

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMO GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

María Alejandra Vásquez S.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Medidas cautelares en el arbitraje. 2.1. Principios que informan el proceso cautelar en el arbitraje. 2.2. Características de las medidas cautelares en el arbitraje. 2.3. Tipos de medidas. 2.4. Requisitos de procedencia. 2.5. Decreto y ejecución de la medida. 3. La cautela en el arbitraje como garantía de la tutela judicial efectiva. 3.1. Basamento Constitucional. 3.2. La tutela judicial efectiva en la fase cautelar del arbitraje. 3.3. Posición del Tribunal Supremo de Justicia sobre la cautela en el arbitraje. 4. Opinión de la autora sobre el tema. 5. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Resumen

El presente artículo expone los aspectos fundamentales de las medidas cautelares dictadas en el arbitraje como garantía de la tutela judicial efectiva, mediante el examen, en primer lugar, de las generalidades que informan el proceso cautelar en el arbitraje, así como sus principios rectores, características; tipos de medidas; requisitos de procedencia

Recibido: 28/2/2014 • Aceptado: 30/4/2014

* Abogada egresada de la Universidad Católica del Táchira en el año 1995. Especialista en Derecho Procesal General en la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Mercantil egresada de la Universidad de Los Andes en el año 2011. Doctorando en Ciencias, mención Derecho en la Universidad Central de Venezuela en convenio con la U.C.A.T. Actualmente se desempeña como Abogada asistente en el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira. Calle 5, entre carreras 2 y 3, Edificio Nacional, piso 1, oficina 7. San Cristóbal. Estado Táchira. E-mail: malejandrav25@hotmail.com

y algunos aspectos específicos relacionados con el decreto de la cautela por parte del árbitro de emergencia y del poder judicial y su correspondiente ejecución con el apoyo de poder coactivo del Estado a través de los tribunales de primera instancia. En segundo lugar, se analizó la fase cautelar en el arbitraje como garantía de la tutela judicial efectiva, su base Constitucional; la postura del Tribunal Supremo de Justicia sobre dicho tema y la opinión general de la autora sobre el sistema cautelar arbitral.

Palabras clave: Arbitraje. Medidas Cautelares. Árbitro de emergencia.

Abstract

This article describes the fundamental aspects of the precautionary measures granted in arbitration as ensuring effective judicial protection by examining, first, the general prudential reporting in the arbitration process and its guiding principles, characteristics; types of measures, procedural requirements and some specific aspects of the decree of caution by the emergency arbitrator and the judiciary and its corresponding implementation with the support of coercive state power through the courts. In second place, the interim stage in the arbitration as ensuring effective judicial protection, the constitutional basis was analyzed. the position of the Supreme Court on the subject and the general opinion of the author on the interim arbitral system.

Keywords: Arbitration. Precautionary Measures. Emergency arbitrator.

1. Introducción

Con la entrada en vigencia de la Constitución venezolana de 1999, fueron elevados a rango Constitucional los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, el arbitraje, en el cual, al igual que el proceso civil ordinario pueden solicitarse, decretarse y ejecutarse medidas cautelares.

En éste sentido, se expone cómo se desenvuelve la etapa cautelar en el arbitraje, poniendo en evidencia la eficacia de las medidas cautelares dictadas por los árbitros al igual que ocurre con las decretadas por los jueces ordinarios, con especial referencia a la importancia que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en los últimos tiempos, le ha brindado a la tutela cautelar en el arbitraje.

El trabajo se presenta en la modalidad de artículo de investigación, con la exposición de los aspectos fundamentales que rigen el otorgamiento de la cautela en el arbitraje. Para ello, se partió del estudio de los principios que informan el proceso cautelar en el arbitraje; las características; los tipos de medidas; los requisitos para su procedencia; las diferentes particularidades que presenta el decreto y ejecución de la medida.

Posteriormente, se analizó la cautela en el arbitraje como garantía de la tutela judicial efectiva, su base Constitucional; la tutela judicial efectiva en la fase cautelar del arbitraje; la posición del Tribunal Supremo de Justicia y la opinión de la autora sobre el tema. Finalmente se expusieron las conclusiones generales, elaboradas en sintonía con los aspectos abordados.

2. Medidas cautelares en el arbitraje

2.1. Principios que informan el proceso cautelar en el arbitraje

Al igual que ocurre en la fase cautelar de los procesos judiciales seguidos ante los tribunales ordinarios, la justicia arbitral en su etapa cautelar también cuenta con unos principios rectores que seguidamente se esbozan brevemente.

2.1.1. Derecho a la Defensa y al Debido Proceso

Por mandato Constitucional contenido en el artículo 49, el derecho a la defensa y al debido proceso se aplicarán a todo tipo de proceso, sea éste judicial o administrativo¹, por consiguiente, por constituir derechos fundamentales, su aplicabilidad también se extienden al proceso arbitral en su fase cautelar. En el marco del proceso cautelar arbitral, los derechos a la defensa y al debido proceso, se traducen en la posibilidad que tiene la parte demandante en la contienda arbitral, de pedirle al tribunal arbitral que le decrete la medida cautelar en aras de garantizar, -a futuro-, la eventual ejecución de un laudo arbitral favorable; de allí que cuando la parte interesada solicita la cautela lo hace en ejercicio legítimo de su derecho a la defensa. Por su parte, el tribunal arbitral, una vez revisados los requisitos de procedibilidad de la cautela, la decretará como garantía del debido proceso que le asiste al interesado.

2.1.2. Principio de Contradicción

El decreto de la medida cautelar por parte del tribunal arbitral, puede ser objeto de oposición por el adversario desde el mismo momento en que tenga conocimiento de la misma², al igual que ocurre en los procesos judiciales. Dicho

¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 extraordinaria, de fecha 24 de marzo de 2000.

² Andrés A. MEZGRAVIS. "Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral venezolano". En: *Derecho y Sociedad*. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monte Avila. Editorial Altolitho. Caracas. 2004, p. 54.

principio pretende obtener una tutela justa, legal y la oportunidad de ser oído en igualdad de condiciones³.

2.1.3. Principio de Celeridad

El arbitraje es un mecanismo rápido revestido de garantías fundamentales⁴. La justicia administrada por árbitros se caracteriza fundamentalmente por la rapidez en su tramitación; de allí una de sus ventajas. Por ésta razón, la brevedad, urgencia y celeridad informan el proceso cautelar en el arbitraje desde el momento en que se solicita la cautela hasta que se ejecuta.

2.1.4. Principio de Autonomía

Ciertamente el carácter instrumental de las medidas cautelares hace pensar en su pendencia del proceso principal; tal como se expondrá más adelante. Sin embargo, su autonomía en el arbitraje al igual que en el proceso judicial, viene dada por la posibilidad de solicitarlas, obtenerlas y ejecutarlas antes de iniciado el proceso⁵, al extremo que inclusive se permite que se designe un árbitro de emergencia antes de la constitución del tribunal arbitral para que se pronuncie sobre la medida.

2.2. Características de las Medidas Cautelares en el Arbitraje

Las medidas cautelares en el procedimiento arbitral comparten con el proceso civil las mismas características, esto es, que son preventivas; inaudita *alteram parte*, instrumentales, temporales y urgentes.

2.2.1. Preventivas

Dicha característica deviene de la solución temporal que ofrece el decreto de la cautela, como su nombre lo indica es una medida provisoria que se mantiene

³ Hernando DEVIS ECHANDIA. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004. p. 206.

⁴ Paolo LONGO F. *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*. Editorial Frónesis S.A. Caracas, 2004, p. 28.

⁵ Humberto ANGRISANO SILVA. *Tutela de la Ejecución Judicial*. FUNEDA. Caracas. 2011, p. 50.

mientras se produce la decisión definitiva, no puede considerársele a la medida como una solución anticipada al fondo del asunto⁶.

De acuerdo al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial, el tribunal arbitral está facultado para decretar las medidas cautelares que considere convenientes⁷, las cuales no pueden prejuzgar sobre el fondo del asunto, ni poner fin al procedimiento principal; de allí su carácter preventivo para garantizar la eventual ejecución del laudo arbitral.

2.2.2. Inaudita alteram parte

Esta característica consiste en que la medida cautelar se decreta sin oír a la otra parte, es decir, sin escuchar a la parte contra la cual obra la medida, esto obedece a que se decretan y practican antes que se inicie el contradictorio; de lo contrario, sería posible que el afectado por la medida ejecutara actos para burlar la efectividad de la medida obstaculizando o inclusive impidiendo la ejecución del laudo definitivo⁸.

En el caso que se nombre el árbitro de emergencia, ésta característica cumplirá a plenitud su propósito porque el sujeto pasivo de la medida no tendrá conocimiento de ella, sino hasta que se practique o ejecute, quedando en consecuencia, el bien objeto de la medida sustraído de posibles actos traslativos de la propiedad que irían en detrimento de la parte demandante.

2.2.3. Instrumentales

Las medidas cautelares, tanto en el proceso judicial civil como en el arbitraje, tienen un carácter instrumental, en el sentido que ellas en sí mismas, nunca pueden ser fines ni aspirar a convertirse en definitivas, como su nombre lo indica son el instrumento que auxilia a la providencia principal; siguiendo a Calamadrei (citado por Henríquez), las resume en “ayuda de precaución anticipada y provisional”⁹. En el arbitraje las medidas cautelares son el instrumento para garantizar la eficacia y ejecución del laudo, vale decir que dependen del proceso arbitral principal, cuyo laudo será ejecutado.

⁶ Alfredo ZULOAGA. “Las Medidas Cautelares en el Arbitraje”. En: *Resolución de Conflictos*. VELEA. Caracas. 2004, p. 75.

⁷ Ley de Arbitraje Comercial. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36.430 de fecha 07-04-1998.

⁸ Hernando DÍAZ CANDIA. *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje*. Legis. Caracas. Bogotá. Buenos Aires. México D.F. Lima. Santiago. 2011, p. 127.

⁹ Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE. *Código de Procedimiento Civil*. Tomo IV. Ediciones Liber. Caracas. 2004, p. 254.

2.2.4. Temporales

Son temporales porque su duración en el tiempo es limitada y durará lo que dure el procedimiento arbitral, es decir, hasta que se dicte el laudo definitivo¹⁰ o hasta que sea necesario mantenerlas.

Es importante señalar que si la parte afectada por la medida formula oposición contra ella y el tribunal arbitral levanta la medida, la misma decaerá. Es ésta una de las razones que reafirma el carácter temporal de las cautelas.

2.2.5. Urgentes

Dicha carácter viene dado por la eficacia de la providencia cautelar, por la necesidad de la búsqueda de un medio efectivo y rápido que intervenga para garantizar la situación de hecho controvertida¹¹. De allí que se exija demostrar o proporcionar al tribunal arbitral, el riesgo inminente que existiría si no se decretase la medida cautelar al extremo de producir un gravamen irreparable; y que por ello es indispensable la adopción de la medida¹².

El tribunal arbitral en éste caso, deberá examinar la necesidad de la urgencia, ponderando las posibles consecuencias negativas que sufriría el demandante en caso de no decretársele la cautela y así sopesar si se justifica o no el decreto de la misma.

2.3. Tipos de medidas

El artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial le atribuye a los árbitros la potestad de decretar medidas cautelares, en cuyo caso, ante la ausencia de regulación específica al respecto en el texto de la referida ley, debe entenderse que se aplican supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil acerca del sistema cautelar venezolano que consagra las medidas típicas o nominadas o las medidas atípicas o innominadas.

2.3.1. Medidas típicas

Se conoce con dicho término a aquél grupo de medidas que se encuentran previstas nominalmente en el encabezado del artículo 588 del Código de

¹⁰ Alfredo ZULOAGA. “Las Medidas Cautelares en el Arbitraje”. En: *Resolución de Conflictos*. VELEA. Caracas. 2004, p. 75.

¹¹ Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE. *Op. Cit.*, pp. 257-258.

¹² Alfredo ZULOAGA. *Op. Cit.*, p. 76.

Procedimiento Civil, como son: el embargo de bienes muebles; el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar¹³. Se les denomina típicas o nominadas porque están expresamente previstas en la ley para situaciones específicas y con vista a un temor de daño concreto establecido por el legislador¹⁴. Su característica principal, es que el legislador previó los supuestos en que las mismas son procedentes para evitar un daño en específico.

2.3.1.1. Embargo

Es quizá la medida típica por excelencia. Novellino (citado por Ortíz), la define como aquella “que afecta un bien determinado de un presunto deudor para garantizar la eventual ejecución futura, e individualizándolo, limitando las facultades de disposición y goce de éste, hasta que se dicte la pertinente sentencia”¹⁵.

Su propósito es afectar el bien embargado para sustraerlo del comercio, para que con él, en el caso del arbitraje, llegado el momento de la ejecución del laudo definitivo se de cumplimiento al pago de la obligación reclamada. El embargo posee la particularidad que no necesariamente debe recaer sobre el bien objeto de controversia¹⁶, es decir, puede decretarse sobre cualquier bien mueble propiedad del demandado, además, queda bajo la guarda y custodia de un depositario.

2.3.1.2. Secuestro

El autor Jiménez Salas (citado por Ortíz), lo define como “la privación de la posesión y libre disposición de una o varias cosas muebles o inmuebles materia de litigio, para preservarlo, en manos de un tercero, a favor de quien resulte triunfador”¹⁷.

El legislador adjetivo civil en el artículo 599 elaboró un catálogo o listado de posibles hipótesis para ser verificadas al momento de decretar la medida de secuestro, siendo importante destacar que los bienes susceptibles de ser secuestrados no son cualesquiera bienes, sino los que están específicamente

13 Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3970 extraordinario, de fecha 13-03-1987.

14 Rafael ORTÍZ ORTÍZ. *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas*. Paredes Editores. Caracas. 1997, p. 148.

15 Rafael ORTÍZ ORTÍZ. *Ibid.* p. 151.

16 Rafael ORTÍZ ORTÍZ. *Ibid.* p. 169.

17 Rafael ORTÍZ ORTÍZ. *Op. Cit.*, p. 172.

involucrados en la controversia, de ahí la importancia de decretarlo con celeridad e inaudita *alteram parte*.

2.3.1.3. Prohibición de enajenar y gravar

Esta modalidad de cautela es mucho más suave que el embargo y el secuestro, porque solo limita la disponibilidad del inmueble, sin que se vea afectado su uso y goce. Dicha medida impide que el afectado pueda vender, traspasar o gravar la propiedad sobre el bien inmueble, el cual puede o no ser el objeto litigioso¹⁸.

El solicitante de la medida debe proporcionar al tribunal arbitral los datos de propiedad del inmueble, esto es, sus datos de adquisición, ubicación, linderos, medidas, con la finalidad que el registrador público respectivo, pueda estampar la medida con exactitud y precisión sobre el inmueble afectado, según lo disciplinado en el artículo 600 del Código de Procedimiento Civil¹⁹.

2.3.2. Medidas atípicas

La doctrina también las denomina innominadas o indeterminadas²⁰, se encuentran establecidas en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, pueden ser **asegurativas**, cuando garantizan la satisfacción de la pretensión referida a un derecho real o personal; **conservativas** cuando tienen como propósito mantener el *status quo* existente al momento de interponer la demanda, como sería la prohibición de innovar y **anticipativas** cuando satisfacen provisionalmente el derecho subjetivo de fondo²¹, todo lo cual evidencia que en el derecho patrio existe un régimen abierto en materia cautelar, permitiéndose decretar cualquier tipo de medida que asegure la efectividad del laudo arbitral.

Puede citarse a título ilustrativo como medidas innominadas en el arbitraje, 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 arbitraje; orden de depósito

18 Rafael ORTÍZ ORTÍZ. *Ibid*, p. 181.

19 Código de Procedimiento Civil. *Op. Cit.*, cuyo artículo 600 señala: “Acordada la prohibición de enajenar y gravar, el tribunal, sin pérdida de tiempo, oficiará al registrador del lugar donde estén situados el inmueble o los inmuebles, para que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenarlos o gravarlos, insertando en su oficio los datos sobre situación y linderos que constaren en la petición...”

20 Rafael ORTÍZ ORTÍZ. *Op. Cit.*, p. 194.

21 Ricardo HENRÍQUEZ LA ROCHE. *Op. Cit.*, pp. 291-296.

de cantidades dinero; acciones u otros activos, con fines de garantía; ordenes de ejecutar ciertos actos²², entre otras.

2.4. Requisitos de Procedencia

Los requisitos que deben concurrir para decretar medidas cautelares en materia arbitral son los mismos que se exigen para los procesos civiles judiciales.

2.4.1. A petición de parte

El artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial faculta al tribunal arbitral para decretar medidas cautelares, salvo que exista acuerdo en contrario de las partes, pero nada dice acerca que pudieran decretarse de oficio, por lo cual debe entenderse que solo operan a petición de la parte interesada. Este requisito se mantiene en casi todos los sistemas arbitrales nacionales, en los reglamentos de los distintos centros de arbitraje²³.

2.4.2. El *fumus boni iuris*

Consiste en que los árbitros deben examinar el humo de buen derecho, es decir, que pueda presumirse que existe la probabilidad que la sentencia definitiva será de condena²⁴. Deben los árbitros analizar si la parte que solicita la medida tiene una probabilidad razonable de resultar exitosa en el procedimiento²⁵, es decir, que los árbitros realizarán un juicio de verosimilitud para medir el éxito final del actor, de manera que exista la presunción de apariencia del buen derecho reclamado.

2.4.3. El *periculum in mora*

Este requisito se contrae a determinar que la medida sea necesaria para evitar la ilusoriedad del laudo, con el ánimo de evitar que el contenido del mismo quede disminuido en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial o que una parte ocasione un grave daño a la otra de difícil reparación²⁶.

Este requisito alude fundamentalmente al peligro que pudiera producir la demora en la tramitación del procedimiento arbitral, para evitar que durante el

22 Andrés A. MEZGRAVIS. *Op. Cit.*, p. 32.

23 Alfredo ZULOAGA. *Op. Cit.*, p. 76.

24 Alfredo ZULOAGA. *Ibid.* p. 78.

25 Hernando DÍAZ CANDIA. *Op. Cit.*, p. 125.

26 Hernando DÍAZ CANDIA. *Op. Cit.*, p. 125.

arco de tiempo que transcurra desde la iniciación del procedimiento arbitral hasta su conclusión, se vea desmejorada la situación del demandante.

2.4.4. El *periculum in damni*

Este requisito solo opera para las cautelas innominadas, es un tercer requisito que se concreta en un peligro de daño inminente, inmediato, es un *periculum in mora* concreto y específico²⁷.

La doctrina de Zoppi (citado por Ortíz), alude que es necesario que exista otro temor o riesgo consistente en que una de las partes pueda causar una lesión grave, irreparable o de difícil reparación al derecho de la otra²⁸. Obsérvese que éste requisito, solo se exige para las cautelas innominadas, para provocar en el tribunal arbitral la convicción que de no decretarse la medida se produciría un perjuicio inminente e irreparable al derecho del solicitante de la misma; de allí la urgente necesidad de acordarla.

2.5. Decreto y ejecución de la medida

El decreto de las medidas cautelares y su ejecución en el arbitraje, presenta algunas notas particulares que merecen una especial atención, ellas son, que permite que árbitros distintos a los que conozcan el fondo decreten medidas cautelares, así como también que el poder judicial, a través de los tribunales competentes, por razones de urgencia comprobada pueda decretarlas y ejecutarlas antes que se constituya el tribunal arbitral. En uno u otro caso, la ejecución de las medidas cautelares compulsivas requieren del auxilio del poder judicial.

2.5.1. Medidas decretadas por el poder judicial en apoyo al arbitraje

No puede dejarse pasar por alto el importante reconocimiento que el máximo órgano rector del poder judicial venezolano, a través de su Sala Constitucional le ha brindado al arbitraje.

La referida Sala tomando en consideración algunos instrumentos normativos elaborados, entre otros, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), recogida en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que consagran la

²⁷ Rafael ORTÍZ ORTÍZ. *Op. Cit.*, p. 519.

²⁸ Rafael ORTÍZ ORTÍZ. *Op. Cit.*, p. 519.

posibilidad de solicitar medidas cautelares ante los tribunales ordinarios, antes que se constituya el tribunal arbitral, sin que dicha solicitud se le pueda considerar incompatible con el arbitraje²⁹, estableció con carácter vinculante, en ejercicio de la denominada jurisdicción normativa el derecho de la parte interesada de solicitar ante los tribunales ordinarios medidas cautelares antes que se constituya el tribunal arbitral.

A tal efecto, estableció los siguientes requisitos para su solicitud y posterior tramitación:

(1) El decreto de la cautela supone el respeto a los principios básicos sobre la competencia del tribunal en relación a la ubicación del bien, sobre el cual recaerá la medida y el cumplimiento de las normas adjetivas y sustantivas aplicables, atinentes a la verificación de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares: (*fumus boni iuris y periculum in mora*) o la tramitación de la oposición a las medidas acordadas. El peticionante de la providencia cautelar debe acompañar el contrato contentivo del pacto arbitral, y expresar su única pretensión cautelar; así como indicarle que ya ha iniciado o iniciará los actos tendentes a la constitución del tribunal arbitral.

(2) En los casos en los cuales cursen ante órganos del Poder Judicial, acciones relativas a la controversia sometida a arbitraje, el tribunal que conozca de los mismos será el competente para la resolución de las medidas cautelares que le sean solicitadas por alguna de las partes.

(3) El poder cautelar de la jurisdicción ordinaria (tribunales judiciales) se agota en la medida que la controversia sea sometida a su jurisdicción natural; y una vez constituida ésta, el respectivo órgano arbitral, tendrá plenas facultades conforme al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial, para modificar, ampliar o revocar las medidas cautelares previamente otorgadas.

(4) Aunque se determine la falta de jurisdicción para el conocimiento del fondo del asunto controvertido, en virtud de la existencia de un compromiso arbitral, el órgano jurisdiccional mantiene su competencia para resolver (exclusivamente), sobre la medida cautelar solicitada o para la resolución de la eventual oposición a la misma, salvo que se verifique la existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje al cual se encuentra sometida la controversia, de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares o que las partes por acuerdo en contrario excluyan la posibilidad de someterse a árbitros *ad hoc* para el otorgamiento de tales medidas.

²⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1067, de fecha 03-11-2010, caso Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.

(5) Decretadas las medidas cautelares, corresponde al solicitante, en un plazo no mayor de treinta (30) días continuos, acreditar que llevó a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. Requisito que no será necesario, si ello se ha hecho constar en el mismo escrito de solicitud cautelar; vencido dicho lapso sin que eso acredite el cumplimiento de éste requisito, el tribunal de oficio revocará la medida cautelar decretada, y condenará en costas al solicitante, quien será responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

(6) Hasta que se constituya el tribunal arbitral, la incidencia generada por la petición cautelar seguirá su curso de ley; siendo admisibles todos los recursos que asistan a las partes. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, deberán remitírsele inmediatamente las actuaciones para que provea sobre la incidencia cautelar, pudiendo revocarla, ampliarla o modificarla.

(7) La medida cautelar acordada decaerá automáticamente, si luego de transcurridos noventa (90) días continuos desde su efectiva ejecución, el panel arbitral no se ha constituido³⁰.

De acuerdo con el criterio vinculante expuesto por la Sala Constitucional en su decisión N° 1067/2010, el poder judicial presta apoyo al arbitraje en su fase cautelar, al extremo de permitir que se anticipen medidas cautelares al procedimiento arbitral, pudiera decirse que son medidas extra arbitraje, dictadas fuera del proceso arbitral, pero que reúnen todos los caracteres propios de las medidas cautelares en cuanto a su eficacia, que a la postre, producirán plenos efectos jurídicos, dentro del proceso arbitral que se instaure con posterioridad.

2.5.2. El árbitro de emergencia

Algunos instrumentos normativos en el ámbito internacional y nacional, han consagrado la figura del árbitro de emergencia, como una instancia a la cual acudir de manera urgente para que decrete una medida cautelar antes que se constituya el tribunal arbitral, con la diferencia que en éste caso la figura del árbitro de emergencia se produce en la misma instancia arbitral.

Vale la pena mencionar algunos textos normativos que contemplan dicha figura, como el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas, cuyo artículo 37 contempla las medidas urgentes de protección³¹.

³⁰ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. *Op. Cit.*

³¹ American Arbitration Association. Disponible en: www.adr.org/cs/idcplg?IdcService=GET_FILE&dDocName=ADRSTG_002005&RevisionSelectionMethod=LatestReleased [Consulta: 2012, diciembre, 10]

A tal efecto, prevé el referido Reglamento que, la parte interesada en una medida urgente, previa a la constitución del tribunal, notificará al administrador y a las demás partes, sobre la naturaleza de la medida solicitada y las razones por las cuales es requerida con carácter de urgencia, en cuyo caso, previa la notificación correspondiente, el administrador nombrará a un árbitro único de urgencia de entre un panel especial de árbitros de urgencia designados para decidir solicitudes de medidas urgentes³².

En el contexto del citado reglamento, el árbitro de urgencia está facultado para ordenar u otorgar cualquier medida provisional o cautelar que considere necesaria, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad.

Nótese que en éste caso, el árbitro de emergencia está facultado por el reglamento en comento para decretar cualquier tipo de medida, incluyendo las innominadas; pues así se infiere cuando establece que puede disponer “órdenes de hacer o no hacer”.

Se destaca igualmente, que la función cautelar del árbitro de emergencia cesa con la constitución del tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes.

En Venezuela el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), prevé igualmente la figura del árbitro de emergencia para que conozca y tramite las solicitudes cautelares que con carácter de urgencia se ameriten antes de la constitución del tribunal arbitral.

Efectivamente, el artículo 35 *ejusdem*, en su aparte numerado 35.2 señala que “las partes ... antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice I de éste Reglamento, (pueden) solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo, por uno o tres árbitros, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas³³.”

Nuevamente se observa en éste instrumento normativo, la consagración de la figura del árbitro de emergencia como mecanismo para tutelar de manera urgente la solicitud de cautela antes de constituirse el tribunal arbitral, con el propósito de evitar causarle a la parte interesada un perjuicio mayor, en caso que tuviese que esperar hasta que se constituya el tribunal arbitral para obtener la tutela cautelar.

32 American Arbitration Association. *Ibid.*

33 American Arbitration Association. *Op. Cit.*

2.5.3. Medidas dictadas por el tribunal arbitral definitivo

El artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial al enumerar las materias que están excluidas del arbitraje señala en su literal b) las controversias “directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;...”³⁴

El legislador excluyó del ámbito de competencias de los árbitros, aquéllas que pudieran comportar el ejercicio del *ius imperium* del Estado. Sin embargo, las medidas decretadas por el tribunal arbitral pueden ser ejecutadas, según el caso, con el auxilio del poder judicial.

Es así, como la doctrina especializada sobre el tema, entre otras, la de Mezgravis (citado por González), ha clasificado las medidas cautelares dictadas en el arbitraje en compulsivas y no compulsiva. A tal efecto, señala el referido autor que ciertamente los árbitros no pueden hacer uso de la fuerza para constreñir al particular en la práctica de una medida compulsiva, pues ello es una función monopólica del Estado, pero ello no obsta para que los árbitros puedan ejecutar las medidas que no tienen carácter compulsivo, como por ejemplo cuando el ejecutado colabora haciéndose innecesaria la fuerza pública³⁵. Se señalan como ejemplos de medidas no compulsivas la participación que hacen los árbitros al registrador público para que estampe la prohibición de enajenar y gravar, la notificación privada hecha a los administradores responsables del libro de accionistas respecto al embargo de acciones y la notificación privada al deudor del crédito embargado³⁶.

En síntesis, el tribunal arbitral puede decretar cualquier tipo de medida, pero, para la ejecución de medidas cautelares no compulsivas no se requiere el apoyo del poder del Estado a través de los tribunales ordinarios, así como tampoco, cuando el particular acata la orden del árbitro y cumple voluntariamente con la medida.

Ahora bien, para el caso de medidas compulsivas, como por ejemplo el embargo y el secuestro, el artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial prevé que el tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la ejecución de las medidas cautelares³⁷.

34 Ley de Arbitraje Comercial. *Op. Cit.*

35 Jorge Isaac GONZÁLEZ CARVAJAL. *Algunas Consideraciones sobre la Potestad Cautelar en la Ley de Arbitraje Comercial*. Pp. 44-45. Disponible en: <http://www.iprocesal.colombovenezolano.org/doctrina/Arbitrajeymedidascautelares.pdf>. [Consulta: 2012, diciembre, 10]

36 Andrés A. MEZGRAVIS. *Op. Cit.*, p. 39.

37 Ley de Arbitraje Comercial. *Op. Cit.*

Obsérvese que la ley previó el socorro del poder judicial para ejecutar aquellas medidas que requieren del poder coercitivo, del cual solo está provisto el Estado. En éstos casos, debe entenderse que el tribunal arbitral le solicita al tribunal de primera instancia que acuerde la ejecución de la medida; éste a su vez deberá librar comisión al tribunal ejecutor de medidas para que la practique, en virtud que la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé que los tribunales ejecutores solo actúan por comisión de los tribunales de la República³⁸, siendo importante advertir que en éste caso, el tribunal arbitral deberá remitir al tribunal judicial correspondiente, los documentos de los cuales se desprenda la legitimidad sobre su constitución, los títulos sobre los cuales funda su actuación, los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, las actas de su designación, constitución, entre otros, todo ello en resguardo de la seguridad jurídica³⁹.

No obstante, el Reglamento de la Oficina Ejecutora de Medidas Preventivas y Ejecutivas de la Circunscripción Judicial del área metropolitana de Caracas, permite que la medida de prohibición de enajenar y gravar sea practicada sin que se requiera el funcionario ejecutor⁴⁰. No obstante, se considera que en el resto del país, la ejecución debe canalizarse a través de los tribunales de primera instancia, quienes librarán comisión al tribunal ejecutor de medidas correspondiente.

Igualmente, Mezgravis (citado por González) señala que no es función del tribunal de primera instancia revisar los requisitos de procedencia de la medida, pues ello compete a los árbitros⁴¹; así igualmente lo ha sustentado la Sala Constitucional cuando dijo que nada compete resolver a los tribunales ordinarios sobre la existencia o no de los presupuestos procesales que dan lugar a la cautela⁴². Admitir lo contrario, sería desconocer la justicia impartida por los árbitros, la cual goza de reconocimiento Constitucional, con la única excepción

38 Al respecto véase la Ley Orgánica del Poder Judicial. Publicada en la gaceta oficial de la República de Venezuela, N° extraordinario 5262 de fecha 11-09-1998, cuyo artículo 70 en su parte *in fine* señala que los juzgados especializados en ejecución de medidas tienen competencia para cumplir las comisiones que le sean dadas por los tribunales de la República.

39 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional de fecha 22-04-2005, expediente N° 02-2491, caso: Construcciones Industriales MARTORANA, C.A. (COINMARCA) contra el Juzgado Arbitral Comercial de Equidad.

40 Resolución N° 684 de fecha 12 de marzo de 1996. Publicada en la Gaceta Oficial N° 35.924, de fecha 20-03-1996.

41 Jorge Isaac GONZÁLEZ CARVAJAL. *Op. Cit.* p. 47. [Consulta: 2012, diciembre, 10].

42 Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional de fecha 22-04-2005, expediente N° 02-2491, caso Construcciones Industriales MARTORAMA, C.A. (COINMARCA) contra el Juzgado Arbitral Comercial de Equidad.

que la medida a practicar fuere abiertamente inconstitucional e inmotivada⁴³ y así lo detecte el tribunal ordinario.

El apoyo que el poder judicial brinda a los árbitros en la ejecución de medidas, es como el auxilio que en la jurisdicción ordinaria ocurre cuando un tribunal delega en otro la evacuación de alguna diligencia, mediante comisión, exhorto o rogatoria.

2.5.4. Ejecución de la medida sobre bienes situados en el país

Este aspecto supone el decreto de medidas cautelares por tribunales arbitrales en el extranjero para ser ejecutadas sobre bienes situados en la República Bolivariana de Venezuela. A tal efecto, la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como la Convención Nueva York fue ratificada por Venezuela, pero en ella se omite toda mención acerca de la ejecución de medidas cautelares decretadas por los tribunales arbitrales extranjeros⁴⁴.

En éste contexto, siguiendo la clásica definición de sentencia como el mandato jurídico individual y concreto creado por el juez durante el proceso⁴⁵, es considerado como el acto jurisdiccional por excelencia, que comprende tanto las sentencias definitivas como las interlocutorias. En el campo arbitral, debe hacerse una equivalencia, entendiéndose que los laudos provisionales sobre medidas cautelares son verdaderos laudos interlocutorios, cuya eficacia debe equipararse al de una sentencia interlocutoria, pues los efectos de la cosa juzgada se extienden a todo el proceso, tanto en “sede de definitiva como en sede el cautelar”⁴⁶.

Por consiguiente, en sana lógica jurídica y ante el vacío que al respecto existe, la autora de éste trabajo considera que debe reconocerse eficacia jurídica en Venezuela a los laudos provisionales extranjeros que decretan medidas cautelares; de tal manera, que la normativa a aplicar para ejecutar una medida cautelar sobre bienes situados en Venezuela es la prevista en el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial, mediante “petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente sin requerir *exequatur*”⁴⁷.

43 Paolo LONGO F. *Op. Cit.*, p. 244.

44 Andrés A. MEZGRAVIS. *Op. Cit.*, p. 51.

45 Aristides RENGEL ROMBERG. *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano*. Tomo II. Teoría General del Proceso. Editorial Arte. Caracas. 1992, p. 287.

46 Francesco CARNELUTTI. *Instituciones del Proceso Civil*. Tomo I. Editorial Atenea C.A. Caracas. 2008, p. 130.

47 Ley de Arbitraje Comercial. *Op. Cit.*

Dicha afirmación, resulta sustentable porque de acuerdo a los artículos 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil, el *exequatur* es solo para las sentencias dictadas por tribunales judiciales en el extranjero, quedando excluidos del alcance de dichas normas, los laudos arbitrales provisionales sobre cautelares.

2.5.5. Ejecución de la medida sobre bienes situados fuera del país

Este caso supone la ejecución de una medida cautelar decretada por un tribunal arbitral en Venezuela para ser ejecutada sobre bienes situados fuera de la República Bolivariana de Venezuela. En ésta hipótesis, debe revisarse la normativa que el país receptor de la medida estipula en cuanto al reconocimiento de laudos provisionales sobre medidas cautelares, pues en algunos países, los tribunales extranjeros carecen de facultades para prestar asistencia a un arbitraje extranjero⁴⁸.

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales extranjeras, conocida como la Convención de Nueva York, regula la ejecución de sentencias arbitrales dictadas fuera del territorio de un Estado distinto en el que se pida su reconocimiento, en cuyo artículo III, prevé que la ejecución de la sentencia arbitral se realizará conforme al procedimiento vigente en el territorio donde la sentencia sea invocada⁴⁹; de allí, la importancia de precisar si el país en el cual se pide la ejecución de la medida fue signatario de la Convención de Nueva York, en cuyo caso, la normativa en ella contemplada sobre ejecución de laudos provisionales y definitivos tendrá plena aplicabilidad en cuanto a la ejecución del laudo provisional.

La tarea primordial del tribunal extranjero consiste en ejecutar la decisión provisional de medidas cautelares, sin que le competa revisar los aspectos de fondo, produciendo demoras y gastos innecesarios⁵⁰. En ese orden, un sector de la doctrina se pronuncia positivamente a favor de la ejecución de laudos provisionales sobre medidas cautelares dictados por árbitros extranjeros para ser ejecutados en otro país, argumentando que es un principio de derecho común perseguir los bienes del deudor, aunado al hecho que si el ordenamiento jurídico

48 V. V. VEEDER. *Medidas Provisionales y de Conservación*. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/Enforcing_Arbitration_Awards_S.pdf p. 22. [Consulta: 2012, diciembre, 10].

49 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dictada por las Naciones Unidas en 1958. Publicada en la gaceta oficial N° 4832 extraordinario de fecha 29-12-1994.

50 V. V. VEEDER. *Op. Cit.*, p. 22. [Consulta: 2012, diciembre, 10].

del país receptor de la medida permite las estipulaciones arbitrales, debe concluirse que no debe haber ningún obstáculo para la ejecución⁵¹.

Es pertinente indicar que la Convención de Nueva York no distingue entre laudos provisionales o definitivos, pudiendo entenderse que las reglas sobre ejecución en ella contenida se extienden a ambas, aplicándose para su ejecución las reglas de procedimiento estatuidas en el país donde se llevará a cabo la ejecución.

Así mismo, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos arbitrales Extranjeros de la cual Venezuela es signataria, en su artículo 2 establece que los laudos arbitrales extranjeros tendrán eficacia extraterritorial en los Estados partes, mediante la aplicación de los procedimientos regulados por el Estado en que se solicita su cumplimiento; tal como se desprende del artículo 6⁵², todo lo cual apreciado en su conjunto conduce a afirmar que los laudos arbitrales provisionales se ejecutan en el extranjero conforme al derecho interno vigente en el país donde se pretende ejecutar.

3. La cautela en el arbitraje como garantía de la tutela judicial efectiva

3.1. Basamento Constitucional

La tutela judicial efectiva se encuentra recogida en el artículo 26 Constitucional, es una garantía procesal de rango Constitucional que comprende el derecho de todo sujeto de obtener por parte de los órganos del Estado la protección efectiva o cierta de los derechos peticionados⁵³. Significa entonces, que dicha garantía abarca la protección judicial y efectiva de la persona por parte de los órganos jurisdiccionales.

En éste sentido, por cuanto la Constitución de 1999 reconoció los medios alternos de resolución de conflictos, entre ellos el arbitraje, como parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia⁵⁴, debe interpretarse que el mismo es un mecanismo de administración de justicia, independiente del poder judicial.

⁵¹ Julio GUZMÁN JORDAN. *Arbitraje y Medidas Precautorias*. Cámara de Comercio de Santiago de Chile. Disponible en: http://www.camsantiago.cl/articulos_online/39_Arbitraje_Medidas_Precautorias.pdf p. 14. [Consulta: 2012, diciembre, 10].

⁵² Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros. Publicada en la gaceta oficial N° 33.144 de fecha 15-01-1985.

⁵³ Humberto BELLO TABARES y Dorgi JÍMENEZ RAMOS. *Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales*. Ediciones Paredes. Caracas. 2006, p. 41.

⁵⁴ Véase sentencia de la Sala Constitucional N° 1139 de fecha 05-10-00.

Por consiguiente, las medidas cautelares solicitadas y decretadas por la justicia arbitral, cuyo propósito es asegurar la eficacia práctica del laudo arbitral⁵⁵, hace parte de la tutela judicial efectiva; afirmándose que las medidas cautelares decretadas en el decurso del procedimiento arbitral forman parte de la tutela judicial efectiva reconocida Constitucionalmente.

3.2. La tutela judicial efectiva en la fase cautelar del arbitraje

La tutela judicial efectiva en materia arbitral, ha sido objeto de expresos pronunciamientos por parte del Supremo Tribunal de la República, a través de la Sala Constitucional al reconocer que:

“la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje...

(...)

A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje⁵⁶.

Ha dicho la Sala Constitucional que el logro de una verdadera tutela judicial efectiva por parte del sistema de arbitraje, requiere necesariamente la intervención de los órganos del Poder Judicial, en ámbitos tales como el ejercicio del poder cautelar de los árbitros⁵⁷.

En tal sentido, estando destinadas las medidas cautelares dictada por los árbitros para garantizar la ejecución del laudo definitivo, se afirma que forman parte de la tutela judicial efectiva, en virtud que el texto Constitucional consagra la justicia arbitral, como un verdadero sistema de justicia que actúa en conjunto

⁵⁵ Andrés A. MEZGRAVIS. *Op. Cit.* p. 26.

⁵⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 28-02-2008, expediente N° Exp. 04-1134, caso demanda de nulidad interpuesta por Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candía, Juan José Delgado y Ramón Escovar Alvarado, contra el artículo 87, ordinal 4°, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

⁵⁷ Al respecto véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. N°. 1067, *Op. Cit.*

con el poder judicial. Las medidas cautelares otorgadas por los árbitros garantizan la eficaz ejecución del laudo, poniéndose de relieve la equivalencia jurisdiccional que existe entre las medidas cautelares decretadas por los árbitros y las dictadas por los jueces ordinarios.

3.3. Posición del Tribunal Supremo de Justicia sobre la cautela en el arbitraje

En éste punto merece la pena reseñar que la Sala Político Administrativo en sus decisiones, ha sido poco favorecedora del trámite cautelar en el arbitraje en algunos aspectos particulares, como el de negar la posibilidad de dictar cautelas antes que se constituya el tribunal arbitral.

La referida Sala, ha producido sentencias en las que ha dejado claro que las medidas cautelares dentro de un proceso arbitral pueden ser dictadas, desde el momento de instalación del tribunal arbitral hasta la fecha cuando cese en sus funciones; dejando ver la improcedencia de la solicitud de medida cautelar planteada ante los tribunales ordinarios antes que se constituya el tribunal arbitral⁵⁸.

Así mismo, en otras decisiones, sostuvo que los órganos jurisdiccionales venezolanos no tienen jurisdicción para conocer la solicitud de medida cautelar formulada mientras se produzca el laudo arbitral definitivo bajo el argumento que ello implicaría revisar aspectos relacionados con el fondo del asunto sujeto a arbitraje⁵⁹.

Por el contrario, la Sala Constitucional en ejercicio de su jurisdicción normativa fijó posición al respecto, y zanjó definitivamente la duda e incertidumbre que sobre dicho tema existía, estableciendo jurisprudencialmente con carácter vinculante el apoyo que el poder judicial debe brindar al arbitraje, dictando medidas aun antes de llevarse a cabo la constitución del tribunal arbitral⁶⁰.

Ha puntualizado la Sala Constitucional que para interpretar las instituciones que confluyen en el arbitraje, debe abandonarse cualquier postura dogmática que genere un sobredimensionamiento del aspecto contractual que da origen al sometimiento de las partes al sistema arbitral, admitiendo la ayuda que el poder

⁵⁸ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. Sentencia N° 2161, de fecha 10-10-2001, expediente N° 01-0539, caso ARPIGRA, C.A. vs. Gobernación del Estado Falcón.

⁵⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. Sentencia N° 01951, de fecha 11-12-2003, expediente N° 2003-1005, caso: Tim Internacional N.V. contra Venconsul N.V.

⁶⁰ Al respecto véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. N° 1067. *Op. Cit.*

judicial debe brindar al arbitraje, especialmente en el tema de las medidas cautelares⁶¹.

Así, se observa que la Sala Constitucional ha demostrado una postura inversa a la de la Sala Político Administrativa, en apoyo al arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, dándole siempre un espaldarazo al mismo, particularmente a las medidas cautelares, reconociendo los poderes cautelares de los árbitros, quienes están plenamente facultados para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, inclusive, su potestad resolver la oposición a la misma⁶².

4. Opinión de la autora sobre el tema

De acuerdo a la especializada doctrina y jurisprudencia consultada se observó que las medidas cautelares en el arbitraje han sido objeto de una fuerte evolución jurisprudencial en el derecho venezolano, al extremo que ya se les reconoce la misma eficacia que las medidas cautelares decretadas por el poder judicial, inclusive se reconoce el trámite de oposición a la medida al igual que en el proceso judicial clásico.

Sin embargo, en cuanto a la ejecución de las medidas cautelares dictadas por los árbitros se aprecia que siguen manteniendo una dependencia de los órganos jurisdiccionales para poder ser practicadas, lo cual, choca con la independencia y autonomía que la Sala Constitucional le ha reconocido a la justicia arbitral. Así en la concepción actual la jurisdicción ordinaria presta complementariedad a la justicia arbitral.

La autonomía del arbitraje debería ser total y dotar a los árbitros de potestad jurisdiccional arbitral plena, sin que eso signifique una justicia paralela, pero sí, un verdadero sistema de justicia alternativa que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes.

El proceso cautelar en el arbitraje, comporta importantes consecuencias en el campo práctico, en virtud que si bien, en principio son temporales, pueden mantenerse vigentes en el decurso de todo el proceso arbitral para evitar que el demandado fruste la pretensión del demandante. Por ésta razón, debe dictarse un marco regulatorio más contundente para garantizar la efectividad de las medidas cautelares, pues ellas son en definitiva, las que conservan los bienes necesarios para ejecutar el laudo definitivo.

61 Véase sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. N° 1.784 de fecha 30 de noviembre de 2011, caso: Distribuidora Juan De Dios Atacho, C.A.

62 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 17-10-2008. Expediente N 08-0763. Caso Procuraduría General de la República.

Por dichas razones, debe promoverse un tratamiento jurídico uniforme y preciso para las medidas cautelares y su ejecución, de manera que no quede sujeto a dudas que permitan la interpretación que cada juez quiera darle, pues esto facilita la manipulación de la interpretación distorsionándola, con lo cual solo se favorece la burla a la justicia arbitral por parte del demandado, mediante la realización de actos que propenden a la ilusoriedad del laudo final.

El sistema jurídico interno de cada país, debe otorgarle seriedad al arbitraje, imprimiéndole la importancia que tiene, mediante la promulgación de instrumentos legislativos precisos y expresos sobre la tutela cautelar, que en definitiva es la garantía de la eficaz ejecución del laudo.

Ante la deficiente regulación sobre el tema, los acuerdos de arbitraje deben ser lo más precisos posibles, en el sentido que las partes desde el inicio, pacten la modalidad de la ejecución de las medidas cautelares, con lo cual además pondrán en evidencia su convicción de someterse al arbitraje.

5. Conclusiones

Una vez desarrollada la investigación, la autora pudo obtener las siguientes conclusiones generales:

Que el proceso cautelar en el arbitraje en la generalidad, goza de los mismos principios y características que la tutela cautelar en el proceso judicial; asimismo, que en ambos procesos (arbitral y judicial), la tipología de las medidas cautelares y sus requisitos de procedencia son los mismos, vale decir, el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y para las medidas innominadas se requiere además el *periculum in damni*.

Ahora bien, el decreto y ejecución de las medidas cautelares dictadas por los árbitros difieren notablemente de las dictadas por el juez ordinario en el proceso cautelar judicial. Veamos:

En el arbitraje dirigido por algunos centros de arbitraje, como el Centro Internacional de Resolución de Disputas y del Centro Empresarial de Conciliación de Arbitraje (CEDCA), se permite la figura del árbitro de emergencia para que decrete la medida cautelar antes de constituirse el tribunal arbitral, con la finalidad de otorgarle rapidez y celeridad a la tutela cautelar arbitral.

Las medidas cautelares de ejecución compulsiva decretadas por los árbitros, solo pueden practicarse con el auxilio o apoyo de los tribunales ordinarios, que son los únicos que gozan del poder coactivo que deriva del *ius imperium* del Estado, quedando facultado el árbitro para ejecutar por sus propios medios solamente las medidas de ejecución no compulsiva, como la prohibición de enajenar y gravar.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, estableció con carácter vinculante que los tribunales ordinarios pueden decretar medidas cautelares en apoyo al arbitraje, mediante el cumplimiento de los requisitos indicados en la sentencia N° 1067/2010.

En cuanto a la ejecución de las medidas cautelares dentro o fuera del país, puede concluirse que la normativa que rige la ejecución de medidas cautelares decretadas por el tribunal arbitral venezolano para ser ejecutadas fuera de Venezuela, es la prevista en el orden jurídico interno del país receptor de la medida, siendo importante precisar si dicho país es signatario de la Convención de Nueva York, en cuyo caso, será ésta la aplicable para la ejecución de la misma.

En caso contrario, cuando la medida es decretada por un tribunal arbitral extranjero para ser ejecutada sobre bienes situados en Venezuela, la normativa a seguir es la Convención de Nueva York y la Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 48, mediante la presentación de un escrito al tribunal de primera instancia correspondiente sin que se requiera el *exequátur*.

La tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 Constitucional, se extiende al arbitraje porque las medidas cautelares hacen parte de la tutela judicial efectiva para garantizar la eficaz ejecución del laudo.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dictado un cúmulo de sentencias líderes en materia arbitral, con carácter vinculante, en las cuales ha dado su apoyo al arbitraje y a su fase cautelar, delineando los caracteres fundamentales del mismo; en contraposición a la sala político-administrativa, cuyos pronunciamientos se alejan de reconocer que el arbitraje, goza de elementos definidores que lo equiparan a un verdadero sistema de administración de justicia arbitral.

Debe puntualizarse, que si bien el arbitraje en Venezuela ha evolucionado positivamente gracias al reconocimiento expreso que de él ha hecho la Sala Constitucional; aún existe poca cultura arbitral en los abogados, operadores de justicia y demás funcionarios judiciales, lo cual obstaculiza la eficacia del proceso cautelar arbitral. Para cerrar, se considera que en virtud de la importancia que reviste la tutela cautelar en el arbitraje, debe promoverse un tratamiento jurídico preciso que no se preste a dudas ni ambigüedades, para impedir que se facilite la manipulación de la interpretación en detrimento de la ejecución de los laudos arbitrales provisionales que decretan medidas cautelares.

Referencias bibliográficas

- American Arbitration Association. Disponible en: www.adr.org/cs/idcplg?IdcService=GET_FILE&dDocName=ADRSTG_002005&RevisionSelectionMethod=LatestReleased [Consulta: 2012, diciembre, 10]
- ANGRISANO SILVA, H. *Tutela de la Ejecución Judicial*. Caracas. FUNEDA. 2011.
- BELLO TABARES, H y JIMENEZ RAMOS, D. *Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales*. Caracas. Ediciones Paredes. 2006.
- CARNELUTTI, F. *Instituciones del Proceso Civil*. Tomo I. Caracas. Editorial Atenea C.A. 2008.
- Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3970 extraordinario, de fecha 13-03-1987.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 extraordinaria, de fecha 24 de marzo de 2000.
- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros. Publicada en la Gaceta Oficial N° 33.144 de fecha 15-01-1985.
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dictada por las Naciones Unidas en 1958. Publicada en la gaceta oficial N° 4832 extraordinario de fecha 29-12-1994.
- DEVIS ECHANDIA, H. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires. Editorial Universidad. 2004.
- DÍAZ CANDIA, H. *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje*. Caracas. Bogotá. Buenos Aires. México D.F. Lima. Santiago. Legis. 2011.
- GONZÁLEZ CARVAJAL, J. I. *Algunas Consideraciones sobre la Potestad Cautelar en la Ley de Arbitraje Comercial*. Disponible en: <http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina/Arbitrajeymedidascautelares.pdf> [Consulta: 2012, diciembre, 10].
- JORDAN, J. G. *Arbitraje y Medidas Precautorias*. Cámara de Comercio de Santiago de Chile. Disponible en: http://www.camsantiago.cl/articulos_online/39_Arbitraje_Medidas_Precautorias.pdf [Consulta: 2012, diciembre, 10].
- Ley de Arbitraje Comercial. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 36.430 de fecha 07-04-1998.
- Ley Orgánica del Poder Judicial. Publicada en la gaceta oficial de la República de Venezuela. N° extraordinario 5262 de fecha 11-09-1998.
- LONGO F., P. *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*. Caracas. Editorial Frónesis S.A. 2004.
- MEZGRAVIS, A. A. "Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral venezolano". En: *Derecho y Sociedad*. Edición homenaje a Arístides Rengel Romberg. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monte Ávila. Caracas. Editorial Altolitho. 2004.
- ORTÍZ ORTÍZ, R. *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas*. Caracas. Paredes Editores. 1997.

- RENGEL ROMBERG, A. *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano*. Tomo II. Teoría General del Proceso. Caracas. Editorial Arte. 1992.
- Resolución N° 684 de fecha 12 de marzo de 1996. Publicada en la Gaceta Oficial No. 35.924, de fecha 20-03-1996.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 28-02-2008, expediente N° Exp. 04-1134, caso demanda de nulidad interpuesta por Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia, Juan José Delgado y Ramón Escovar Alvarado, contra el artículo 87, ordinal 4°, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1067, de fecha 03-11-2010, caso Astivenca Astilleros de Venezuela C.A.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1139 de fecha 05-10-00.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1784 de fecha 30 de noviembre de 2011, caso: Distribuidora Juan De Dios Atacho, C.A.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 17-10-2008. Expediente N° 08-0763. Caso Procuraduría General de la República.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional de fecha 22-04-2005, expediente N° 02-2491, caso: Construcciones Industriales MARTORANA, C.A. (COINMARCA) contra el Juzgado Arbitral Comercial de Equidad.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. Sentencia N° 2161, de fecha 10-10-2001, expediente N° 01-0539, caso ARPIGRA, C.A. vs. Gobernación del Estado Falcón.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. Sentencia N° 01951, de fecha 11-12-2003, expediente N° 2003-1005, caso: Tim Internacional N.V. contra Venconsul N.V.
- VEEDER, V. V. *Medidas Provisionales y de Conservación*. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/Enforcing_Arbitration_Awards_S.pdf p. 22. [Consulta: 2012, diciembre, 10].
- ZULOAGA, A. "Las Medidas Cautelares en el Arbitraje". En: *Resolución de Conflictos*. Caracas. VELEA. 2004.