



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES-TÁCHIRA  
“DR. PEDRO RINCÓN GUTIÉRREZ”  
POSTGRADO EN DERECHO MERCANTIL  
MENCIÓN SOCIEDADES**

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

**“MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE ARBITRAJE  
COMERCIAL”**

Septiembre, 2008

Atribución - No Comercial - Compartir Igual 3.0 Venezuela  
(CC BY - NC - SA 3.0 VE )



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES-TÁCHIRA  
“DR. PEDRO RINCÓN GUTIÉRREZ”  
POSTGRADO EN DERECHO MERCANTIL  
MENCIÓN SOCIEDADES**

**“MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE ARBITRAJE  
COMERCIAL”**

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

**Trabajo Especial de Grado  
Para optar al título de Especialista en Derecho Mercantil  
Mención Sociedades**

**Autor:  
Domingo Antonio García Carrero  
C.I. 5.646.727  
Tutor:  
Dr. Nelson Grimaldo**

San Cristóbal, Septiembre de 2008

## DEDICATORIA

Existen más cosas en la vida que podemos ver. Coexisten dos mundos simultáneamente en dimensiones paralelas: el mundo físico de nuestros cinco sentidos, y el mundo espiritual de nuestra realidad.

Mi meta en la vida es encontrar una forma de juntar estas dos dimensiones.

Hoy, presento esta tesis con las limitaciones de mis cinco sentidos en el mundo físico, en el mundo del derecho, donde puse especial atención a las sincronizaciones, coincidencias, intuición, inspiración creativa y milagros, así como las enseñanzas de los facilitadores de los diferentes temas o materias que se abordaron. Por eso al alcanzar la meta que me propuse quiero dedicar este paso a Dios todo poderoso, a mis padres, mi esposa e hijos que con su paciencia y comprensión me ayudaron a concluir este proyecto, sin olvidar el apoyo prestado por mis compañeros de estudio y profesores que guiaron mis conocimientos.

*Domingo Antonio García Carrero*

## AGRADECIMIENTO

A la Universidad de los Andes ULA y a su cuerpo docente quienes forjaron en los integrantes del postgrado unos conocimientos críticos muy valiosos para la formación profesional.

Al Dr., Nelson Grimaldo, tutor y asesor del presente trabajo de grado

Al Profesor Omar Pérez Días, por sus consejos para la elaboración de la tesis

A la Coordinadora de la Especialización Mariana Buitrago, colega y compañera de estudio.

A todos mil gracias.

## ÍNDICE

	pp.
APROBACIÓN DEL TUTOR. ....	iii
APROBACIÓN DEL JURADO. ....	iv
DEDICATORIA. ....	v
AGRADECIMIENTO. ....	vi
RESUMEN. ....	ix
INTRODUCCIÓN. ....	1
CAPÍTULO	
I. EL PROBLEMA. ....	3
Formulación del Problema. ....	3
Justificación. ....	6
Objetivos ....	6
Objetivo General ....	6
Objetivos Específicos. ....	6
II. MARCO TEÓRICO. ....	7
Bases Teóricas ....	7
Antecedentes. ....	12
Descripción Ampliada de la Situación Objeto de Estudio. ....	12
Antecedentes de Estudios Relacionados. ....	14
Naturaleza Jurídica del Arbitraje. ....	15
Fundamento de las Medidas Cautelares ....	17
Definición de Conceptos. ....	21
III. LAS MEDIDAS CAUTELARES. ....	22
En el Código de Procedimiento Civil Venezolano ....	22
Medidas Cautelares en el Derecho Comparado. ....	28
Clases de Medidas Cautelares. ....	30
Características de las Medidas Cautelares. ....	32
Requisitos. ....	33
Clasificación ....	34
Diferencias entre Medidas Cautelares Nominadas e Innominadas ....	36

Poder Cautelar .....	36
Régimen Legal de las Medidas Cautelares en los Procesos Arbitrales Internacionales .....	37
Ley Modelo .....	38
El Daño. ....	40
Posibilidad de que la Demanda Prospere .....	41
Posibilidad de Adoptar Medidas Ex Parte .....	42
Tesis Colombiana comparada con el Arbitraje Internacional. .	43
IV. MARCO METODOLÓGICO .....	49
Metodología de Investigación .....	49
Hipótesis .....	50
Diseño de la Investigación .....	51
Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos .....	51
Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos .....	51
V. CONCLUSIONES .....	52
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA .....	54
ANEXO:	
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional .....	57



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES-TÁCHIRA  
“DR. PEDRO RINCÓN GUTIÉRREZ”  
POSTGRADO EN DERECHO MERCANTIL  
MENCIÓN SOCIEDADES

**“MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE ARBITRAJE  
COMERCIAL”**

**Autor: Domingo Antonio García Carrero**

**Tutor: Dr. Nelson Grimaldo**

Año: Septiembre, 2008

**RESUMEN**

Cada vez adquieren mayor fuerza los denominados métodos alternativos de solución de conflictos. Dentro de estos el arbitraje ocupa un papel preponderante. Las medidas cautelares tienen una enorme trascendencia en la práctica, en cuanto que, en ocasiones, La eficacia misma del arbitraje puede depender de La adopción de una medida de protección adecuada a Las exigencias del caso. Nos encontramos ante una de las cuestiones que más inquietan a la doctrina y a la práctica del arbitraje en la actualidad, no sólo por su complejidad, sino también por La ausencia de una respuesta adecuada en la mayor parte de Los sistemas de nuestro entorno. El presente trabajo tiene como objeto analizar los problemas teóricos y prácticos que plantea la tutela cautelar en el marco de un procedimiento arbitral, además, se analizan las últimas novedades legislativas y se hace especial hincapié en la reforma tan importante que se ha operado en UNCITRAL específicamente en el Artículo 17 de la citada ley modelo y recientemente sobre la materia en el seno de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional -CNUDMI-. Por ese motivo, lo atinente a las medidas cautelares que pueden decretar los árbitros se erige en un tema de particular interés para quienes intervienen en un proceso de esta naturaleza, y de ahí que este trabajo de grado se ocupe de presentar el fundamento de las medidas cautelares ; cuál es su régimen legal; qué tratamiento tienen según se trate de arbitraje nacional o internacional y, finalmente, a qué conclusiones se puede llegar en torno a este asunto, tratando de probar —como es apenas obvio— la tesis central conforme a la cual en el ordenamiento jurídico Venezolano las aludidas medidas tienen una consagración meramente enunciativa y no taxativa.

**Descriptores:** Medidas cautelares, arbitraje, naturaleza jurídica, taxatividad, enunciaci3n, innominadas, proceso, efectos.

## INTRODUCCIÓN

Es conocido el postulado conforme con el cual las medidas cautelares tienen por objeto proteger un derecho o una determinada situación jurídica, no obstante que para el momento en que se soliciten sólo exista una apariencia o verosimilitud respecto de uno u otra. Pese a ello, y en lo que concierne a los procesos arbitrales, su viabilidad es relativamente reciente la Ley de Arbitraje Comercial ( Gaceta Oficial N° 36430. 7/4/1998. ) En su articulado establece que el tribunal arbitral podrá dictar medidas cautelares) Artículo 28. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrán pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.

En efecto y a tenor de lo reglado en la última de las citadas normas, tratándose de asuntos que se ventilan por la vía del proceso arbitral, es factible que a petición de cualquiera de las partes se decreten como medidas cautelares, en el caso venezolano, Prohibición de enajenar y grabar, embargo preventivo de bienes muebles e inmuebles y en caso como el colombiano y argentino la de la “inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro”, así como el “secuestro de bienes muebles”; siempre y cuando en ambos supuestos “la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes”. En otras palabras, en principio a los árbitros les es permitido pronunciarse sobre las mismas dos cautelas que el artículo 28 de la ley de Arbitraje comercial en concordancia con el Código de Procedimiento Civil contemplan como susceptibles de ser decretadas cuando de procesos ordinarios se trata. Con todo, el aspecto que suscita debate y del que se ocupa precisamente este escrito, es el inherente a determinar si las aludidas medidas

son taxativas o, por el contrario, tienen una connotación tan solo enunciativa. Al respecto, la tesis que aquí se defiende es la de que, habida cuenta que el arbitraje está estructurado como un proceso judicial, a quienes se les inviste de la facultad de administrar justicia se les habilita también para que se pronuncien sobre cautelares diversas a las ya mencionadas, acatando, como es apenas obvio, las directrices que sobre esa materia y en cada caso concreto establecen las normas legales. Por consiguiente, para el planteamiento y defensa de la aludida tesis se procederá de la siguiente manera: en primer lugar expondré —en términos muy generales— cuáles son las posiciones que se han discutido alrededor del tema de la naturaleza jurídica del arbitraje; en segundo término recordaré los fundamentos de las medidas cautelares, para pasar luego a comentar su regulación en los procesos arbitrales, tanto nacionales como internacionales, y para finalizar consignaré las conclusiones que en mi concepto surgen después de haber efectuado el anterior análisis.

En consecuencia, este texto es de carácter conceptual y descriptivo en lo que atañe a la naturaleza jurídica del arbitraje y a los fundamentos de las medidas cautelares; y analítico en lo relacionado con los aspectos que se derivan de su regulación e implementación en el orden nacional.

## **CAPITULO I**

### **EL PROBLEMA**

#### **Formulación del Problema**

El tema del arbitraje ha sido objeto de amplio debate en nuestras Universidades y Tribunales de la República a pesar de lo cual y no obstante el tiempo transcurrido, a la fecha de la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y Ley de Arbitraje Comercial no existe plena claridad sobre las medidas Cautelares. El presente trabajo pretende aportar nuevos antecedentes sobre el particular, a la luz de la jurisprudencia y doctrina que se ha ido desarrollando sobre este aspecto de las medidas Cautelares en el arbitraje Comercial.

La Base Constitucional del Arbitraje está constituida por los artículos 253 y 258. En tal sentido, la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Señala el reconocido autor español Muñoz Sabaté que: "sin medidas cautelares la opción arbitral es una opción moribunda". En este sentido, un importante avance que coloca a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana a la par de las legislaciones

más modernas es el relativo a la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares que consideren necesarias respecto del objeto de la controversia.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos establecen la necesidad de acudir a los *tribunales estatales* cuando, antes o durante el proceso de arbitraje, surge la necesidad de que se decreten medidas preventivas. No obstante, el legislador venezolano optó por la tendencia acogida por el Reglamento y por la Ley Modelo UNCITRAL, y por otras legislaciones como la suiza y la colombiana que reconocen expresamente que el árbitro tiene la facultad de dictar medidas preventivas.

En virtud de que la nueva Ley de Arbitraje Comercial establece que los árbitros pueden dictar medidas cautelares y como quiera que en principio el tribunal arbitral se constituye luego de que la parte demandada ha tenido conocimiento de la demanda arbitral, resulta muy conveniente, para lograr una tutela más efectiva de los derechos e intereses, permitirle a cualesquiera de las partes inmediatamente después de introducida la demanda y sin tener que esperar la constitución del tribunal arbitral definitivo, poder obtener de un tribunal arbitral designado por el CEDCA a esos únicos efectos las medidas cautelares que aseguren el derecho que reclama. La medida que se dicte, podrá luego ser revisada por el tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia, inmediatamente después de su constitución.

Esta quizá sea una de las ventajas prácticas más importantes del Reglamento del CEDCA si se toma en cuenta la realidad venezolana, donde es muy frecuente que los deudores al tener conocimiento de la interposición de una demanda en su contra, inmediatamente traspasan sus bienes quedando en un estado total de insolvencia.

Esta investigación plantea las siguientes interrogantes:

¿Cuál es el verdadero fundamento de las medidas cautelares?

¿Qué se busca garantizar con las medidas cautelares en un proceso arbitral?

¿El fundamento de las medidas cautelares es la dilación o demora del proceso (Periculum in Mora)?

¿Son las medidas cautelares un verdadero medio de conseguir resultados en una controversia?

¿Se puede pedir dentro de nuestro país el cumplimiento de una resolución emanada de un tribunal arbitral extranjero que decrete una medida cautelar sobre bienes situados en Venezuela?

### **Justificación**

El fundamento de las medidas cautelares se halla en un aspecto subjetivo más que objetivo, ya que los sujetos procesales principales como son el demandante y el demandado, quienes deberían actuar en un proceso agotando todos los mecanismos legales e instrumentos jurídicos y acatar el fallo definitivo una vez emitido, no lo hacen; ya que en su gran mayoría la parte perjudicada con la decisión final, o quienes intervienen en el proceso sin tener derecho ejerciendo la contradicción, tienden a actuar de mala fe, para evitar que dicha sentencia se haga efectiva dilatando el proceso a través de medios impugnatorios, mientras que por otro lado realizan actos jurídicos destinados a disminuir el crédito, garantía o disponer del bien materia de discusión, de tal forma que una vez consentida la sentencia de merito o quedar firme por efecto de ser frustrado los medios impugnatorios, y obtenido una resolución que constituye título ejecutivo, el cual se hace efectivo en un proceso ejecutivo, procediéndose a ejecución de la sentencia, ya sea de manera forzosa, no se halla el bien o lo encuentra en poder de otro. Ello debido a que en nuestro ordenamiento acoge el aforismo fe de que la buena fe se presume y la mala fe se prueba, ya que las partes que intervienen en un proceso muy por el contrario de actuar con probidad en todo acto que realizan y cifiéndose a la ley, tratan de eludir mediante medios ilegítimos sus cargas, es por ello que para una mejor comprensión de las medidas cautelares y lo que persigue en el proceso, es necesario entender con claridad que su fundamento no se halla en la demora de por más natural e imprescindible de todo proceso, sino en la mala fe de las partes, ya que la medida cautelar va estar dirigida a mantener un status quo en un bien o derecho materia de discusión en un proceso, haciendo indisponible por parte del titular del bien, logrando así eliminar el riesgo o peligro de la ineffectividad de la decisión definitiva de un proceso.

## **Objetivos**

### ***Objetivo General***

Desarrollar una metodología general que permita al árbitro y a los abogados apoderados al primero imponer medidas cautelares en forma acertada, al segundo solicitar medidas cautelares en un proceso arbitral.

### ***Objetivos Específicos***

- Analizar y evaluar los potenciales riesgos de la imposición de medidas cautelares en un proceso arbitral.
- Identificar oportunidades de mejora en la administración de justicia
- Describir los riesgos legales a los que está expuesta la empresa demandada o la demandante y como mitigarlos en un proceso Arbitral.
- Preparar una metodología para elaboración de demandas con base en las debilidades y fortalezas detectadas y las recomendaciones que generen valor.
- Constituir en una exigencia indeclinable, en el contexto del derecho arbitral nacional e internacional las medidas cautelares, como mecanismos tendentes a alcanzar la efectividad de la tutela judicial sobre el fondo.

## CAPITULO II

### MARCO TEÓRICO

#### Bases Teóricas

El poder constituyente venezolano, introdujo la norma convencional internacional como máxima de integración, lo cual supone por una parte, que el derecho interno se deba adaptar a las variaciones del derecho internacional vinculante para la República, y por otro lado, que no se requerirá de acto alguno del poder interno, para que puedan ser asimiladas o invocadas las normas convencionales internacionales de integración, como parte integrante del sistema jurídico interno venezolano, máxime cuando se señala constitucionalmente que las normas que se adopten en los acuerdos de integración son parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

Hilado a lo anterior, importa recordar que Venezuela para ese entonces fue parte integrante de la hoy llamada Comunidad Andina desde 1973, la cual se erige como organización subregional con personería jurídica internacional constituida junto con nuestro país por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, estando provista de un ordenamiento jurídico andino, el cual es aplicable —a tenor de lo previsto en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina— en el territorio de los Países Miembros a todos sus habitantes, abarcando dicho ordenamiento un espectro cada vez más amplio de áreas de la actividad tanto económica, —verbigracia las materias relativas a la propiedad industrial y al acceso de las cargas de mercancías transportadas por vía marítima y aérea, como consecuencia del intercambio comercial (importación y exportación de mercaderías producidas en la región) entre otras— como social —lo cual se constata del ánimo de dichos Estados de gestar políticas sociales comunes, como por ejemplo el empleo de

trabajadores de la Región. El gobierno Actual de la República Bolivariana de Venezuela denunció el Tratado de la “CAN” Comunidad Andina de Naciones, pero de acuerdo a la ley todavía sigue siendo miembro, por tanto le son aplicables las normas que respecto al arbitraje estén vigentes. De igual forma deberá acatar las normas internacionales de Arbitraje si es aceptada la República en el Mercosur

Determinado lo anterior, interesa analizar de seguida, lo que concierne al fundamento de la tutela cautelar en el contexto, debiendo aludir en tal sentido, a lo expresado por Bacigalupo, en cuanto a la doble dimensión que persigue la tutela cautelar, referente al respeto a la legalidad objetiva por una parte, y por otro lado, a la satisfacción que merece el derecho subjetivo de los justiciables como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, estimamos que ha de ser este último aspecto el que constituye la verdadera razón que justifica, la adopción de medidas cautelares también en el ámbito de los procesos judiciales que se susciten en el contexto comunitario, siendo ello lo que se infiere de uno de los tantos planteamientos importantes contenidos en la célebre sentencia recaída en el caso "*Factortame*" del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 19 de julio de 1990, cuando expresa lo dicho por Chiovenda en cuanto a que "*la necesidad del proceso para obtener la razón no ha de convertirse en un daño para el que tiene la razón*", premisa esta de la cual debe partir cualquier estudio que verse sobre medidas cautelares en cualquier materia y que por supuesto debe plantearse en el presente estudio, aunado a lo asentado también en esa decisión en cuanto a la efectividad de la tutela cautelar como un derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la defensa, en donde el Órgano Jurisdiccional está obligado a garantizarla para no hacer nugatorio el derecho de las partes.

Siguiendo esa orientación, autores como Ortiz Herrera, analizan las implicaciones que se derivarían de la imposibilidad de conceder medidas provisionales en el contexto comunitario es decir al ser miembro de una comunidad se llame “CAN o MERCOSUR”., estimando que tal afirmación no sería compatible con el principio general del derecho a una tutela jurisdiccional completa y efectiva que el Derecho Comunitario reconoce a los justiciables, lo cual supone que pueda

garantizarse la tutela cautelar de los mismos, en caso de que la misma resulte necesaria para la plena eficacia de la decisión futura, que ha de producirse en la causa principal, fundamentando esa posición además de la sentencia recaída en el caso *Factortame*, en muchos otros pronunciamientos judiciales producidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que comentaremos más adelante.

Así en el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, encontramos que autores como Bagacigalupo , al comentar los artículos contenidos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TJE), que regulan el asunto de las medidas cautelares, concluye con sumo tino que el árbitro —actuando a la luz de ese ordenamiento nacional e internacional— puede adoptar medidas cautelares distintas de la mera suspensión de la ejecución del acto impugnado cuando así lo exija la naturaleza de la pretensión ejercida en el proceso principal, disponiéndose la posibilidad inclusive —en criterio de ese autor— de que se adopten medidas cautelares respecto de actuaciones u omisiones de los Estados Miembros contrarias al Derecho Común

En ese orden de ideas, se colige que en lo que respecta a los poderes del árbitro en el ámbito de las medidas cautelares, el mismo puede ordenar la suspensión del acto impugnado, o bien acordar otras medidas cautelares de contenido positivo, estando el fundamento de ello, en un razonamiento nada sofisticado, sino sumamente simple — tal como lo enseña el maestro García de Enterría, al explicar la constitucionalización de las medidas cautelares— cuando con sumo tino expresa que no hay posibilidad de impartir a los ciudadanos una tutela judicial efectiva (entendido como el derecho cuya satisfacción consagran las Constituciones, los Tratados internacionales y los principios generales del Derecho ) si, en ciertas circunstancias, por lo demás nada excepcionales, no se utilizasen resueltamente medidas cautelares antes o durante el proceso para asegurar que la futura sentencia de fondo no quede frustrada en sus efectos prácticos.

Advierte el profesor Suárez M., se estima —al igual que lo plantea el prenombrado profesor— que la doctrina producida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en ese sentido, bien puede ser aplicada al nivel arbitral.

Siendo ello así, iniciaremos este espacio comentando lo que enseña Fuente Taja Pastor, al expresar que también en este contexto la concesión de medidas cautelares aparece subordinada a una serie de requisitos, que de acuerdo a la revisión del ordenamiento jurídico comunitario europeo, son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, a lo cual la jurisprudencia internacional, ha añadido un tercer elemento que es lo que respecta a la ponderación de los intereses en juego en ese contexto, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia patria.

Siguiendo esa misma orientación, señala Bacigalupo Saggese que:

El Juez nacional a solicitud del árbitro deberá examinar, para ello, la concurrencia de 'tres requisitos de fondo' (...), de tal manera que podrá ordenar la suspensión de la ejecución y las medidas provisionales si se demuestra que su concesión está justificada a primera vista de hecho y de Derecho (*fumus boni iuris*) y que son urgentes, en el sentido de que para evitar que los intereses de la demandante sufran un perjuicio grave e irreparable es necesario que tales medidas sean acordadas y surtan efectos desde antes de que se resuelva sobre el procedimiento principal. Según jurisprudencia reiterada, el Juez de medidas provisionales realiza también la ponderación de los intereses en conflicto (...).

Ello viene a indicar, que el Juez cautelar nacional o internacional, debe analizar en el marco del procedimiento cautelar, la procedencia del proceso principal, no debiendo estar el juez convencido —como lo afirma Dugrit— que el accionante ganará el juicio, sino que es posible que lo gane, de allí que tal como lo expresa Alonso García, el *fumus boni iuris* debe limitarse a exigir la presencia de indicios *prima facie* sólidos de la legalidad de la pretensión.

De igual manera, deberá apreciarse lo importante que resulta el pronunciamiento provisional a fin de evitar que se ocasione a la parte que solicita la medida un perjuicio grave o irreparable, sin embargo podría invocarse como perjuicio, en el caso de que sea por ejemplo un Estado miembro el solicitante de la protección cautelar, un daño que pueda estarse causando a un sector de determinada industria o a un grupo de productores, según sea el caso, lo cual bien podría justificar que en un caso determinado el juez cautelar comunitario acuerde de oficio alguna medida cautelar.

Aunado a tales requisitos, como ya fue señalado, se plantea lo que respecta a la ponderación de intereses, debiendo resaltarse que en lo que al contexto comunitario se refiere, es altamente probable que en las causas en las cuales se requieran medidas cautelares, por ejemplo en un recurso de nulidad, estén en juego intereses generales, dado la trascendencia de los asuntos que en ese contexto se tratan, sin embargo, interesa llamar la atención en lo que plantea García De Enterría, en cuanto a este requerimiento, cuando destaca que no puede haber un interés público capaz de justificar que la tutela judicial deje de ser efectiva, de allí que lo acertado sea que la ponderación de intereses en el marco de una petición cautelar no sea vista como un elemento independiente, sino supeditado al *fumus boni iuris*.

Siendo esos los requisitos que ha planteado el derecho común europeo, es importante analizar tales requerimientos a la luz de lo que se dispone en el ordenamiento jurídico venezolano, partiendo para ello de las medidas que en ese ordenamiento son dables acordar.

Así pues, en lo que concierne a las medidas cautelares tomaremos como referencia para el caso arbitral que nos ocupa la acción de nulidad —en el marco de la normativa andina— el artículo 21 del Tratado de Creación del Tribunal dispone que "*(...) el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer medidas cautelares, si causa o pudiera causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva*".

Norma ésta, que debe concatenarse con la contenida en el segundo aparte del referido artículo 105 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que expresa lo siguiente:

...Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad u otras medidas cautelares, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Si la demanda de nulidad se dirige contra una disposición comunitaria de contenido general, basta que haya manifiesta violación de otra de superior categoría del mismo ordenamiento, que se pueda percibir mediante una elemental comparación entre ésta y aquélla;
2. Si la acción ejercitada tuviere como objeto la nulidad de una norma de contenido particular, deberán aparecer comprobados, además, los perjuicios irreparables o de difícil reparación que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución de la norma demandada; y,
3. Si la medida se solicita y se sustenta de modo expreso en la demanda. Si lo considera necesario, el Tribunal podrá exigirle al solicitante para que el decreto de suspensión se haga efectivo, constituir caución o fianza que asegure la reparación de los eventuales perjuicios que se generen por la suspensión cuando la sentencia que defina el proceso no sea de anulación. El afianzamiento podrá consistir en caución, garantía de compañía de seguros o aval bancario. Podrá asimismo disponer otras medidas cautelares.

En los textos consultados no hacen mayor referencia a las medidas cautelares en los procesos arbitrales por lo que se presenta una oportunidad para realizar una propuesta que incluya estos aspectos.

La tesis que se plantea pretende describir una metodología para la solicitud, aplicación y defensa de las partes en los casos que se dicten medidas cautelares en un proceso arbitral. Basada en riesgos, cuyo campo de acción será fundamentalmente su sede en Venezuela, incluyendo aspectos relacionados con los procesos arbitrales internacionales.

## **Antecedentes**

### ***Descripción Ampliada de la Situación Objeto de Estudio***

En el presente Trabajo no se pretende hacer transcripciones teóricas inútiles, solo se hará un análisis de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana dentro de un plano interpretativo, haciendo énfasis especialmente en las medidas Cautelares todas las deficiencias, lagunas y desaciertos que la misma contiene en referencia con el fin de aportar luz a un tema tan controversial que llene las expectativas como un

verdadero medio de conseguir resultados en una controversia. He aquí, precisamente el objeto de esta investigación.

El ejercicio de la jurisdicción se manifiesta en esta actividad con caracteres propios y diferenciados que se manifiesta en la función cautelar, y en este sentido, nos señala el Código de Procedimiento Civil cual es el fundamento de las medidas generalmente denominadas “cautelares”, con orientación diversa de los procesos o procedimientos de conocimiento y de ejecución". Por lo mismo, es que hoy en día no se discute que las medidas cautelares no sólo proceden en el juicio ordinario, donde se hallan reglamentadas, sino que, también, dentro de los juicios o procedimiento especiales, entre los cuales naturalmente se ubica el procedimiento seguido ante árbitros. La doctrina señala como fundamento de tal aserto, la interpretación armónica de los artículos 2º y 3º del CPC, en cuanto que “a falta de reglas diversas en el conjunto normativo de los juicios especiales, deberá aplicarse en ellos aquella parte del procedimiento ordinario que legisla sobre las medidas Cautelares.

Se extiende, pues, de esta manera, el campo de aplicación de dicha institución a los procedimientos especiales”. Como segundo argumento de esta tesis se señala la que si hay temores de que el deudor pueda eludir la prohibición de la ley enajenando sus bienes, el acreedor tiene expedito su derecho para pedir prohibición de gravarlos o enajenarlos, y hacer inscribir esta prohibición antes que el demandado tenga noticias de la iniciación del juicio”.

Lo anterior pone de manifiesto la posibilidad del actor para solicitar medidas precautelares en los juicios especiales, toda vez que la norma en discusión se inserta dentro del juicio ejecutivo que constituye uno de los juicios especiales que se reglamentan en el CPC. Por último, se señala como argumento lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, que constituye el modelo o base de nuestras leyes procesales. Pues bien, refiriéndose a las providencias precautorias que se encuentran establecidas en el Título XIV del Libro II de la ley de Enjuiciamiento Civil de España, artículos 1399 y 1418, que tratan “De los embargos preventivos”, y artículos 1419 y 1428, que tratan “Del aseguramiento de los bienes litigiosos”, el catedrático

Manresa y Navarro expresa lo siguiente: “Estos dos actos judiciales tienen por objeto asegurar las resultas del juicio, ya sea ejecutivo, ya sea ordinario”

### *Antecedentes de Estudios Relacionados*

Específicamente sobre este tema, de las medidas cautelares se realizó una investigación en el año 1999, cuando entraba en vigencia la Constitución Actual. No se contaba con una norma constitucional que avalara el arbitraje comercial. Posteriormente se realizaron estudios con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, desde 1998, producto de lo cual en el año 2000 se generó una normativa interna de las cámaras de arbitraje comercial.

Existe una tesis de grado en la Universidad Central de Venezuela (UCV) realizada en el año 2001 sobre Metodología General para el Arbitraje comercial, Información, en la cual rescatan aspectos importantes relacionados con el marco conceptual y metodológico, poniendo el acento en la regulación de procesos de unificación supra estatal entre los países que así lo acuerden en el orden económico, siendo que precisamente en atención al auge que han tenido tales procesos en el contexto de la comunidad internacional, de lo cual no escapa Venezuela para luego presentar la metodología, que ha sido un aporte valioso para aquellos que estamos interesados sobre el tema.

En la actualidad el enfoque se presentó en Venezuela cuando asumió una posición bien clara con respecto a los tratados de integración económica y regional, tal como se desprende de la lectura de los artículos 152, 153 y 154 del Texto Constitucional, ciertamente de la lectura de esas normas se desprende que existe un reconocimiento expreso a nivel constitucional de la creación de órganos supranacionales, a los cuales se les atribuyen competencias que el propio Texto Constitucional reserva a los Poderes Públicos, a los fines de dar acogida al Derecho Comunitario, (arbitraje) en el que se fijan los poderes, funciones, derechos y obligaciones de los sujetos a los que se aplica ese ordenamiento y en el que también

se determinan las acciones que los mismos pueden ejercer en caso de una violación a una norma comunitaria.

### *Naturaleza Jurídica del Arbitraje*

Intensa ha sido la querrela jurídico-académica que frente a este asunto ha tenido lugar entre quienes, de un lado, defienden la tesis de la Visión contractualista del arbitraje y en consecuencia sostienen que en esta materia “el derecho procesal es accesorio con relación al derecho de las obligaciones y del contrato en general”; y, del otro, aquellos que con un enfoque distinto arguyen que “median razones suficientes para fundamentar la naturaleza jurisdiccional” del proceso arbitral. Para los primeros, cuando afirman que el arbitraje es un contrato, lo que en realidad buscan es resaltar el hecho de que aquél, el arbitraje: no es, por encima de todas las cosas, o exclusivamente, un proceso o procedimiento (por lo que), no solamente las normas jurídicas procesales o procedimentales serán aplicables. El régimen jurídico del arbitraje también se halla en las normas jurídicas sustantivas del Código Civil y del Código de Comercio. Desde esa perspectiva y como lo evidencia el tratadista Palacio, los autores que le asignan al arbitraje una naturaleza contractual generalmente lo encuadran “en la figura del mandato”; mientras que sus contradictores estiman, en abierta discrepancia, que “a la luz del mandato no puede equipararse la labor y función de los árbitros, por cuanto el contenido del laudo no ejecuta instrucciones de las partes; tampoco hay punto de comparación con la prestación de servicios, pues en este no se tienen los poderes y facultades con las que se dota al árbitro para que adelante y concluya el proceso.” De tal intensidad ha sido la controversia suscitada entre algunos autores que actualmente existe una pugna por la tesis contractualista del arbitraje. En torno a este punto la jurisprudencia Colombiana ya tomó decidido partido por atribuirle al arbitraje un carácter eminentemente procesal, en contraposición a la venezolana y es así como en sentencia de la corte constitucional de nuestro hermano país Colombia en la causa N° C-1038 de 2002, que contó con ponencia del doctor Eduardo Montealegre Lynett, la

Corte Constitucional afirmó que “el arbitramento es un verdadero procedimiento judicial —en sentido material— y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan estas actuaciones (...) Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial (...)”

De manera análoga y en consonancia con esta misma visión, ya la Corte Suprema de Justicia colombiana había dicho que “un tribunal de arbitramento, sin duda alguna, profiere primordialmente actos jurisdiccionales (...)”, y por eso: la naturaleza jurisdiccional del papel de los árbitros se plasma en que aun cuando puedan ser escogidos por los contendores, no obran en nombre de éstos, no ostentan propiamente su representación, sino que pronuncian sus decisiones como sujetos independientes de la voluntad de unos u otros. Por tanto, el otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (el compromiso o la cláusula compromisoria), emana de la ley. Y ello es así porque el derecho objetivo vincula a dicho acto no sólo efectos jurídicos privados (entre las partes) sino también efectos jurídicos públicos (entre el Estado y los árbitros) que se concretan en la atribución de funciones jurisdiccionales a estos últimos. Sin embargo, resulta pertinente recordar que no siempre ha sido así, pues, como en todo proceso deben existir unos requisitos subjetivos, objetivos y de actividad, en determinado momento de nuestra historia jurídica venezolana se consideró que en relación con los requisitos subjetivos, en concreto respecto del carácter jurisdiccional de las cautelas, los árbitros no podían decretarlas debido a que el arbitraje era visto como un método alternativo de solución de conflictos, exclusivamente, y de ahí que “todo lo relacionado con el orden público y todo aquello que le corresponde de manera exclusiva e indelegable a la rama jurisdiccional, constituye materia vedada para la actividad de los árbitros.” En igual sentido, la más alta autorizada doctrina foránea también se identificaba con estas restricciones, al decir que “quizá por haber intuido que las medidas cautelares hacen relación, más que a la tutela de los derechos subjetivos, a la policía del proceso, la jurisprudencia se ha manifestado reacia a admitir que se le pueda conferir a los árbitros por los

compromitentes el poder de conceder secuestros durante el juicio arbitral.” En este campo se hacía énfasis en que “La adopción de medidas cautelares sólo corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado.

Es comúnmente admitido que los árbitros no pueden acordar medidas cautelares, ni siquiera cuando las partes les han conferido esta función. Ello es debido a la similitud entre la medida cautelar y la ejecutiva, excluida de la jurisdicción arbitral por entrañar necesariamente la medida cautelar el ejercicio de una potestad de que carecen los árbitros.” Al parecer, en el fondo de estas apreciaciones latía subyacente la idea de que no siempre que a los particulares se les otorgaba la facultad de dirimir un conflicto se estaba en presencia de un proceso. “Si las partes no tienen la potestad de embargar, tampoco se la pueden dar a los árbitros, por virtud del compromiso arbitral, porque nadie da lo que no tiene. El Estado ha tolerado expresamente que los arbitradores diriman contienda jurídica de los particulares, o que éstos deleguen en ellos la facultad de solución, pero dicha generosidad o tolerancia no puede entenderse más allá de lo expreso”.

#### ***Fundamento de las Medidas Cautelares:***

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

#### ***Síntesis Histórica.***

En el Derecho Romano, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día.

La Pignoris Capió, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis actiones, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los publicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio.

También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las legis actiones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.

En el Derecho Español, encontramos en las "Siete Partidas", sancionadas por el Rey Alfonso "El Sabio", específicamente en la Tercera, normas sobre materia procesal en donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda; es así que se nos asemeja al secuestro de la cosa litigiosa,

prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la litis. Así mismo, sobre la medida del arraigo dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Los preceptos del Derecho Español antiguo, como se sabe, eran de general aplicación en Venezuela durante la Colonia; y en tiempos de la Gran Colombia regían las pragmáticas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808; las Leyes de Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas; tal lo disponía de manera expresa la Ley del 13 de mayo de 1825, la cual arregló el procedimiento de Tribunales y Juzgados de la República; ésta

Ley tampoco previo de modo especial las medidas preventivas: las, dejó sujetas a la legislación española, salvo la disposición que preceptuaba que en las demandas ejecutivas podía apremiarse a los deudores con prisión, mientras no manifestaran bienes bastantes para cubrir el débito, o dieran fianza suficiente para el pago, o hicieran cesión de bienes, que era una especie de arraigo. Ya Venezuela en función de República dictó en 1836 el primer Código Procesal, el cual contenía un título denominado "De las Incidencias"; en este Título se comprendían las excepciones dilatorias, recusación de funcionarios, competencias, secuestro judicial y arraigo, tercerías, cesión de bienes y de la espera y quita. Esta disposición del Código arandino vino a servir de base a la futura legislación procesal sobre medidas preventivas. Al efecto, es bueno observar que exigía, para que se pudiera conceder la medida de secuestro y embargo judicial, que existiera, por lo menos, constancia de la deuda u obligación por medio de información sumaria; la medida podía pedirse en cualquier estado de la causa y procedía: 1 °) cuando había temor de que el demandado pudiera ocultar o desmejorar el dinero, frutos o cosa mueble objeto de litigio o no tuviere responsabilidad; 2°) en el caso de que el marido malgastara la dote u otros bienes de su mujer; 3°) cuando pedía el hijo desheredado por su padre o madre la parte de los bienes que le toca; 4°) cuando se litigaba entre coherederos sobre la herencia; 5°) en el caso de que sea dudosa la posesión de la cosa litigiosa; 6°) aun si la posesión no fuere dudosa, reclamen la propiedad de ella dos o más personas con títulos igualmente auténticos; y 7°) cuando la sentencia definitiva contra el

poseedor de la cosa litigiosa fuere apelada por éste y no diere fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble. En cuanto al arraigo, podía pedirse cuando se temiera la ausencia o fuga del demandado y consistía en la obligación de éste de presentar bienes propios o una fianza por el valor de la cosa demandada, hipotecándolos para responder de las resultas del pleito, bajo pena de prisión; pero el demandado podía a su vez, pedir que el actor afianzara las resultas del juicio, siempre que fundadamente se temiera su ausencia fuera de la República

Se establecía también en el Código de Aranda el derecho del demandado a que no se acordara el secuestro ni el arraigo o que se suspendieran, de haber sido acordados, mediante la prestación de fianza a satisfacción del actor.

El código de 1873, efectuó sensibles modificaciones en la materia de las medidas preventivas de aseguramiento, que son las de secuestro judicial y arraigo: Tituló la Sección: "Del Secuestro Judicial, arraigo y afianzamiento" y agregó que el secuestro o embargo judicial se podía pedir no solo en cualquier grado de la causa, sino antes o después de la litis contestación y, que constara el derecho aunque sea por declaración de testigos.

En la enumeración de los casos en que procedía esta medida se hicieron también modificaciones, como son; cuando sea un transeúnte; o bien, si el demandado lo fuera por la cosa raíz que está gozando sin haber pagado el precio o se fueren a secuestrar bienes determinados, si estos han desaparecido o no se encontraren, en cuyo caso el secuestro se practicaría en bienes equivalentes del demandado. El Código del 73 fue derogado por el de 1897, el cual cambió la denominación del Título sobre la materia, así: "De la incidencias sobre medidas precautelativas y otras, y de la Tercería".

Entonces fueron trasladadas a otro lugar, las excepciones dilatorias, que había dejado en el Título de las incidencias el legislador del 73 e introdujo el calificativo de precautelativas y quedó expresa la intención de no considerar como incidencia la Tercería. Al modificar el Código del 97 la materia del secuestro y embargo judicial, introdujo la medida denominada Prohibición de enajenar. El Código de 1916, trae el nombre de: "Incidencias sobre las medidas preventivas y otras y de la tercería". Como

se ve la modificación consiste en sustituir la palabra precautelativa por preventiva; pero a la prohibición de enajenar agregó "y gravar bienes inmuebles y el embargo de bienes muebles". Además el fundamento para pedir o solicitar las medidas preventivas también sufrió cambio importante; exige este Código "que se acompañe un medio de prueba que constituya a lo menos presunción grave del derecho que se reclame"; de este modo el *fumus bonijuris* o sea la presunción fundada de existir el derecho se ha considerado suficiente: no se exige ya la constancia del derecho. El arraigo fue suprimido.

Finalmente, hay que destacar que las modificaciones introducidas en el articulado que regula el procedimiento para la obtención y ejecución de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil vigente (1987), son relevantes conceptualmente y sistemáticamente, ya que ordenan la materia cautelar y su aplicación, evitando así, las lagunas legales que se producían en el ordenamiento anterior, tal como se irá evidenciando a lo largo del presente trabajo.

### Definición de Conceptos

A continuación se definen algunos de términos que con frecuencia se estarán utilizando en el desarrollo de esta investigación. Diccionario jurídico Cabanellas.

**Arbitraje.** Acción o facultad de las partes de someter a un juicio una controversia,

**Arbitro.** Juez nombrado por las partes para decidir una controversia o asunto litigioso.

**Medida Cautelar.** Conjunto de disposiciones tendientes al aseguramiento de las resultas de un juicio.

**Antecedente.** Acto preliminar o anticipado para obtener resultas en una investigación

**Jurisprudencia.** Conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico.

**Litigio.** Controversia, pleito, juicio de índole judicial

## CAPÍTULO III

### LAS MEDIDAS CAUTELARES

#### **En el Código De Procedimiento Civil Venezolano.**

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

También se las ha denominado como precautelativas, asegurativas o provisionales, haciendo abstracción de las diferencias semánticas, lo cierto es que su finalidad primordial es la de evitar que la parte perdedora haga nugatorio y estéril el triunfo del adversario, el cual podría encontrarse con la situación de que su victoria en la litis no tendría sobre que materializarse, quedándole sólo una sentencia a su favor pero ningún bien del perdedor del cual cobrarse para hacer efectiva su pretensión, bien sea por que este se insolvente real o fraudulentamente, o por que de uno u otra manera ha ocultado sus bienes para eludir su responsabilidad procesal.

Las medidas cautelares, en nuestro ordenamiento jurídico, están previstas en el Libro Tercero, Título I, Capítulo I del Código de Procedimiento Civil vigente.

Así, el artículo 585 de la ley adjetiva dispone que se decretarán por el Juez sólo cuando:

- a) ***Exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (Periculum in mora);***

En la doctrina se ha abierto paso el criterio de que la tardanza o la morosidad que presupone un proceso judicial trae ínsito un peligro que unido a otras condiciones propias de la litis tramitada, constituye lo que se ha dado en

llamar *periculum in mora*. Así, la jurisprudencia señaló que "el peligro en la demora, a los efectos de la medida precautoria, surge de la sola duración del proceso; la prolongación de un lapso más o menos largo siempre le crea un riesgo a la Justicia".

Para alejar este temor o peligro de insatisfacción, que no podría ser realizado en la sentencia definitiva, y sobre la base de un interés actual, se busca asegurar la ejecución. De allí que se trate de sorprender con la medida al cautelado, y no se requiera su intervención previa a la resolución; que ésta se mantenga en reserva, y no exista notificación previa.

b) ***Cuando se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama (Fumus bonis iuris).***

Este presupuesto requiere prueba del derecho que se reclame, la cual debe acompañarse como base del pedimento, si no constare ya del propio expediente, pero no vale cualquier clase de prueba; no exige la ley que sea plena, pero sí **que constituya a lo menos presunción grave de aquél derecho**. La presunción, según ha sido definida universalmente por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para llegar a otro desconocido. Es la definición de Poithiery de Domat. El primero dijo, que era "el juicio que la ley o el hombre efectuaba acerca de la verdad de una cosa mediante la consecuencia deducida de otra".

Y, el segundo, que era la consecuencia que se deduce de un hecho conocido para poder conocer la verdad de uno incierto de que se busca la prueba". Pero el Código de Procedimiento Civil, en el caso en estudio, califica la presunción, la requiere de mucha entidad e importancia probatoria, por eso la exige grave. Al decir nuestra ley que la presunción debe ser grave quiso, sin duda, referirse a la *presumptio violenta*, que es un indicio calificado, el cual hace muy verosímil el hecho que trata de deducir o inducir. La Ley ha querido, pues, que entre el hecho que se trata de demostrar o deducir y el demostrado exista "un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano".

El carácter de gravedad de la presunción por cuanto, como dice un procesalista italiano, es materia mejor sentible que definible, corresponde a la soberana apreciación del juzgador. Una jurisprudencia italiana ha considerado graves, las presunciones "capaces de hacer impresión sobre una persona razonable", pero, a nuestro ver, la gravedad estriba en que la presunción, tenga tal grado de probabilidad que lleve al ánimo del Juez suficiente certeza como para obligarle a creer, que para el momento, está probado el derecho que se reclama en el proceso. La ley, pues, solo exige un *mínimum* de probanza, por lo que, huelga todo comentario cuando la obligación demandada o "el derecho que se reclame" esté plenamente probado. Suponemos de la redacción legal, que el Código de Procedimiento Civil, solo comprende en ese *mínimum* a las presunciones no establecidas por la ley, por lo que, si emanan de declaraciones de testigos, deben admitirse únicamente en los casos en que se acepta la prueba testimonial, conforme lo dispone el artículo 1.399 del Código Civil; fuera de este supuesto la presunción quedará a la prudencia del Juez.

Así pues, las presunciones, para que puedan satisfacer la voluntad legal en la materia de que estamos tratando, ha de ser suficiente para producir en el ánimo del Juez la convicción de la existencia del derecho que se reclama. Las presunciones *hominis*, son de tres clases: *levísimas*, *leves* y *graves*; en las primeras, la convicción que arrojan es tan débil, que sería un error inducir o deducir de ella un hecho cierto; en las segundas, ya la deducción es más probable y en las terceras, las deducciones son muy verosímiles. Por eso, nuestra Ley, en materia de medidas preventivas, para que puedan acordarse, lo que ha querido es que, al menos, exista una presunción del derecho que haga muy verosímil su existencia.

Se puede llegar a conseguir el criterio legal sobre presunción grave del derecho que se reclame, mediante el estudio comparativo de la disposición vigente con la de los Códigos anteriores. Este precepto en nuestra legislación procesal, nació en el Código de Procedimiento Civil de 1836, el cual dispuso que en cualquier estado de la causa se podía acordar el secuestro o embargo

judicial en los casos que previo, pero cuando constara la deuda u obligación, a lo menos por información sumaria.

Creyó, seguramente, el legislador de 1853, que era de exigir poco al conformarse con una información sumaria, para acordar una medida de tanta importancia como el embargo de bienes y de allí que al modificar la IV, Título II de dicho Código del 36, exigiera mejor constancia del derecho que se reclamara, para acordar las medidas preventivas mencionadas, y al efecto, preceptuó entonces que la deuda u obligación, constara por documento público o privada reconocido, o por confesión de parte, o por justificación de testigos hecha con citación de la parte contraria.

En cambio, el Código de 1863 fue más benigno y así solo requirió para acordar el secuestro o embargo judicial, que la deuda resultara probable, le bastó la presunción leve. De su parte el Código de 1873 se conformó con la constancia del derecho, aunque sea por declaración de testigos, cuando esta prueba es admisible. Los Códigos de 1880, 1897 y 1904 en nada cambiaron la situación; fue el de 1916, el que estableció el requisito de la constancia por un medio de prueba que constituya a los menos presunción grave del derecho que se reclame. Parece que se abusó de la constancia por medio de la declaración de testigos y el legislador de 1916 quiso que hubiera más firmeza en la convicción que debe tener el Juez sobre el derecho reclamado, para asegurarlo. La Ley procesal venezolana quiere, pues, que haya prueba plena del derecho, o al menos, que el juez tenga un fuerte convencimiento de su existencia.

El legislador de 1916 volvió sobre los pasos del de 1836, porque a pesar de la redacción, esta ley exige la constancia del derecho, por los medios de prueba legales, pero en cuanto a las presunciones de hombre o sean las no establecidas por la ley, deben ser graves, porque las levísimas y ni siquiera las leves, son aceptables. Pero es bueno aclarar que, la medida preventiva no tiene como condición tanto la existencia del derecho cuanto la apariencia del derecho. Como dice Calamandrei: "Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita a todos los casos a un juicio de

probabilidades y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de esa cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis; solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad ..."

La Doctrina Nacional agrega además como requisitos para su procedencia, que debe existir un juicio pendiente. Respecto a este punto, no obstante parecer obvia tal condición, hay que recordar que en otras legislaciones se prevén medidas preventivas incluso antes de comenzar el juicio (ver Derecho Comparado). Por último, se exige que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil. La parte que solicita la medida debe comprobar los extremos de ley para su procedencia, esto es, el Periculum in mora, y el Fumus bonis iuris.

El artículo 586 CPC, dispone que "El Juez limitará las medidas .... a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio. A tal fin, si se comprueba que los bienes afectados exceden la cantidad de la cual se decretó la medida, el Juez limitará los efectos de ésta a los bienes suficientes, señalándolos con toda precisión. Este artículo, que sustituye al 731 del CPC derogado, es más completo ya que prevé las consecuencias de un exceso en los bienes que resulten afectados por la medida aplicada, en cuyo caso el solicitante quedará obligado a correr con los gastos que cause el depósito de los bienes que serán liberados por el Juez al comprobarse el exceso, también deberá pagar las erogaciones que se hagan por el traslado de los susodichos bienes al lugar donde fueron tomados y en general, los necesarios para reponer las cosas al estado en que se encontraban al momento de practicar la medida (Art. 592 CPC).

Cabe preguntarse lo que sucedería si el único bien disponible objeto de la medida tiene un valor económico superior al monto de lo solicitado en la medida,

salvo mejor parecer, somos del criterio de que, en cada caso concreto, el Juez tendría que ponderar si dicha diferencia es de tal magnitud que debería aplicar la "regla del exceso" o, si por lo contrario, no considerarla. De conformidad con el Artículo 587 del CPC, "Ninguna de las medidas.... podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquél contra quien se libren, salvo los casos previstos en el Artículo 599".

Si bien la redacción del artículo no deja lugar a dudas, en la Doctrina Nacional, observamos posiciones encontradas, por una parte, Ricardo Henríquez La Roche, sostiene que "El embargo y la prohibición de enajenar y gravar pueden ejecutarse sobre diversidad de objetos muebles o inmuebles, corporales o incorporales, como son los derechos subjetivos mismos y las acciones, pero en todo caso el efecto impeditivo de la enajenación va orientado contra el derecho de propiedad sobre ese objeto. ¿Por qué motivo?.

Porque solamente se puede rematar lo que es propiedad del ejecutado. Si es propiedad de otra persona no se pueden rematar

Sin embargo, Mario Pesci-Feltri M., es del criterio que tales medidas pueden recaer sobre bienes que estén en posesión del demandado, al igual como lo disponía el Código derogado en su artículo 382, ya que sostiene el autor-debe considerarse que el embargo de bienes muebles debe realizarse sobre bienes que estén en posesión del deudor ya que ella equivale a la propiedad, abona su posición aseverando que corresponderá al tercero que se oponga a la medida probar lo contrario.

Ambos autores coinciden en que el Artículo 587 es aplicable al embargo y a la prohibición de enajenar y gravar mas no al secuestro, por cuanto en esta última medida, existe una presunción de propiedad del solicitante que tiene un derecho in reñí en relación a ella, por lo cual busca asegurar la integridad del bien o bienes objeto de la medida, por lo que, en el caso del secuestro, sólo se requiere la **posesión**.

### ***Medidas Cautelares en el Derecho Comparado***

El Derecho comparado latinoamericano comprende ciertas medidas cautelares no previstas en nuestra legislación, al menos de un modo general. Estas medidas son la anotación de la litis, la inhibición general de bienes y la prohibición de innovar.

La primera de ellas está prevista en el art. 229 del Código Procesal de la Nación (Argentina) en los siguientes términos: "Procederá la anotación de litis cuando se dedujere una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el Registro de la Propiedad y el derecho fuere verosímil. Cuando la demanda hubiere sido desestimada, esta medida se extinguirá con la terminación del juicio. Si la demanda hubiese sido admitida, se mantendrá hasta que la sentencia haya sido cumplida". Dicha medida tiene por objeto hacer constar en el Registro la existencia de una causa que ha dado origen al ejercicio de una acción de nulidad, resolución, rescisión, revocación o reducción de una titularidad o acto inscrito anteriormente; de ahí que se califique a ésta de anotación de publicidad.

Todo gravamen, carga, todo cambio de la cosa inscrita debe ser reflejada en el Registro a fin de que los posibles adquirentes conozcan el estado de la cosa inscrita, según se ve, vgr., de los efectos que asigna a la demanda registrada de separación de bienes el art. 177 CC. Nuestro Código Civil, en el ord. 2º, art. 1.921, también prevé la anotación de la litis en los casos que se ejerzan las acciones pauliana, de simulación, rescisión, revocación de donación y resolución de permuta, ordenando el registro de la demanda a los efectos establecidos por la Ley. Pero ello no obsta para que el interesado haga inscribir su demanda a los mismos efectos en el caso de otras acciones no previstas en la mencionada disposición legal (Cf. art. 57, acápite "Protocolo Primero" *in fine* Ley de Registro Público). El art. 605 CPC establece la anotación registral del secuestro preventivo a los mismos fines que estamos comentando.

***La inhibición general de bienes*** está prevista en el art. 228 del Código procesal argentino mencionado, en los siguientes términos: "En todos los casos en que habiendo lugar a embargo éste no pudiera hacerse efectivo por no conocerse bienes

del deudor, o por no cubrir éstos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél la inhibición general de vender o gravar bienes, la que se deberá dejar sin efecto siempre que presentase a embargo bienes suficientes o se diere caución bastante (...). La inhibición sólo surtirá efecto desde la fecha de su anotación salvo para los casos en que el dominio se hubiera transmitido con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación general. No concederá preferencia sobre las anotadas con posterioridad". Según expresa Ramírez (42), esta medida "conciene únicamente a los bienes inmuebles de que no puede disponer el inhibido y no es posible extenderla a otros casos (C. Civ. 2a. Cap., L.L., 12-364; C. Com. Cap. L.L. 11-152)", y no es necesario un previo intento por embargar para que proceda su decreto, bastando la simple manifestación de desconocerse bienes del deudor.

Sin embargo, como no se concretiza en ningún bien en particular, sólo establece un derecho concurrente con los demás demandantes que en el futuro solicite igual inhibición general, según señala *in fine* la norma transcrita. Esta medida es similar al arraigo previsto en nuestro Código arandino de 1836 (Cf. *infra* N° 30). Estaba prohibida expresamente por el art. 15 del Código de 1916, pero a partir del nuevo cuerpo legal ha adquirido plena vigencia.

La ***prohibición de innovar*** tiene por objeto, según expresa la jurisprudencia argentina, "el de asegurar la igualdad de las partes ante la contienda judicial, pues es regla de derecho que, pendiente un pleito, no pueda cambiarse de estado la cosa objeto del litigio para que no sea trabada la acción de la justicia, y pueda ser entregada la cosa litigiosa al que deba recibirla". Impide "que las partes innoven en la situación de hecho o *de derecho* existente al iniciarse la controversia (...), asegurando un efecto típico de la sentencia, cual es su retractividad al tiempo de la demanda" (43). El art. 230 del código mencionado expresa: "Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) el derecho fuere verosímil; 2) existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible; 3) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria".

La prohibición de enajenar y gravar que prevé nuestra ley procesal para los juicios reivindicatorios presenta efectos similares a la prohibición de innovar, en cuanto asegura la *perpetuado legitimationis* en el demandado al impedir que enajene la cosa litigiosa con fundamento en el título registrado que pueda tener (Gf. *itifra* N° 39a).

En el caso de la legitimación activa, nuestro artículo 1.557 CC la perpetúa a partir de la contestación de la demanda, con efectos para todo tipo de juicio, no haciendo oponible al demandado la cesión de derechos litigiosos que haga el actor con posterioridad a dicho acto (Cf. También art. 145 CPC). Según veremos posteriormente al hacer la reseña histórica de nuestras medidas preventivas (Cf. *infra* N° 33), la tendencia de la legislación patria ha sido la de restringir la prohibición de innovar en cada nuevo cuerpo legal, al punto de llegar a configurarla en los términos de la actual prohibición de enajenar y gravar.

### *Clases de Medidas Cautelares.*

Están previstas en el artículo 588 del CPC, y se agrupan en cuatro tipos, a saber:

***El embargo de bienes muebles.*** Medida cautelar adoptada por la autoridad judicial para asegurar el resultado de un proceso y que recae sobre determinados bienes cuya disponibilidad se impide. El embargo, en su acepción procesal, se llama preventivo cuando tiene por finalidad asegurar los bienes durante la tramitación del juicio... (**Ossorio**).

El embargo es la aprehensión o retención de bienes muebles o inmuebles hecha de orden de la autoridad judicial competente. (**Borjas**).

El embargo es la retención, secuestro o prohibición de disponer de ciertos bienes sujetos a responder eventualmente de una deuda u obligación (**Cabanellas**).

***El secuestro de bienes determinados.*** El secuestro es el depósito de bienes muebles o inmuebles materia de un litigio que, en manos de terceros y para fines preventivos y de conservación, hacen los interesados o decreta el Tribunal. Es

voluntario en el primer caso, y constituye un contrato entre los deponentes y el depositario; y judicial en el segundo caso, en el cual, aunque no es una convención, impone al secuestratario las mismas obligaciones que el secuestro convencional al depositario. El secuestro voluntario se rige únicamente por las disposiciones del Código Civil, el judicial se rige, además de las disposiciones del Código Civil, también por las del Código de Procedimiento Civil.

### ***La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.***

Esta medida no afecta ni perturba de manera inmediata al afectado, constituye una limitación al derecho de propiedad y por lo tanto su interpretación debe ser siempre restrictiva y no puede aplicarse de manera analógica.

### ***Medidas cautelares innominadas.***

Establecidas en el Parágrafo Primero del Artículo 588 CPC, la redacción es bastante genérica, por cuanto sería difícil tratar de enumerar los casos en que se podrían solicitar estas medidas cautelares, pero es indudable que para acordarlas, el Juez deberá vigilar estrictamente los presupuestos del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*.

La finalidad de este poder cautelar general, es el aseguramiento de las resultas de aquellas demandas que no persiguen la satisfacción de obligaciones de contenido dinerario o la restitución de algún bien.

El artículo 585 del código de procedimiento civil establece que las medidas preventivas serán decretadas por el Juez solo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

La doctrina venezolana ha conceptualizado las medidas preventivas en disposiciones de precaución adoptadas por el juez, a instancia de parte, a fin de

asegurar los bienes litigiosos y evitar la insolvencia del obligado o demandado antes de la sentencia.

La aspiración de las partes en un proceso consiste en la realización material del Derecho, sobre todo cuando se busca una sentencia de condena.

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

Estas medidas corresponden al tipo de procesos cautelares, siendo sus características:

- Jurisdiccionalidad. Vale decir, que solo tiene competencia para acordar el mismo órgano ordinario a quien le corresponde el conocimiento del proceso principal, del cual es conexo.
- Periculum in Mora. Esto significa que debe alegarse el temor de un daño jurídico posible, inmediato o inminente, o evitar notorios perjuicios que un demandado de mala fe puede causar, con consecuencias directas en el proceso principal. Este riesgo denominado en la doctrina el "Periculum in mora" queda plasmado en la frase: "cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo".
- Provisoriedad. Es decir, que la medida solo puede durar mientras subsista el peligro y se pone en resguardo del riesgo invocado y que se trata de impedir, de aquí se tiene que deberá alzarse la medida decretada, en cualquier estado del juicio, si el demandado prestare caución o garantía suficiente.
- Sumariedad. Lo que vale tanto como que la prueba que debe producirse a tales efectos no debe ser precisamente tanto como plena bastando un examen superficial de los presupuestos procesales, dentro de su índole general de urgente, sin prejuzgar en absoluto del fondo del proceso principal.
- Instrumentalidad. O subordinación al proceso principal.
- Se tramitan y deciden en cuaderno separado.

- Variabilidad. Las medidas cautelares no son inmutables, no producen cosa juzgado, ni formal, ni material, y por tanto pueden ser modificadas o suspendidas cuando cambian las condiciones que le dieron origen.

### ***Requisitos.***

El artículo 585 del código de procedimiento civil establece la judicialidad de las medidas cautelares, solo el juez puede acordar es medida, porque estas medidas necesariamente se traducen en una restricción o limitación al ejercicio de los derechos fundamentales.

Para que procedan las medidas preventivas es necesario:

- Que exista un juicio pendiente. No solo basta la presentación del libelo de la demanda, debió ser admitida la misma por el tribunal con posterioridad. Así lo estableció la corte Suprema de Justicia en su fallo del 13/12/1979.
- La presunción grave del derecho que se reclama o el Fomus Boni Iuris.
- Cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo o el Fomus Periculum in Mora.
- Que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil.

Esto en el supuesto de que el solicitante de la medida no disponga de un medio que le permita cauciones, afianzar o garantizar las resultas del proceso, porque las medidas cautelares pueden causar desastres patrimoniales a las personas contra quien se dirige.

Todo esto puede prescindir cuando hay caución. La posibilidad de obtener medidas cautelares sin necesidad de acreditar los requisitos antes mencionados. También se denomina el decreto de Medidas Cautelares con caución o garantía.

Es importante hacer mención de que solo las medidas de embargo de bienes muebles y la prohibición de enajenar o gravar bienes inmuebles pueden obtenerse mediante caución o garantía, es decir que la medida de secuestro no es factible de obtener mediante caución o garantía, puesto que esta medida recae sobre la cosa

misma objeto del litigio, y además, una suma de dinero no puede satisfacer la pretensión de las partes.

### ***Clasificación.***

Las medidas cautelares o preventivas están clasificada en:

- El Embargo de bienes muebles.
- El Secuestro de bienes determinados.
- La Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.
- Las Medidas Preventivas Innominadas.

***Embargo.*** El embargo es la retención o aprehensión de bienes del deudor, dispuesta por el juez, sustrayéndole a la libre disposición de su propietario, para asegurar el cumplimiento de la obligación exigida y las resultas generales del juicio. Es juez competente para decretar la medida, el partido donde estén los bienes que hayan de ser embargados.

El embargo preventivo por su propia naturaleza es temporal, decretándose con fines únicamente precautelativos a fin de asegurar el resultado en juicio de la condena del deudor, y solamente puede recaer sobre bienes muebles.

***Prohibición de enajenar y gravar.*** Esta medida solamente puede recaer sobre bienes inmuebles, a diferencia del embargo preventivo que solo puede recaer sobre bienes muebles. Esta medida implica o involucra una privación al propietario del "Ius Autendi", es decir, del derecho de disponer lo que se traduce como la imposibilidad de vender, hipotecar ese bien inmueble, realizar todos los actos relacionados con lo anterior, entre otras. Cabe destacar que el uso y disfrute del propietario permanece intocable.

Esta medida es una restricción que por convenio o institución unilateral impide la transmisión, a título gratuito u oneroso, del bien a que se refiera. Muchos autores consideran que el impedimento del ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al propietario, no implica ningún tipo de incapacidad de la persona para

disponer sus bienes; precisamente la tiene, pero temporalmente se encuentra privado del "ius disponendi", veto al natural desenvolvimiento de aquellas facultades del dominio normal.

### ***Secuestro.***

Son medidas preventivas que consisten en el embargo o confiscación de bienes muebles o inmuebles para satisfacer obligaciones en litigio.

Además es el depósito que se hace de la cosa en litigio, en la persona de un tercero mientras se decide a quien pertenece la cosa. Puede ser convencional, legal y judicial. En el primer caso se hace por voluntad de los interesados, en el segundo por mandato legal, y el tercero por orden del juez.

Tanto en la ley como en la práctica se emplea la palabra secuestro como sinónimo de embargo, pero con más propiedad el secuestro implica siempre en la existencia de un depósito, cosa que no sucede siempre en el embargo.

### ***Medidas preventivas innominadas.***

Cuando hablamos de medidas nominadas, hablamos de embargo de bienes muebles, prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles y el secuestro de bienes determinados, están tipificada, cuando hablamos de medidas innominadas estamos hablando de otras providencias que el juez puede dictar, medidas asegurativas o conservadoras que no son ni secuestros, ni embargos, ni prohibición de enajenar o gravar, por el contrario pueden ser autorizaciones o pueden ser prohibiciones, pero no recaen directamente sobre bienes.

El artículo 588 del código de procedimiento civil están establecidas las medidas nominadas e innominadas, las últimas en el único aparte del artículo, el cual expresamente dice: "Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado".

Las medidas cautelares innominadas son aquellas medidas inherentes a la función de juzgar y de ejecutar lo juzgado que puede otorgar el juez en el curso del contradictorio para proteger a alguna de las partes contra una lesión a que puede estar expuesta por la prolongación del proceso.

### ***Diferencia entre Medidas Cautelares Nominadas e Innominadas.***

- En las medidas cautelares nominadas, se piden medidas complementarias a fin de asegurar la eficacia de la medida cautelar, en las medidas cautelares innominadas no admiten esa medida complementaria, pero si nuevas medidas, en caso de que las decretadas resulten insuficientes.
- Las medidas nominadas, con excepción del secuestro, pueden ser decretadas con fianza o garantía suficiente, así lo establece el artículo 590 del código de procedimiento civil, en cambio las innominadas no pueden decretarse con fianza.
- Las medidas nominadas con excepción del secuestro, no deben decretarse o suspenderse si la parte contra quien obran constituye caución o garantía suficiente, artículo 589 CPC. Las providencias innominadas pueden seguir la circunstancia que aprecie, el juez mediante la constitución de garantía o caución suficiente, porque son medidas destinadas a evitar que sigan lesionando.
- Las medidas nominadas inciden directamente sobre el patrimonio del ejecutado, las innominadas consisten en prohibiciones o autorizaciones que no afectan directamente el patrimonio.
- Las medidas nominadas aseguran la eficacia del proceso, es decir, que no se haga ilusoria la ejecución del fallo mientras que las providencias cautelares innominadas persiguen evitar daños mayores, que estos no se continúen provocando.
- Las medidas nominadas requieren para su procedencia el "fumus bonis iure" y el "periculum in mora", pero las providencias innominadas requieren además el peligro de que se siga lesionando el derecho de quien lo solicita.

### ***Poder Cautelar.***

En nuestro proceso se entiende como la facultad del órgano jurisdiccional para dictar durante el contradictorio medidas que aseguren la eficacia de lo que pudiera ser sentenciado en definitiva y en consecuencia entramos en la definición de medidas cautelares, que no son mas que los medios de que dispone quien se afirma titular de un derecho, para asegurar su ejercicio, cuando carece de un titulo ejecutivo que le permita adelantar la ejecución de esos derecho.

Es importante señalar que una vez agotado el contradictorio no hay posibilidad de solicitar o decretar por el juez medidas preventivas sino procedimientos ejecutivos.

### **Régimen Legal de las Medidas Cautelares en los Procesos Arbitrales Internacionales**

La finalidad de las medidas cautelares es garantizar que el fallo o laudo definitivo pueda ser ejecutado en forma eficiente, conservando bienes o haberes que se puedan utilizar para darle curso en la jurisdicción que corresponda. “Nada parece indicar que en el contexto del arbitraje comercial internacional los objetivos difieran de los que se persiguen en el contexto de la litigación internacional”

En la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (Ley Modelo) enfatiza que si dos partes resuelvan someter su disputa a arbitraje ello “no implica que pierdan derecho alguno de valerse de medidas cautelares que habrían tenido recurriendo a la vía judicial. Ese criterio coadyuvaría a lograr metas de compatibilidad y uniformidad”.

Actualmente se persigue una reforma y tiene la meta de lograr que los tribunales arbitrales sean capaces de adoptar medidas cautelares eficientes, que permitan lograr los objetivos expresados en el primer párrafo, lo que no ocurre en la actualidad.

Como señala Gary Born en la introducción de su capítulo 14 “Provisional measures are at least as important in international arbitration as in international litigation, but are often less easily obtained”.

En ese sentido se pronuncian Redfern and Hunter quienes señalan que las principales razones que impiden que los árbitros adopten en forma autónoma medidas cautelares en el ámbito internacional son: 1. La falta de jurisdicción o competencia, 2. La inhabilidad de actuar antes de la formación del tribunal, 3. Una orden sólo podría afectar a las partes del proceso arbitral, 4. Las dificultades de su ejecución, 5. La imposibilidad de dictarlas *ex parte*.

### ***Ley Modelo***

La Ley Modelo está formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

El 7 de julio de 2006, la CNUDMI (UNCITRAL) aprobó enmiendas del párrafo 2 del artículo 1, del artículo 7 y del párrafo 2 del artículo 35, el nuevo capítulo IV A que sustituye al artículo 17 y un nuevo artículo 2A. La versión revisada del artículo 7 tiene por objeto modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales a fin de observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales. El nuevo capítulo IV A establece un régimen jurídico más amplio relativo a las medidas provisionales en apoyo del arbitraje.

En este trabajo se analiza el proyecto de reforma del artículo 17 de “La Ley Modelo” en lo que se refiere a los requisitos para la concesión de medidas cautelares.

Asimismo, se hizo una pequeña consideración respecto de la posibilidad de adoptar medidas *ex parte*.

“Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares.

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

Como puede verse este artículo no establece requisito alguno para la concesión de medidas cautelares. Este hecho colabora con la situación de indefinición que determina que los árbitros sean proclives a no otorgarlas, dado que no establece un marco dentro del cual corresponda o no su adopción. En la reforma se decidió incluir los requisitos que deben concurrir para el dictado de una tutela cautelar. Para ello se utilizaron diferentes visiones de ordenamientos locales particulares de diferentes países, con lo cual concluyó en forma provisoria, si bien estas medidas serían de carácter “discrecional”, estarían sujetas a ciertas consideraciones especiales, es decir, ciertos “requisitos”.

Esta iniciativa es coherente con la opinión de Redfern and Hunter de que las normas internacionales deben ser suficientemente transparentes para que las cortes locales entiendan los límites aceptables de su intervención a la hora de ejecutar estas medidas.

En la Reforma UNCITRAL continúa su trabajo, considerando el siguiente texto:

Artículo 17 bis—Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares:

- 1) El demandante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:
  - a) De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y
  - b) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, siempre y cuando toda determinación del tribunal

arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

- 2) En lo concerniente a toda demanda de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

Simplemente cabe agregar que se decidió suprimir el requisito de “la urgencia de la medida”, con el fundamento que no debía ser un carácter general de las medidas cautelares, sino sólo de las dictadas ex parte.

### *El Daño*

El proyecto referido señala dos requisitos, uno de ellos es que exista la probabilidad de que se produzca “algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida”.

Como se desprende de las consideraciones expuestas en la reforma se estableció la existencia de un daño considerable, incluso de tal gravedad que se propuso en el texto la mención de daño irreparable. El principio es que sólo en casos excepcionales corresponde el dictado de estas medidas, dado que es necesario que existan situaciones particulares que requieran su dictado. No deben constituir la generalidad de los casos.

Sin embargo, el Grupo Especial modificó la redacción del estándar toda vez que entendió que era muy alto, resultando difícil de superar, e incluyó el patrón de “algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización”.

Como puede verse, en principio sólo procede el dictado de una medida cautelar cuando no pudiera resarcirse el eventual daño mediante una indemnización, o cuando resultara más complicado, es por este motivo que luego fue incorporado el modificador “acabadamente”

### *Posibilidad de que la Demanda Prospere*

El otro requisito es que exista “una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal”.

Gary Born, estima que este tema no es para nada menor, dado que una de las razones que utilizan los árbitros para denegar estas tutelas cautelares es que estarían prejuzgando sobre el fondo del litigio.

Por tal motivo, en la reforma se fue muy cuidadoso en adoptar una redacción que “no prejuzgue en modo alguno las determinaciones a las que el tribunal arbitral pueda llegar ulteriormente”.

En ese sentido, las notas explican que no se requiere un juicio previo sobre las circunstancias del caso, sino simplemente acerca de su gravedad sin prejuzgar en modo alguno respecto de las conclusiones.

Por lo dicho, estimo que este estándar debe interpretarse en el sentido de que no corresponde un examen de las probabilidades sustanciales de victoria en el proceso principal, aunque ello no significa que no corresponda alguna consideración al respecto. La cuestión importante para la reforma era introducir un requisito que reduzca la posibilidad de que se dicte una medida infundada, aunque sin entrar al análisis del fondo del asunto.

Como resultado Jarrod Wong, alcanzó la fórmula “una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere”. Se trata de un análisis en abstracto que permita concluir que esa causa de acción es jurídicamente capaz de lograr una victoria para el demandante, sin considerar el caso en concreto. Se trata de una posibilidad en abstracto, y no de una probabilidad en concreto teniendo en cuenta datos de los hechos.

### *Posibilidad de Adoptar Medidas Ex Parte*

UNCITRAL introduce esta posibilidad en el Artículo 17 ter—Solicitud de una orden preliminar, que estable que:

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte podrá demandar una medida cautelar sin dar aviso a ninguna otra parte y solicitar una orden preliminar del tribunal arbitral por el que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar demandada.
- 2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la demanda de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida demandada.
- 3) Las condiciones definidas en el artículo 17 bis serán aplicables a toda orden preliminar, con la salvedad de que el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 bis ha de ser el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

La posibilidad de adoptar medidas sin escuchar a la otra parte, sin duda, es el tema que más debate ha causado en el seno del grupo. Si bien existen delegaciones que se han pronunciado en contra, se ha continuado con esta iniciativa.

A este respecto, y si bien es un tema que merece un largo debate, quisiera simplemente mencionar que la mayoría de las instituciones no permiten este tipo de medidas, y que muy difícilmente pueda lograrse su ejecución en el marco del actual artículo V (b) de la Convención de Nueva York de 1958, toda vez que se violentaría el principio de que ambas partes deben tener las mismas posibilidades de presentar su caso ante el tribunal.

Así, por ejemplo, en opinión de Julio Benetti: “En el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrán decretarse medidas cautelares con sujeción a las reglas que a continuación se indican: Al asumir el tribunal su propia competencia, o en el curso del proceso, cuando la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho.

## **Tesis Colombiana Comparada con el Arbitraje Internacional**

Por oposición a lo que ocurre en Venezuela, en el ámbito internacional sí existe una marcada tendencia mayoritaria acerca de la posibilidad de que los árbitros puedan decretar medidas cautelares. En primer lugar, en lo que concierne al campo legislativo, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española consagra en su artículo 23 que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancias de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio (...).” Similar pronunciamiento se encuentra en la Ley inglesa de arbitraje de 1996 y en la sueca de 1999, al disponer esta última que “Salvo que las partes hayan acordado lo contrario, los árbitros pueden, a solicitud de una parte, decidir que, durante el trámite arbitral, la parte contraria debe asumir ciertas medidas cautelares para asegurar la pretensión objeto del arbitraje (...).” Por su parte, aunque la Ley federal de arbitraje o FAA que rige en los Estados Unidos no regula de manera directa los poderes de los árbitros a este respecto, el grueso de las cortes norteamericanas sí han reconocido -amparadas en la FAA- el poder que tienen los tribunales arbitrales para decretar este tipo de medidas, supeditado, eso sí, a que ello de alguna manera esté contemplado en el pacto arbitral.

En segundo término y en lo que atañe a la otra fuente de donde se derivan las facultades de los árbitros en materia de cautelas (la primera es la legislación internacional aplicable), encontramos los reglamentos de arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o, como es más conocida por su sigla en inglés, Uncitral); de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), y de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), entre otros.

El común denominador en esos reglamentos es el de que, a menos que las partes pacten lo contrario, los árbitros están dotados de amplias facultades para decretar las medidas cautelares que mejor Gamboa Morales, Nicolás, “Arbitraje y medidas cautelares”, en *El contrato de arbitraje*, Universidad Colegio Mayor de

Nuestra Señora del Rosario y Legis, Bogotá, 2005, pp. 594 y ss. Gamboa Morales, Nicolás, op. cit. p.602. Como atinadamente lo precisa este destacado autor, a las convenciones internacionales no se les da el alcance de fuentes, “pues poco o nada es lo que ellas expresan sobre el poder de los árbitros para decretar medidas cautelares, como puede evidenciarse, por ejemplo, de una revisión de los Convenios de Nueva York (1958) y de Panamá (1975). *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 9(1): 183-204, enero-junio de 2007 Medidas cautelares en los procesos arbitrales 201 tutelen los derechos y bienes involucrados en la controversia sometida a su consideración. Así, por ejemplo, el reglamento Uncitral -y lo mismo contemplan, en esencia, los demás citados reglamentos-, al regular el tema en el artículo 26 numeral 1º dispone: A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto del litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.

Como se observa, la regla que impera en el escenario internacional del arbitraje es la de la medida cautelar genérica, con apoyo en la cual el juzgador puede decretar, además de las que por mera enunciación se citan en esos reglamentos, cualquier otra que “asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”, según la afortunada redacción del artículo 629 del Código Procesal Civil del Perú, que resulta muy ilustrativa para estos menesteres principalmente sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes, podrá decretar las medidas cautelares:

1. - Que conste el objeto del proceso, en un registro el nombre de las partes y las circunstancias que sirvan para identificar los inmuebles y demás bienes. Este registro no excluye los bienes del comercio, pero quienes los adquieran con posterioridad estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral. Si el laudo fuere favorable a quien solicitó la medida, en él se ordenará la cancelación de los actos de disposición y administración efectuados después de la inscripción del proceso, siempre que se demuestre que la propiedad subsiste en cabeza de la parte contra quien

se decretó la medida, o de un causahabiente suyo. Si el tribunal omitiere las comunicaciones anteriores, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia del tribunal superior que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador a solicitud de parte procederá a cancelarla.

2. El secuestro de los bienes muebles. La diligencia podrá practicarse en el curso del proceso a petición de una de las partes; para este fin, el interesado deberá prestar caución que garantice los perjuicios que puedan causarse. Podrán servir como secuestro los almacenes generales de depósito, las entidades fiduciarias, y las partes con las debidas garantías.

El tribunal podrá durante el proceso, a solicitud de terceros afectados, levantar de plano las anteriores medidas, previo traslado por tres (3) días a las partes. Si hubiere hechos que probar, con la petición o dentro del traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos”. *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 9(1): 183-204, enero-junio de 2007 Medidas cautelares en los procesos arbitrales 193.

Dentro de este orden de ideas, si el legislador colombiano hubiera deseado dotar al árbitro de facultades para adoptar cualquier medida cautelar, le habría bastado con derogar el numeral 9º del artículo 2019 del Código de Comercio colombiano en que existía prohibición expresa en el arbitraje, sin necesidad de dictar la norma que se comenta; o simplemente decir que en esta cuestión se aplicaría el Código de Procedimiento Civil, como lo hizo la ley arbitral respecto de otros temas (...) en el supuesto de que en el derecho colombiano la cautela fuera la regla general en cualquier proceso.

Connotados árbitros como Nicolás Gamboa Morales<sup>31</sup> y Ramiro Bejarano Guzmán, entre otros, han expuesto una argumentación contraria: consideran que la regulación a la que se refiere el artículo del Decreto 2279 de 1989 no tenía por objeto prohibir las demás medidas cautelares, sino reglamentar las de inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles, en esas dos específicas situaciones.

Por otra parte y en razón a con la corriente *procesalista* del arbitraje colombiano, no sólo se comparte el punto de vista expresado en el párrafo precedente

(como quiera que esa es la tesis alrededor de la cual gira este escrito), sino que, además, apoyado en el diseño procesal de este tipo de asuntos y a la luz de los pronunciamientos constitucionales y de la integración de normas que hay que aplicar debido al bloque de constitucionalidad, sin lugar a dudas se puede afirmar que los árbitros están facultados para decretar las medidas cautelares previstas en los procesos ordinarios, y en todos aquellos otros en los que la naturaleza de la controversia y las normas legales así lo permitan. Para corroborar este aserto, habría que empezar por recordar que el artículo 2º del otrora Decreto 2651 de 1991, conocido como de descongestión de despachos judiciales, contemplaba la posibilidad de que en los procesos en que no se hubiera proferido sentencia de primera o única instancia, las partes, de común acuerdo, le podían pedir al juez que su controversia se sometiera al trámite de la conciliación, y que si ésta fracasaba o fuere parcial, “a posterior arbitramento”; petición que incluso era susceptible de ser Benetti Salgar, Julio.

En los procesos de ejecución en los que se (hubieran) propuesto excepciones de mérito. Pues bien, pese a que en un primer momento y como resultado de una acción de tutela (Sentencia T-057 de 1995, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), la sala tercera de revisión de la Corte Constitucional adujo que los árbitros no podían conocer de procesos ejecutivos; luego, con base en una decisión adoptada por la sala plena de esa corporación, en la que se pronunció acerca de la demanda de inexecutable del citado artículo 2º del Decreto 2651 de 1991, recogió el criterio anterior y concluyó que los tribunales de arbitramento sí son competentes para tramitar procesos ejecutivos y, desde luego, para decretar los embargos y secuestros a que hubiere lugar (Sentencia C-294 de 1995, magistrado ponente Jorge Arango Mejía). Siendo así, con fluidez se colige que la facultad conferida a los árbitros en materia de cautelares se extiende también a los procesos ejecutivos, situación ésta que conserva plena vigencia por cuanto aunque la Corte Constitucional en Sentencia C-1140 del 30 de agosto de 2000 declaró inexecutable los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999; en ese fallo no se desautorizó el trámite del proceso ejecutivo ante los árbitros, sino que simplemente se estimaron contrarias a la Carta las normas

demandadas, bajo el entendido de que como el deudor de un crédito hipotecario no gozaba de la prerrogativa de discutir el pacto arbitral, su adherencia al mismo no era producto de la voluntad consensuada.

Naturalmente que de la ejecución del laudo propiamente dicha sólo puede conocer la justicia ordinaria conforme a las reglas generales Sentencia C-294 de 1995, magistrado ponente Arango Mejía Jorge. En este fallo se aseveró que “Los árbitros, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, puedan administrar justicia para decidir conflictos surgidos en torno a obligaciones exigibles ejecutivamente, así esté en trámite el proceso ejecutivo, o no haya comenzado aún. Así lo establece inequívocamente el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución” de la República de Colombia.

En efecto, que los árbitros en ejercicio de sus funciones se asimilen a los jueces ordinarios es algo que la normatividad arbitral ya prevé, por lo que mal puede generarse discusión en ese sentido. Y en cuanto a la taxatividad, no debemos olvidar que ésta difiere de la nominación y de la enunciación, como quiera que se está en presencia de la taxatividad cuando la ley dispone que en un determinado proceso son viables las medidas cautelares —cualesquiera que sean—, mientras que la nominación de ellas tiene que ver con que se señalen, a título meramente enunciativo, cuáles resultan viables. Para sustentar esta afirmación, basta recordar que el artículo 959 del Código Civil dispone que si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pero “el actor tendrá derecho de provocar todas las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.”

Con esa norma se acredita la aseveración que se viene haciendo, pues la taxatividad se deriva del hecho de que conforme al artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, en los procesos reivindicatorios procede la inscripción de la demanda o el secuestro de los bienes muebles —según se persigan bienes inmuebles o de esta última clase—; aunque según el artículo 959 del Código Civil también son

de recibo otro tipo de cautelas —las innominadas— que no otra cosa significa la expresión en el sentido de que el actor tendrá derecho de provocar todas las providencias necesarias para evitar el deterioro del bien.

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

## CAPÍTULO IV

### MARCO METODOLÓGICO

#### Metodología de Investigación

La metodología de la investigación se adaptó al nivel de profundidad de la misma y utilizó los criterios establecidos por varios autores, entre ellos: en el libro “Como hacer una tesis”, de Humberto Eco, editorial Gedisa; “El Proyecto de Investigación” de Fideas G. Arias; “Técnicas de Investigación Bibliográfica” de Ilis M. Alfonzo.

Fideas Arias establece en su libro “Mitos y errores en la elaboración de tesis y proyectos de investigación” (1999), las diferencias entre proyecto de investigación y proyecto factible:

---

#### *Diferencias entre “proyecto de investigación” y “proyecto factible”*

---

<i>Proyecto de Investigación</i>	<i>Proyecto Factible</i>
Plantea un problema de conocimiento (algo que se desconoce).	Plantea un problema de tipo práctico, generalmente determinado por una necesidad.
Se plantea objetivos de investigación, lo que refleja los aspectos a conocer.	Se traza objetivos de acción: tareas, actividades, procesos.
Requiere un marco teórico que fundamente la investigación a realizar.	No necesariamente requiere de postura teórica. Hace mucho énfasis en la justificación de proyecto
Puede formular hipótesis.	Formula propuestas de acción y/o modelos operativos como alternativa de solución.

---

### Diferencias entre “proyecto de investigación” y “proyecto factible”

---

<i>Proyecto de Investigación</i>	<i>Proyecto Factible</i>
La metodología utiliza técnicas, instrumentos y procedimientos propios de la investigación científica.	La metodología varía según la fase y naturaleza del proyecto.
Los elementos básicos que se incluyen en un proyecto de investigación son: <ul style="list-style-type: none"><li>- Planteamiento del problema</li><li>- Objetivos</li><li>- Justificación</li><li>- Marco Teórico</li><li>- Metodología</li></ul>	Los elementos básicos que se incluyen en un proyecto factible son: <ul style="list-style-type: none"><li>- Objetivos</li><li>- Justificación</li><li>- Diagnóstico de necesidades</li><li>- Formulación del modelo o propuesta</li><li>- Análisis de su factibilidad</li></ul>
En un proyecto de este tipo se investiga.	En un proyecto de este tipo se planifica.

---

### Hipótesis

“La ausencia de método en las competencias cautelares del árbitro.”

“El desarrollo de una metodología para que en los procesos arbitrales se pueda garantizar que la decisión final pueda hacerse efectiva.”

“Un adecuado uso de recursos cautelares para que no sean una demora o duración del proceso lo que hace inefectivo un derecho cierto.”

“Una adecuada identificación de los riesgos que inciden en la duración del proceso que impidan dictar medidas cautelares destinadas a eliminar dicho riesgo.”

### Nivel de la Investigación

Teniendo en cuenta el tema de investigación y los objetivos planteados, la metodología se fundamentó en la investigación exploratoria, definida como aquella

que “se efectúa sobre un tema u objeto poco conocido o estudiado, por lo que sus resultados constituyen una visión aproximada de dicho objeto”.

### **Diseño de la Investigación**

La investigación del tema se desarrollará en una investigación documental, que se define como “aquella que se basa en la obtención y análisis de los datos provenientes de materiales impresos u otros tipos de documentos”

### **Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos**

La recolección de datos para la realización de esta investigación se basó en la investigación documental de publicaciones especializadas, textos y revistas. Se utilizó las facilidades del Internet para explorar los diferentes sitios (Web sites) para de esa manera obtener información actualizada sobre el tema en investigación.

### **Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos**

- Los datos obtenidos fueron clasificados de acuerdo a su naturaleza y contenido.
- Se utilizaron técnicas avanzadas de análisis de datos.

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES**

Una aplicación restrictiva de las medidas cautelares hace cada vez más ilusorios los efectos de un laudo, porque limitar su aplicación a los puntuales eventos sería dejar por fuera un importante número de asuntos que, aunque son tramitados y decididos por árbitros, no siempre se dilucidan mediante el proceso ordinario sino, como ya se vio ante una controversia que determine la apertura de un proceso divisorio (que no es ni ordinario ni abreviado), las partes celebren un compromiso y opten porque su conflicto lo dirima un tribunal de arbitramento.

El valor del arbitraje, como pronto y eficaz método alternativo de solución privada de un conflicto, radica también y en gran medida en que se dote a quienes tienen la facultad de dirimirlo, de unos instrumentos que aseguren el objeto de la disputa, de suerte tal que dicho objeto no se frustre a la hora de pronunciar y pretender ejecutar el laudo.

Los árbitros deben estar facultados para conocer de procesos ejecutivos y de pronunciarse sobre las respectivas medidas cautelares, debido a que a nivel tanto nacional como internacional tenemos jurisprudencia que así lo ratifica. Ejemplo la Corte Constitucional colombiana en las sentencias C- 294 de 1995 y C-431 del mismo año así expresamente lo declaró.

Otra cosa es que haya discrepancias acerca de la manera como se implementarían esas facultades, puesto que al parecer la normatividad venezolana actual no prevé un específico procedimiento que puedan seguir los árbitros para llevar a cabo tales ejecuciones, dado que las leyes vigentes parten del supuesto de que ellos conocerían de controversias de carácter declarativo.

Es esta última circunstancia la que ha permitido que en la práctica forense judicial se entronice la idea de que en los procesos ejecutivos no es procedente

invocar la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria (artículo 97, numeral 3° del Código de Procedimiento Civil), en el entendido, no tanto de que a los árbitros les esté vedada la posibilidad de conocer de ejecuciones judiciales, sino porque consideran que mientras no se expida la ley que implemente el aludido procedimiento, esa prerrogativa seguirá siendo posible sólo en forma nominal.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se expresa en la posibilidad de lograr que la sentencia logre su cometido, en el sentido de que además de resolver el conflicto materialice la decisión que allí se tome, pues, de lo contrario, el proceso no puede considerarse realmente concluido. Tan es así, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (bloque de constitucionalidad), ha decantado su jurisprudencia en virtud de la cual se da por finalizado el caso, si y sólo si, el Estado cumple cabalmente lo dispuesto en el fallo. Por consiguiente, si la tutela jurisdiccional efectiva forma parte de los derechos fundamentales, y estos a su vez integran el bloque de constitucionalidad, tratándose de medidas cautelares es insoslayable la aplicación de medidas cautelares en los procesos arbitrales.

Es importante señalar en el aspecto internacional que las diferencias destacadas que incorporaría el nuevo artículo 17 de La Ley Modelo para arbitrajes comerciales internacionales respecto de nuestro sistema venezolano. Muchas veces a la hora de abordar la interpretación de las normas internacionales se recurre a los principios de derecho local y estimo que tal proceso en este caso daría un resultado negativo, por cuanto es claro que los requisitos en el caso del arbitraje internacional serían otros, en principio más exigentes, pretendiendo mantener los principios básicos del arbitraje comercial internacional por tanto no parece aconsejable otorgar a los tribunales arbitrales internacionales la facultad de disponer medidas cautelares *ex parte*, por cuanto su ejecutabilidad es discutible y tal posibilidad genera dudas que impulsarán a los árbitros a evitar hacer lugar a su dictado.

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALONZO, I. M. (1999). *Técnicas de Investigación Bibliográfica*. Caracas: Contexto Editores.
- ARIAS FIDIAS. (1999). *El Proyecto de Investigación – Guía para su elaboración*. Editorial Episteme, Caracas: Editorial Episteme.
- BACIGALUPO, M. (1997). **Fumus Boni Iuris, Periculum In Mora y Equilibrio de Intereses Como Presupuestos de la Tutela Cautelar Comunitaria**. REDA N° 94. Año 1997. Abril-junio 1997.
- BACIGALUPO, M. (1999) *La Nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo*. Edit. Marcial Pons.
- BAUMEISTER TOLEDO, A. (1999) *Algunas Consideraciones sobre el Proceso Arbitral en la Nueva Ley de Arbitraje Comercial*. En: **Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial**. Serie Eventos N° 13. Pp.19-73. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas.
- Benneti Salgar, J. (2001). *El arbitraje en el derecho colombiano*, Bogotá: Temis.
- CALVO BACA, E. (1990) *Código de Comercio Venezolano*. Comentado y Concordado. Caracas-Venezuela: Ediciones Libro.
- CHILLON MEDINA, J. y MERINO MERCHÁN, J. (1991). *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas.
- ECO, H. (1996). *Cómo Hacer una Tesis*. Editorial Gedisa, España, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Batalla por las Medidas Cautelares*. Segunda Edición Ampliada. Editorial Civitas.
- GOVEA U, L. G. (1998). *El Recurso de anulación contra los laudos arbitrales comerciales en Venezuela*. En: **Aspectos relevantes de la Nueva Ley de Arbitraje Comercial**. Federación de Colegio de Abogados de Venezuela. Serie Cuadernos Jurídicos N° 04. P.p. 83-96. Caracas.
- HENRIQUEZ LA ROCHE, R. (2000). *El Arbitraje Comercial en Venezuela*. Cámara de Comercio de Caracas. Caracas –Venezuela: Centro de Arbitraje.

HENRIQUEZ LA ROCHE, R. (1998). *Aspectos Relevantes de la Nueva Ley de Arbitraje Comercial. El Arbitraje Independiente. El Arbitraje Institucional vs. Arbitraje Ad Hoc*” En *Aspectos relevantes de la Nueva Ley de Arbitraje Comercial*. Federación del Colegio de Abogados de Venezuela. Caracas..

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R. (1998): *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*. Valencia: Vadell Editores.

MEZGRAVIS, A. *Arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Arbitraje Comercial*. (pp 9-28) En: **Aspectos**

PI LLORENTS, MONSERRAT: (1999). *Los Derechos Fundamentales en el Derecho Comunitario*. España: Editorial Ariel. Pp. 97.

SUÁREZ M., J. L. (2004). *El Contencioso Administrativo en la Comunidad Andina. El Contencioso Administrativo Hoy*. Jornadas 10º Aniversario. Caracas, pp. 440.

### Legislación

República Bolivariana de Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial N° 36.860* de fecha 30 de Diciembre 1999.

República de Venezuela. Código Civil. *Gaceta Oficial N° 2.990* de fecha 26 de Julio de 1982.

República de Venezuela. Código de Comercio. Ley de Reforma Parcial de fecha 26 de Julio de 1955. *Gaceta Oficial N° 475* del 21 de Diciembre de 1955.

República de Venezuela. Código de Procedimiento Civil. Ley de Reforma Parcial de fecha 13 de Marzo de 1987. *Gaceta Oficial N° 3.970*.

República de Venezuela. Ley de Arbitraje Comercial. *Gaceta Oficial N° 36430* de fecha 07 de Abril de 1998.

República de Venezuela. Ley de Derecho Internacional Privado. *Gaceta Oficial N° 36.511* de fecha 06 de Agosto de 1998.

## Referencias electrónicas y Publicaciones:

*Arbitraje y Educación* disponible en [www.tecnojuris.com/derecho/modules](http://www.tecnojuris.com/derecho/modules)

Columnistas Venezuela Analítica. Disponible en [www.analitica.com/colaboradores](http://www.analitica.com/colaboradores).

LYNCH, Homero. *Arbitraje en la Argentina*. Disponible en:  
<http://www.flawfirms.com.or/html/arbitraj.htm>.

*Medidas Cautelares en Arbitraje Comercial*.  
[www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web)

Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación: LAS MEDIDAS  
[www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/medidascautelares](http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/medidascautelares).

SICE - CNUDMI - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial  
[www.sice.oas.org/dispute/comarb/uncitral/icomars1](http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/uncitral/icomars1).

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

**ANEXO**

**LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE  
COMERCIAL INTERNACIONAL**

[www.bdigital.ula.ve](http://www.bdigital.ula.ve)

**COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA  
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL**

**LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE  
COMERCIAL INTERNACIONAL**

---

(Documento de las Naciones Unidas A/40/17, Anexo I)  
(Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho  
Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985)

**CAPÍTULO I.**

**DISPOSICIONES GENERALES**

**Artículo 1. Ámbito de aplicación<sup>1</sup>**

1) La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial<sup>2</sup> internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.

2) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.

3) Un arbitraje es internacional si:

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:

a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;

b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

5) La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley.

## **Artículo 2. Definiciones y reglas de interpretación**

A los efectos de la presente Ley:

a) "arbitraje" significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo;

b) "tribunal arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;

c) "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país;

d) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;

e) cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;

f) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el inciso a) del artículo 25 y el inciso a) del párrafo 2) del artículo 32, se refiera a una demanda, se aplicará también a una convención, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción.

## **Artículo 3. Recepción de comunicaciones escritas**

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes:

a) se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento,

residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega;

b) la comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

2) Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones habidas en un procedimiento ante un tribunal.

#### **Artículo 4. Renuncia al derecho a objetar**

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

#### **Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal**

En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

#### **Artículo 6. Tribunal u otra autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje**

Las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y 34 2) serán ejercidas por ... [Cada Estado especificará, en este espacio, al promulgar la ley modelo, el tribunal, los tribunales o, cuando en aquélla se la mencione, otra autoridad con competencia para el ejercicio de estas funciones].

### **CAPÍTULO II.**

#### **ACUERDO DE ARBITRAJE**

#### **Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje**

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

#### **Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal**

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

#### **Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal**

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

### **CAPÍTULO III.**

#### **COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

##### **Artículo 10. Número de árbitros**

1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

##### **Artículo 11. Nombramiento de los árbitros**

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

3) A falta de tal acuerdo,

a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6;

b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.

4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes,

a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o

b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o

c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) ó 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

## **Artículo 12. Motivos de recusación**

1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y

durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

### **Artículo 13. Procedimiento de recusación**

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

### **Artículo 14. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones**

1) Cuando un árbitro se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.

2) Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 12.

### **Artículo 15. Nombramiento de un árbitro sustituto**

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

## **CAPÍTULO IV.**

### **COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

#### **Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia**

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras est é pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

#### **Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales

cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

## **CAPÍTULO V.**

### **SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES**

#### **Artículo 18. Trato equitativo de las partes**

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

#### **Artículo 19. Determinación del procedimiento**

1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

#### **Artículo 20. Lugar del arbitraje**

1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

#### **Artículo 21. Iniciación de las actuaciones arbitrales**

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.

## **Artículo 22. Idioma**

- 1) Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.
- 2) El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

## **Artículo 23. Demanda y contestación**

- 1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.
- 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

## **Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito**

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.
- 2) Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.
- 3) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán

ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

#### **Artículo 25. Rebeldía de una de las partes**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

- a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones;
- b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante;
- c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

#### **Artículo 26. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral**

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral

- a) podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral;
- b) podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

#### **Artículo 27. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas**

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

**CAPÍTULO VI.**  
**PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN**  
**DE LAS ACTUACIONES**

**Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio**

- 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
- 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
- 3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.
- 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

**Artículo 29. Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro**

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

**Artículo 30. Transacción**

- 1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.
- 2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

### **Artículo 31. Forma y contenido del laudo**

- 1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.
- 2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.
- 3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.
- 4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el párrafo 1) del presente capítulo.

### **Artículo 32. Terminación de las actuaciones**

- 1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el párrafo 2) del presente artículo.
- 2) El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando:
  - a) el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio;
  - b) las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones;
  - c) el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.
- 3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34.

### **Artículo 33. Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional**

- 1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:

a) cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar;

b) si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el inciso a) del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.

3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.

4) El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los párrafos 1) ó 3) del presente artículo.

5) Lo dispuesto en el artículo 31 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales.

## **CAPÍTULO VII.**

### **IMPUGNACIÓN DEL LAUDO**

#### **Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral**

1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

**i)** que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

**ii)** que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

**iii)** que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

**iv)** que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

**b)** el tribunal compruebe:

**i)** que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

**ii)** que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

**3)** La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

**4)** El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

## CAPÍTULO VIII.

### RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

#### Artículo 35. Reconocimiento y ejecución

1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.

2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos<sup>3</sup>.

#### Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

b) cuando el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

---

**Continuación:** Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

<sup>1</sup> Los epígrafes de los artículos se han incluido para facilitar la referencia únicamente y no deberán utilizarse para fines de interpretación.

<sup>2</sup> Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

<sup>3</sup> El procedimiento enunciado en este párrafo tiene por fin establecer un máximo de requisitos. Así pues, no se opondría a la armonización pretendida por la ley modelo que un Estado mantuviese en vigencia un procedimiento aún menos oneroso.