

5

Revista de Estudiantes de Derecho
de la Universidad Monteávila

Derecho y Sociedad

Revista de Estudiantes de Derecho
de la Universidad Monteávila

Edición homenaje
a Arístides Rengel Römberg

Andrés A. Mezgravis
Ricardo Henríquez La Roche
Alberto Baumeister Toledo
Oswaldo Parilli A.
Luis Alfredo Hernández Merlanti
Pedro Alberto Jedlicka Zapata
Mariolga Quintero Tirado
Luis Fraga Pittaluga
Pedro Perera

Derecho y Sociedad

2004

Abrial



supra montem pasiva
1 de octubre 1928

Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano

Andrés A. Mezgravis

En homenaje al Prof. Dr. Arístides Rengel Römberg, quien durante todos los años que compartimos en el Escritorio Travieso Evans Arria Rengel & Paz, me demostró que su mayor virtud no era la de ser uno de los más insignes juristas que ha tenido el país, autor de la obra procesal científica más completa que se haya publicado en Venezuela en toda su historia, sino su modestia y sencillez.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La finalidad precautoria y el alcance de la función de los árbitros en el sistema venezolano
- III. Tipos de medidas cautelares
- IV. Requisitos de procedencia
- V. Ejecución de las medidas cautelares
- VI. Las medidas cautelares inaudita parte
- VII. Medidas Cautelares prearbitrales
- VIII. Medidas cautelares dictadas en el extranjero
- IX. La oposición a la medida cautelar
 - 1. Oportunidad y procedimiento para la oposición de parte
 - 2. Oposición de terceros
 - a. Oposición de terceros en sede arbitral

- b. Oposición de terceros en sede judicial
- X. El recurso de nulidad contra la medida cautelar
- XI. La demanda de tercería
 - 1. Ciertas precisiones conceptuales
 - 2. El Juez competente
- XII. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Un importante avance que coloca a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana de 1998 ("LAC") a la par de las legislaciones más modernas, es que reconoce expresamente la facultad que tienen los árbitros de dictar medidas cautelares que consideren necesarias respecto del objeto de la controversia.

Decimos que es un gran avance de la legislación venezolana, porque este asunto ha sido ampliamente discutido por la doctrina¹, y porque todavía un gran número de ordenamientos jurídicos limita o excluye esa facultad, que debería ser natural e inherente a la función de los árbitros². La mayoría de las legislaciones, que todavía pareciera no tener absolutamente claro que el monopolio exclusivo del Estado no es la resolución de las controversias, sino el uso del *poder coactivo (ius imperium)*, impide a los árbitros ejercer esa facultad, al establecer de manera imperativa la necesidad de acudir a los *tribunales judiciales* cuando, antes o durante el proceso de arbitraje, surja la necesidad de que se decreten medidas cautelares³. Esos ordenamientos jurídicos limitan inadecuadamente la facultad (*de conocimiento o cognición*) de los árbitros y restringen la autonomía de la voluntad de las partes cuando establecen que la parte interesada debe necesariamente acudir a los tribunales judiciales para que sean éstos quienes dicten y practiquen cualquier medida cautelar⁴.

El legislador venezolano, en cambio, optó por la tendencia moderna contenida en el Reglamento y en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI),

¹ Cfr. GÓMEZ JENE, Miguel; *El Arbitraje Comercial Internacional en la Unión Europea. La eficacia del Laudo Arbitral*, Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 70, quien señala que la doctrina mayoritaria se ha inclinado a aceptarla.

² El artículo 753 de del Código Procesal Nacional, idéntico al art. 791 del Código de Buenos Aires, establece: "Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al Juez y éste deberá prestar el auxilio de jurisdicción para su más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral." La Ley brasileña y la uruguaya contienen normativas similares. Cfr. SANTOS BELANDRO Ruben; *Arbitraje comercial internacional*, Tercera edición, Oxford, México 2000, p. 293

³ Así lo establece la legislación italiana. Cfr. RUBINO-SAMMARTANO Mauro; *Il Diritto dell' Arbitrato, Terza Edizione, Cedam, Milani, 2002*, p. 636 y ss.

⁴ Sin que ello implique una renuncia al arbitraje respecto al fondo del asunto o una sumisión a la jurisdicción ordinaria.

mejor conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL⁵, que *reconocen expresamente* que el árbitro tiene la facultad de dictar medidas preventivas, diferenciando así el decreto de las medidas (facultad de conocer y decidir) de lo que sería su ejecución forzosa o compulsiva (*poder coactivo*).

En efecto, establece el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL⁶:

“1. A petición de cualquiera de las partes, el Tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.

2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El Tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el coste de esas medidas.

3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo”.

Asimismo, el artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL establece:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el Tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El Tribunal arbitral podrá exigir de

⁵ Para un amplio estudio sobre la formación de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en fecha 21 de junio de 1.985, véase PARRA-ARANGUREN Gonzalo; “La nulidad, el reconocimiento y la ejecución de los laudos en la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1985)”, Rev. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 97, UCV, Caracas, 1.995, pp. 265-403.

⁶ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y Resolución 31/98 de la Asamblea General del 15-12-1976.

cualquiera de las partes una garantía apropiada en onexión con esas medidas”.

Por su parte, el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial⁷, modificado y vigente a partir del 1 de Abril del 2001, reproduce el mismo principio de la UNCITRAL en su artículo 23:

“1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio tales como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.

2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.

3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el convenio de arbitraje, ni como una renuncia a ese convenio.”

El artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (conocida como la Convención de Panamá), remite a las normas del Reglamento de la Comisión Interamericana antes citado, salvo pacto en contrario de las partes. Cabe aclarar que esta convención es un tratado internacional ratificado por Venezuela⁸.

⁷ <http://www.ciac-ciac.org/reglamentos.html> Este reglamento, en su versión anterior de 1996, también contenía el mismo principio en materia de medidas cautelares.

⁸ Gaceta Oficial N° 3.310, del 22-2-85. Ratificación 22-3-85. Depósito del instrumento 16-5-85. De allí que algunos afirmen que dicha convención es “ley de la República, y por ende dicha remisión es de carácter legal.” En este sentido: LÓPEZ FONSECA Manuel; “Las Medidas cautelares en el arbitraje”, Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren, Tomo II, UCV, Caracas, 2002, p. 19. En realidad ello no es más que producto de un mito ampliamente divulgado en nuestro foro, pues, el tratado internacional, o aplica como tal y tiene un rango superior al de la ley, o simplemente no aplica como cuerpo normativo. Debemos advertir que un tratado internacional no se transforma en “ley de la República” por el hecho de que haya sido ratificado por Venezuela. La Convención Interamericana conserva su rango de tratado internacional (superior a la Ley, art. 1 LDIP y 8 CPC) cuando las partes del acuerdo de arbitraje son ciudadanos de alguno de los Estados que haya ratificado

La Ley de Derecho Internacional Privado suiza, del 18 de Diciembre de 1987, prevé una solución distinta. En efecto, el artículo 183.2 establece que: “*en un primer momento, la otra parte es invitada a aceptar de ‘buen grado’ la adopción de la medida cautelar.* En caso de una conducta afirmativa, la cuestión es resuelta en el estricto marco del arbitraje. Por el contrario, si la parte *rechaza* someterse a la adopción de la medida cautelar, entonces el tribunal arbitral puede pedir la ayuda de la jurisdicción estatal, en cuyo caso el juez o tribunal ordinario requerido se halla obligado a colaborar con el árbitro, *dentro de los límites de la Ley...*”⁹.

En el Derecho colombiano, la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares se remonta al decreto 2279 de 1989, posibilidad ésta que fue ratificada más recientemente con el Decreto 1818 de 1998. No obstante, este ordenamiento jurídico limita a dos las medidas en cuestión: i) la inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro; y, ii) el secuestro de bienes muebles¹⁰.

En cambio en Venezuela, la redacción bastante clara del artículo 26 y del artículo 28 de la LAC, no restringen de manera alguna, como veremos más adelante, la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares que consideren necesarias respecto del *objeto en litigio*. Por el contrario, la LAC reconoce y extiende esa facultad al establecer que el tribunal arbitral puede pedir asistencia a los tribunales judiciales ordinarios para la *ejecución* de tales medidas, quienes tienen el deber de atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia.

dicha Convención, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. De no ser así, dicha Convención no aplica ni como tratado internacional, ni como Ley de la República. En algunos casos, cuando se trata de tratados internacionales muy conocidos (como por ejemplo el Código de Bustamante), pero sólo el Estado de una de las partes involucradas lo ha ratificado, se suele aplicar como “principios de Derecho Internacional generalmente aceptados”. En otras palabras, o los tratados tienen rango superior a la Ley, (ambas partes son ciudadanos de Estados que lo han ratificado) o no aplica. Excepcionalmente tienen un rango inferior a la Ley (de principios generalmente aceptados), pero en ningún caso los tratados internacionales se aplican como Ley.

⁹ LORCA NAVARRETE Antonio M; *Derecho de Arbitraje interno e internacional*. Editorial Tecnos, Madrid 1989, p. 128.

¹⁰ BENETTI SALGAR Julio; *EL Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Sgda. Edic., Edit Temis, Bogotá, 2001, pp. 178-179.

II. LA FINALIDAD PRECAUTORIA Y EL ALCANCE DE LA FUNCIÓN DE LOS ÁRBITROS EN EL SISTEMA VENEZOLANO

Establece expresamente el artículo 26 de la LAC que, *salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio*. Igualmente establece esta norma legal que *el tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante*.

Como puede observarse, la redacción de la ley venezolana en términos generales es bastante similar a la contenida en el artículo 26 del Reglamento UNCITRAL, no requiere que en un primer momento se invite a *la otra parte para que acepte de buena manera la adopción de la medida cautelar, como lo prevé la ley suiza, ni tampoco exige que la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal como lo dispone la ley colombiana*.

Se ha dicho que el “*carácter excepcional que le otorga la mayoría de la doctrina a las medidas cautelares implica que se requiere norma expresa para dictarlas*”¹¹. Los que sostienen esta tesis se fundamentan básicamente en que las medidas cautelares afectan el derecho de propiedad de la parte contra quien se dictan, y de acuerdo con la Constitución y el Código Civil, cualquier limitación al derecho de propiedad debe establecerse por Ley¹².

Lejos de lo que algunos podrían pensar, la facultad de decretar medidas cautelares, en nuestra opinión, no requiere de una norma legal expresa, pues, como se infiere del mismo artículo 26 de la LAC¹³, es en principio el *acuerdo* de las partes o el *acuerdo en contrario* de éstas (*autonomía de la voluntad*) el que permite o prohíbe a los árbitros que puedan decretarlas. Ello no debería causar alarma alguna, pues así como el árbitro, con fundamento en la fuerza vinculante del acuerdo de arbitraje suscrito por las partes, decide con efecto de *cosa juzgada* el fondo de la

¹¹ Cfr. MATTHIES Roland; *Arbitrariedad y arbitraje*, Caracas 1.996, pp. 64 y 65. También LÓPEZ FONSECA Manuel; “Las Medidas Cautelares en el Arbitraje,” Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren, UCV, Caracas, 2002, p. 18.

¹² Cfr. LÓPEZ FONSECA, *Ob. Cit.*, p. 17 y p. 19.

¹³ Que establece: “*Salvo acuerdo en contrario de las partes...*”

controversia, pudiendo afectar claramente el derecho de propiedad de la parte vencida, con mayor razón y con base a esos mismos fundamentos, podría adoptar medidas cautelares cuya finalidad inmediata es la de asegurar de manera preventiva la eficacia práctica del laudo arbitral¹⁴.

Como sostiene el profesor HENRÍQUEZ LA ROCHE, "si las partes, en dicho acuerdo, determinan como regla procesal, la aplicación de las medidas precautelativas, los árbitros deben acordarlas si están dados los requisitos que las mismas partes se hayan dado en el acuerdo, aunque no existiese el artículo el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial"¹⁵.

No es, por tanto, el derecho de propiedad, como algunos piensan, el que restringe la función de los árbitros, ni el que impone interpretaciones restrictivas¹⁶, es precisamente la *autonomía de la voluntad* en el ámbito de los derechos disponibles, lo que les permite a las partes pactar un acuerdo (de arbitraje) que le da esa facultad a un tercero denominado árbitro, designado por ellas mismas o a través de los mecanismos o reglamentos escogidos también por ellas mismas. Esa facultad (poder cautelar) que tiene el árbitro no le ha sido delegada por la Ley o por el Estado, sino por las propias partes en materias disponibles en que cabe transacción. El legislador, según sus políticas legislativas, opta entre *reconocer y permitir expresamente* esa facultad que le otorgan las partes al árbitro, como ocurre en el caso del sistema venezolano, o restringirla o prohibirla, como es el caso de

¹⁴ A favor de la procedencia de las medidas cautelares en el arbitraje comercial, además de HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, pp. 221 y ss, también HUNG VAILLANT Francisco; *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Editorial Jurídica, Caracas, 2001, p. 199. A favor de la procedencia de las medidas cautelares incluso en el arbitramento regulado en el CPC véase ORTÍZ-ORTÍZ Rafael; *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Paredes Editores, Caracas, 1997, pp 416 y 417. Para un amplio estudio de las medidas cautelares en general y un análisis de por qué la jurisprudencia en el pasado se ha manifestado en el Derecho Comparado reacia a admitir que se pueda conferir a los árbitros el poder cautelar, véase CALAMANDREI Piero; *Providencias Cautelares*, Edit. Bibliográfica Argentina; Buenos Aires 1984, especialmente p. 141.

¹⁵ HENRÍQUEZ LA ROCHE Ricardo; *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, Editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000, p. 226.

¹⁶ Como nos advierte el maestro COVIELLO, "hay que guardarse también de la máxima errónea tan divulgada y tenida generalmente como axioma, de que las disposiciones de índole excepcional no son susceptibles de interpretación extensiva". Cfr. COVIELLO Nicolás; *Doctrina General del Derecho Civil*, Edit Hispano-Americana, México, 1949, p. 84.

aquellas legislaciones que están convencidas de que, de lo contrario, estarían relajando el "monopolio exclusivo" del Estado. Esta dualidad desnuda la división que existe entre las legislaciones que adoptan una concepción cautelar enmarcada en la autonomía de la voluntad de las partes, y aquellas que siguen una corriente "judicialista" que restringe ese ámbito¹⁷.

Cabe aclarar que la facultad cautelar de los árbitros surge, no con la promulgación de la LAC que expresamente la reconoce, ni en el momento en que una de las partes tolera la práctica de la medida cautelar solicitada por la otra, sino en el momento de la suscripción, por ambas partes, del acuerdo de arbitraje que consiente tácitamente esa posibilidad, acuerdo éste que como todo contrato, es ley entre las partes¹⁸. Luego de suscrito el acuerdo de arbitraje que dota al tribunal arbitral de la facultad de resolver, con carácter de cosa juzgada, el fondo de la controversia, es lógico y natural que dicho tribunal arbitral también esté facultado para garantizar la efectividad del laudo arbitral que eventualmente dictará. Ello, además de una facultad, también es un deber del tribunal arbitral, pues, qué sentido tendría que los árbitros dicten un laudo que al final del proceso no pueda ser ejecutado.

Es por ello, que luego de suscrito el acuerdo y surgida la controversia que da origen al arbitraje propiamente dicho, mal puede pretender una de las partes que ha dado su consentimiento para que la controversia sea resuelta de manera *definitiva y vinculante* mediante arbitraje, desconocer

¹⁷ Esa dualidad en el Derecho comparado es analizada por Augusto M. MORELLO en su obra: *La Adecuación del Contrato por las Partes, por el juez, por los árbitros*. Edit. Platense, La Plata 1994, p. 95 y ss. Nuestra jurisprudencia sobre lo que es en realidad "monopolio exclusivo" del Estado ha señalado: "Así, la jurisdicción tiene dos momentos uno que es el de cognición que equivale a la tutela jurisdiccional de los derechos y el otro es el de ejecución que es equivalente a la tutela coactiva de los mismos (sic). De tal manera que, como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, la tutela coactiva de los derechos es del monopolio exclusivo del Estado. En virtud de ello el ejercicio de la función jurisdiccional permitida por el Estado a los árbitros, no es total, ni está excluida del control por parte de los órganos judiciales, ni tampoco es excluyente de la cooperación que éstos le puedan prestar. Así, la justicia arbitral debe servirse de la justicia judicial, a los fines que esta última controle los excesos que pudieran suscitarse en el arbitraje y, además, para ejecutar forzosamente las obligaciones que del arbitraje se deriven para las partes. Ello, en definitiva, está dispuesto como garantía para que sea verdaderamente efectiva la tutela que se busca por esta especial vía (con el arbitraje) de solución de conflictos". SPA, Sent. N° 00174, del 3-3-04, caso Secretario General Nacional del Sindicato Nacional de Gandoleros, contra la Asociación Cooperativa Mixta de Transporte de Carga Táchira, S.R.L., ponencia de Hadel Mostafá Paolini.

¹⁸ Cfr. Art. 1.159 C. Civil Venezolano.

las medidas cautelares decretadas precisamente con la finalidad de asegurar las resultas del proceso, por quien tiene la misión de dictar el laudo arbitral que en virtud de la Ley tendrá efecto de sentencia judicial ejecutoria.

A pesar de la claridad del artículo 26 de la LAC, la novedad del asunto generó polémicas en nuestro foro¹⁹. Algunos, como SARMIENTO SOSA, señalaron que los árbitros *no pueden decretar las medidas cautelares que competen a los órganos jurisdiccionales, porque los árbitros carecen de la autoridad para ejercer la función jurisdiccional atribuida por la Constitución y las leyes a los tribunales de la República*²⁰, otros, como BAUMEISTER, afirmaron que la potestad cautelar no era plena en el arbitraje comercial *independiente*, y que era totalmente ausente en el arbitraje *ordinario* (arbitramento del CPC) y en el arbitraje *institucional*²¹, y otros llegaron al extremo de afirmar que los artículos 26 y 28 eran inconstitucionales²². Y es que mientras no se distinga con precisión *la facultad de conocer y decidir*, que tradicionalmente se le ha reconocido a los árbitros, de la potestad de ejecutar *coactivamente* las decisiones adoptadas, concebida esta última como una atribución exclusiva y reservada a los órganos estatales, difícilmente se podrá comprender cabalmente que la finalidad precautoria, enmarcada en la facultad de *conocimiento (cognición)*, es inherente a esta atribución y, por ende, a la función de los árbitros.

Afortunadamente, la Sala Político Administrativa, cuyos actuales magistrados Levis Ignacio Zerpa, Yolanda Jaimés y Hadel Mostafá Paolini, en honor a la verdad han dictado una serie de sentencias que configuran verdaderos obstáculos al desarrollo del arbitraje²³, ratificó, sin embargo, en

¹⁹ Cfr. LÓPEZ FONSECA, *Ob. Cit.*, pp. 9 y ss.

²⁰ Cfr. SARMIENTO SOSA Carlos; *Ley de Arbitraje Comercial*, Livrosca C.A., Caracas, pp. 55-56.

²¹ Cfr. BAUMEISTER TOLEDO Alberto; "Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Aplicable en los casos de Arbitrajes Regidos por la Ley de Arbitraje Comercial", en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 13, Ccs, 1999, p. 91. La improcedencia de cada una de esas afirmaciones es ampliamente explicada por HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, pp. 226-227.

²² Cfr. ARAUJO PARRA, José; "Medidas Cautelares en el Arbitraje", en *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal*, N° 3, Junio 2000, p. 216.

²³ Lo cual no es novedoso ni exclusivo de Venezuela, pues, la generalidad de los ordenamientos jurídicos que han adoptado modernas leyes de arbitraje, se han encontrado con una

una reciente e interesante sentencia, que del artículo 26 de la LAC se desprende "*la potestad para dictar medidas cautelares en los procedimientos arbitrales, en cabeza, sin lugar a dudas del tribunal arbitral, o más concretamente, de los árbitros, que conociendo el fondo de la causa, deben entenderse facultados para garantizar la efectividad del laudo arbitral, lo cual es el fundamento y la justificación de la tutela jurisdiccional cautelar*"²⁴.

Como puede observarse, bajo el sistema venezolano las dudas en lo referente a la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares, no tienen en la actualidad mayor justificación.

III. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 26 de la LAC no especifica cuáles son las medidas cautelares que pueden ser dictadas por los árbitros. Como antes indicamos, la tendencia moderna apunta a que las legislaciones arbitrales reconozcan, y no limiten las potestades cautelares inherentes a la función de los árbitros. No obstante, hasta hace poco, la mayoría de las legislaciones restringían la potestad cautelar, algunas de manera absoluta, como era el caso de la Ley de Arbitraje española 36/1998, otras, de manera relativa, como era y sigue siendo el caso de la legislación colombiana que limita dicha potestad a dos medidas concretas: a) la inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro; y, b) el secuestro de bienes muebles. Las dos medidas de aseguramiento previstas en la legislación colombiana tienen un elemento común: "*Que la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes...*"²⁵.

generación de abogados y jueces que jamás recibió en las aulas universitarias enseñanzas sobre esta materia, y por ello tienden a ver en el arbitraje "una anómala derogación de la jurisdicción, a comprimir y controlar de cualquier modo". Cfr. MORELLO, *Ob. Cit.*, p. 95.

²⁴ Criterio expuesto por primera vez en sentencia de la SPA N° 2.161 de fecha 10-10-01, caso Arpiga Concesiones Viales, C.A. vs Gobernación del Estado Falcón, y ratificado recientemente en sent. N° 01951 de la SPA, del 11-12-03, caso Tim International N.V.

²⁵ GAMBOA SERRANO Rafael H.; *El proceso arbitral en Colombia*. Colección Profesores, Santafé de Bogotá 1992, p. 82.

Un rápido repaso de lo ocurrido en las últimas cuatro décadas nos ayuda a comprender la evolución experimentada en esta materia. Así, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativo a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (conocido también como CIADI –siglas en español o ICSID en inglés– o Convenio de Washington)²⁶, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 cuando fue ratificado por veinte países, y que para el 15 de diciembre de 2002 había sido ratificado por 136 Estados miembros, refleja esa dicotomía de restringir de manera absoluta o relativa las potestades cautelares de los árbitros. En efecto, el artículo 47 de este Convenio establece que “*salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes*”²⁷. Como puede observarse, si bien esta norma es amplísima en cuanto al tipo de medidas que pueden dictar los árbitros, refleja por otra parte, el temor o el celo en reconocerle a los árbitros algo que no es más que parte de su función natural: la posibilidad de salvaguardar la eventual ejecución del laudo que las partes se han comprometido de manera irrevocable a respetar. De allí que, en nuestra opinión no resulte justificado que un *laudo provisional cautelar* no tenga carácter obligatorio y configure una simple *recomendación*. No obstante, no debemos olvidar que ese Con-

²⁶ GO N° 35.685 del 3-4-95. Al 15 de diciembre de 2002 había sido ratificado por 136 Estados miembros.

²⁷ La Regla 39 del procedimiento arbitral del ICSID, relativa a las Medidas provisionales establece que:

(1) En cualquier etapa del procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesaria la *dictación* (sic) de tales medidas.

(2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).

(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

(4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.

(5) Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes de la iniciación del procedimiento, o durante la sustanciación del procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses.

venio data de 1966, cuando todavía no era muy clara la distinción entre *coacción* (*ius imperium*) y potestad de *conocimiento*.

Hoy en día, esa realidad está cambiando aceleradamente. En este sentido, la misma legislación española que antes negaba esa posibilidad de manera absoluta, ahora en su novísima Ley de Arbitraje 60/2003 del 23 de diciembre de 2003, incorpora la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto en litigio. En efecto, inspirada, al igual que la Ley venezolana, en la Ley Modelo UNCITRAL, establece en su artículo 23 lo siguiente:

1. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.*
2. *A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos*²⁸.

Un sector calificado de la Doctrina venezolana ha señalado que tal facultad de los árbitros debe entenderse que es amplia en el ordenamiento jurídico venezolano, por cuanto la Ley no especifica cuáles son las medidas que pueden ser dictadas por éstos. En este sentido, HUNG VAILLANT sostiene que al efecto serán aplicables, por vía analógica, las regulaciones

²⁸ Establece la Exposición de Motivos de esta novísima ley que “dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.” La Ley de Arbitraje y Mediación que rige en el Ecuador desde el 4 de Septiembre de 1997 contiene una solución similar.

sobre medidas cautelares contenidas en el CPC (artículos 585 a 600)²⁹. Por su parte, HENRÍQUEZ LA ROCHE, señala que nuestra Ley, al igual que la Ley Modelo UNCITRAL, se refiere al objeto litigioso, y que éste configura un concepto amplio que en modo alguno queda limitado a las acciones reales o personales con objeto determinado³⁰. GABALDÓN también se pronuncia a favor de la interpretación del artículo 26 de la LAC en sentido amplio.

La doctrina patria precisa que esa amplitud comprende todo tipo de medidas cautelares “nominadas” (embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar), como las llamadas “innominadas” (asegurativas, conservativas, anticipativas)³¹. Como ejemplos de las medidas precautorias que solicitan comúnmente las partes en los arbitrajes pueden mencionarse: la venta de artículos perecederos; órdenes de no hacer efectivas las fianzas de fiel cumplimiento o cartas de crédito *standby* por parte del beneficiario; continuación del trabajo o la obra a que se refiere el contrato mientras dure el arbitraje; orden de depósito de cantidades dinero, acciones u otros activos, con fines de garantía; ordenes de abstenerse de realizar ciertos actos o, incluso, de intentar o desistir ciertas acciones judiciales relacionadas con el arbitraje³².

Nuestra jurisprudencia ratifica esa amplitud al establecer que la materia o ámbito de la medida cautelar en el arbitraje “*está constituida por el objeto en litigio, entendido, claro está y como ha sostenido la doctrina patria, no sólo en sentido de derecho real u objeto determinado, sino aún como pretensión personal*”³³.

Por nuestra parte, coincidimos con la doctrina dominante en que la Ley no restringe en modo alguno las medidas cautelares que pueden dictar

²⁹ Cfr. HUNG VAILLANT, *Ob. Cit.*, p. 199.

³⁰ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 222.

³¹ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 231. Asimismo, GABALDÓN, *Ob. Cit.*, p. 108.

³² Cfr. OGARRIO, Alejandro; “El Procedimiento Arbitral”, en Arbitraje Comercial Internacional, compilador Leonel Pereznieta Castro, Edit DJC, México 2002, p. 90. Para un lamentable caso en que una de las partes se negó a cumplir una orden cautelar de un tribunal arbitral véase *infra* nota 46.

³³ Igualmente, este criterio fue expuesto por primera vez en sentencia de la SPA N° 2.161 de fecha 10-10-01, caso Arpigrá Concesiones Viales, C.A. vs Gobernación del Estado Falcón, y ratificado recientemente en sent N° 01951 de la SPA, del 11-12-03, caso Tim International N.V.

los árbitros, y por ende debe entenderse que tal facultad es amplia. No obstante, diferimos de HUNG VAILLANT en que ese silencio de la Ley también implica que se deban aplicar *analógicamente* las regulaciones sobre medidas cautelares contenidas en el CPC. (Art. 585 a 600). Existe una fuerte y peligrosa tendencia en nuestro foro de aplicar el CPC, casi de manera automática, ante cualquier duda o silencio que pudiera surgir en el desarrollo del procedimiento arbitral. Se olvida así, que todo lo concerniente al procedimiento arbitral se rige, si es un arbitraje institucional, por el respectivo reglamento al cual las partes se hayan sometido, reglamentos éstos que generalmente indican a los árbitros qué hacer en caso de silencio³⁴, y si es un arbitraje independiente, entonces, conforme al párrafo primero del artículo 618 del CPC, las partes, pueden indicar a los árbitros las formas y reglas de procedimiento que deban éstos seguir, y sólo a falta de esa indicación es que, por disposición expresa contenida en esa misma norma legal, se debe observar el procedimiento legal correspondiente (Arts. 585 y siguientes del CPC). Como puede apreciarse, en ningún caso se trataría de una aplicación analógica, en razón de que el propio legislador ha previsto la solución³⁵.

IV. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Sin perjuicio de lo antes indicado, cabe señalar que la LAC nada dice sobre los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en el arbitraje. No obstante, nadie duda que la función de las medidas cautelares nace de la relación entre dos circunstancias: la necesidad de que la

³⁴ Art. 12 de la LAC. La mayoría de los reglamentos otorga plena libertad a los árbitros en caso de silencio de las partes, pudiendo aplicar las normas procesales que ellos estimen conveniente, ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje. Cfr. Art. 15 del Reglamento de Arbitraje de la CCI; art. 16 del Reglamento del CEDCA y 6 del Reglamento del CACCC.

³⁵ Tal y como hemos señalado en otras oportunidades, en materia de arbitraje comercial la mayoría de las normas previstas en el CPC (arbitramento) quedaron derogadas tácitamente por las disposiciones especiales contenidas en LAC. Sin embargo, para que exista una derogación de la Ley, debe haber una colisión de preceptos legales. Cfr. SÁNCHEZ-COVISA Joaquín, “La vigencia temporal de la Ley en el ordenamiento jurídico venezolano”. Obra jurídica, Edic. Contraloría General de la República, Caracas, 1976, p. 159 y ss, por lo que concluimos que el artículo 618 del CPC es aplicable *supletoriamente* al arbitraje comercial, pues, no ha sido derogado y en materia mercantil el CPC es de aplicación supletoria: arts. 1.097 y 1.119 del C.Comercio. Para un denso y claro análisis de los presupuestos de la analogía véase COVIELLO, *Ob. Cit.*, p. 92 y ss.

medida, para ser eficaz, se dicte sin retardo, y la imposibilidad fáctica de que la decisión definitiva que resuelva la controversia sea dictada inmediatamente. Surge así la duda de cómo conciliar las dos exigencias, frecuentemente opuestas, esto es: hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde³⁶.

Nuestra doctrina no parece tener dudas de la necesidad de exigir, al igual que con las medidas cautelares judiciales, “*la tricotomía que engloba el artículo 585 del CPC*”: i) pendencia de una litis (*pendente lite*), ii) presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*), y iii) presunción de peligro en la mora (*periculum in mora*)³⁷. Sin embargo, admite HENRÍQUEZ LA ROCHE, que las condiciones de procedencia “*pueden ser otras, más adecuadas a la causa concreta, si lo disponen así las partes en el acuerdo arbitral*”³⁸.

Por nuestra parte, nos preguntamos lo siguiente: si las partes pueden disponer que las condiciones de procedencia sean otras distintas a los presupuestos exigidos en el artículo 585 del CPC, ¿de dónde surge entonces la idea de que, a falta de dicha convención, los árbitros están obligados, al igual que los jueces, a exigir dichos presupuestos?

En nuestra opinión, los árbitros dictan las medidas cautelares según su prudente arbitrio, con arreglo a su leal saber y entender, sin estar sujetos a previa determinación legal³⁹.

En efecto, el artículo 26 de la LAC establece que “*salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias*”. Igualmente, establece esta disposición legal, que el “*tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante*”. En este orden de ideas, es importante recordar que conforme al artículo 23 del CPC cuando la Ley dice: “El Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad. Como apunta el profesor RENGEL ROMBERG, al referirse al artículo 23 del CPC, “*no se trata de una arbitraria*

³⁶ Cfr. CALAMANDREI, *Ob. cit.*, p. 43.

³⁷ HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. cit.*, p. 227.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cfr. COUTURE Eduardo; Vocabulario Jurídico. Voz: Arbitrio Judicial.

discrecionalidad, sino de una discrecionalidad técnica”⁴⁰, y agregaríamos nosotros, discrecionalidad concedida en este campo al tribunal arbitral, porque las propias partes, a diferencia de lo que ocurre en la vía judicial, tienen la facultad de elegir directamente a dicho tribunal y de eliminarle convencionalmente esa potestad cautelar. También pueden las partes dificultar esa potestad cautelar, añadiendo no sólo los requisitos contemplados en el CPC, sino otros no contemplados en este texto legislativo. Y si todo esto pueden hacerlo las partes, ¿qué impedimentos existen entonces para facilitar dicha potestad, para hacerla más expedita y eficaz? En nuestro criterio ninguno.

En fin, si bien pareciera que en la generalidad de los casos lo más equitativo o racional, es exigir los presupuestos relativos al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, no encontramos, sin embargo, razón jurídica que justifique recortarle a los árbitros las facultades discrecionales que la propia Ley les ha reconocido, y que sólo las partes interesadas pueden restringir, o incluso, extender. Así, por ejemplo, el tribunal arbitral podría acordar una medida cautelar a pesar de que “la presunción del buen derecho” de la parte solicitante no esté suficientemente demostrada, si considera que el riesgo del *periculum in mora* es extremadamente grave, y la mediada en sí no causaría mayores inconvenientes a la parte contra quien se dirige. También podría exigir garantías, a pesar de que el solicitante de la medida haya demostrado fehacientemente las referidas presunciones, si considera, por ejemplo, que son cuantiosos los daños que se le pueden causar a la otra parte.

Otro argumento abunda a favor de esta tesis: la decisión dictada por el tribunal arbitral en cualquiera de los dos ejemplos, no está sujeta a apelación⁴¹. El tribunal arbitral, y sólo él, es el que discrecionalmente evalúa las circunstancias particulares del caso. Establecer de manera imperativa el cumplimiento de dichos requisitos, o restringirle al árbitro esa facultad, es atentar contra la propia naturaleza del arbitraje, en detrimento de lo que

⁴⁰ Cfr. RENGEL RÖMBERG, Aristides; “Medidas Cautelares Innominadas”, *Rev. Derecho Mercantil* N° 16 y 17, 1994, p. 86.

⁴¹ Ni tampoco procedería, en este caso, el recurso de nulidad, pues éste se prevé en la LAC, no para atacar una decisión arbitral injusta, sino nula; nulidad que sólo responde a causales taxativas. Cfr. MEZGRAVIS Andrés; “Recursos contra el laudo arbitral”, en Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 13, Caracas, 1999, p. 241 y ss. Asimismo, véase infra X) “El recurso de nulidad contra la medida cautelar” que afecta a un tercero.

en definitiva es una materia que está y debe estar regida por la autonomía de la voluntad de las partes. Evidentemente que esto demuestra qué tan delicada es la función de los árbitros y agrega un motivo para que las partes los escojan con extremo cuidado. Si las partes, en definitiva, consideran un alto riesgo el que los árbitros posean esa discrecionalidad, entonces pueden libremente limitarla o incluso, excluirla en el acuerdo de arbitraje. Claro está, que si no lo hacen, se debe presumir (*iure et de iure*) que se la han concedido y, por ende, deben acatar y asumir las consecuencias de lo que legalmente se entiende pactado.

V. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En conexión con lo antes indicado, podría afirmarse, entonces, que la doctrina moderna es conteste en que, salvo que la respectiva legislación reserve expresamente tal potestad exclusivamente a los jueces, los árbitros pueden decretar medidas cautelares, incluso, aun cuando no exista una norma legal que ratifique expresamente ese principio⁴². El asunto se complica cuando se analiza lo concerniente a la práctica o ejecución de dichas medidas cautelares.

El artículo 28 de la LAC establece:

“El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evaluación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables” (Subrayado nuestro).

Como antes mencionamos, las discrepancias se centran, no tanto en si los árbitros pueden decretar medidas cautelares, sino en si éstos tie-

⁴² Cfr. SCHLOSSER, LINDACHER, BRINKMANN, HERDEGEN, en las obras citadas por RAMOS MENDEZ Francisco; “Arbitraje Internacional y Mediadas Cautelares”, publicado en *Justicia*, 1984, p. 843 y ss., *Ibidem*; *Arbitraje y Proceso Internacional*, Librería Bosch, Barcelona 1987, p. 188.

nen la potestad de *ejecutar* o practicar directamente esas medidas provisionales.

Sostiene GABALDÓN que “*siempre la ejecución de las medidas cautelares estará a cargo de los tribunales estatales, porque aun cuando no fuese necesario emplear la fuerza para ejecutar la medida decretada queda abierta la posibilidad de oposiciones de terceros, que por ser tales, no están obligados a ventilarlas en el tribunal arbitral*”⁴³.

Diferimos de esa opinión por varias razones. En primer lugar, porque lo relativo a la posibilidad de *oposición de terceros* es un problema distinto que tiene soluciones previstas en el ordenamiento jurídico venezolano, tal y como lo explicaremos en el siguiente punto. En segundo lugar, porque el artículo 28 de la LAC, establece que el juez *podrá* pedir asistencia a los tribunales judiciales para ejecutar la medida y no que *deberá* pedir asistencia a los tribunales para ejecutar la medida. Asimismo, el artículo 622 del CPC establece que tanto “*los Tribunales Ordinarios como las demás autoridades públicas están en el deber de prestar a los árbitros toda la cooperación que sea de su competencia para que puedan desempeñar bien su cargo.*” Por tanto, consideramos que, conforme a la legislación venezolana, no tiene cabida la posición relativa a que la actividad de los árbitros se concreta, en todos los casos, a la simple declaratoria de las medidas cautelares, sin que esté permitida en caso alguno, su directa ejecución.

Es cierto que los árbitros no podrían hacer uso directo de la fuerza para constreñir a un particular en la práctica de una medida compulsiva, ya que ello es, y debe ser siempre, monopolio exclusivo del Estado. Sin embargo, esa limitación no contradice la potestad que tienen los árbitros de practicar una medida cautelar cuando se trate de medidas cautelares *no compulsivas*⁴⁴. En algunos casos, como señala el autor mexicano OGARRO, el árbitro puede requerir la cooperación del Juez, pero en otros puede preferir actuar de manera autónoma, sin requerir la intervención de dicho Juez. “*La relación entre el árbitro y los jueces, así como el grado de*

⁴³ Cfr. GABALDON, Frank; *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*. Edit. Livrosca C.A., Caracas 1999, p. 110.

⁴⁴ Cfr. CAIVANO, Roque; *Arbitraje*, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 239.

*ayuda o intervención de estos últimos dependerá de la ley de la jurisdicción en la que se lleve a cabo el arbitraje”*⁴⁵.

En efecto, no encontramos en el sistema venezolano razones jurídicas para objetar que los árbitros puedan practicar medidas cautelares en aquellos casos en que la parte sobre la cual recaiga la medida esté dispuesta a tolerarla pacíficamente o contribuya voluntariamente a su ejecución. Es más, la propia jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal señala que *“una de las características del Arbitraje es su carácter vinculante, toda vez que las partes acuden a la solución de conflictos a través de este medio extraordinario, sometiéndose a la decisión que adopte el árbitro mediante el Laudo, pues a ello se han comprometido previamente, lo cual debería implicar la voluntad de aceptación y cumplimiento de las disposiciones del mismo sin coacción alguna”*⁴⁶.

Según las estadísticas se cumple más del 80% de los laudos arbitrales, sin necesidad de ejecución forzada. En este sentido, se pregunta Ramos Méndez: ¿por qué no habrían de cumplirse de igual manera las decisiones relativas a medidas cautelares arbitrales?⁴⁷ La práctica demuestra que las medidas cautelares son normalmente aceptadas por las partes, porque no desean confrontarse con quien en última instancia decidirá, de manera definitiva y con carácter obligatorio, el fondo de la controversia⁴⁸.

⁴⁵ OGARRIO, Alejandro; “El Procedimiento Arbitral”, en *Arbitraje Comercial Internacional*, compilador Leonel Pereznieta Castro, Edit DJC, México 2002, p. 91.

⁴⁶ Sentencia de la SPA N° 00174, del 3-3-04, caso Secretario General Nacional del Sindicato Nacional de Gandoleros, contra la Asociación Cooperativa Mixta de Transporte de Carga Táchira, S.R.L., ponencia del Magistrado Hadel Mostafá Paolini.

⁴⁷ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *Ob. Cit.*, p. 189.

⁴⁸ En este mismo sentido OGARRIO; *Ob. Cit.*, p. 92. Obviamente hay excepciones, lo cual a nadie debería extrañar sobre todo en momentos en que la palabra empeñada por nuestros clientes poco importa, y donde la “cultura litigiosa”, y no la de solución de conflictos, es lo que todavía prevalece en algunos colegas. Así los abogados *Rafael Badell Madrid* y *Álvaro Badell Madrid*, intentaron una acción de amparo contra el laudo provisional dictado por el tribunal arbitral constituido en la ciudad de Miami, Florida, por reconocidos árbitros internacionales: Horacio Grigera Naón, Jhon Rooney y Emilio Pittier Octavio, que en el caso *Four Seasons* ordenó a la representada de dichos abogados, entre otras cosas, desistir y retirar una acción judicial intentada en Venezuela y abstenerse de volver a intentar dichas pretensiones en una nueva demanda ante las Cortes de Venezuela. Cfr. Sent de la SC del 26-8-03, caso *Consortio Barr, S.A.* Pensamos que con este tipo de conductas se ratifica la percepción de quienes consideran a Venezuela como una jurisdicción nada segura para la celebración de arbitrajes, fomentando así que éstos procesos, que

Aunque podrían algunos discutir si la decisión que ordena determinada conducta preventiva a una de las partes para que la cumpla voluntariamente tiene en realidad la naturaleza de una medida cautelar, nadie negará que lo importante, el objetivo principal, es que su adopción garantice el eventual cumplimiento del laudo definitivo. En el caso, por ejemplo, del embargo o secuestro ordenado por el tribunal arbitral para que se ejecute con la colaboración del ejecutado y sin coacción de los tribunales estatales, podría pensarse que, conforme a la ley venezolana, dicha medida en verdad constituye un *depósito voluntario*. En este sentido, el artículo 1.765 del Código Civil establece que el depositario únicamente está obligado a restituir los bienes entregados a quien se los haya entregado o a aquél en cuyo nombre se hizo el depósito, o que fue designado para recibirlos. No es difícil imaginar que los árbitros podrían ser las personas designadas para recibir los bienes depositados, de manera que la parte contra quien obre la medida no podría exigirle al depositario la restitución de estos bienes. Algo similar ocurre con la prohibición de enajenar y gravar convencional aceptada por muchos Registros Públicos.

Por ende, es necesario hacer la distinción entre medidas *cautelares compulsivas* y medidas *cautelares no compulsivas*. Estas últimas no requieren la intervención de los tribunales judiciales. Son ejemplos de medidas cautelares no compulsivas: la prohibición de enajenar y gravar protocolizada en la Oficina Subalterna de Registro de la propiedad inmobiliaria; la notificación privada al Administrador responsable del Libro de Accionistas a los efectos del embargo de acciones, y la notificación privada al deudor del crédito embargado, entre otras⁴⁹. Pensamos que estas medidas pueden

tienen origen en conflictos que se suscitan en el territorio de la República, se resuelvan en el extranjero. Los falsos pudores de “salvaguarda de nuestra soberanía y de la tutela judicial efectiva,” no logran ni pueden eliminar la figura del arbitraje (*internacional*), cuya existencia no depende tanto de los reconocimientos judiciales nacionales, sino de la realidad comercial internacional. Sin embargo, esas conductas, así como las sentencias judiciales que las incentivan, sí frenan el desarrollo del arbitraje nacional o doméstico y, paradójicamente, ese supuesto “nacionalismo” favorece a los extranjeros, al privar a los abogados y árbitros venezolanos de resolver estos arbitrajes. Para un análisis de la inadmisibilidad de la acción de amparo contra el laudo arbitral véase MEZGRAVIS, Andrés; “El amparo constitucional y el Arbitraje”, *Rev de Derecho Administrativo* N° 6, Edit. Sherwood, Ccs, 1999, p. 255 y ss.

⁴⁹ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, pp.242 y 243. Esta opinión también es compartida por HUNG VAILLANT, sin embargo, considera aconsejable que las medidas no compulsivas sean practicadas con el auxilio de los órganos jurisdiccionales para una mayor garantía de la efectividad de la medida, *Ob. cit.*, pp. 200-201.

ser practicadas directamente por el tribunal arbitral. El propio artículo 17 del Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas⁵⁰, establece que la ejecución de la medida de prohibición de enajenar y gravar la tramitará, en todo caso, el Tribunal que la haya decretado, mediante oficio dirigido al registrador del lugar donde se encuentre situado el inmueble sobre el cual recaiga la medida, “sin que en ningún caso se requiera funcionario judicial ejecutor de medidas.” No vemos inconveniente alguno para que esta norma sea aplicada de manera analógica al sistema arbitral venezolano. CAIVANO llega a la misma solución en Argentina a través de una aplicación analógica de la Ley 22.172: “creemos que los registros deberían inscribir directamente las medidas cautelares comunicadas por los árbitros (satisfechos los requisitos de forma que garanticen su autenticidad) sin necesidad de orden del tribunal judicial”⁵¹.

En varios arbitrajes independientes e institucionales, ya se han ejecutado con éxito varias medidas cautelares de este tipo. Así, por ejemplo, en el caso SUPERMERCADOS UNICASA C.A. E INVERSIONES AYAL C.A. vs. INVERSIONES APTIVA 2 C.A. Y APTIVA SHOPPING CENTER C.A., cuya ejecución forzosa del laudo se solicitó por ante el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, (Expediente 8419), consta que el Tribunal Arbitral decretó y practicó sin necesidad de ser asistido por un Tribunal Judicial una serie de medidas cautelares. En efecto, se establece en el texto del referido laudo que:

“El Tribunal Arbitral, a solicitud de las demandantes y con fundamento en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial, decretó: a) Mediante Providencia de fecha 18 de Julio de 2003, medida de prohibición de enajenar y gravar sobre la parcela 13 de la Urbanización Lomas del Sol, anteriormente identificada, la cual fue notificada y cumplida por el Registrador Inmobiliario competente; y b) Mediante Providencia de fecha de 15 de Octubre de 2003, medida cautelar de embargo sobre las acciones pertenecientes a INVERSIONES APTIVA 2, C.A., en el capital de APTIVA SHOPPING CENTER C.A.

⁵⁰ Cfr. GO N° 36.017 del 8-8-96.

⁵¹ Cfr. CAIVANO, *Ob. cit.*, pp. 240-241.

A los fines de la ejecución de esta última medida, la representación de APTIVA SHOPPING CENTER C.A. entregó al Tribunal el correspondiente libro de accionistas, en el cual fue estampada una nota dejando constancia del embargo decretado”⁵².

Pensamos que del mismo modo que una decisión judicial no pierde su naturaleza de sentencia por el hecho de que las partes la cumplan voluntariamente, la medida cautelar dictada por un tribunal arbitral conserva su naturaleza independiente de que la parte contra quien obre la cumpla voluntariamente.

De allí que no sea del todo cierto que los árbitros sólo pueden decretar las medidas cautelares y en ningún caso practicarlas. Como vimos, los árbitros pueden ejecutar medidas cautelares en aquellos casos que, en virtud de la colaboración del ejecutado, no resultare necesaria la *coacción* o el uso de la fuerza pública, y por ende, tampoco resulte necesaria la asistencia de los tribunales judiciales.

Por otra parte, en el sistema arbitral venezolano se podría decir que la función que realiza el Juez al *asistir* al tribunal arbitral no es propiamente jurisdiccional, como tampoco lo es la que realizan los cuerpos de seguridad del Estado al *asistir* a los jueces en la práctica de las medidas. No es jurisdiccional, porque ni conoce sobre el mérito o la procedencia (*cognición*) de la medida, ni tampoco le corresponde de manera autónoma o exclusiva la *ejecución* de ésta. Al menos no en sentido estricto. Nótese que el artículo 28 de la LAC, no establece que el laudo pasará al Juez competente para que lo ejecute o para que éste resuelva sobre su *ejecución*⁵³, simplemente establece que el Juez *asistirá* al tribunal arbitral en la ejecución de dicha medida. Ejecución y asistencia son términos con significados diferentes⁵⁴. En consecuencia, pensamos que tanto el órgano asistente (Juez) como el asistido (tribunal arbitral) deben estar presentes en la

⁵² Capítulo VII, p. 86.

⁵³ Segundo elemento que conforma el concepto de “jurisdicción”. Distinto sería el caso si la norma estableciera por ejemplo: “El juez competente ejecutará las medidas cautelares compulsivas decretadas por el tribunal arbitral.” El Proyecto de Ley de Arbitraje Argentina del 2000, establece en su artículo 17.2 una redacción similar a ésta. <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/argentina/legindex.html>

⁵⁴ A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras Cfr. Art. 4 C. Civil.

realización de dicho acto. Esa asistencia o cooperación que presta el Juez se trata en realidad de una función, como diría CALAMANDREI, *administrativa, de policía, verdadera y propia*⁵⁵.

Finalmente, pensamos que en el Area Metropolitana de Caracas, la solicitud de asistencia debe ser dirigida, por parte del tribunal arbitral directamente, a la Oficina Ejecutora de Medidas, conforme lo establece el artículo 9 de Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas, pues, no tendría sentido alguno y configuraría un formalismo inútil⁵⁶, dirigir dicha petición al Juez de Primera Instancia, para que éste, a su vez, reenvíe dicha petición a la Oficina Ejecutora de Medidas.

VI. MEDIDAS CAUTELARES INAUDITA PARTE

En principio, las medidas preventivas en el arbitraje, por razones que atañen a la naturaleza del procedimiento, únicamente pueden ser decretadas luego de que está conformado el tribunal arbitral, específicamente desde el momento de su instalación⁵⁷, lo cual generalmente se logra con la previa participación de ambas partes. Esto, a primera vista, hace suponer que no es factible concebir que un tribunal arbitral dicte alguna medida cautelar inaudita parte, puesto que ello no depende propiamente de la pendencia de la *litis* (admisión de la demanda), sino de la existencia de un tribunal arbitral⁵⁸. Y aquí, precisamente, una de las críticas más fuertes que puede recibir el arbitraje. Como bien señala MUÑOZ SABATÉ: "*sin medidas cautelares la opción arbitral es una opción moribunda*".

Agrega este autor que: "*Si de veras se pretende incorporar el arbitraje al sistema general de medidas cautelares, hay que ser consecuentes con el art. 742 del Anteproyecto que dispone, como no podía ser menos, unas medidas previas al proceso por razones de urgencia o necesidad y con el art. 736 que previsiona la posibilidad de acor-*

⁵⁵ Cfr. CALAMANDREI, *Ob. Cit.*, p. 140. Apunta el maestro italiano que "incluso se podría decir que precisamente la materia de las providencias cautelares constituye la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la, administrativa, de policía.

⁵⁶ Art. 26 de la Constitución.

⁵⁷ Art. 19 de la LAC.

⁵⁸ Cfr. HERÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, nota 171, p. 225.

darlas incluso inaudita pars, previsión que por ejemplo la práctica ha demostrado ser la más efectiva en el embargo preventivo, la medida cautelar por excelencia en la conflictividad crediticia." Advierte MUÑOZ SABATÉ que: "*Desmontar de estos mecanismos a la medida cautelar en el arbitraje no es quitarle un adorno, sino amputarla de toda su substancia activa. Porque urgente es lo que no admite espera y necesario es lo no contingente, aquéllo de lo que no puede prescindirse si de veras se aspira a una tutela efectiva. Y yo me pregunto si los que se someten a un arbitraje no pueden experimentar, al presentar su demanda, urgencias y necesidades insustituibles y deben contentarse con lamentar la ocurrencia de haber suscrito en su día un convenio arbitral*".

Para finalizar, este reconocido procesalista español apunta: "*Téngase en cuenta que desde que se ponen en marcha los mecanismos previstos en el convenio arbitral hasta que se constituye el colegio arbitral (momento en que según el art. 22 de la Ley de Arbitraje, comienza formalmente el proceso arbitral), pueden pasar, no ya semanas, sino meses. Es obvio que la parte que sospeche de las intenciones de solicitar la medida hará lo posible para dilatar ese día, quedando mientras tanto la otra parte en la más desoladora indefensión*"⁵⁹.

De allí que no sólo resulte conveniente, sino indispensable, que los reglamentos de los diversos centros de arbitraje, especialmente los venezolanos, prevean la manera de poder obtener medidas preventivas *inaudita parte*. Hasta ahora, sólo el Centro de Conciliación y Arbitraje CEDCA ha concebido una solución a tan importante problemática. En efecto, establece la exposición de motivos de este reglamento: "*... en virtud de que la nueva Ley de Arbitraje Comercial establece que los árbitros pueden dictar medidas cautelares y como quiera que en principio el Tribunal Arbitral se constituye luego de que la parte demandada ha tenido conocimiento de la demanda arbitral, resulta muy conveniente, para lograr una tutela jurisdiccional más efectiva, permitirle a cualesquiera de las partes inmediatamente después de introducida la demanda y sin tener que esperar la constitución del Tribunal Arbitral definitivo, poder obtener de un Tribunal Arbitral designado por el CEDCA a*

⁵⁹ MUÑOZ SABATE Lluís; "Medidas Cautelares y Arbitraje en el Anteproyecto de L.E.C.", en *Presente y Futuro del Proceso Civil*, J. M. Bosh, 1998, pp. 707 y ss.

esos únicos efectos las medidas cautelares que aseguren el derecho que reclama. La medida que se dicte, podrá luego ser revisada por el Tribunal Arbitral que conocerá el fondo de la controversia, inmediatamente después de su constitución”⁶⁰.

En este sentido, dispone el artículo 22.2 del Reglamento del CEDCA:

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

Nótese que, a pesar de que la medida cautelar se decretaría inaudita parte y el tribunal *ad-hoc* habría sido nombrado sin la participación directa de las partes, ello sería así por consecuencia inmediata y directa de la voluntad que ellas mismas han manifestado al suscribir el acuerdo de arbitraje, el cual prevé la aplicación del Reglamento, que contiene a su vez ese

⁶⁰ La elaboración del Reglamento del CEDCA, así como la Exposición de Motivos, estuvieron a cargo de una Comisión Redactora, integrada por los abogados: José Pedro Barnola Quintero, Lubín Chacón, Pedro Perera, Santos Alberto Michelena y Andrés A. Mezgravis. Esta Comisión, la cual tuvimos el honor de coordinar, contó con la colaboración de varios destacados profesionales del derecho, entre ellos, los Profesores Luis Guillermo Govea, y Eugenio Hernández-Bretón. Mucho se enriqueció el Reglamento con las observaciones y comentarios del propio Directorio del CEDCA y de otras personas consultadas por éste.

mecanismo, el cual, es de suponer (*iure et de iure*), conocen y aceptan las partes antes de que se inicie el arbitraje⁶¹.

VII. MEDIDAS CAUTELARES PREARBITRALES

Muchas legislaciones no tienen inconveniente alguno en aceptar la competencia del Juez en concurrencia con la función del árbitro. Existen poderosas razones que justifican tal solución, entre ellas, la necesidad de adoptar medidas cautelares mientras se constituye el tribunal arbitral⁶².

En este sentido, hay centros de arbitraje como el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que no han adoptado la solución acogida por el CEDCA de contemplar la posibilidad de medidas cautelares *inaudita parte*, sino que establecen una solución distinta, que si bien es muy útil para esas legislaciones a que hemos hecho referencia, no luce todavía aplicable a nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, el artículo 23.2 del precitado reglamento de la CCI prevé la posibilidad de que las partes puedan *antes* de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas aun después, solicitar a *cualquier autoridad judicial competente* la adopción de medidas provisionales o cautelares. Eso es lo que se denomina como *medidas cautelares prearbitrales*⁶³.

Analicemos a continuación lo que al respecto ha señalado nuestra jurisprudencia. Específicamente en el caso **TIM INTERNATIONAL N.V.**, el tribunal *a quo*, el Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscrip-

⁶¹ El propio artículo 22.2 comienza advirtiendo “*salvo acuerdo en contrario de las partes...*”.

⁶² Cfr. GÓMEZ JENE, *Ob. Cit.*, p. 71, quien cita a su vez a BÖSCH, A; *Einsweiliger Rechtsschutz in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Peter Lang, Frankfurt, Berna, Nueva York, París, 1989, pp. 159-172. COLLINS, L.; *Provisional and protective measures in international litigations*, R. Des C., 1992-III, t.234, p. 72.

⁶³ LA CCI también dispone de un reglamento denominado *Procedimiento Precautorio Prearbitral*, en vigor desde 1990, que permite a las partes obtener el nombramiento de un tercero que ordene las medidas provisionales urgentes requeridas en el marco de una controversia hasta tanto haya una decisión de una autoridad judicial o arbitral. Sin embargo, entendemos que las medidas que se adoptan a través de este reglamento no son *inaudita parte*, sino que el tercero es elegido conjuntamente por las partes. Cfr. www.iccarbitration.org

ción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 11 de agosto de 2003, declaró su *falta de jurisdicción* para conocer la causa, indicando en tal sentido:

"(...) Observa quien decide, que las reglas del CCI facultada (SIC) a las partes para que aún existiendo convenio arbitral, puedan accionar a través de los órganos judiciales para el decreto de medidas de ese tipo. Sin embargo, mal puede servir esta norma reglamentaria, (SIC) tener efectos supra legales sobre nuestra normativa interna; en tal sentido sólo funciona para remitir a cada legislación interna de los países donde tengan intereses en los negocios objeto del convenio arbitral, y puedan las partes (son 05 contratantes) solicitar medidas cautelares sobre el patrimonio de alguno de sus contratantes. Si no previeron sus contratantes, que la legislación de sus respectivos países involucrados, no dispone tal posibilidad (cautelares anticipadas), están firmando un contrato que con respecto al asunto no le beneficia. Con lo que respecta a nuestra República, viendo la remisión que hace la normativa 23.2 del CCI a nuestra legislación, no encontró este sentenciador precedente legal alguno para tal procedencia (cautelares anticipadas). Y así se establece (...)"

El caso fue remitido a la SPA "en consulta", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, por haber declarado el *a quo* su *falta de jurisdicción* para conocer los autos. Adicionalmente, dicho fallo fue impugnado por la parte solicitante de la medida cautelar a través de la interposición del recurso de "regulación de jurisdicción"⁶⁴.

⁶⁴ Un error que comienza a arraigarse en nuestro foro es el de oponer la *falta de jurisdicción* cuando una de las partes incumple el acuerdo de arbitraje y presenta su demanda ante los tribunales judiciales. En nuestra opinión la excepción procesal correspondiente es la "prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta" (Art. 346, ord. 11). Cfr. MEZGRAVIS Andrés; "La promoción del arbitraje: Un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia", Rev. Derecho Constitucional N° 5, Diciembre 2001, p. 144 y ss. El caso arriba analizado trata de una situación distinta: la propia parte interesada en el arbitraje acude a la vía judicial, no para dirimir en esta sede la controversia, sino para obtener la respectiva providencia cautelar conforme a lo establecido en el Reglamento de la CCI escogido por las partes.

La parte solicitante mediante escrito de fecha 19 de agosto de 2003, presentado ante dicha Sala, ejerció recurso de regulación de jurisdicción, en los términos siguientes:

"(...) Desde el punto de vista de la jurisdicción que tiene este Tribunal ordinario frente al Tribunal Arbitral, debe observarse que la actuación cautelar que en este procedimiento se hizo no es excluyente del conocimiento que del fondo del litigio tenga el Tribunal Arbitral al cual las partes voluntariamente decidieron someterse. Las actuaciones cautelares allí llevadas a cabo son complementarias de la actividad jurisdiccional atribuida al Tribunal Arbitral y, precisamente por el hecho de ser simplemente cautelares, no comportan una resolución del fondo de la controversia, sino que sólo tienden a asegurar los resultados que puedan derivarse de la decisión definitiva que habrán de pronunciar los árbitros.

La propia normativa procesal que regula dicho arbitraje corriente entre TIM y Venconsul, esto es, el Reglamento de Arbitraje de la CCI que fue voluntariamente seleccionado por las partes, reconoce la posibilidad de que éstas puedan solicitar el auxilio de las autoridades judiciales ordinarias, esto es, acudir y peticionar validamente ante tribunales estadales ordinarios como ése, para que les auxilien en la protección de sus derechos e intereses que podrían verse vulnerados y ser eventualmente irreparables por el laudo arbitral definitivo. Esto es lo que precisamente autoriza el artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitrajes (SIC) de la CCI.

El obstáculo más importante que encuentra el proceso arbitral en su fase cautelar, es el de cómo adoptar las medidas que salvaguarden los derechos de las partes mientras se constituye la autoridad jurisdiccional (el Tribunal Arbitral) a la cual se han sometido, cosa que ocurre cierto tiempo después de planteada la controversia. Distintas soluciones han sido adoptadas pero la recogida en el artículo 23 (2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, con base en la vasta experiencia de dicha institución como primer y más activo centro de arbitraje a nivel (sic) mun-

dial, es la de autorizar a las partes antes de que el Tribunal Arbitral entre en el conocimiento de la causa (y en ciertos casos incluso después), se permita a las partes buscar auxilio y protección preventiva de sus intereses por ante los tribunales ordinarios del lugar donde deba implementarse la medida requerida. (...)

(...) Por lo tanto, reconociendo el propio Reglamento de Arbitraje de la CCI que las partes pueden obtener válidamente una protección preventiva eficaz de sus derechos por ante un Tribunal Estatal ordinario, sin que ello implique una renuncia a su compromiso de arbitrar, es claro que el punto a dilucidar no se centra en si tal Tribunal ordinario tiene o no jurisdicción o no, porque las partes tácitamente se sometieron a ella –en lo referente a la materia cautelar– al seleccionar el Reglamento de Arbitraje de la CCI como su normativa procesal de resolución de conflictos.

En efecto, si conforme a la Ley de Arbitraje Comercial las partes pueden válidamente derogar la jurisdicción de los tribunales estatales ordinarios en lo que es la resolución de fondo de sus controversias, con más razón es obvio que pueden hacer tal derogatoria en forma parcial, reservando de los Tribunales Estadales ordinarios la potestad de decretar cautelares en auxilio del proceso arbitral que estuviere pendiente entre ellas. De hecho, las partes pudieran categorizar sus posibles controversias y declarar que sólo aquellas referentes a ciertas materias son las que pueden arbitrarse.

Por lo tanto, desde el mismo momento en que TIM, Vencosul y Digitel, entre otros, establecieron en su cláusula arbitral que se sometían en forma general e irrestricta al arbitraje previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, para resolver por ese medio cualquier disputa derivada de su contrato, incorporaron asimismo convencionalmente en su cláusula todas las disposiciones de dicho reglamento incluyendo su artículo 23 (2) invocado en este procedimiento por Digitel.

Así incorporado a la relación contractual entre las partes, dicho Reglamento de Arbitraje de la CCI define preci-

samente la medida en que la jurisdicción estatal ordinaria quedó derogada a los efectos de ese contrato, lo que en este caso incluye la provisión de que se reservó a los tribunales venezolanos la potestad de declarar medidas cautelares con base en el referido artículo 23 (2) del (sic) dicho reglamento. Y la aplicabilidad en Venezuela, en forma integral, del Reglamento de Arbitraje de la CCI, tiene su base legal clara, precisa y contundente, en el artículo 12 de la Ley de Arbitraje Comercial por tratarse de un Reglamento de un centro de arbitraje reconocido y haberse pactado conforme al mismo un arbitraje constitucional. (...)

(...) Establecidas en el punto anterior las razones por las cuales los Tribunales estatales ordinarios venezolanos sí tienen jurisdicción –convencionalmente atribuida por las partes (...), faltaría establecer si un Tribunal venezolano tiene vocación para conocer de la petición formulada por TIM, en razón de sus vinculaciones territoriales y por la jurisdicción que le corresponde en esta materia. (...)

(...) En consecuencia hay que examinar las normas a que hace referencia el citado artículo 39 (en particular el artículo 40, sobre acciones de contenido patrimonial), para establecer qué otros títulos atributivos de jurisdicción vinculan territorialmente a este tribunal con el asunto que se refiere el presente procedimiento cautelar(...).

(...) En este sentido señalamos que se dan perfectamente todos y cada uno de los cuatro (4) supuestos principales indicados en el artículo 40 eiusdem, cualquiera de los cuales bastaría para afirmar que en razón de sus vinculaciones territoriales, este Tribunal tiene vocación para conocer de la petición cautelar presentada por TIM(...).”

La Sala Político para decidir señaló:

“Aunado a lo anterior, resalta la Sala que a los fines de dictar dicha medida el tribunal tendría que analizar, en primer lugar el *fumus boni iuris*, el cual es comprendido como un preventivo cálculo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiendo entonces revisar

los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama; implicando entonces el necesario examen sobre cuestiones relacionadas con el fondo del asunto debatido, cuyo conocimiento le está vedado, al menos en esta etapa previa al arbitraje propiamente dicho.

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

En consecuencia, tal como señaló el a quo en su decisión de fecha 11 de agosto de 2003, considera la Sala que en esta etapa del proceso los órganos jurisdiccionales venezolanos no tienen jurisdicción para conocer la solicitud de medida cautelar formulada, en virtud de que tal posibilidad no está prevista en su ordenamiento legal interno. Así se decide".

Compartimos este criterio jurisprudencial porque, efectivamente, nuestro sistema jurídico no contempla hasta ahora, salvo en el caso de algunas leyes especiales como la Ley sobre Derecho de Autor⁶⁵, la posibilidad de que los jueces dicten cautelas anticipadas⁶⁶. Según nuestro ordenamiento legal, es necesario, en principio, la existencia de un *litigio* propiamente dicho para que puedan decretarse en un proceso judicial medidas cautelares. Entre nosotros no se admite la idea de un litigio sin la existencia de un verdadero libelo de demanda. Consideramos que los particulares no podrían invadir lo que sería de estricta reserva legal como lo es el establecimiento y alcance de las funciones de los jueces del Poder Judicial. Esa norma del Reglamento de la CCI está concebida para aquellas legislaciones que sí tienen prevista la posibilidad judicial de cautelas anticipadas.

⁶⁵ Arts. 111 y 112 de la LDA, la cual admite que a los efectos del ejercicio de las acciones previstas en esta ley, el Juez pueda ordenar inspecciones oculares, experticias, **secuestro** de todo lo que constituya violación del derecho de explotación y **embargo** de los proventos que correspondan al titular del derecho, exista o no litigio entre las partes.

⁶⁶ Cfr. RENGEL ROMBERG, Arístides; "Medidas Cautelares Innominadas", Rev. Derecho Mercantil N° 16 y 17, 1994, p. 88.

VIII. MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS EN EL EXTRANJERO

El ordenamiento jurídico venezolano no ha ratificado Tratado alguno sobre cooperación cautelar internacional, mucho menos en materia de arbitraje⁶⁷. La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, mejor conocida como la Convención de Nueva York, ratificada por Venezuela y por la generalidad de los países⁶⁸, omite cualquier referencia al reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares. Tal silencio, como es de esperar, ha generado un gran debate en el doctrina entre quienes, como CREMADES, BROWER, TUPMAN, SANDROCK, NÖCKER y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, se pronuncian a favor de la aplicación de este Convenio para la ejecución de las medidas cautelares en otro Estado contratante, y quienes, como VAN DEN BERG, GOLDMAN, ESPLUGUES MOTA, se pronuncian en contra⁶⁹.

Por nuestra parte, consideramos importante distinguir si la medida cautelar es dictada en conexión con el arbitraje por el Juez o es dictada por el propio tribunal arbitral. No hacer esta distinción conlleva a generalizaciones inconvenientes y resultados erróneos.

El sector de la doctrina que niega la aplicación de la Convención de Nueva York a las medidas cautelares arbitrales, sostiene, fundamentalmente, que el concepto de sentencia arbitral establecido en el artículo I.2 del referido Convenio "*no deja lugar a dudas sobre la exclusión del ámbito de aplicación material del Convenio de cualquier sentencia judicial*"⁷⁰. Ciertamente, el hecho de que lo decidido por el Juez tenga conexión con un proceso arbitral, como en efecto ocurre en los casos de aquellas legislaciones en que se le atribuye exclusivamente al Juez la potestad de dictar las medidas cautelares para el arbitraje, no le quita a esa sentencia su carácter *judicial*, y por ende, y porque no resulta aplicable la referida Convención a sentencias judiciales, resulta lógico la necesidad de que esa sentencia judicial cautelar cumpla con el proceso de *exequátur* conforme a la

⁶⁷ Venezuela, a pesar de ser signataria, no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares adoptada en Montevideo, Uruguay, en 1979.

⁶⁸ Cfr. GO N° 4.832 Extraordinario del 29-12-94.

⁶⁹ Cfr. GÓMEZ JENE, *Ob. Cit.*, p. 71.

⁷⁰ *Idem*, p. 69.

legislación del Estado en que se quiere ejecutar. En virtud de que en la generalidad de las legislaciones, los Jueces, y no los árbitros, son los encargados de dictar las medidas cautelares en los arbitrajes, no nos resulta extraño que un sector de la doctrina haya generalizado sus conclusiones, que en realidad, en nuestra opinión, sólo son válidas para el supuesto en que las medidas cautelares son dictadas por el Juez.

En Venezuela, como antes explicamos, las medidas cautelares en el arbitraje son dictadas directamente por el propio tribunal arbitral, por lo que el principal argumento sostenido por quienes abogan por la no aplicación de la Convención de Nueva York a las medidas cautelares arbitrales resulta entre nosotros impertinente. Mal se podría argumentar que una medida cautelar dictada por un árbitro no configura una "sentencia arbitral"⁷¹.

Por otra parte, el sistema venezolano exige el proceso de exequátur sólo para las sentencias judiciales extranjeras, el cual se tramita ante el Tribunal Supremo de Justicia⁷². En cambio, al laudo arbitral la Ley lo exonera de este procedimiento, estableciendo únicamente un sencillo proceso de reconocimiento ante el propio Juez de Primera Instancia competente para su ejecución.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la LAC el laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable y, tras una petición por escrito al Juez de Primera Instancia competente, será ejecutado por éste "sin requerir exequátur."

Como puede observarse, resulta claro que en Venezuela un laudo arbitral extranjero referido a una medida cautelar, independientemente del país en que haya sido dictado, podría ser ejecutado en nuestro territorio sin necesidad de exequátur, conforme a la Convención de Nueva York y la

⁷¹ Establece el artículo 1.2 de la Convención de Nueva York: "La expresión 'sentencia arbitral' no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos permanentes a los que las partes se hayan sometido".

⁷² Para proceder a la ejecución de una sentencia judicial extranjera deberá ser declarada ejecutoria de acuerdo con el procedimiento establecido por la Ley y previa comprobación de que en ella concurren los requisitos consagrados en el artículo 53 de LDIP.

LAC⁷³. En cambio, si se trata de una sentencia judicial, es decir, si se trata de una medida cautelar dictada por un Juez en el extranjero en conexión con un arbitraje internacional, dicha sentencia requerirá del exequátur para desplegar eficacia en Venezuela.

Las consecuencias antes señaladas nos indican la importancia que tiene el lugar del arbitraje. En muchos acuerdos de arbitraje las partes se sienten inclinadas a escoger un país "neutral", en el que no pueda ser fácilmente impugnado el laudo arbitral definitivo y donde abunden las opciones de árbitros imparciales. No obstante, nos preguntamos ¿de qué vale un laudo definitivo que no se puede ejecutar por la insolvencia del deudor? En nuestra opinión, hay casos en los que una medida cautelar puede ser clave. Pactar como lugar del arbitraje un país cuya legislación atribuye la potestad cautelar exclusivamente a los Jueces podría ser letal, especialmente en aquellos casos en que el deudor únicamente tiene bienes en Venezuela⁷⁴.

IX. LA OPOSICIÓN A LA MEDIDA CAUTELAR

Como antes indicamos, conforme a nuestro ordenamiento jurídico son los árbitros, y no los jueces, quienes decretan las medidas cautelares en el arbitraje, y su tramitación se efectúa, en primer término, de conformidad con lo previsto por las partes en el respectivo acuerdo de arbitraje, o de

⁷³ Cabe aclarar que si bien indicamos (supra V) que en la práctica de medidas arbitrales compulsivas la asistencia la presta, en el Area Metropolitana de Caracas, el funcionario judicial ejecutor, y por tanto no era necesario dirigir dicha solicitud al Juez de Primera Instancia, en este caso, por tratarse, no sólo de una ejecución sino también de un reconocimiento, sí consideramos necesario que la petición que haga el tribunal arbitral esté dirigida a este Juez, quien, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos del reconocimiento, oficiará lo conducente a la Oficina Ejecutora de Medidas. En este sentido también véase el Convenio de La Haya relativo a la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en materia Civil o Comercial, aprobado en La Haya el 15 de noviembre de 1965. Cfr. GO 4.635 Extraordinario, del 28-9-93. Luego el 5-5-98 Venezuela lo complementó con la ratificación del Convenio para suprimir la exigencia de la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, aprobado en La Haya el 5 de octubre de 1961.

⁷⁴ Si bien pactar Venezuela como sitio del arbitraje podría representar un inconveniente, por ejemplo para un inversionista extranjero, porque el recurso de nulidad se interpondría ante sus mismos tribunales, no debe olvidarse que su interposición no suspende la ejecución del laudo, mientras que el reconocimiento del laudo extranjero, que también correspondería a los tribunales venezolanos, configura un requisito indispensable para proceder a la ejecución del laudo.

conformidad con el reglamento del Centro de Arbitraje al que se hayan sometido.

1. Oportunidad y procedimiento para la oposición de parte

La LAC guarda silencio en cuanto al procedimiento que se debe aplicar para la tramitación de las medidas cautelares y su eventual oposición. Ello, en nuestra opinión, salvo el caso de la oposición de terceros, no resulta censurable. En efecto, debe recordarse que cuando surge la controversia, no está todavía constituido el tribunal arbitral. Por lo general, éste se constituye a través de un mecanismo de selección al que tienen ambas partes derecho de participar, pues, en principio, son ellas quienes designan a los árbitros. Esto implica, lógicamente, que ambas partes tienen conocimiento del proceso arbitral, es decir, están "a derecho"⁷⁵, ya que de lo contrario no podría haberse dado inicio al proceso de selección de los árbitros y mucho menos haberse constituido el tribunal arbitral competente para dictar la medida cautelar. Es por eso que, salvo lo previsto en algunos reglamentos como el del CEDCA, la regla en el arbitraje es que las medidas cautelares se dictan, no *inaudita parte* como ocurre generalmente en la vía judicial, sino con pleno conocimiento de la parte que resultará afectada por ésta. De allí que resulte lógico inferir que la parte contra quien eventualmente recaerá la medida cautelar puede oponerse a dicha solicitud desde el mismo momento en que tiene conocimiento de la respectiva petición que hace su adversario⁷⁶. Una de las características más importantes del arbitraje es que es completamente ajeno a los formalismos no esenciales, y por eso, nos parece impropio acudir a una *interpretación extensiva* para establecer lapsos preclusivos y articulaciones probatorias obligatorias como las contenidas en el artículo 602 del CPC.

Por tanto, no compartimos, la opinión de que siempre y con independencia de la regulación específica que resulte aplicable en virtud del acuerdo de arbitraje, deben los árbitros permitir el derecho de oposición según lo establece el artículo 602 y siguientes del CPC para garantizar así,

⁷⁵ Esto se evidencia en el demandante con la presentación de su solicitud o demanda de arbitraje, y con la citación en el caso del demandado.

⁷⁶ Cabe recordar que la generalidad de los reglamentos de arbitraje establecen que todos los escritos o peticiones deben presentarse en tantas copias como partes y árbitros haya, de manera que el tribunal arbitral y la parte contra quien se solicita la medida cautelar conocen la respectiva petición simultáneamente.

supuestamente, el *derecho a la defensa* de la parte contra la cual obra la providencia acordada⁷⁷. Paradójicamente, la comentada disposición legal, lejos de garantizar el derecho a la defensa de la parte afectada, pareciera que en el caso del arbitraje limitaría su defensa, por cuanto el lapso de tres días de oposición, además de limitativo y preclusivo, comenzaría, según una interpretación literal de la norma, a partir de la *ejecución* de la medida cautelar, es decir, que en principio no podría la parte afectada que tiene conocimiento de la petición cautelar oponerse a ella, sino una vez ejecutada la medida⁷⁸.

Por las razones antes expuestas, pensamos que dicha oposición, salvo acuerdo en contrario de las partes, podría ser realizada en cualquier estado del proceso arbitral.

2. Oposición de terceros

Como antes indicamos, si bien no resulta criticable la falta de regulación del procedimiento de *oposición de parte*, sí lo es, en cambio, la falta de regulación de la conducta procesal que podría desplegar *el tercero* afectado por una medida cautelar arbitral. Este silencio de la LAC genera, en nuestra opinión, uno de los problemas más difíciles de resolver.

Un sector de la doctrina nacional sostiene que los terceros, por ser tales, no están *obligados* a ventilar sus oposiciones ante el tribunal arbitral, ya que "*supondría el traer ante jueces privados a terceras personas que no han sido parte en el compromiso arbitral lo cual no es posible porque sería sustraerlos a sus jueces naturales*"⁷⁹.

Tal afirmación, a primera vista, luce muy lógica y convincente. Sin embargo, el asunto no es tan sencillo como parece. El hecho de que no constituya una *obligación* para los terceros realizar su oposición ante el tribunal arbitral, cuestión que compartimos, no excluye la posibilidad de que

⁷⁷ Cfr. A favor de esta tesis se pronuncia Badell & Grau; Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial. Edit. Torino, Caracas 1998, p. 38.

⁷⁸ Esta duda no se presenta en el caso específico del embargo, ya que el Art. 377 del CPC, a diferencia del 602 iusdem, establece expresamente que la oposición puede ser realizada aun antes de practicado el embargo, o bien después de ejecutado éste.

⁷⁹ Cfr. GABALDON, Frank; *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*, Edit. Livrosca C.A., Caracas 1999, p. 110. También en su obra *El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil*, Paredes Editores, Caracas, 1987, p. 79.

dicha actuación pueda ser realizada *voluntariamente*, y considerada, por ende, como una *carga* para dichos terceros, es decir, un acto cuya realización, a pesar de no ser obligatoria, podría beneficiarlos al provocar inmediatamente el levantamiento de la medida. Además, aun partiendo de la premisa, que más adelante analizaremos, de que la vía que tiene el tercero afectado por la medida es la vía judicial, debe entonces, tenerse presente, que los terceros tampoco están *obligados* a ventilar su oposición a una medida cautelar arbitral ante los tribunales judiciales. La ley en modo alguno establece esa obligación. De existir esta posibilidad, sería, al igual que la oposición en el proceso arbitral, una carga o facultad del tercero interesado en hacer valer su derecho. De allí que en nuestra opinión no es acertado hablar de *obligación* cuando en realidad, en todo caso o supuesto, se trataría de una *carga procesal*.

a. Oposición de terceros en sede arbitral

Es importante tener claro que la ley venezolana no regula, como sí lo hace la Ley de Arbitraje Española (2003) la oposición de terceros, pero tampoco impide la posibilidad de que éstos acudan al tribunal arbitral para formular su oposición a la medida cautelar. El problema, pensamos, no se limita a si el tercero libremente desea o no hacer oposición ante el tribunal arbitral. El asunto también se extiende al derecho que tienen las partes del arbitraje a resolver su controversia sin la intervención de extraños o de terceros que no son parte del contrato arbitral (acuerdo de arbitraje). En este sentido, cabe recordar que conforme al artículo 42 de la LAC, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros tienen la obligación de guardar la confidencialidad de todo contenido relacionado con el proceso arbitral. Adicionalmente, los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes⁸⁰. Así, en principio, las partes no pueden obligar al tercero a concurrir al proceso arbitral, ni tampoco éste obligar a aquéllas para que le permitan intervenir⁸¹.

Tenemos entonces, por un lado, el derecho del tercero a hacer valer sus derechos afectados por la medida cautelar, y por otro, el derecho de las partes del arbitraje de que ningún extraño invada la esfera de su autonomía de voluntad. Y es ésta, la autonomía de la voluntad, la que en

⁸⁰ Art. 1.159 del C. Civ. Venezolano.

⁸¹ Cfr. BENETTI SALGAR, *Ob. Cit.*, p. 176.

nuestro criterio nos da una primera solución a la problemática de la oposición de terceros en el arbitraje.

En efecto, si tanto el tercero como las partes del arbitraje están de acuerdo en permitir dicha intervención, entonces ya no habría duda que aclarar, pues, con base a la autonomía de la voluntad, es perfectamente lícito que un tercero se incorpore como parte a ese contrato o acuerdo de arbitraje. Además, el levantamiento de la práctica de una medida cautelar a petición de un tercero, en modo alguno vulnera la naturaleza del arbitraje. El hecho de que un tercero le envíe una correspondencia al tribunal arbitral manifestando su oposición a la práctica de la medida cautelar, no supone una violación de la confidencialidad del arbitraje, puesto que es el tercero quien informa al tribunal arbitral y no viceversa.

Asimismo, entendemos que, aun cuando los terceros resultan extraños al acuerdo de arbitraje, los árbitros únicamente están facultados para dictar medidas cautelares con el fin de prevenir el riesgo de que pueda resultar ilusoria la ejecución del laudo, o de evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En consecuencia, los árbitros no sólo tendrían la facultad sino también el deber de levantar o suspender la medida cuando ésta no cumple el fin cautelar para el cual estaba destinada, y obviamente que recayendo la medida cautelar en cuestión sobre un tercero extraño, y no sobre la parte destinataria, mal podría cumplirse esa finalidad.

Asimismo, debe tenerse presente que el tribunal arbitral al declarar con lugar la oposición del tercero, en modo alguno está revocando la medida o decisión contra la parte que fue dictada⁸², simplemente está *suspendiendo la práctica* errada de ésta sobre bienes, no de la parte gravada con ella, sino de un tercero ajeno al arbitraje.

La posibilidad de admitir que un tercero intervenga en el proceso arbitral, no es extraña en el Derecho Comparado. Es más, a pesar de la

⁸² Cuestión que podría hacer en atención al principio de la "variabilidad" de las medidas cautelares según el cual pueden ser modificadas e incluso suprimidas cuando varía la situación de hecho con base a la cual fueron adoptadas. Cfr. MONTERO AROCA Juan; "Medidas cautelares", en Trabajos de Derecho Procesal. Librería Bosh, Barcelona 1988, p. 434.

opinión contraria de un sector importante de la doctrina de admitir que terceros que no forman parte del acuerdo de arbitraje participen en el arbitraje, la reforma de 1989 de la ley colombiana consagró expresamente tal posibilidad⁸³. En efecto, además de otros supuestos en que se prevé la intervención de terceros en el arbitraje, el Parágrafo único del artículo 32 del Decreto N° 2279, reguló específicamente la intervención de éstos en caso de que las medidas cautelares dictadas por los árbitros los afectaren.

También el Reglamento del CEDCA adopta una solución similar al establecer:

“22.4. Quien resulte afectado por la medida cautelar, podrá oponerse a ella mediante escrito que presentará ante la Secretaría, en tantas copias como partes haya, más una para cada árbitro”.

Como puede observarse, las partes en los arbitrajes regulados por este reglamento consienten anticipadamente, conforme a dicha norma, la intervención del tercero que resulte afectado por la medida cautelar. El problema se complica cuando no se perfecciona ese acuerdo de voluntades, concretamente, cuando el tercero no está dispuesto a adherirse a dicho arbitraje que le resulta ajeno y extraño. ¿Cuál es entonces la vía que en este caso tiene el tercero afectado por la medida?

b. Oposición de terceros en sede judicial

A primera vista, pareciera que la vía que tiene el tercero que no desea presentar su pretensión en sede arbitral, es la de la oposición prevista en el artículo 546 del CPC, ante el Juez de Primera Instancia que conforme al artículo 28 de la LAC “ejecutó” la medida cautelar⁸⁴. Sin embargo, esa solución tropieza con varias dificultades. En primer lugar, el tribunal judicial a quien el tribunal arbitral solicita *asistencia* para la ejecución de la medida cautelar, simplemente presta su *colaboración* para que se ejecute la medida. La Ley en forma alguna le atribuye a ese Juez de Primera Instancia la

⁸³ Ratificada y complementada luego por la Ley 446 y el Decreto 1818 de 1998. Cfr. BENETTI SALGAR, *Ob. Cit.*, p. 176 y ss.

⁸⁴ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 253, quien considera que “la autoría de la ejecución hace al Juez funcionalmente competente para el conocimiento de toda reclamación incidental de tercero que tenga su causa en dicha ejecución”.

función de revisar o suspender una actuación arbitral que deviene de un acto que se equipara a un *laudo arbitral provisional*⁸⁵.

Un sector de la doctrina extranjera, resalta que el juez ante quien se solicita la ejecución de la medida cautelar, no tiene potestad para modificarla, suspenderla o limitarla, debiendo solamente prestar el auxilio de su fuerza coactiva, dentro los límites de su competencia, para que así pueda cumplirse lo dispuesto en sede arbitral⁸⁶. Incluso, como antes explicamos, la función que realiza el Juez al asistir al tribunal arbitral no es propiamente jurisdiccional, como tampoco lo es la que realizan los cuerpos de seguridad del Estado al asistir a los jueces en la práctica de las medidas. Se trata en realidad de una función, *administrativa, de policía, verdadera y propia*⁸⁷.

Debemos, entonces, distinguir la función de *cognición* que efectúa el tribunal arbitral, de la función administrativa, *de policía* (judicial) que realiza el Juez. Al primero le corresponde, de manera *exclusiva*⁸⁸, determinar el momento en que debe procederse al levantamiento de la medida cautelar o su modificación⁸⁹. Al segundo, en cambio, le corresponde exclusivamente, en virtud del *imperium iudicis*, ponderar el uso de la fuerza coactiva para garantizar por imperio de la Ley, la eficacia de la decisión arbitral dictada (medida cautelar).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el tribunal judicial está obligado a asistir al tribunal arbitral⁹⁰, y sólo podría negarse a prestar su colaboración cuando la petición que le hacen los árbitros escape de su “*competencia*”. Aquí deben distinguirse varias situaciones: Una cosa es que el respectivo Juez en la oportunidad en que se practica la medida se niegue a *prestar su asistencia o colaboración* al tribunal arbitral, por

⁸⁵ Contra el laudo arbitral sólo cabe el recurso de nulidad que debe ser conocido por el Tribunal Superior. Cfr. MEZGRAVIS Andrés; “Recursos contra el laudo arbitral”, *Ob. Cit.*, p. 253 y ss. A favor de que la medida cautelar se equipara a un laudo arbitral provisional véase: RAMOS MENDEZ, *Ob. Cit.*, p. 189. También SCHLOSSER citado por MATTHIES Roland; *Arbitrariedad y arbitraje*, Caracas 1996, p. 65-66, y CAIVANO, Roque; *Arbitraje*, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 237.

⁸⁶ Cfr. CAIVANO, *idem*.

⁸⁷ *Supra* V.

⁸⁸ Art. 5 de la LAC.

⁸⁹ Cfr. CAIVANO, *Ob. Cit.*, *idem*.

⁹⁰ Arts. 622 del CPC y 28 de la LAC.

considerar que escapa de su *competencia*, por ejemplo, continuar con el embargo cuando un tercero alegare ser tenedor legítimo de los bienes que se pretenden embargar, demostrando que éstos se encuentran verdaderamente en su poder y presentare dicho tercero prueba fehaciente de la propiedad⁹¹, y otra cosa muy distinta es, que luego de ejecutada la medida cautelar y prestada esa colaboración administrativa de policía, aparezca un tercero ante el funcionario judicial ejecutor de la medida, alegando, por ejemplo, ser el propietario de los bienes objeto de la medida cautelar ya practicada. Obsérvese que, en el primer supuesto el funcionario judicial ejecutor no estaría resolviendo formalmente la oposición del tercero, sino negándose simplemente a prestar su *asistencia* o *colaboración*, por las razones que expone el tercero y de conformidad con las normas que son aplicables y que determinan su *competencia*⁹². Dicho funcionario judicial, que ejerce en este caso una *función de policía*, no tendría jurisdicción alguna para revocar o dejar sin efecto una medida cautelar que no emana de él⁹³. Igualmente cabe observar que en el segundo supuesto, la labor administrativa del funcionario judicial ejecutor ya habría quedado completamente consumada, y por ende, habría cesado su función. El propio artículo 17 del Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas, establece que la “*oposición*”, luego de la ejecución, será decidida por el tribunal que decretó la medida y no por el funcionario judicial ejecutor de ésta. Dicho Juez no tendría jurisdicción alguna, ni posibilidad fáctica, para dejar sin efecto una colaboración que ya fue prestada (asistencia), y mucho menos un acto ya consumado (medida cautelar) que ni siquiera emana de él. Insistimos, tal potestad corresponderá exclusivamente al tribunal que decretó la medida, es decir, al *tribunal arbitral*⁹⁴.

⁹¹ Cfr. Art 546 del CPC y 16 del Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas. Cabe advertir que el funcionario judicial ejecutor no estaría resolviendo la oposición del tercero, sino negándose a prestar su *asistencia* o *colaboración*.

⁹² Cfr. Art 28 de la LAC, 546 CPC y 16 y ss, del Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas.

⁹³ No tiene dicha atribución ni en el campo arbitral ni en el judicial. Mutatis mutandis, tampoco tienen esa atribución los órganos de la fuerza pública cuando prestan su asistencia o colaboración a los jueces.

⁹⁴ Cfr. Arts. 16, 17 y 18 del Reglamento sobre la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas.

Por las razones antes expuestas, no resulta acertado para nosotros atribuir al Juez de Primera Instancia una función que no está prevista en la Ley, como es la de revisar medidas cautelares dictadas por árbitros. En nuestro criterio, sólo hay un caso en que el Juez de Primera Instancia puede conocer la oposición de un tercero a una medida dictada con motivo de un arbitraje, y ese único caso es el de la *ejecución forzosa* del laudo arbitral. En efecto, finalizado el arbitraje, y ya en estado de ejecución forzosa del laudo, correspondería, de conformidad con el artículo 546 del CPC, al tribunal judicial encargado de la ejecución del laudo definitivo conocer la oposición al embargo que realizare algún tercero, pero nótese que se trataría, no de una *medida cautelar* dictada por el tribunal arbitral, sino de un embargo *ejecutivo* decretado y practicado por el propio tribunal judicial. Además, cabe advertir que el tribunal judicial que conocería de la ejecución forzosa del laudo, no necesariamente tendría que ser el mismo que colaboró con los árbitros en la práctica de la medida cautelar, pues el tribunal judicial competente para colaborar con los árbitros es el de Primera Instancia del sitio donde están ubicados los bienes, y el tribunal judicial encargado de la ejecución del laudo es el que fuere competente para conocer la controversia de no haberse sometido a arbitraje⁹⁵.

Como puede observarse, no es la oposición ante el Juez que asistió al tribunal arbitral la vía que tiene el tercero para hacer valer su pretensión frente a una medida cautelar arbitral que le afecte.

X. EL RECURSO DE NULIDAD CONTRA LA MEDIDA CAUTELAR

La legislación arbitral española (Diciembre 2003) prevé, a diferencia de la nuestra, que lamentablemente guarda silencio, una regulación que a nuestro juicio apunta a la solución más idónea, y que debería ser acogida y mejorada en una futura reforma de la LAC. Establece el numeral 2° del artículo 23 de la referida ley:

“A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de

⁹⁵ Cfr. Art 523 CPC.

aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos". (Énfasis nuestro).

Esta solución estaría en armonía con el principio, hoy universal, adoptado por la legislación venezolana, relativo a que contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad⁹⁶. Despeja toda duda de si un laudo *provisorio*, como lo es la decisión que acuerda una medida cautelar, es susceptible del recurso de nulidad que en principio está concebido para el laudo arbitral definitivo. No contradice el principio de que el Juez Superior es el competente para anular el laudo. En virtud de que el recurso de nulidad es un procedimiento exclusivamente judicial, no se presenta el problema de la intervención del tercero en el arbitraje. Y finalmente, aunque no lo menciona expresamente la norma, no habría razón para dudar que el tercero tendría un interés jurídico actual en intentar dicho recurso de nulidad⁹⁷. Tampoco, en nuestro criterio, sería un problema la causa del recurso de nulidad, puesto que el literal "d" del artículo 44 de la LAC, establece nulidad del laudo cuando "*se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje*", y es claro para nosotros que en esta causal se puede subsumir este asunto, pues, el acuerdo de arbitraje mal podría estipular que los árbitros están facultados para dictar medidas cautelares contra terceros extraños al arbitraje. En cuanto a la confidencialidad de las actas del proceso arbitral prevista en el artículo 42 de la LAC, compartimos la opinión sostenida por HENRÍQUEZ LA ROCHE de que el tercero podría hacer uso de la prueba de exhibición y de informes previstas en los artículos 433 y 437 del CPC. Sólo la justa causa, y no el simple deber de confidencialidad de las partes y de los árbitros, puede exonerar al tribunal arbitral o al respectivo centro de arbitraje, de cumplir con dichos requerimientos⁹⁸.

Sin embargo, quedaría por resolver en qué momento se entiende notificado el tercero de ese laudo *provisorio* a los fines de intentar el recurso de nulidad, y lo relativo al requisito exigido por nuestra legislación de acompañar el *expediente substanciado* por el tribunal arbitral⁹⁹.

⁹⁶ Art. 43 de la LAC.

⁹⁷ Art. 16 CPC.

⁹⁸ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 268.

⁹⁹ Art. 43 de la LAC.

El primer escollo es más un problema de técnica legislativa que un verdadero problema jurídico, ya que la notificación no es verdaderamente un requisito para poder intentar el recurso de nulidad. Es, por el contrario, una garantía a favor del recurrente, que marca, por otro lado, el inicio de un lapso preclusivo. La sola presentación del recurso indica que el tercero está efectivamente en conocimiento de dicho laudo. Interpretar lo contrario configuraría un formalismo inútil¹⁰⁰. De igual manera, la ejecución de la medida mal podría considerarse como la fecha a partir de la cual comienza a transcurrir el lapso de cinco días para intentar el recurso de nulidad, por cuanto el tercero no ha sido citado en el proceso arbitral. Esta interpretación está en sintonía con el principio consagrado en el artículo 602 del CPC que establece que el lapso de la *oposición* (tres días) no corre sino a partir de la ejecución de la medida *si la parte contra quien obre estuviere ya citada*, o dentro del tercer día siguiente a su *citación*. Por tanto, dicho lapso preclusivo de cinco días para intentar el recurso de nulidad no resulta aplicable al tercero, pues, no hay forma de que éste resulte válidamente citado en un arbitraje del cual no es parte. No se podría, sin embargo, alegar que el tercero dispone de un tiempo ilimitado para intentar dicha impugnación. En este sentido, cabe recordar que se trataría de un recurso contra un laudo *provisional*, que por su propia naturaleza está supeditado al laudo definitivo¹⁰¹, y de allí que podría ser modificado o revocado en cualquier momento por el tribunal arbitral. En otras palabras, la medida *cautelar arbitral* podría no estar vigente para el momento en que el tercero ejerciere dicho recurso, especialmente si se ha dictado el laudo definitivo, pues, en el lapso de ejecución forzosa de éste, la medida *cautelar arbitral* se extinguiría para dar paso a una nueva medida, ahora de carácter *ejecutivo*, dictada esta vez, no por el tribunal arbitral sino, por el tribunal judicial competente para la ejecución. En este supuesto ya no sería procedente el recurso de nulidad, pues, no habría laudo cautelar que impugnar, sino que procedería, de conformidad con lo establecido en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil, la *oposición* al embargo ejecutivo decretado por el Juez que conoce la ejecución¹⁰², o la *tercería* que analizaremos a continuación.

¹⁰⁰ Art. 26 de la Constitución de Venezuela (1999).

¹⁰¹ Esta *subsidiariedad* es la nota verdaderamente típica de las medidas cautelares, las cuales nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a la ulterior decisión definitiva. Esta nota característica también conocida como "*instrumentalidad*". Cfr. LAMANDREI, *Ob. Cit.*, p. 44.

¹⁰² Cfr. Art 523 y ss del CPC.

XI. LA DEMANDA DE TERCERÍA

Se infiere del ordinal 1º del artículo 370 del CPC, que cuando el tercero pretenda que son suyos los bienes embargados sometidos a secuestro o a una prohibición de enajenar y gravar, o que tiene derecho a ellos, puede acudir a la vía de la *tercería*. De allí que un sector de la doctrina considera que la demanda de tercería constituye otra alternativa o vía ordinaria que tendría el tercero afectado por una medida cautelar arbitral¹⁰³. No obstante, esta vía, al igual que el recurso de nulidad, exige un esfuerzo de interpretación para superar ciertos obstáculos.

1. Ciertas precisiones conceptuales

Ante todo, cabe aclarar que el tercero mediante la demanda de tercería, no se haría parte en el proceso principal (arbitraje), sino que por el contrario, las partes del arbitraje se convertirían en parte (demandados) en la tercería que se substancia judicialmente¹⁰⁴.

También conviene aclarar que la demanda de tercería está dirigida contra las partes del arbitraje y no contra la decisión cautelar de los árbitros. Eso sí, a través de esa acción pretende el tercero obtener una sentencia judicial favorable que prevalezca e impida la ejecución de sus bienes. Esa prevalencia no se da por una mayor jerarquía del órgano judicial sobre el arbitral, sino porque las partes del arbitraje (actor y demandado) configuran conjuntamente la parte demandada en la tercería (*litisconsorcio pasivo*). La pendencia del proceso arbitral no debe generar confusiones sobre la relatividad de la cosa juzgada. En otras palabras, la *cosa juzgada* que eventualmente se derivaría del laudo arbitral quedaría intacta y surtiría plenos efectos entre las partes de ese arbitraje, y claro está, no le resultaría oponible al tercero¹⁰⁵, pero en la relación procesal de los sujetos de ese arbitraje con el tercerista, y respecto al mismo objeto, es otro el resultado, puesto que si el tercerista triunfa, la cosa juzgada de este proceso sí comprende a los sujetos del arbitraje, por haber sido éstos la parte demandada en el juicio de tercería¹⁰⁶.

¹⁰³ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 255 y ss.

¹⁰⁴ Cfr. RENGEL ROMBERG, Aristides; Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol III, Edit. Arte, Caracas, 1992, p. 162

¹⁰⁵ Cfr. Numeral 3º del artículo 1.395 del Código Civil.

¹⁰⁶ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 267.

No pensamos, como parece entender LÓPEZ FONSECA, que con la demanda de tercería existe riesgo de incumpliendo el acuerdo de arbitraje¹⁰⁷. Las partes del arbitraje en modo alguno pueden impedir la voluntad y libertad que tiene un tercero de demandarlas. Al tercero no le resulta oponible el acuerdo de arbitraje suscrito por esas partes, ni éstas estarían resolviendo su controversia ante el Juez, sino que estarían defendiéndose de una demanda distinta, interpuesta por un sujeto distinto, ante la vía judicial. Ningún acuerdo se los impide. Por tanto, no se trata de una incidencia que interfiere en el arbitraje, ni de una renuncia del acuerdo de arbitraje, sino de un procedimiento *judicial* que se inicia a voluntad de un tercero con una demanda autónoma¹⁰⁸.

2. El Juez competente

Consideramos que un asunto más complejo que el anterior es el relativo al Juez competente para conocer la demanda de tercería, pues, el artículo 371 del CPC establece que "*se propondrá ante el Juez de la causa en primera instancia.*" Una interpretación literal de esta norma legal haría inadmisibles la demanda de tercería que se presentare en un tribunal distinto al arbitral, ya que éste último no tiene otra instancia, y además, es el único que conoce la causa en la que se produjo la respectiva providencia cautelar. Sin embargo, semejante solución nos conduciría a un resultado absurdo e inaceptable. Como antes explicamos, salvo acuerdo en contrario entre el tercero y las partes, el tercero no tiene el derecho, ni tampoco la obligación, de intervenir en el proceso arbitral¹⁰⁹.

El profesor HENRÍQUEZ LA ROCHE opina que la demanda de tercería se interpone "*ante el Juez de primera Instancia competente contra (sic) las partes contendientes en el proceso arbitral y se substanciará y sentenciará según su naturaleza y cuantía*"¹¹⁰. Por su parte, LÓPEZ FONSECA, sostiene que debe ser ante "*el tribunal que haya decretado el embargo*"¹¹¹.

¹⁰⁷ Cfr. LÓPEZ FONSECA, *Ob. Cit.*, p. 30.

¹⁰⁸ RENGEL RÓMBERG, *idem*.

¹⁰⁹ Ver supra "b.1"

¹¹⁰ Cfr. HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 256.

¹¹¹ Cfr. LÓPEZ FONSECA, *Ob. Cit.*, p. 30.

Nosotros, en cambio, consideramos que este asunto impone una distinción. Si la tercería surge cuando se tramita la ejecución del laudo arbitral definitivo¹¹², entonces, sin duda alguna, debería presentarse la demanda de tercería ante el mismo Juez que conoce dicha ejecución. El Juez de la ejecución del laudo, y que actúa a petición de la parte del arbitraje interesada en que éste se cumpla, no es otro que aquel que hubiese conocido la controversia principal de no haberse sometido a arbitraje¹¹³. Ese es el Juez natural de la causa. Así lo establece expresamente el artículo 523 del CPC¹¹⁴. En este caso, el tercero debe interponer su demanda de tercería ante dicho Juez, la cual se instruiría y sustanciaría en cuaderno separado al de la ejecución del laudo¹¹⁵. Y sólo en ese estado, y ante ese Juez que conoce la ejecución del laudo arbitral, es que resulta aplicable el contenido del artículo 376 del CPC, conforme al cual el tercero se podría oponer a que el laudo sea ejecutado. Esta oposición debe estar fundada en instrumento público fehaciente, o en su defecto, se podría suspender la ejecución del laudo dando el tercero caución suficiente a juicio de dicho Juez.

Por otra parte, si la causa principal está en una fase anterior, es decir en una etapa previa a la ejecución del laudo definitivo, no vemos con claridad que la tercería pueda subsanar esta laguna de la Ley. En efecto, no habría certeza de cuál sería el "tribunal de la causa." Recuérdese que el tercero, en principio, no tiene acceso a las actas del proceso arbitral, razón por la que mal podría conocer de qué trata exactamente la controversia principal y cuál, en consecuencia, hubiese sido el Juez competente para conocerla. Asumir que la competencia, entonces, le corresponde en estos casos al juez ordinario competente para conocer la demanda según su propia naturaleza y cuantía, presenta el inconveniente de que el Juez que eventualmente conozca la ejecución del laudo, probablemente no sea el mismo que el que conoce la tercería.

¹¹² A favor de que en la fase ejecutiva del laudo puede intentarse la tercería véase HENRÍQUEZ LA ROCHE, *Ob. Cit.*, p. 265, quien critica el error en que incurre la antigua CSJ al confundir el significado de sentencia ejecutada y sentencia ejecutoria.

¹¹³ Nótese que en este caso, sin embargo, ya no se estaría en presencia de una medida cautelar arbitral, sino de un embargo ejecutivo decretado por un Juez.

¹¹⁴ El artículo 523 del CPC aclara que la ejecución procede no solamente contra la sentencia judicial, sino también contra cualquier acto que tenga fuerza de sentencia como son los laudos arbitrales. Para un amplio estudio de la Ejecución de la Sentencia véase RENGEL RÖMBERG, *Tratado de...*, *Ob. Cit.*, Vol VI, Caracas 2004, p. 109 y ss.

¹¹⁵ Art. 372 del CPC.

A todo esto, debemos agregar nuestras profundas dudas sobre la conveniencia práctica de la tercería, puesto que es muy difícil, por la propia celeridad del arbitraje, que dicho procedimiento culmine antes de que el arbitraje arribe a estado de ejecución, en cuyo caso, sería más fácil y expedito realizar la oposición al embargo prevista en el art. 546 del CPC. La razones que encontramos para intentar la tercería es el embargo de los bienes en cuestión¹¹⁶, o la eventual suspensión de la ejecución del laudo conforme a lo establecido en el artículo 376 del CPC¹¹⁷. Fuera de estos supuestos, luce en nuestra opinión más conveniente para el tercero la alternativa del recurso de nulidad, o la oposición al embargo ejecutivo¹¹⁸.

XII. CONCLUSIONES

En síntesis, podemos señalar que:

1. Es lógico que el tribunal arbitral tenga la atribución de resolver todas las providencias precautorias relacionadas con la controversia sobre la cual las partes le han otorgado la facultad de decidir. Si las partes han aceptado que el tribunal arbitral resuelva la causa sin revisión judicial, es natural que también acepten la potestad de éste de dictar medidas cautelares que consideren necesarias para garantizar la eficacia del propio laudo arbitral definitivo. La Ley sólo ratifica o restringe este principio.
2. Los árbitros en Venezuela pueden, salvo acuerdo en contrario de las partes, dictar todo tipo de providencias cautelares, y para determinar su procedencia tienen plena discrecionalidad.
3. Los árbitros en Venezuela pueden practicar medidas cautelares no compulsivas.

¹¹⁶ Un mismo bien puede ser objeto de varios embargos Cfr. 534 CPC.

¹¹⁷ Advierte esta disposición legal que: "En todo caso de suspensión de la ejecución, el tercero será responsable del perjuicio ocasionado por el retardo, si la tercería resultare desechada".

¹¹⁸ Cfr. *Supra* "c".

4. Son factibles y lícitas en el arbitraje, las medidas cautelares inaudita parte. El Reglamento del CEDCA prevé esta solución.
5. Salvo casos excepcionales contemplados en la Ley, las medidas prearbitrales no son procedentes en el sistema venezolano.
6. En Venezuela un laudo arbitral extranjero referido a una medida cautelar, independientemente del país en que haya sido dictado, podría ser ejecutado en nuestro territorio sin necesidad de exequátur, conforme a la Convención de Nueva York y la LAC. En cambio, si se trata de una sentencia judicial, es decir, si se trata de una medida cautelar dictada por un Juez en el extranjero en conexión con un arbitraje internacional, dicha sentencia requerirá del exequátur para desplegar eficacia en Venezuela.
7. Los jueces en Venezuela están en el *deber* de prestar su colaboración y asistencia al tribunal arbitral en la práctica de medidas cautelares.
8. *La labor de asistencia de los jueces no es propiamente función jurisdiccional, sino de policía. Los jueces de primera instancia que asisten o prestan su colaboración al tribunal arbitral en la práctica de la medida cautelar, no tienen la función de revisar laudos arbitrales. Ello compete, exclusivamente, a los Jueces Superiores a través del recurso de nulidad.*
9. Si existe acuerdo de las partes, el tercero puede intervenir en el arbitraje para formular su oposición a la medida cautelar. En caso contrario, ni tiene derecho ni está obligado a intervenir en el proceso arbitral.
10. El tercero puede oponerse, no a la medida *cautelar* dictada por el tribunal arbitral, sino a la medida de embargo *ejecutiva* dictada por el Juez que conozca la ejecución del laudo definitivo.

11. El tercero podría, conforme a una interpretación extensiva, interponer un recurso de nulidad contra la medida cautelar que configura un *laudo arbitral*, aunque de carácter provisional.
12. El tercero también puede demandar en tercería a las partes del arbitraje. Si lo hace en la etapa de ejecución del laudo definitivo, el tribunal competente para conocer la tercería será el mismo que conoce de dicha ejecución. Si lo hace antes, los criterios de competencia no lucen tan claros, y aunque pudiera sostenerse que el Juez competente sería el juez ordinario según la naturaleza y cuantía de la propia demanda de tercería, dudamos de la conveniencia práctica de esta solución.
13. En fin, la intervención consensual en el arbitraje, o en su defecto, el recurso de nulidad contra el laudo provisional cautelar o la oposición al embargo *ejecutivo* decretado por el Juez, lucen, en nuestro criterio, como las soluciones más prácticas y eficaces que tiene el tercero afectado por una medida cautelar.
14. Culminamos con una recomendación: Pactar como lugar del arbitraje un país cuya legislación atribuye la potestad cautelar exclusivamente a los Jueces podría ser letal, especialmente en aquellos casos en que el deudor únicamente tiene bienes en Venezuela.