceros, pero la solución en definitiva no puede ser

sacrificar otro principio fundamental como es el derecho a una tutela judicial efectiva.

La intervención de los terceros en el procedimiento ordinario según Pesci (1999), “se basa en el principio de la economía procesal, ya que permite a personas ajenas a la demanda, que constituye el proceso de que se trata, intervenir en dicho proceso, sin tener que esperar la terminación del juicio, para defender o hacer valer un derecho del cual es titular” (p. 92)

En el procedimiento ordinario, no necesariamente esos derechos que están siendo afectados a un tercero, se tienen que resolver en el mismo juicio, sino que tienen la posibilidad el tercero de hacer valer sus derechos en un juicio distinto y precisa Pesci “que es un principio fundamental el que la resolución de una determinada controversia no puede jurídicamente afectar sino la esfera patrimonial de las personas que han participado en ellas” (1999, p. 92).

Entonces la intervención de los terceros, no necesariamente tiene que ser dentro del juicio arbitral, cuestión que sería contradictoria e iría contra los principios generales del arbitraje, ya que se le obligaría a un tercero a participar en un juicio, en una jurisdicción no convenida por él. “...Por tanto los terceros pueden intervenir ante el Juez estatal para hacer valer sus

derechos (ejercicio de la defensa) frente a los actos de ejecución (medidas cautelares, embargo ejecutivo) cumplidos por el Juez de Primera Instancia, en acatamiento a los mencionados artículos 28 ó 43 de la Ley de Arbitraje Comercial” (Henríquez, 2000, p. 250). Justamente la intervención de los terceros no es mas que el ejercicio de su derecho a la defensa, frente a una medida en su contra en un juicio que no es parte, por principio procesal no se pueden afectar los derechos un tercero en un proceso donde otros son las partes.

El acuerdo de arbitraje deriva de una manifestación de voluntad de las partes, esta es su génesis, por lo que el tercero no puede ingresar al proceso arbitral que no fue convenido por él, ni las partes pretender involucrarlos en ese proceso que es ajeno a su voluntad de contratar.

### **Tramite de la oposición**

Se debe precisar que a falta de convenio expreso por las partes, o cuando en el Reglamento del Centro de Arbitraje no establezca nada, acotando que en los reglamentos revisados no se encontró previsión alguna, tal vez por lo establecido en el artículo 27 de la Ley de Arbitraje Comercial que señala “...En el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias....” pero esta norma se refiere en primer termino a las partes y no a los terceros, por lo que no se puede entender como negación al derecho a la defensa de

los terceros, que no son parte del procedimiento arbitral, sino mas bien para garantizar el principio de celeridad que existe en el procedimiento arbitral.

Por lo que, el tercero deberá ejercer su pretensión frente al juez ordinario, se comparte la tesis del Dr. Henríquez, al señalar que "La autoridad de la ejecución hace al juez funcionalmente competente para el conocimiento de toda reclamación incidental de tercero que tenga su causa en dicha ejecución solicitada por el tribunal arbitral." (2000, p. 253)

En este mismo sentido se pronuncia López Fonseca (2001), al señalar que "...la oposición y la tercería deberían tramitarse por ante el tribunal ordinario." (p. 30), pero visualiza dos problemas el primero es la exclusividad y la exclusión que plantea el artículo 5 LAC, del convenio arbitral de la jurisdicción ordinaria, y el segundo es el riesgo que se dicten sentencias contradictorias, con respecto a este punto ha explicado Henríquez (2000, p. 258), que el laudo arbitral tiene autoridad de cosa juzgada relativa, esto quiere decir que solo afecta la esfera patrimonial de las partes que se comprometieron en el acuerdo de arbitraje, y nunca se podrá extender a un tercero que no ha sido parte en el proceso arbitral.

Al no ser el tercero parte de este procedimiento arbitral, tendrá todas las defensas y procedimientos establecidos en la Constitución y en el Código

de Procedimiento Civil, puntualizando que si escoge la vía de la oposición de la medida, la deberá hacer ante el Tribunal de Primera Instancia que esta ejecutando la medida por solicitud del tribunal arbitral, no existe jurídicamente inconveniente para reivindicar la cosa por vía de tercería. En este sentido “ El poder público garantiza y legitima la actuación jurisdiccional del tercero, siempre que lo haga ante el tribunal proveído o habilitado por el poder público, es decir, ante la jurisdicción judicial y no ante la jurisdicción arbitral” (Henríquez, 2000, p. 262).

En estos casos, cuando se afectan derechos de terceros, o que la medida recaiga sobre bienes de la parte que no constituyan el objeto del litigio, por existir la improcedencia de incidencias en el arbitraje, de acuerdo con el artículo 27 LAC, y no existir en la ley ningún recurso, salvo el de nulidad contra el laudo definitivo, “la única vía posible sería la acción de Amparo Constitucional, a menos que las partes hayan dispuesto la procedencia de ciertos recursos en relación con las providencias cautelares” (Madrid, 2001, p. 109).

No se descarta la posibilidad del amparo, pero se deberá demostrar ante el Tribunal que conocerá de la acción, la violación de un derecho constitucional, así como también, que no existía un recurso ordinario adecuado para atacar la medida cautelar que sea lo suficientemente expedito



y demostrar que el medio idóneo para lograr una efectiva tutela judicial era el amparo y no otro, para proteger ese derecho. La doctrina ha aceptado, que el silencio de la ley, no se debe entender como la negación de un derecho del justiciable, mas si se trata de derechos fundamentales, por lo que se considera prudente aceptar la tesis planteada por el Dr. Henríquez La Roche (2000), en cuanto a la intervención de terceros por acción autónoma ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y el artículo 16 del CPC.

Algunos autores, entre ellos Baumeister (1999), explica que es un desatino de la Ley no haber previstos las incidencias con ocasión del decreto de la medida, frente a terceros y a las partes, lo que hace intuir que se ventile en la jurisdicción ordinaria, quien entonces entrará a conocer de un asunto que no cursan ante su sede, lo cual de acuerdo a la opinión del autor citado, serán múltiples los inconvenientes que surgirán para el trámite y decisión correspondiente, debido a que deberá juzgar sin los elementos que tuvieron los árbitros para decretar la medida (p. 140).

Se recomienda la lectura del capítulo referente a la Intervención de Terceros del libro "Ley de Arbitraje Comercial" escrito por el Dr. Ricardo Henríquez La Roche (2000), donde trata de una manera amplia todas las posibles soluciones de los terceros en el arbitraje comercial, cuando se ven

patrimonial. Por su parte, López Fonseca (2001, p. 30), señala que en definitiva la intervención de terceros debe hacerse por ante los jueces ordinarios, siendo el competente el que ejecuta la medida, "quien estaría actuando no en exclusión de la potestad arbitral sino en auxilio de ésta", refiriéndose este autor, al artículo 28 LAC.

### **Potestad Revisoria de los Jueces frente a la Cautela**

La ley no establece ningún procedimiento en cuanto a que si el juez ejecutor de la medida (Juez de Primera Instancia), puede o no revisarla, solo existe como precepto legislativo, el artículo 49 LAC que establece las causales por las cuales el juez puede negar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral.

En principio se puede concluir que a falta de una estipulación expresa en la ley, el juez ejecutor de la medida, no podrá revisar de oficio una medida decretada por el tribunal arbitral, sin la solicitud de una de las partes o de un tercero. Haciendo énfasis que por lo señalado en el artículo 5 LAC, que establece que la jurisdicción arbitral es exclusiva y excluyente, una de las partes no podrá hacer ese tipo de solicitud en principio ante el juez, pero por la propia improcedencia de las incidencias en el procedimiento arbitral como lo señala el artículo 27 LAC, no tendrá la parte afectada con la medida otro recurso que acudir a la jurisdicción ordinaria para la defensa de sus derechos, parte de la doctrina esta de acuerdo que se le deberá permitir el derecho de oposición a las providencias cautelares otorgadas, según lo establecen los artículos 602 y siguientes del CPC, para garantizar el derecho a la defensa de la parte contra la cual obra la providencia acordada (Badell & Grau, 1998. p. 38).

También se ha señalado la posibilidad de acudir a la vía de amparo en los casos procedentes como opina Madrid (2001, p. 109), En todos estos caso, deberá privar sobre todas estas normas, el derecho a una tutela judicial efectiva y al derecho a la defensa y al debido proceso, consagrado en la Constitución.

El problema mas serio se plantearía, en el caso de que el juez de oficio decida revisar la procedencia de la medida, en este caso plantea Henríquez (1999), al referirse a la competencia cautelar del juez venezolano frente al juez extranjero, que la misma esta consagrada en el artículo 58 CPC. Allí antes que permitir el pase de decretos cautelares acordados en el extranjero, se autoriza al juez nacional para ejecutar medidas cautelares de protección, aunque carezcan los jueces nacionales de jurisdicción para conocer del fondo del litigio.

Para la protección del orden público interno y de los derechos del sujeto contra quien obra la medida, que la medida precautelativa de la pretensión deducida ante un tribunal arbitral o público regulados por leyes ajenas, -Leyes distintas a las del ordenamiento jurídico venezolano. Pueden ser leyes convencionales de las partes consignadas en un contrato, leyes privadas elaboradas por centros de arbitraje o leyes públicas de país extranjero- sea dictada y ejecutada por el juez nacional, con vistas a todos los recaudos que considere pertinente presentar el solicitante, a los fines de que el juez venezolano forme criterio sobre las condiciones de procedibilidad que prevén los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil (*fumus boni iuris*, *fumus periculum in mora*). Estas normas son las aplicables

según el principio de la *lex fori* de derecho internacional privado (p. 204).

De acuerdo con esta opinión pareciera que el juez, podría de ser necesario, revisar de oficio una medida cautelar, aun cuando se debe advertir que no existe norma expresa sobre el particular, cuando no se hubiere cumplido con los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares, establecidas en la ley, esta postura esta ajustada a las nuevas corrientes del derecho procesal constitucional, donde el juez deja su inercia que lo ha caracterizado, para convertirse en un verdadero árbitro del derecho, si ve que algo esta mal debe analizar y revisar la situación y podría pedir al tribunal arbitral que explique una situación particular, no entendiendo como una injerencia sobre otro jurisdicción sino en búsqueda de la verdad como norte, y evitar que se puedan causar daños irreparables en la esfera patrimonial y jurídica de la otra parte o de un tercero, por una aptitud pasiva de parte del juez.

También se puede establecer cierto paralelismo con el artículo 49 LAC que establece como señalamos anteriormente, las causales taxativas por las cuales el juez se puede negar ha ejecutar o no reconocer el laudo. Artículo 49 LAC:

El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado sólo se podrá denegar:

- a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje;
- b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;
- c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje;
- d) Cuando el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contienen decisiones que excedan del acuerdo mismo;
- e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, por una autoridad competente de acuerdo con lo convenido por las partes para el proceso arbitral;
- f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea el reconocimiento o la ejecución del laudo compruebe que según la ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público;
- g) Que el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la ley a la cual las partes lo han sometido.

Siguiendo el viejo adagio romano del que puede lo mas puede lo menos, en el sentido que esta sería la revisión del decreto de la medida y consecuentemente la ejecución de la medida, la cual no tendría carácter permanente como si lo tendría el laudo y con estricta sujeción a las causales señaladas en el artículo mencionado, en los casos que sean aplicables podría el juez de oficio, revisar la medida cautelar decretada por el árbitro, en nuestra opinión y en base al artículo 49 LAC y a la protección al derecho a la

defensa y a la garantía de una tutela judicial efectiva, esta revisión se debería circunscribir solamente cuando la medida cautelar sea manifiestamente ilegal es decir, que no haya cumplido con los requisitos de procedencia de los artículos 585 y 588 del CPC, que vaya contra la moral y las buenas costumbres, que sean contrarias al orden público, que no versen sobre derechos disponibles y litigiosos, y respetando el juez las características propias del arbitraje, su concentración, informalidad, oralidad inmediatez y celeridad.

La doctrina extranjera se pronuncia que esa revisión en los casos de medidas cautelares provenientes de otros países, “debería limitarse al reconocimiento de las formalidades extrínsecas de la resolución que la acuerda” (Ramos Méndez, 1987, p.198), es decir, al cumplimiento de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, sin duda mucho tendrá que ver la *lex fori*.

Señala Chocrón (2000), que “el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela Judicial efectiva consagrado en el artículo 24 Constitución Española” (p. 210). Por lo que, si el juez advierte una desviación en ese deber de auxilio de los tribunales ordinarios estará obligado por la Constitución a hacer los correctivos necesarios.

Por su parte, Feldstein y Leonardi (1998), advirtieron:

El tribunal para dictarlas [medidas cautelares] deberá mensurar, ponderar, la urgencia o la necesidad, debiendo también sopesar si las medidas requeridas guardan proporcionalidad con el daño que se desea evitar o el bien que se pretende resguardar

Si, por vía de hipótesis, el tribunal arbitral no tuviere en cuenta estas cuestiones que hacen a la razonabilidad y fundamento de la provisión de las medidas cautelares, se encontrará en la incómoda posición de que ellas fueren rechazadas por el juez que debe ordenar la ejecución de las mismas (p. 84).

Por interpretación en contrario, si el tribunal arbitral al dictar las medidas cautelares, no es mensurado, ponderado, y no verifica el carácter de urgencia o la necesidad, y no analiza si las medidas cautelares guardan proporcionalidad con el daño que se quiere evitar o que se pretende resguardar, necesariamente el juez deberá rechazar la ejecución de la medida cautelar.

Se debe resaltar el hecho que sobre esta materia no existe aún ningún pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo de Justicia, no se sabe si la razón es que este tipo de medidas, por los recursos que se puedan ejercer para su tramitación sea difícil el camino para poder llegar a esta instancia, o por el mismo carácter confidencial del juicio arbitral los mismos se solucionan en el mismo procedimiento. Se resalta la necesidad de resguardar los derechos fundamentales de las partes, respetando siempre el principio

conocido en la doctrina como de audiencia, que no es mas que oír a las partes para que aleguen sus defensas y defiendan sus derechos.

Para resumir este interesante punto, el cual deberá ser objeto de un profundo análisis, se debe llegar a la conclusión de que si el juez asume esta potestad revisoria por los señalamientos realizados, se tendría que aceptar que esta potestad, deberá ser muy limitada, porque se podría entender como extralimitación de sus funciones, por no estar expresamente establecido en la Ley, pero no se puede perder de vista que de acuerdo con las nuevas corrientes doctrinales del derecho procesal moderno, el juez ha dejado de ser un "invitado de palo" para convertirse en un sujeto activo dentro del procedimiento, cuyo fin es conseguir la verdad y que impere la justicia.

Vale terminar este capítulo con las palabras del Dr. De la Colina citado por Peyrano (1993), "La interpretación de las formulas procesales civiles debe tener como norte lograr que las deficiencias o lagunas de aquéllas no conspiren contra la obtención de una decisión justa de la materia debatida" (p. 227).



## CONCLUSIONES

Las medidas cautelares, sin duda, se convirtieron en base fundamental de la administración de justicia. No solo que los jueces dicten sentencias apegadas a las leyes, sino que esas decisiones se puedan ejecutar, por lo que la efectividad del fallo es fundamental que junto con la certeza y la confianza es lo que da la seguridad jurídica necesaria, y este derecho a la efectividad de la decisión conlleva a una tutela judicial efectiva, consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La institución del arbitraje en Venezuela, se vio fortalecida con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial (1998), y muy especialmente con la Constitución de 1999, cuando se supera la discusión de la constitucionalidad del arbitraje. La Constitución de 1999, incorporó al arbitraje en general, como parte del sistema de justicia, como uno de los medios de alternativos para la resolución de conflictos entre otros, declarando que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos, en la exposición de motivos el Constituyente, señala que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque sólo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias.

Así pues, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional mediante cualquier mecanismo que la ley prevea, en este caso particular, la potestad de decidir otorgada a los árbitros por los particulares para que resuelvan las controversias sometidas a su conocimiento

Se entiende superada la discusión, sobre la constitucionalidad del arbitraje, porque aun cuando en la Constitución de 1961, no se establecía nada sobre el arbitraje, esa circunstancia no limitó al legislador a desarrollar la institución en el Código de Procedimiento Civil de 1987, con todas sus virtudes y desaciertos, sino que quedo expresamente establecido en el artículo 253 de la Constitución, que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos, y que el sistema de justicia esta constituido entre otros, por los medios alternativos de justicia, en el artículo 258 constitucional, señala que la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquier otro medio alterativo para la solución de conflictos.

La discusión de la naturaleza jurídica del arbitraje en Venezuela, se debe considerar como mixta, pero con un marcado acento jurisdiccional que deriva de la misma Constitución y de las leyes, sin perder de vista su nacimiento que viene de un acuerdo entre las partes con la cláusula compromisoria.

La Ley de Arbitraje Comercial (1998), otorgo a los particulares destinatarios de esta Ley, la posibilidad de resolver sus controversias sin la necesidad de acudir a los órganos de justicia tradicionales, y a diferencia de las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, le dio al árbitro mayor libertad de acción, con una reducida intervención de los jueces ordinarios, lo que hizo mas atractiva la oferta de arbitraje.

Las medidas cautelares en el arbitraje es una facultad que le ha sido atribuida a los árbitros en la Ley de Arbitraje Comercial (1998), delegándole expresamente a los árbitros la posibilidad de dicta medidas cautelares, en el ejercicio de esta potestad delegada a los árbitros por los particulares, de decidir las controversias sometidas a su conocimiento.

Por lo que se supero la discusión, por lo menos en el ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial, si los árbitros podían o no dictar medidas cautelares, ya el legislador le delego esta potestad, aun cuando la doctrina no es totalmente pacifica al aceptar tanto antes como ahora, la posibilidad de dictar medidas cautelares por parte de los árbitros, por considerar que las medidas cautelares son de interpretación restrictiva, por lo cual, solo pueden ser dictadas y ejecutadas por jueces que estén investidos por el Estado, por lo que de no estar expresamente delegada esta facultad por la ley, no podrían los árbitros dictar ningún tipo de medidas cautelares,

discusión no superada aun en el caso del arbitramento, establecido en el Código de Procedimiento Civil, ni en los demás casos de Arbitraje de las diferentes leyes que lo estipulan.

Entre los requisitos de procedencia que deben observar los árbitros para dictar medidas cautelares, se encuentran los mismos que debe seguir los jueces Estatales, como son el *periculum in mora*, el *fumus bonis iuris*, y el *periculum in damni*, en los casos de medidas innominadas, estos requisitos deben ser de obligatorio cumplimiento para las partes y los árbitros deben velar porque se cumpla y exigirlos o de lo contrario no podrían acordar la medida solicitada.

Se debe resaltar el hecho de que los árbitros en el ejercicio de sus funciones, gozan de una potestad cautelar igual a cualquier juez estatal, con las limitaciones establecidas en las Leyes, como es la imposibilidad de ejecutar forzosamente la medida cautelar acordada, pero el mismo Estado da la solución al respecto que es la de instruir al Juez de Primera Instancia que hubiese conocido el caso de no haberse sometido al arbitraje, el legislador entendió que no debía limitar a los árbitros a dictar medidas cautelares, por la razón de que no estuviese claro en la Constitución u otras consideraciones, porque se hubiese olvidado de el fin mismo de las medidas cautelares, que es garantizar las resultas de un juicio, o de cualquier proceso en general que

es que el juez pueda ejecutar lo juzgado, si existe el peligro de que quede ilusoria la ejecución de un laudo, y existe la apariencia de buen derecho y la parte lo solicita, el árbitro debe acordar la medida.

Resulta claro, que solo el juez podrá ejecutar forzosamente las medidas cautelares dictadas por los árbitros, por poseer el *ius imperium* necesario para ejecutarlas forzosamente, por estar dispuesto así, tanto en la Constitución, como en el artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial, no obstante la posibilidad de los árbitros de poder ejecutar voluntariamente las medidas dictadas.

En Cuanto a lo intervención de terceros en el arbitraje, se tiene como principio general que las medidas cautelares solo pueden obrar contra las partes intervinientes en un proceso cualquiera, y es el legislador el que garantiza esos derechos a los particulares, por seguridad jurídica en el caso del arbitraje, no se podrá llevar a un tercero a este terreno si el no lo convino previamente con las partes y los árbitros deberán ser muy cuidadosos al momento de dictar una medida, para que no afecte el derecho de una persona distinta a las partes.

La potestad revisoria del juez ante las cautelas dictadas por los árbitros, en principio no existe estipulación expresa en la ley, y de aceptarse

esta se deberá limitar esta revisión a medidas manifiestamente ilegales, que no hayan cumplido manifiestamente con los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, que sean contrarias a la moral y las buenas costumbres, al orden público, que no versen sobre derechos disponibles y litigiosos, tomando en cuenta siempre los principios propios del arbitraje.

Por lo que, para finalizar se considera prudente aceptar la potestad cautelar de los árbitros en el arbitraje comercial, basándose:

En primer lugar, por estar expresamente establecido en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial, la cual no es contraria a la Constitución, ni ninguna otra ley. En Venezuela se debe considerar que la naturaleza jurídica del arbitraje es mixta, porque es muy difícil considerar una institución totalmente pura, pero sin duda tiene un marcado acento jurisdiccional o procesal, por la posibilidad que tienen los árbitros de poder decidir una controversia y esta tenga características de cosa juzgada, y que haya la posibilidad de ejecutar forzosamente esa decisión por parte de un tribunal estatal, en caso que una de las parte no quiera o no acepte la decisión de los árbitros.

En segundo lugar, la Constitución de 1999, consagró en su artículo 253, la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos, si esto es

---

**Comercial.** Caracas: Anauco Ediciones, C.A. 61-144.

Bejarano Guzmán, R. (2001). **Procesos Declarativos. Civiles, Agrarios, de Familia, Arbitramiento. Acciones Populares y de Grupo. Nueva Ley de Conciliación.** (2<sup>da</sup> ed.) Bogotá: Editorial Temis, S.A.

Benetti Salgar, J. (2001) **El Arbitraje en el Derecho Colombiano.** Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A.

- Cabollol Angelats, L. (1997) **El Tratamiento Procesal de la Excepción de Arbitraje**. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Canova González, A. (1999) Medidas Cautelares en el Arbitraje. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**. N° 1. enero-junio 1999. Caracas: Livrosca. 269-312.
- Carnelutti, F. (1993) **Sistema de Derecho Procesal Civil**. (Trad. Niceto Alcalá-Zamora y S. Sentís Melendo) Buenos Aires: Uteha Argentina (Original Italiano, 1944).
- Chavero, R., (2000) Las Medidas Cautelares en el Ámbito Urbanístico. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**. N°3. enero-junio 2000. Las Medidas Cautelares. Caracas: Livrosca. 237-247.
- Chocrón Giráldez, A. (2000) **Los Principios Procesales en el Arbitraje**. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**. N° 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- Constitución Derogada de la República de Venezuela. (1983). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N° 3.251, (Extraordinario) Septiembre 12- de 1983.
- Constitución Política de Colombia. (1991)
- Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. (1985). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N° 33.144, Enero 15 de 1985.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial. (1985). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N° 33.120, Febrero 22 de 1985.
- Convención Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. (1995). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N° 35.685, Abril 03 de 1995.
- Couture, E. (1997) **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. (3<sup>ed</sup>, 3°. Reimp.) Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Cremades, B. (1977) **Estudios sobre Arbitraje**. Madrid: Marcial Pons.

Cuenca, H. (1996) **Derecho de Procedimiento Civil**. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

**Enciclopedia Jurídica OPUS** (1995). Caracas: Ediciones Libra, C.A.

Feldstein de Cárdenas, S. Y Leonardi de Herbón, H. (1998) **El Arbitraje**. Buenos Aires: Abelardo-Perrot.

Gabaldón, F. (1987) **El Arbitraje, en el Código de Procedimiento Civil**. Caracas: Paredes Editores.

Gaspar, S. (1998) **El ámbito de aplicación del arbitraje**. Pamplona-España: Editorial Aranzadi, S.A.

Gil Echeverri, J. (1993) **Curso Práctico de Arbitraje**. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

González Soria, J. (1988) **La Intervención Judicial en el Arbitraje. Recursos Jurisdiccionales y Ejecución Judicial del Laudo Arbitral**. Madrid: Talleres de Escobar & Cruz Impresores.

Haro, J. (1999) La Justicia Arbitral y la Justicia Judicial. **Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial**. Caracas: Anauco Ediciones, C.A. 145-168.

Henríquez La Roche, R. Las Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial. **Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial**. Caracas: Anauco Ediciones, C.A. 187-204.

\_\_\_\_\_. (1998) **Código de Procedimiento Civil**. (2<sup>da</sup> ed.) Caracas: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. (T. IV y V)

\_\_\_\_\_. (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**. (2<sup>da</sup> ed.) Caracas: Ediciones Liber.

Junco Vargas, J. (2000) **La Conciliación. Aspectos Sustanciales y Procesales**. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídica Radar.

**Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**. (1995) N° 11. Caracas: Editorial Pierre Tapia.



- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.** (1997) N° 1. Caracas: Editorial Pierre Tapia.
- Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. (1994). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** N° 4.832 (Extraordinario), Diciembre 29 de 1994.
- Ley de Derecho Internacional. (1998). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** N° 36.511, Agosto 6 de 1998.
- Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. (1994). **Gaceta Oficial de Venezuela.** N° 4.822 (Extraordinario), Diciembre 23 de 1994
- Ley de Justicia de Paz. (1994). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** N° 4.817 (Extraordinario), Diciembre 21 de 1994.
- Ley Orgánica del Trabajo. (1997). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** N° 5.152 (Extraordinario), Junio 19 de 1997.
- Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. (1998). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** N° 5.266 (Extraordinario), Octubre 2 de 1998.
- Ley de Regulación de la Emergencia Financiera. (1995). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** N° 4.931 (Extraordinario), Julio 6 de 1995.
- Liebman, E. (1976) **Manual de Derecho Procesal Civil** (Trad. S. Sentís) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América. (Original Italiano).
- López Fonseca, M. (2001) Las Medidas Cautelares en el Arbitro. En: **Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren.** (T. II) Caracas: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. 9-53.
- Lorca Navarrete, A. (1997) **Manual de Derecho de Arbitraje. Manual Teórico-Práctico de Jurisprudencia Arbitral Española.** Madrid: Editorial Dykinson, S.L.
- Madrid, C. (2001) Medidas Cautelares y Arbitraje Especial Referencia a la Ley de Arbitraje Comercial. En: **Liber Amicorum Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. De Mackelt.** (T. II) Caracas: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias

Jurídicas y Políticas de la U.C.V. y la Fundación Roberto Goldschmidt. 87-117.

Mejias, L. (1999) **Material de Apoyo Medidas Cautelares**. (Disponible en la dirección del autor).

Marinoni, L. (2000) Tutela Anticipatoria. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**. N° 3, enero-junio 2000. Las Medidas Cautelares. Caracas: Livrosca. 27-37.

Martínez Vasquez, L. (1991) **La Cláusula Compromisoria en el Arbitraje Civil**. Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Matthies, F. (1996) **Arbitrariedad y Arbitraje. Un Análisis de la normativa acerca del Arbitraje de Derecho Privado en Venezuela**. Caracas: Oscar Todtmann Editores, C.A.

Muñoz Sabaté, L. (1992) **Jurisprudencia Arbitral Comentada (sentencias del Tribunal Supremo 1891 – 1991)** Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A.

Ortiz-Ortiz, R. (1997) **Crítica Analítica y Temática de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en pleno sobre las Medidas Cautelares innominadas**. Separata de la Revista de la Fundación Procuraduría N° 18. Caracas.

\_\_\_\_\_. (1997) **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas**. Caracas: Editorial Paredes Editores.

\_\_\_\_\_. (1999) **Las Medidas Cautelares Innominadas, Estudio Analítico y Temático de la Jurisprudencia Nacional**. Caracas: Editorial Paredes Editores.

Parra Quijano, J. (2000) Las Medidas Cautelares en el contexto del Nuevo Milenio. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**. N° 3. Enero-junio 2000. Caracas: Livrosca. 1-14.

Pesci Feltri, M (1999) Breve Exposición Sistemática de los Principios del Derecho Procesal Civil para el Desarrollo de un Comentario Exegético del Código de Procedimiento Civil. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**. N° 2. Julio-diciembre 1999. Caracas: Livrosca. 67-116.

Peyrano, J. (1993) **El Proceso Atípico**. Buenos Aires: Editorial Universidad.

- Pico, J. (1997) **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A.
- Quintero Tirado, M. (1999) Medidas Cautelares en el Arbitraje. **Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal**. N° 1. enero-junio 1999. Caracas: Livrosca. 75-85.
- Ramos Méndez, F. (1987) **Arbitraje y Proceso Internacional**. Barcelona: Librería Bosch.
- Rendenti, E. (1857) **Derecho Procesal Civil** (Trad. S. Sentís y M. Ayerra) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América. (Original Italiano, 1952).
- Rengel Romberg, A. (1999) El Arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y la Nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998). **Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial**. Caracas: Anauco Ediciones, C.A. 15-59.
- Roca Martínez, J. (1992) **Arbitraje e Instituciones Arbitrales**. Barcelona-España: José María Bosch Editor, S.A.
- Sarmiento Sosa, C. (1999) **Ley de Arbitraje Comercial**. Caracas: Livrosca.
- Torrealba Ledesma, H. (2001) **Consideraciones Sobre El Arbitraje Comercial en Venezuela**. Caracas: Baker & Mc.Kenzie.
- Troconis de, J. (1999) **Introducción al Estudio del Arbitraje, su aplicación en la propiedad intelectual**. Caracas: Ediciones Funeda.
- Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). (1997). **Manual para la Elaboración del Trabajo Especial de Grado en el área de Derecho para optar al Título de Especialista**. Caracas.
- Véscovi, E. (1999) **Teoría General del Proceso**. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- Villarroel Rion, P. (1997) **Del Procedimiento Cautelar, de la tercería y del Embargo Ejecutivo**. Caracas: Ediciones Libra.