

## Decreto y ejecución de las medidas preventivas en el arbitraje

### *Decree and Execution of Preventive Measures in Arbitration*

*Andréina Velasco Pérez\**

#### Resumen

Se ha recogido en estas páginas, la evidencia del afán innovador del legislador patrio y la máxima expresión de libertad en el ordenamiento jurídico venezolano, para con la conducta procesal del árbitro, al estar abierta la posibilidad de incurrir en nuevas interpretaciones que puedan cambiar sustancialmente, la concepción misma de su discrecionalidad, en el decreto de Medidas Cautelares. La ausencia de los límites o el alcance de sus facultades, dentro de la normativa procesal, motiva el planteamiento siguiente, sin otra intención que examinar la autoridad del Juzgador, frente a la norma que la sustenta. Para lograr estas aspiraciones, se ha señalado como objetivo general su análisis, mediante el examen de las exigencias necesarias para su ejercicio, y así, determinar los límites del administrador de justicia ad hoc, en toda su magnitud jurídica, todo bajo la incuestionable influencia del principio de interés social. Al efecto, se apeló a la metodología operatoria del proceso de investigación documental, como instrumento de conocimiento y apoyada en el diseño descriptivo, para darle respuesta a la problemática en cuestión, fundamentada en criterios del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, la Constitución Nacional y de procesalistas patrios como Ricardo Henríquez La Roche. Este estudio logró precisar que el decreto de las medidas preventivas por parte del tribunal arbitral, garantiza el derecho a la defensa, por lo que su total aceptación, sería un paso hacia adelante, en la consecución del debido proceso.

**Palabras clave:** Árbitros, medidas cautelares, garantía.

---

Recibido: Enero 2013 • Aceptado: Julio 2013

\* Abogada, Magister Scientiarum en Derecho Procesal Civil. Diplomada en Docencia Universitaria. Doctorando en Ciencias Jurídicas. Maracaibo, Venezuela. inavelasco28@hotmail.com

## **Abstract**

On these pages, evidence of the innovative zeal of the national legislator and the maximum expression of freedom in the Venezuelan legal system regarding the procedural conduct of the arbitrator have been collected, where the possibility of adventuring into new interpretations that could substantially change the very concept of his or her discretion in the decree of cautionary measures is open. The absence of limits or the scope of the arbitrator's powers, within the procedural regulation, motivates the following exposition, with no other intention than to examine the authority of the judge in the light of the norm that sustains it. To achieve these aspirations, its analysis has been pointed out as the general objective, through examination of the requirements necessary for the judge's exercise, to thereby determine the limits of the administrator of justice ad hoc in all his legal magnitude, all under the unquestionable influence of the principle of social interest. The operative methodology of documentary investigation was used as an instrument for knowledge, supported by the descriptive design, to respond to the problem in question, based on criteria from the Venezuelan Supreme Court of Justice, the National Constitution and national trial lawyers such as Ricardo Henriquez La Roche. This study specified that the decree of preventive measures by the arbitral court, guarantees the right to defense; therefore, its total acceptance would be a step a forward in attaining due process.

**Keywords:** Arbitrators, cautionary measures, guarantee.

## **Introducción**

La pretensión de este trabajo, es encontrar maneras de entendimiento, que permitan a través del conocimiento, desarrollar el nivel intelectual, en una apropiada interpretación de las Medidas Cautelares en la Institución del Arbitraje, logrado por un tesonero esfuerzo legislativo, sin dejar de reconocer la preocupación doctrinaria y jurisprudencial existente en la materia, que siguiendo al procesalista universal Piero Calamandrei, es región del derecho procesal extremadamente fecunda.

Lo importante sobre la procedencia del decreto de Medidas Preventivas dentro del contexto de un Acuerdo Arbitral, no es otra que la esencia misma del acto en cuanto a su modo-ser, que busca la acción reguladora del debido proceso, en una evaluación analítica incesante, en la que impera el Derecho y el principio de Interés Social, que en el Arbitramento, también ha de reflejarse en toda su plenitud, creando de paso, un camino de grandes esperanzas, que compromete mucho más a la jurisprudencia nacional, para fortalecer la argumentación de su excelencia.

En esta investigación no se ambiciona exponer, ni sistematizar las disposiciones que rigen la referida institución, sino más bien indagar, los principios según los cuales pueda construirse, no solo este proceso, sino uno cualquiera, pues tiende a ir más allá de aquello que el legislador ha estatuido, trata de centrarse en lo que debía pensar.

## **Del arbitramento**

Desde el punto de vista procesal, es de destacar el principio de autonomía de la voluntad de las partes, como orientación en la pretensión de conceptualizar, la institución jurídica del arbitraje; medio alternativo de justicia con que cuenta el sistema judicial venezolano, que da a los entes o sujetos, inmersos en una confrontación predispuesta a las necesidades del diálogo, la oportunidad de analizar las condiciones compromisorias, a través de un tercero, ajeno a la organización judicial del Estado, a fin de que puedan conectar sus diferencias, en concordancia a la discrecionalidad del orden público, y sobre todo, frente al principio del interés social (Asamblea Nacional Constituyente, 1999); evidente visión del rol intervencionista del Estado, que en buena parte lo condiciona y al mismo tiempo lo limita, al obligar a cumplir de cuidado, lo que se prescribe para el bien común, como valor lícito e instrumento de tutela del Derecho, que se realiza por aplicación del principio de la soberanía constitucional.

En todo caso, el principio del interés social, como mecanismo para una justicia accesible y humanitaria, sólo será posible con aportes de las reputaciones y pertinencias con que el Derecho Procesal ha enriquecido a la Ciencia Jurídica y sus Disciplinas, de allí la atención del legislador patrio, para con instituciones que procuran la aceptación a la conclusión, como ocurre con el arbitraje, entendido como “toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello. (...), es por naturaleza, una vía de solución pacífica en el conflicto objeto de dicha facultad” Diccionario Jurídico Venezolano (2000, p.152-153), por lo que obligatoriamente, nace arropado en el principio constitucional del debido proceso (Asamblea Nacional Constituyente, 1999).

Sin afanes pretenciosos de fijar posición alguna en lo que debe desenvolverse el cometido conceptual del arbitraje, se comparte la opinión de concurrir para lograrlo, al principio de la supremacía de la constitución, (Asamblea Nacional Constituyente, 1999), que lo identifica con el debido proceso y demás previsiones constitucionales (Asamblea Nacional Constituyente, 1999), sin rechazar la indispensable presencia de la Ciencia del Derecho, en sus pareceres doctrinarios, como es de notar el de Piero Calamandrei, que con un vocabulario preciso, entendible y sugestivo, lo define como “el uso de someter la decisión de la controversia a un particular de confianza común de los contendientes (árbitro), a cuya decisión las partes se obligan, por contrato, a atenerse” (1973, p.227), sin que esto signifique que la vía arbitral suponga una renuncia al derecho de una tutela judicial efectiva, pues

“es perfectamente compatible el derecho de las partes a resolver sus problemas en materia sobre la que pueden disponer dentro del marco que libremente convienen, y la posibilidad de acudir a los tribunales, no para discutir la decisión del árbitro en cuanto al fondo, ya que se comprometieron a acatarla, sino para comprobar si aquélla se ha producido conforme a lo acordado dentro de la legalidad vigente, pues resultaría inadmisibles dar valor al laudo dictado, sobre la base de un convenio arbitral nulo”. Gómez (1991, p. 173).

## **Naturaleza jurídica**

Siendo el arbitraje, una convención que involucra un concurso o coincidencia de voluntades, que al conjugarse producen determinados efectos, encaminados a una finalidad jurídica, no cabe duda que se identifica con el negocio jurídico bilateral, figura desencadenante de derechos y deberes, de comportamientos y de conductas, con la particularidad de que el acuerdo, o sentencia decisoria arbitral, no se lleva a efecto por organismo propio del Estado, sino legitimados, excepcionalmente, por voluntad de los individuos comprometidos, a los que una regla de Derecho, imputa consecuencias valorables por el orden jurídico.

De allí, surge otra de sus cualidades, el principio de autonomía, relevante en sus propios presupuestos, no supeditados ni compartidos con otras Instituciones. El principio del debido proceso, aparece entre muchas otras manifestaciones en su proposición normativa, encarnando un valor positivo, que resulta del carácter eminentemente alternativo de su procedencia, robustecido por las vías y los medios primordiales de creación, como un procedimiento más eficaz, para resolver las necesidades judiciales de los particulares, tal como le sea sugerido en la petición de la relación controvertida, en razón del principio de autoridad en el proceso, al dar a quien lo atienda, todos los poderes habidos en su función decisoria.

La regulación para con su tratamiento, que reclama para sí el principio de abreviación del proceso, carente de vestigios alarmantes, libera a la solicitud de referencias inoperantes y ritos inoficiosos, desprendiéndose hábilmente de la formalidad propia de la función judicial. Esto significa, que contiene todos los ingredientes para obtener el fin supremo que se propone, para su complementación definitiva, la efectividad plena de la tutela jurídica.

## **Del Procedimiento Arbitral**

De las advertencias pretorianas y bajo el influjo de enseñanzas y señalamientos del Código de Procedimiento Civil italiano, la figura jurídica del Arbitraje aparece en el Código de Procedimiento Civil venezolano, promulgado el cuatro de Julio de 1986, como procedimiento especial-contencioso (Congreso de la República de Venezuela, 1986), opacado entonces, por la insistencia de iniciativas ajenas a su propósito, que lo tradujeron literalmente en letra muerta. El 30 de Diciembre de 1999, el Estado de legalidad constituido, monopoliza la estructura de su fundamento...l

“a la luz de las normas contenidas en los artículos 253 y 258 de la Carta Fundamental, debido a que de una manera acertada y armónica reconocen e incorporan los medios alternativos de conflictos, como parte integrante del sistema de justicia patrio y, aunado a ello establece una directriz a los órganos legislativos a los fines de que éstos promuevan al arbitraje, conciliación, mediación y demás vías alternativas para solucionar las controversias” Moros (2006, p.2.281).

...que se desarrolla en la norma adjetiva (Congreso de la República de Venezuela, 1986), como método de heterocomposición procesal, dado por terceros imparciales, que derivan de un manifiesto de voluntades de las partes contendientes, siguiendo cierta sucesión lógica, que presupone combinar entre sí, en una forma de control, la declaración formal que vincula a los justiciables y, la participación y transparencia en sus gestiones. Régimen que el legislador en su esfuerzo por concertar un sólo tipo de procedimiento, se inclinó también por trasladarlo a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Artículos 6, 138 al 149), (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2002) tal como está estatuido y, bajo la misma vigilancia de efectividad, revitalizada en gran medida por su jerarquía de norma de orden público.

La precisión en que se desenvuelve el proceso arbitral civil, no examina cuestiones sobre estado, divorcio, separación de cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción. La acepción de la expresión “estado”, está referida a la situación en que se encuentra la persona dentro de la sociedad, en relación con los diferentes derechos, facultades, obligaciones y deberes que lo atañen. El matrimonio es una institución fundada en un principio moral, la familia, sustentado por el buen deseo de sus integrantes, mediante una comunión pacífica y armoniosa de sus vidas con recíprocos derechos y obligaciones; importa reconocer, al propio tiempo, que el divorcio ha sido instituido precisamente, para sancionar la infracción de tales compromisos, que al igual que la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, es misión del Juez que atiende la causa, no de terceros.

De los asuntos por los cuales las partes, promediando recíprocas concesiones, dan origen a convenios arbitrales, previos a un juicio, o a los acuerdos que surgen dentro del proceso, se perfilan plenamente dos tramitaciones; una, cuando existe pleno convencimiento en su aceptación y la otra, ante la negativa de una de las partes a su formalización, ambos con existencia o no de juicio; fundamento éste de orden público, el cual es la base de todos los procedimientos especiales establecidos en el libro cuarto del Código de Procedimiento Civil.

El Acuerdo Arbitral Civil, una vez formalizado, constituye una renuncia formal, promovida por las partes, con interés jurídico actual, Artículo 16 Código de Procedimiento Civil, (Congreso de la República de Venezuela, 1986) involucradas en la pugna, para que el conocimiento de la cosa litigiosa, sea acreditado por petición propia, a la soberanía de los árbitros, investidos de una potestad singular muy semejante a la de los jueces naturales, al admitir, dirigir, vigilar, la procesión de las ceremonias procesales; facultad exclusiva que cede al particular, el Poder Público por imperio de Ley, en asuntos disponibles a la capacidad de obrar, que en cuya observancia está interesado el orden público en cuanto a su cumplimiento, aunque pueden ser renunciadas y relajadas por convenciones privadas, con la vital importancia que requiere la capacidad para actuar, que se adquiere de ordinario por la mayoría de edad,

“no ya en cuanto la misma tenga la pertenencia de los derechos subjetivos en general, sino en cuanto sea apta para gobernarse por sí, en las diversas contingencias de la vida práctica, o sea, para ejercitar por sí el derecho subjetivo, y presupone por consiguiente la capacidad jurídica. Tal es el sustrato de hecho de la capacidad de obrar” Messineo (1954, p.110).

En existencia de causa, en cualquier estado de primera instancia, la propuesta de solución arbitral, debe provenir de la intención de las partes comprometidas, en todo caso debe estar definida en documento público o privado, dejando constancia en autos de su consignación, o bien, de no estar redactada, dirigirse al Tribunal por diligencia o escrito, cuyo refrendado le da categoría a la transcripción de auténtica el Juez competente, que con arreglo a las atribuciones que le están señaladas, asume su autoridad, para darle carácter de legitimidad al planteamiento arbitral, que va más allá de la actuación notarial, debe darle su aprobación al compromiso, valorando la validez y eficacia de la declaratoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos, que la legislación exige para que surta plenos efectos jurídicos.

Convenido el compromiso y agregado a las actas procesales, se procederá al día siguiente de manifestado su aceptación por escrito, a la elección de los árbitros (artículo 610 Código de Procedimiento Civil), y su nombramiento, que es irrenunciable. Constituido el Tribunal, serán juramentados por el Juez natural (Artículo 628 Código de Procedimiento Civil), quien les hará entrega inmediata de las actas, obligados a dictar el laudo, dentro del término que señale el compromiso (Artículo 623 *eiusdem*), que puede ser prorrogado procesalmente por mandato de Ley (Artículo 251 Código de Procedimiento Civil), con declaración expresa en el auto de diferimiento y, por un plazo no mayor de treinta (30) días. De excederse, los lapsos para interponer recursos no correrán sin notificación, sin perjuicio de hacer efectivo el recurso de queja (artículo 830 numeral 4º Código de Procedimiento Civil), de conocimiento vinculante para el Juez de mérito, motivada y fundamentada en un medio de prueba, que signifique violación grave o la amenaza delictiva que se debate (Congreso de la República de Venezuela, 1986)

Precisa tener en cuenta, que el laudo arbitral es una sentencia, tanto por la tramitación que debe observarse para dictarla, como por los elementos que debe contener en sí, como representación impersonal de la soberanía del Estado, su incumplimiento es fundamento de apelación por vía de denuncia (artículos 288 y 624 Código de Procedimiento Civil), siempre y cuando así lo hayan acordado las partes y, por sus carencias procesales, la interposición del recurso de nulidad, una vez publicado por el Tribunal que conocía la causa, cuyo lapso empieza a correr al día siguiente. Sobre la interposición del recurso de nulidad (Artículos 626 y 627 Código de Procedimiento Civil), inobjetable como mecanismo de defensa, en el arbitraje, se concibe sin lugar a dudas reducido a su mínima expresión, por la concepción formalista de su proceso, al establecer taxativamente las causales para su

procedencia, que brinda menor alcance y profundidad de visión en la noción de la tutela jurídica efectiva (Congreso de la República de Venezuela, 1986)

En cuanto al ámbito de responsabilidad objetiva, patrimonial e integral, de los árbitros, comprendida dentro de la legalidad constitucional, resulta vital a los fines de la obligación resarcitoria de los mismos, que el motivo de su gestión, vulnere el derecho a la defensa y se ocasionen males irreversibles en la esfera de los derechos constitucionales, en concurrencia con la relación de causalidad que debe existir entre el hecho imputado y el daño producido, comprensible únicamente en un sistema democrático que reconoce la afirmación del Derecho, frente a las posibilidades compulsivas del ente titular y definidor del orden público, que de no ser contenidas, acabarían con él por falta de indispensable salvaguarda.

No hay que olvidar la posibilidad de utilizar otros medios extraordinarios de terminar el arbitraje sin laudo, como es el desistimiento mutuo, que podrá ocurrir en cualquier momento, salvo que haya sentencia ejecutoriada (Artículo 263 Código de Procedimiento Civil), pues se trata del abandono bilateral de la pretensión arbitral, debido a sus propias voluntades, dejando sin efecto sus derechos sustantivos y procesales (Congreso de la República de Venezuela, 1986)

Ahora bien, sin causa judicial en curso, pero sí la existencia de cláusulas compromisorias arbitrales, de haber renuencia al dispositivo contractual, la parte interesada en su cumplimiento, para afirmar “como existente una voluntad concreta de ley, positiva o negativa, invoca éste, al órgano del Estado para que actúe tal voluntad” Chiovenda (1938, p.74), que consiste como en toda demanda, en el primer acto del proceso, señalar los fundamentos del derecho en que se apoye y el objeto de la pretensión (Artículo 340 Código de Procedimiento Civil), que supone para el solicitante, la carga de gestionar la citación del solicitado, so pena de que se produzca la perención de instancia (Artículo 267 Código de Procedimiento Civil) y, para el Juez por su parte, nace el deber de impulsar el proceso (Artículo 14 Código de Procedimiento Civil), (Congreso de la República de Venezuela, 1986). Es de advertir que la perención no obra sobre la acción, sino sobre el procedimiento, se trata de una presunción de consentimiento que la Ley deduce del silencio, correspondiendo al actor, dar vida y actividad a su reclamación. La falta de determinación de su parte, es lógico considerarla, como un tácito propósito de desistimiento o de abandono.

Admitido el reclamo acompañado de los recaudos disponibles, cambia el procedimiento radicalmente, comparado con el anterior, de armonioso convenio y, se convierte su tratamiento semejante al del procedimiento ordinario, ajustado al régimen especial que lo regula.

El Tribunal ordenará la citación de la parte contumaz, mediante boleta, de la que se debe dejar constancia en el expediente, por su dependencia con la contestación del llamado, que contribuye junto al principio de obligatoriedad de las formas procesales, a alentar el rito de indicción al sujeto a quien va dirigido a responder, no dentro de un plazo, como ocurre en el juicio ordinario, sino en un día determinado, el quinto siguiente de ser emplazado, oportunidad de objetar y justifi-

### *Decreto y ejecución de las medidas preventivas en el arbitraje*

car con razón su comparecencia (Artículo 609 Código de Procedimiento Civil), (Congreso de la República de Venezuela, 1986).

La convocatoria al proceso, también puede llevarse a cabo por medio de alguacil distinto al natural, o Notario de la misma circunscripción, o lugar donde resida el contumaz (Artículo 218 y 345 Código de Procedimiento Civil), o mediante apoderado, mandato que otorgado preferiblemente por escrito en forma pública, puede darse en el procedimiento arbitral en hechura privada. De acudir el poderdante, resulta el más eficaz de los procederes en la indicción de la trabazón de la litis (Congreso de la República de Venezuela, 1986).

La citación por correo, subordinada a pedimento expreso, agotada la personal, estriba en que los recaudos citatorios que requieren su validez, en su práctica, es gestión de persona ajena al componente judicial que certifica su autenticidad, con recibos de validez extrema, de recepción y devolución, pero en caso de resultar el intento infructuoso, o entregados en persona no destinataria, dificulta la certeza de su conocimiento, por lo que se comparte la opinión, de apelar además a la notificación, para corroborar,

“a través de otro funcionario distinto, a los fines de que por medio de dos fuentes de información diferentes, el citado quede enterado de la comunicación judicial que se le quiere hacer, y haya así más garantía para su defensa” Henríquez (1996, p.168)

Si faltare el solicitado a emplazamiento, será declarado confeso y válido la cláusula compromisoria, sin permitírsele defensa alguna, por lo que una vez que quede constancia en autos de este hecho, se procederá a la elección de los árbitros (Artículo 614 Código de Procedimiento Civil), (Congreso de la República de Venezuela, 1986),

Si contradice la cláusula compromisoria, se abrirá una articulación probatoria de quince (15) días (Artículo 611 Código de Procedimiento Civil), (Congreso de la República de Venezuela, 1986), prorrogables de oficio o a petición de parte, si las pruebas promovidas pudiesen ser determinantes en la resolución. La intervención oficiosa o a petición de parte de personas naturales o jurídicas, distintas de los sujetos del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos, o bien, entes corporativos o institucionales que ejerzan particulares actividades profesionales, en cuanto se refiere a la materia de la experticia, es válida en el procedimiento arbitral, medio probatorio específico, que tiende a un resultado no vinculante para el enjuiciador, quien puede rechazarlo total o parcialmente, de no encontrar claridad suficiente en el dictamen.

Vencido el lapso, el Tribunal sentenciará dentro de los cinco (5) días siguientes, fallo que tendrá apelación en ambos efectos, y la decisión del superior vendrá investida, con el carácter de cosa juzgada. De ser declarado el compromiso arbitral, se procederá a la elección de los árbitros.

## **Poder Cautelar Arbitral**

La expresión reflejada en el primer aparte del artículo 608 del Código de Procedimiento Civil (Congreso de la República de Venezuela, 1986), corresponde esencialmente a una expresión lógica-normativa, de comprensión y construcción jurídica, signada por el principio de la autonomía de la voluntad, que hace posible, la intervención de personas distintas de los sujetos ordinarios de la contienda, y que tiende a un resultado vinculante, tanto para las partes, como para el Juzgado Ejecutor del Laudo, de manera que la racionalidad de sus planteamientos, atiende más, que lograr la asimilación de verdades generales, llevar procesos idearios, que por su trascendencia, merezcan ser conocidos y valorados positivamente, que si bien suponen un mayor esfuerzo, procuran en compensación a ello, un fallo profundo y selecto, que justifique la terminante y categórica autoridad decisoria del Tribunal Arbitral.

En este contexto, las decisiones de la Corte Arbitral son de tal importancia, que el Estado se reserva un preciso y definido poder de control, en el sentido, que las consecuencias jurídicas impuestas, están protegidas con un manto de legalidad, que permite conocer mediante el recurso de nulidad, la existencia del contradictorio, que es la regla por excelencia para garantizar el derecho a la defensa.

Ahora bien, como quiera que el Laudo representa la realización de un acto jurisdiccional, las condiciones sobre las cuales puede alcanzarse, deberán estar ajustadas a la Ley y, aunque el texto procedimental nada señala al respecto, las posturas de estos administradores de justicia ad hoc, deben ir encaminadas al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, por lo tanto, en ausencia de enunciación expresa, en el instrumento compromisorio, tales atribuciones no pueden quedar limitadas en virtud de interpretaciones restrictivas, que desvirtúen la naturaleza misma del proceso.

En tal sentido, la conveniencia de proteger los derechos e intereses de los sujetos que integran la relación procesal, ha hecho surgir la necesidad de concebir y estructurar dentro del sistema legislativo, un amparo anticipado de los mismos, una garantía para reforzar jurídicamente, los medios económicos de cumplimiento de una obligación, ya que en la mayoría de los casos, resultan insuficientes, las limitaciones que surgen de la cosa juzgada material.

Estas medidas de cautela, consideradas por la doctrina como un apéndice de la ejecución forzada, no cuentan, con un enunciado dogmático, dentro del articulado adjetivo venezolano, pero sin lugar a dudas, nacen como auxilio en la coexistencia, conservación y perfeccionamiento de las relaciones humanas, al organizar el régimen de esa convivencia, mediante preceptos imperativos-atributivos, que le sirven de instrumentos al juez, en la dirección del proceso, para evitar la alteración del equilibrio inicial de fuerzas entre las partes y así, concurrir a una finalidad constructiva, que no es otra, que asegurar la permanencia de la paz jurídica.

*Decreto y ejecución de las medidas preventivas en el arbitraje*

“La definición de las providencias cautelares, sin salir del campo procesal, ha de buscarse, más que a base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no es la cualidad de sus efectos, son en el fin, a que sus efectos están preordenados” Calamandrei (1984, p.137)

Por lo tanto, podrían ser entendidas, como el medio por excelencia, para mantener inmutable, una situación de hecho o de derecho, incierta o controvertida, que se teme pueda ser alterada por eventos imputables a las partes y, de esta manera, resguardar el proceso, a fin que la norma individual estampada en el fallo definitivo, se convierta en realidad operante, entre los sujetos de la acción. A pesar de su independencia del “principio de alteridad, que implica que todo derecho comporta una obligación y que todo titular de derecho tiene que tener relación con el sujeto obligado” Brewer Carías (2000, p. 200), su decreto, considerado un acto de discrecionalidad dirigido por la ley, encarna una verdadera declaración de certeza, sobre la existencia de un peligro de daño jurídico, que amenace los intereses tutelados por el derecho objetivo, brindando solución al conflicto que genera, la imposibilidad procedimental, para crear sin retardo una decisión, conciliando de esta manera, dos de las exigencias más frecuentemente opuestas de la justicia, la celeridad y la ponderación.

Por criterio jurisprudencial nacional, están catalogadas como,

“un medio, instrumento o elemento que sirve para la realización práctica de otro proceso,- eventual o hipotético, según el caso-, y su resolución principal; partiendo de la hipótesis de que ésta tenga un determinado contenido concreto, conforme a la cual se anticipan los efectos previsibles, por lo que el contenido de estas medidas es el mantenimiento de una situación de hecho, de Derecho, en salvaguarda de derechos, sobre los que se pronunciará el Juez que conoce el fondo del asunto, para una vez que dicte sentencia definitiva sobre lo principal, no opere e vacío y pueda ser realmente efectiva” Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional (2003, p.107)

Chiovenda las define,

“como la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la Ley, mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares, o de otros, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva” (1935, p.10)

de las que no puede negarse además su instrumentalidad,

“que es hipotética porque solo existe en la hipótesis que el contenido de la providencia principal sea a favor del que ampara la

medida cautelar; y diríamos aún más, que es hipotética también en la hipótesis que se dé el juicio principal futuro. En este caso, la medida cautelar tiene una instrumentalidad eventual” Henríquez (1996, p292)

...pues no existen por sí mismas; estrictamente, crean una situación que de otro modo no se originaría y, que sin lugar a dudas, permite que la tutela jurídica del caso concreto, sea en lo posible, justa realización del derecho objetivo, lectura que muestra algunos de sus otros caracteres que las identifican, como la provisoriedad, que satisface anticipadamente –tutela anticipatoria- y, con base en una cognición sumaria, el derecho material afirmado por el actor, aún sin producirse cosa juzgada material. También resalta su accesoriedad, pues el proceso cautelar siempre depende de la existencia de un proceso judicial principal y, el decreto de inaudita altera parte, cuando se ordena sin oír previamente al contrario y, por último, esencialmente, su jurisdiccionalidad, particularidades que encajan a la perfección en el arbitraje, para asegurar la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación coercible del derecho.

El decreto de las medidas preventivas, no es más que una manifestación de imperio del sentenciador, sin embargo, dentro del arbitramento civil, se evidencia una laguna normativa, que aunada a un silencio contractual, pudiera convertir en nugatorio la ejecución del fallo, al respecto, El Tribunal Supremo de Justicia ha manifestado

“que el Código de Procedimiento Civil no prevé las medidas cautelares para el procedimiento especial de arbitramento, ni en esta fase previa, ni luego de constituido el tribunal arbitral... escogido el arbitraje como modo de solución de conflictos, antes de la constitución del Tribunal Arbitral, los jueces no tienen jurisdicción para conocer una solicitud de medida cautelar” Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa (2003, N° 01951)

Criterio que hace a un lado la responsabilidad del Estado, no solo en su poder-deber de restaurar el derecho ofendido por la transgresión, sino que además, en la necesidad de la moralización de la pendencia, demuestra su insuficiencia como órgano especial inquisitorio en permanente vigilancia, en lo atinente al principio de lealtad y probidad de las partes en el proceso, sin pasar por alto, la mengua al principio del derecho a la defensa, al inmolarse en detrimento de demandante, sus prerrogativas alternas de garantía que le corresponden, convirtiendo al Instituto del Arbitraje, en un mecanismo insuficiente para garantizar la tutela jurídica efectiva.

Inclinarse por la amplitud del poderío arbitral en sede cautelar, que perfila referencias a contenidos de valor, demostraría una reafirmación de los principios procesales, que en defensa del derecho se han conquistado, obligando a considerar nuevas orientaciones en el fundamento y justificación de la tutela jurisdiccional cautelar, la cual no solo estará supeditada a la ritualidad de las formas, sino a la

discrecionalidad, bien entendida del juzgador, que autoriza afirmar, que en lo que respecta al decreto de las medidas precautelativas, no hay posiciones neutras, el precepto se expresa diáfanoamente entre la ejecución y la omisión, pues

“se trata de examinar, por un lado, la estructura de la norma, y por otro, las relaciones que la norma presente con la conducta vinculada y con el poder que la instituye; es decir, lo que se propone es el análisis de tres conceptos correlativos, pertenecientes a órbitas diferentes. Estos tres conceptos son: validez, vigencia y positividad” Delgado (1959, p. 5)

En la tutela cautelar, con el aseguramiento concurrente de la certeza del buen derecho, el riesgo manifiesto de quedar burladas las resultas del proceso (Artículo 585 Código de Procedimiento Civil), o bien, el fundado temor de lesiones de hecho de difícil reparación al derecho vulnerado (Artículo 588 parágrafo 1 del Código de Procedimiento Civil), no establecen una orientación suficiente, para su efectiva procedencia, lo determinante en su secuencia procesal, es el enaltecimiento de las exigencias en su cumplimiento, para que desde el punto de vista particular, no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto; así el magistrado, tendrá un amplio campo de valoración, que lo llevará a la conclusión, de que están dadas todas las estipulaciones para su otorgamiento (Congreso de la República de Venezuela, 19186).

Apreciación que recoge para el proceso arbitral, el inapreciable merecimiento del principio de jurisdiccionalidad, que en la aceptación de las reglas del juego allí comprometidas, instaura desde su razón de ser, una manifestación sustitutiva del imperio o poder discrecional concentrado en el Estado.

De lo expuesto, el particular colegiado arbitral, al desempeñar su cargo, queda equiparado a la de un funcionario u órgano del Estado, con todas las prerrogativas que dispone el principio de la jurisdiccionalidad, para su ejercicio en un hecho determinado, al que se vinculan, Árbitro-Estado-Compromitentes, como consecuencia jurídica del conferimiento de los poderes jurisdiccionales y el respeto que para ello conlleva de parte de ambos y de sus promotores; deducción que no atiende tanto a la declaración de condescendencia, sino a la de la Ley. Sin embargo, no dejan de ser particulares quienes ejercen la función jurisdiccional, de modo que en los casos en los que haya necesidad de acudir a acciones coercitivas, tendrán que dirigirse a la autoridad judicial competente que se instituye, para asegurar el modo de comportamiento, no derogable por voluntad de las partes (Artículo 622 Código de Procedimiento Civil), (Congreso de la República de Venezuela, 1986).

Si el árbitro tiene los mismos poderes que el Juez togado, de arbitrar el fondo del asunto, también debería estar facultado para resolver incidencias cautelares, como también podría ordenarlas, subordinadas al otorgamiento de una garantía adecuada, bajo una compostura acogida al procedimiento procesal común, hasta conducir las al fallo definitivo, que no es más que un laudo arbitral inciden-

tal, destacado con los mismos elementos esenciales de una sentencia emitida por la autoridad judicial ordinaria, impregnada como ésta, de motivación evidente y, del juzgamiento limitado al contenido compromisorio consiente.

De no haber oposición a la medida decretada, se provee a su ejecutoriedad, acto administrativo dictado por la autoridad arbitral competente, es decir, la misma que ha dictaminado sobre la medida cautelar solicitada.

La necesidad en el arbitraje de la intervención de un órgano de la jurisdicción ordinaria, es para cuando se trata de la ejecución obligada de la sentencia cautelar, definitivamente firme, sin perder por ello el Tribunal Arbitral su jurisdiccionalidad, o fracción de la misma, puesto que en esta función, ni la ha tenido, ni la tiene, como tampoco cualquier tribunal ordinario o especial, tan es así, que en la estructura piramidal del Poder Judicial venezolano, está previsto el funcionario competente, como lo es el Juez Ejecutor de Medidas, lo que no opta para que el procedimiento arbitral, carezca de control de parte de la autoridad judicial ordinaria.

Sin embargo, a pesar de considerarse plenamente justificada la amplitud de la autoridad arbitral, el poder cautelar no puede ser exclusivo de los árbitros, cuando se está en presencia de un contrato compromisorio, pues antes de la constitución del foro y, llenos los extremos de ley para el decreto de una medida preventiva que garantice la ejecutoriedad del Laudo, el justiciable no puede de ninguna manera quedar indefenso, al presumir su renuncia a la jurisdicción ordinaria, pues esta circunstancia atentaría contra el concepto de tutela judicial efectiva.

Al respecto, y contrario a lo ordenado por el Alto Tribunal de la República, en Sala Político Administrativa, se debe aprobar la existencia de una competencia concurrente, como lo sugiere la Ley Modelo de Arbitraje Comercial, propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas, acogida por países como Perú, Chile, España y México, que permite expresamente la posibilidad de interponer una medida cautelar en sede judicial, antes de iniciado el procedimiento arbitral, sin que esto signifique dimisión al acuerdo previo, pero sí, una evolución en esta institución procesal de carácter excepcional, encomendada a la justicia privada (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1985)

## **Conclusiones**

La institución del Arbitraje, no es solución alguna a crisis de idoneidad para atender con prontitud y eficiencia, los conflictos, ni es garantía o sinónimo de honestidad, pues suscribir un acuerdo arbitral, no asegura la inviolabilidad de un orden práctico como el derecho.

Para obtener el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas infringidas, se requiere además, que ese derecho sea tutelado, con el merecimiento del debido proceso, de donde resaltan valores de transparencia, responsabilidad, autonomía e independencia, para evitar toda privación, menoscabo o restricción, que pudiera incidir a la desviación de la causa en rigor. La imparcialidad trata de armonizar supuestos que ejercen funciones de control, que los árbitros tienen el deber de hacerlas ciertas, en el entendido, que la resultante de su ponderación, debe estar

acorde con la trascendencia que ello representa, en perfecto recato con la conducción de la potestad sancionadora, que se extiende a lo largo de todo el proceso, sin perjuicio del bien común, hasta que se determine la prerrogativa denunciada.

El decreto de las medidas preventivas en el procedimiento arbitral, resalta la máxima expresión del ejercicio de la jurisdicción, no solo en términos garantistas, sino en el acrecentamiento de los poderes del árbitro, y en el cumplimiento del deber de auxilio a que están obligados los tribunales ordinarios, que destaca además del resguardo de los derechos subjetivos, la verdadera rectoría en el conflicto, lo que constituye un avance sin precedentes en la interpretación progresiva de la ley, sin pasar por alto, las consideraciones atinentes al principio de lealtad y de probidad de las partes en el arbitramento, que involucran al Estado como órgano de control, donde la verdad requiere mayor infusión de exigencias y obligaciones morales, y así, la ética, acobijar al derecho bajo su influjo, en comunicación con los medios probatorios, aun cuando sus méritos se desplacen al arte de juzgar, según las reglas de la equidad.

## **Recomendaciones**

Las sólidas disertaciones con que la hermenéutica jurídica ha hecho manifiestas sus enseñanzas, dedicadas a las medidas cautelares como instrumento asegurador de las resultas del juicio, unida a la marcha de las nuevas tendencias del Derecho Procesal, induce a examinar la posibilidad que la influencia de la imponente riqueza del principio de brevedad que la fundamenta y, sus consecuencias jurídicas, pudieran formar parte del arbitramento en todas sus fases, incluso antes de ser constituido el tribunal arbitral y, así, adecuarse a los preceptos proclamados en la Constitución Nacional. Argumento que refuerza el artículo 26 de la misma, a pesar que la experiencia ha demostrado, que la jurisprudencia se niega a erradicarlas en el arbitraje.

Acoger la legislación venezolana en materia civil, algunas directrices orientadoras de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial, propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1985), conocida por sus siglas en inglés como UNCITRAL, pudiese ser el comienzo para que el decreto de las medidas preventivas tenga positiva y efectiva vigencia y, por ende, al reconocerlas y valorarlas, el procedimiento arbitral en sí, constituya un verdadero medio alternativo de solución de conflictos, destinado no solo a oxigenar el congestionamiento de los juzgados ordinarios, sino que además, tenga el poder de convencimiento ante la colectividad, que la cultura del litigio está siendo superada.

La tutela judicial efectiva, que es atender y resolver la situación procesal inmediata, como responsabilidad de Estado, permite que el principio de la unicidad de procedimiento deba imponerse, lo que supone que es cuestión de espera, quizás hasta necesaria, de disponer del mejor de los ordenamientos.

## Referencias Bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente (1999). Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.860. Venezuela.
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2002). Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial N° 37.504. Venezuela.
- Brewer Carías, Allan (2000). **La Constitución de 1999**. Editorial Arte. Venezuela.
- Calamandrei, Piero (1984). **Providencias Cautelares**. Editorial Bibliográfica Argentina. Argentina.
- Calamandrei, Piero (1973). **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina
- Chiovenda, Giuseppe (1938). **Principios de Derecho Procesal Civil**. Tomo II. Editorial Reus. España.
- Chiovenda, Giuseppe (1935). **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Editorial Revista de Derecho Privado. España.
- Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1985). Ley Modelo de Arbitraje Comercial. Extraído de: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)  
Consulta: 13/01/13
- Congreso de la República de Venezuela (1986). **Código de Procedimiento Civil**. Gaceta Oficial 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990. Venezuela
- Delgado, José (1959). **Arte y Ciencia del Derecho**. Tipografía Cervantes. Venezuela.
- Diccionario Jurídico Venezolano (2000). **Diccionario Jurídico Venezolano**. Ediciones Vitales. Venezuela.
- Gómez de Liaño, Fernando (1991). Comentario al artículo 11 LA. En R. Berco-vitz Rodríguez-Cano Coordinador, “**Comentarios a la ley de arbitraje**”. España.
- Henríquez La Roche, Ricardo (1996). Código de Procedimiento Civil. Tomo II. Editorial Altolitho. Venezuela.
- Messineo, Francesco (1954). **Manual de Derecho Civil y Comercial**. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina.
- Moros Puente, Carlos (2006). **La Constitución según la Sala Constitucional**. Librería J. Rincón. Venezuela.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional (2003). **Jurisprudencia**. Tomo CXCVIII. Ramírez & Garay S.A. Venezuela
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa (2003) Jurisprudencia. Extraído de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/01951-111203-2003-1005.htm> Consulta: 13/01/13.