

# Recursos de Terceros frente a Medidas Cautelares acordadas por Tribunales Arbitrales<sup>1</sup>

*Pedro Alberto Jedlicka Zapata*  
(Venezuela)<sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Medidas Cautelares decretadas por el Tribunal Arbitral, excediéndose de los Límites de su Competencia. III. Medidas Cautelares decretadas por el Tribunal Arbitral dentro de los Límites de su Competencia.

---

<sup>1</sup> Conferencia dictada en Barcelona, España, con ocasión del IV Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje, denominado "El Arbitraje en la Crisis Económica", desarrollado entre el 21 y el 23 de junio de 2009.

<sup>2</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas, Venezuela, en el año 1995. Luego de obtener los títulos de Especialista en Derecho Mercantil y Especialista en Derecho Procesal de la misma Universidad, obtuvo una Maestría en Derecho Comercial Internacional en la Universidad de California, Davis, y más recientemente finalizó el programa de negociación en la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, Cambridge, MA. Es profesor de Teoría General de la Prueba y Resolución Alternativa de Conflictos en la Universidad Católica Andrés Bello, así como de Derecho Procesal Civil en la Universidad Monteávila, donde también dirige el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Además, es miembro de la lista de árbitros y conciliadores del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Actualmente es socio coordinador del departamento de Litigios y Resolución Alternativa de Conflictos de la Firma Imery Urdaneta Calleja Itriago & Flamarique, en Caracas.

## I. INTRODUCCIÓN

La discusión acerca de la posibilidad de los árbitros de decretar medidas cautelares o provisorias dentro del arbitraje y, particularmente, las divergencias legales y doctrinarias respecto a la posibilidad de decretarlas aún antes de la constitución del tribunal arbitral, bien sea gracias a la colaboración preliminar de un tribunal judicial sin que ello implique una renuncia al acuerdo de arbitraje, o bien a través de la aún más polémica y discutida posibilidad de constitución de tribunales arbitrales provisorios o *ad hoc* que tengan competencia para decretar dichas medidas *inaudita parte*, ha centrado e incluso absorbido casi en su totalidad los estudios relacionados con este tema.

Y es que efectivamente se trata de una discusión apasionante, que ha evolucionado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestros Tribunales y Cortes Hispanoamericanas, acercándose cada vez a un consenso y a la adopción de criterios uniformes, como consecuencia principalmente de la incorporación de disposiciones expresas sobre esta materia en un buen número de textos legales alrededor del mundo, y en los reglamentos de los principales centros nacionales e internacionales de arbitraje.

Sin embargo, dicha evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial no ha sido tan profunda y concluyente en lo que respecta al estudio de los recursos de que disponen los terceros que puedan verse afectados por dichas medidas cautelares, con el fin de hacer valer sus derechos o en definitiva procurar la impugnación o anulación de estas decisiones provisorias. Al contrario, observamos una divergencia importante de criterios en este sentido, principalmente entre aquellos que mayoritariamente han sostenido la imposibilidad de los terceros que no forman parte del acuerdo de arbitraje de acudir ante el tribunal arbitral para hacer valer sus derechos, quedando obligados a acudir a la vía judicial ordinaria<sup>3</sup>, y aquellos otros que, si bien dejan abierta la posibilidad de que el tercero pueda hacer valer sus derechos participando voluntariamente en el proceso de arbitraje con la venia de las

---

<sup>3</sup> Cfr. Entre otros: HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: "El Arbitraje Comercial en Venezuela", Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, Caracas, 2000, p. 253; QUINTERO TIRADO, Mariolga: "De las medidas cautelares en el arbitraje", publicado en: "Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal", N° 1, LIVROSCA, C.A., Caracas, 1999, p. 82; SARMIENTO SOSA, Carlos: "Ley de Arbitraje Comercial", LIVROSCA, C.A., Caracas, 1999, pp. 62 y 63.

partes<sup>4</sup>, lo cierto es que vislumbran como mecanismo idóneo para lograr tales objetivos la posibilidad de solicitar por ante los tribunales judiciales competentes la nulidad de las decisiones que acuerdan dichas cautelares a través del recurso de nulidad de laudos arbitrales<sup>5</sup>, solución esta que fue acogida por la legislación española sobre arbitraje en su Ley 60/2003 de 23 de Diciembre de 2003.

Es aquí donde, a los efectos de esta breve presentación, retomaremos parcialmente el análisis y discusión de esta figura, enfocándonos esencialmente en los recursos de que disponen los terceros afectados por medidas cautelares decretadas por Tribunales Arbitrales, y que podrían contribuir a salvaguardar sus derechos sin perjudicar los intereses de las partes involucradas en el proceso de arbitraje en el cual tales medidas fueron decretadas.

## **II. MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL, EXCEDIÉNDOSE DE LOS LÍMITES DE SU COMPETENCIA**

Hemos observado que, el enfoque adoptado por la doctrina internacional para pronunciarse respecto a las posibles oposiciones, impugnaciones o acciones de nulidad de que dispone el tercero para atacar la decisión del Tribunal Arbitral que decreta la medida cautelar que lo afecta, está mayormente orientado a la aplicación analógica de reglas relativas a las incidencias de oposición previstas en la legislación procesal de diversos países, las cuales persiguen atacar la legalidad y extensión de dichas medidas cautelares con el fin de lograr su revocatoria.

Así las cosas, quienes sostienen esta posición se orientan a concluir que los terceros no pueden intervenir en el proceso arbitral a fin de requerir un pronunciamiento de los árbitros respecto a dicha oposición, salvo que ello sea expresamente acordado con las partes involucradas en el arbitraje, sino que deben acudir a la vía judicial ordinaria, bien sea proponiendo tal oposición ante el tribunal de Primera Instancia que habría conocido regularmente de

<sup>4</sup> Cfr. BENETTI SALGAR, Julio: *“El Arbitraje en el Derecho Colombiano”*, 2da. edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2001, p. 178.

<sup>5</sup> Cfr. MEZGRAVIS, Andrés: *“Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano”*, publicado en *“Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila”*, N° 5, Altolitho, C.A., Caracas, 2004, p. 62.

dicha incidencia<sup>6</sup>; planteando el recurso extraordinario de nulidad contra el laudo arbitral provisorio que decretó dicha medida o; en todo caso, iniciar un proceso judicial por vía principal a través de una tercería de dominio o alguna figura similar.

Lo anterior es consecuencia, según se desprende de las exposiciones doctrinarias antes referidas, por un lado de uno de los efectos positivos<sup>7</sup> del acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, que obliga a las partes a someter a arbitraje aquellas controversias indicadas en el respectivo acuerdo arbitral; y por el otro del derecho de las partes en el arbitraje de que su controversia sea resuelta sin la intervención de terceros que no formen parte de la respectiva cláusula compromisoria<sup>8</sup>.

La propia jurisprudencia de arbitraje internacional ha señalado que, el contenido de la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral debe interpretarse de forma estricta y restrictiva, adquiriendo un carácter instrumental en el arbitraje. Lo que implica que los árbitros no podrán resolver asuntos que no hubieren sido sometidos a su conocimiento<sup>9</sup>. Por esta razón, sólo resultaría admisible la intervención de terceros en el arbitraje en la medida que decidan voluntariamente intervenir en el proceso y las partes consientan expresamente en ello<sup>10</sup>.

No podemos disentir, por supuesto, de la superioridad del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, así como del tercero a ser incorporado al arbitraje, frente a las formalidades propias del proceso arbitral pues, concordamos en que dada la independencia y autonomía del acuerdo de arbitraje, resulta perfectamente posible que las partes decidan modificarlo

<sup>6</sup> HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Ob. cit.*, p. 253

<sup>7</sup> Cfr. DE JESÚS O., Alfredo: "Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano", publicado en: "Arbitraje Comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas", Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p. 102

<sup>8</sup> Cfr. BENETTI SALGAR, *Ob. cit.*, p. 176.

<sup>9</sup> Al respecto, la jurisprudencia sentada por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en diversos laudos, hace referencia a dicha interpretación restrictiva del alcance del acuerdo de arbitraje, como es el caso de los laudos arbitrales dictados tanto en el asunto N° 2138 de 1974, como en el asunto N° 7920 de 1993, sometidos a la consideración de la Corte Internacional de Arbitraje. Cfr. BORN, Gary: "International Commercial Arbitration: commentary and materials", 2da. edición, Kluwer Law International, 2001, p. 318.

<sup>10</sup> Cfr. MEZGRAVIS, Andrés: *Ob. cit.*, p. 57.

aún durante el proceso arbitral a efectos de extender los asuntos que puedan ser sometidos a arbitraje (siempre que se trate por supuesto de materias disponibles), e incluso incorporar nuevos sujetos con el fin de que puedan dirimir sus diferencias en un mismo proceso.

Pensamos que estas conclusiones tan rígidas o excluyentes aplican en todo caso a supuestos en los cuales el tribunal arbitral, actuando dentro de los límites de su competencia, hubiere decretado una medida cautelar cuya ejecución o práctica hubiere afectado los derechos o intereses de un tercero. Sin embargo, diferimos en el hecho de que, en nuestra opinión, tal intervención del tercero no puede denegarse o prohibirse (aún sin la anuencia de las partes) en aquellos casos en que el tribunal arbitral se hubiere excedido del límite de sus competencias, y hubiere resuelto sobre asuntos que no formaren parte de las materias sometidas arbitraje, o en definitiva que no afectaren o involucraren los bienes o derechos objeto de la controversia, sino que afectaren únicamente los intereses o derechos del tercero.

Tal vez las situaciones más características que podemos citar para ejemplificar este supuesto, se producen cuando estas medidas cautelares son decretadas y luego practicadas o ejecutadas sobre bienes específicos que no guardan relación con el *thema decidendum* del arbitraje, y que resultan ser de la exclusiva propiedad del tercero, sin afectar en forma alguna la esfera jurídica de la parte contra la cual dichas medidas debían ser decretadas y, mucho menos, garantizar las resultas del arbitraje<sup>11</sup>.

Paradójicamente este puede resultar uno de los supuestos más comunes que despierten en el tercero el interés de solicitar la revocatoria, impugnación o nulidad de la decisión provisoria del tribunal arbitral que decretó dichas medidas cautelares, al punto que constituye el supuesto mejor regulado de oposición contra medidas de esta naturaleza, no sólo en el Código de Procedimiento Civil venezolano sino en diversos textos normativos procesales de la región.

<sup>11</sup> Al respecto, José Luis Bonnemaïson W. ha señalado que lo importante es que, en ejercicio del poder cautelar atribuido a los árbitros, se puedan decretar las medidas procedentes con el fin de asegurar mediante una decisión final justa y efectiva, los resultados del procedimiento arbitral, siempre que dichas medidas no afecten bienes o intereses que estén fuera del concepto real o de objeto en litigio. Cfr. También BONNEMAISON W., José Luis: "Aspectos Fundamentales del Arbitraje Comercial", Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Caracas, 2006, p. 73.

Vale destacar que, no nos referimos aquí al supuesto de medidas cautelares abiertas o de aplicación general, donde la selección de los bienes o derechos sobre los cuales recaen se produciría en definitiva al momento en que tales medidas son practicadas por el tribunal ejecutor respectivo, sino que partimos del supuesto en el cual los bienes o derechos específicos sobre los cuales recaerían estas medidas habrían sido determinados *a priori* y con suficiente precisión por el tribunal arbitral al momento de dictar esta decisión provisoria.

Ahora bien, independientemente de la posibilidad que tendría el tercero de presentar ante el tribunal judicial de ejecución, pruebas suficientes que demuestren su propiedad sobre los bienes objeto de dichas medidas cautelares, lo que muy probablemente daría lugar a que dicho tribunal de ejecución se abstuviera de practicar la medida, lo cierto es que el tribunal arbitral podría haberse excedido de los límites de su propia competencia al decretar tales medidas cautelares sobre bienes o derechos específicos de terceros que no guardan relación con las materias sometidas a arbitraje.

Consideramos en tal sentido que el tercero, a efectos de verificar el *exceso de competencias en que ha incurrido* el tribunal arbitral y, por tanto, la procedencia de sus defensas, no requeriría siquiera tener acceso al expediente confidencial del arbitraje pues, siendo el caso que la decisión que acuerda la medida cautelar de que se trata equivale a un laudo provisorio, éste debe contar con una motivación suficiente, clara y precisa a efectos de permitir a la autoridad competente del país donde será ejecutado, proceder a su reconocimiento.

Dentro de este contexto, dicha motivación debería describir el alcance del acuerdo de arbitraje del cual se desprenden las facultades bajo las cuales el tribunal arbitral decretó la medida cautelar en cuestión. Además, debería incluir una referencia a las partes involucradas en dicho arbitraje, las materias efectivamente sometidas a la decisión de árbitros y, de tratarse de un arbitraje institucional, la referencia a la institución que administra el proceso arbitral. Todo ello con el fin de garantizar el reconocimiento de dicha decisión cautelar por parte del tribunal judicial de ejecución, previa verificación de cumplimiento de los parámetros mínimos establecidos en las convenciones o leyes internas sobre la materia, entre las cuales podemos destacar por supuesto la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Bajo estas circunstancias, la sola motivación del laudo provisorio por el cual se decreta la respectiva medida cautelar, debería resultar suficiente para que el tercero pueda determinar cualquier exceso de competencias o facultades en que pueda haber incurrido el tribunal arbitral al momento de decretar la medida, y en tal sentido preparar sus defensas. Pero no para hacerlas valer únicamente a través de la vía principal o incidental de oposición que ha analizado la doctrina, sino a través de su participación directa en el arbitraje para presentar los argumentos y elementos fehacientes de prueba que demuestren el exceso de competencias y/o facultades en que ha incurrido el tribunal arbitral al decretar esta medida.

La situación, en nuestra opinión, plantea una legitimación activa similar a la de la parte que es llamada al arbitraje en virtud de un acuerdo de arbitraje inválido o inexistente, o cuando la materia sometida a arbitraje excede de los límites establecidos en dicho acuerdo. En tales supuestos no se discute la posibilidad que tiene la parte demandada, cuya participación en el arbitraje resultaría igualmente írrita y ajena al alcance del acuerdo de arbitraje, de hacer valer una excepción en la cual requiera al Tribunal Arbitral, en base al principio *Kompetenz Kompetenz*, resuelva acerca de su propia competencia y la validez del acuerdo de arbitraje o, en todo caso, excluya del proceso arbitral a la parte promovente de dicha excepción.

En el caso que planteamos, los derechos e intereses del tercero se ven forzosamente afectados en virtud de una decisión cognitiva y provisorio de un Tribunal Arbitral que se ha excedido sus facultades jurisdiccionales y de los límites de su competencia establecidos en el acuerdo de arbitraje<sup>12</sup>. Al respecto, y considerando el carácter cognitivo y provisorio de esa decisión, no hay duda de que el Tribunal Arbitral mantendría aún el conocimiento del asunto hasta tanto se dicte un laudo definitivo que de por terminada su función jurisdiccional. De allí que, en caso de percatarse que se ha excedido efectivamente de los límites de su competencia en perjuicio de un tercero, dicho Tribunal Arbitral podría, e incluso debería, revocar su decisión cautelar conforme al mismo principio *Kompetenz Kompetenz*.

<sup>12</sup> En este sentido Claudia Madrid, citada por BONNEMAISON W.: *Ob. cit.*, p. 73, ha sostenido: "En nuestro sentir, lo que no se permite dentro del arbitraje, es decretar cualquier tipo de medidas que recaigan sobre bienes que no sean objeto del litigio y así lo establecen todos los instrumentos que hemos estudiado y que otorgan poder cautelar a los árbitros" Cfr. también MADRID, Claudia C.: "*Medidas Cautelares y Arbitraje*" publicado en "*Liber Amicorum: Homenaje a Tatiana Maeklet*", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001.

Es importante recalcar, ante todo, el carácter efectivamente cognitivo de la decisión<sup>13</sup> pues, el análisis de las condiciones que dieron lugar a decretar las medidas cautelares que lesionan los derechos de dicho tercero, es producto del conocimiento que tiene el Tribunal Arbitral de los hechos y pruebas planteadas por la parte solicitante de la medida en el arbitraje. No se trataría simplemente en este caso, de un error o exceso del tribunal judicial ejecutor al momento de verificarse la selección de los bienes sobre los cuales se va a ejecutar o practicar la medida, sino de un verdadero exceso de competencias o funciones de parte del Tribunal Arbitral, cuya consecuencia se traduciría en extender irritantemente su facultad jurisdiccional sobre la esfera jurídica de ese tercero.

Por otro lado, al tratarse en este caso de una decisión que decreta una medida cautelar, ésta adquiere un carácter provisorio que la termina distinguiendo verdaderamente del resto de las decisiones que puede dictar el tribunal arbitral durante el proceso. Dicha provisoriedad ha sido explicada por la doctrina más calificada, como un concepto aún más restringido que el de temporalidad pues, mientras este último trae la idea de aquello que no dura siempre, en el entendido que los efectos temporales permanecen independientemente de que sobrevenga algún evento, el carácter provisorio de estas decisiones implica que sus efectos durarán hasta que sobrevenga un evento sucesivo, que bien podría derivarse de las pruebas presentadas por el tercero interviniente, con lo cual la limitación en el tiempo de estas decisiones resulta aún mayor. Esto es lo que ha permitido a algunos autores a equiparar este carácter provisorio de las decisiones cautelares con el término interino<sup>14</sup>.

Esto explica la inclusión en la reciente modificación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional del 2006, de un capítulo dedicado a las Medidas Cautelares, en el cual se señala, entre otras disposiciones muy relevantes, la posibilidad del tribunal arbitral de modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que hubiere

---

<sup>13</sup> La doctrina tradicional ha equiparado incluso la cognición sobre la cual se basa el tribunal para decretar estas medidas, con la cognición ordinaria que le permite resolver el fondo de la controversia, siendo el carácter provisorio de la decisión el que verdaderamente los distingue. Cfr. CALAMANDREI, Piero: "Providencias Cautelares", traducción de Marino Ayerra Merín, Librería el Foro, S.A., Buenos Aires, 1996, p. 40.

<sup>14</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero: *Ob. cit.*, p. 36.



otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia<sup>15</sup>.

Si bien el tercero en este caso no pretende propiamente la revocatoria o modificación de la medida como consecuencia de una verdadera oposición a dicha cautelar sino mas bien, una decisión en torno al exceso de competencias en que ha incurrido el tribunal arbitral al decretar la medida preventiva en cuestión, lo cual violaría por demás uno de los principios instrumentales del proceso de arbitraje que comprometería su validez de cara a un eventual recurso de nulidad, pensamos que resultaría forzoso para el Tribunal Arbitral verificar la procedencia de dicho reclamo o excepción de incompetencia planteado por el tercero a efectos de modificar o incluso revocar la medida cautelar en discusión.

Respecto al procedimiento aplicable a dicha excepción, considerando que ésta surge a partir de una actuación introducida por un tercero que no es parte del proceso arbitral, pensamos conforme a los principios más estandarizados que en este sentido recogen los reglamentos de los principales centros internacionales de arbitraje, así como leyes modelo y la mayoría de las legislaciones internas sobre la materia, que a falta de acuerdo de las partes con el tercero respecto a dicho procedimiento, el Tribunal Arbitral como rector del proceso, podrá dirigir dicho procedimiento de la forma que considere más apropiado<sup>16</sup>, salvaguardando por supuesto su imparcialidad y el derecho de igualdad que tiene el tercero y las partes del arbitraje para exponer su caso en iguales condiciones.

Todo lo anterior protegería no sólo la integridad y legalidad del proceso arbitral, de cara a un eventual recurso de nulidad, sino particularmente la confidencialidad del arbitraje que, como hemos dicho, no necesariamente

<sup>15</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: “Sección 3. Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares. Artículo 17 D. Modificación, suspensión, revocación. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes”.

<sup>16</sup> Cfr. entre otros: Art. 19 (2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; Art. 15 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI; Art. 20 JAMS International Arbitration Rules; Art. 16 del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) de la American Arbitration Association (AAA).

se vería afectada con la intervención del tercero pues, la sola motivación que debe cumplir el laudo provisorio que ha decretado la medida, debería resultar suficiente para determinar el exceso del tribunal arbitral y, por tanto, la procedencia o no del reclamo presentado por el tercero. Al contrario, tal confidencialidad muy probablemente se vería seriamente afectada en caso que la revisión de la procedencia de la medida cautelar quedara sometida a los tribunales judiciales ordinarios. Y es que al tratarse de una decisión cognitiva cuya revisión requiere a todas luces el conocimiento de los hechos y de las pruebas que dieron lugar al decreto de la respectiva medida cautelar, muy probablemente las actas del expediente del arbitraje quedarían sometidas al principio de publicidad que regiría el procedimiento incidental o principal que tenga a bien iniciar el tercero por ante los tribunales judiciales ordinarios<sup>17</sup>.

Incluso, no podemos descartar que dicha revisión judicial entorpezca el normal desenvolvimiento del arbitraje, afectando la celeridad y eficiencia que debe caracterizarlo, por no mencionar las consecuencias económicas y el deterioro de relaciones entre las partes involucradas en el arbitraje que dicho retardo procesal puede provocar.

Es por ello que observamos con cuidado la disposición incluida en la legislación española sobre arbitraje, en su Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, que prefirió acabar con la discusión doctrinaria respecto a la naturaleza de las decisiones cautelares dictadas por Tribunales Arbitrales, estableciendo que tales decisiones, cualquiera que sea la forma que revistan, estarán sujetas a las normas sobre anulación de los laudos<sup>18</sup>.

Al definirse expresamente el procedimiento de anulación de laudos arbitrales a que hace referencia la legislación española, como la vía prevista para la intervención u oposición del tercero afectado por la medida caute-

---

<sup>17</sup> Cfr. HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Ob. cit.*, p. 268.

<sup>18</sup> Un sector importante de la doctrina internacional ha apoyado esta solución pues, no hay dudas de que establece un procedimiento claro que permite a los terceros ejercer sus derechos y defensas frente a decisiones cautelares arbitrales que los afecten, evitando así se vean forzados a acudir a la vía judicial ordinaria para iniciar procedimientos que resulten muchos menos efectivos y que no contribuyan de forma cierta y rápida a restituir la situación jurídica infringida. Cfr. en Venezuela: MEZGRAVIS, Andrés: "Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano", publicado en "Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila", N° 5, Altolitho, C.A., Caracas, 2004, p. 61.

lar en cuestión, podría estarse restringiendo definitivamente, y al mismo tiempo, cualquier posibilidad del tercero de solventar las lesiones causadas por la medida cautelar en cuestión directamente ante el Tribunal Arbitral que decretó dicha medida. Y es que una interpretación restrictiva de dicha norma implicaría limitar definitivamente la actividad del tercero, al sólo recurso de nulidad a ser interpuesto por ante los tribunales ordinarios del lugar en el cual se haya solicitado el reconocimiento y ejecución de dicha medida cautelar, con los retrasos e inconvenientes prácticos que ello seguramente implica<sup>19</sup>.

Además, nos preocupa que la decisión que pueda resolver el referido recurso de nulidad en sede jurisdiccional ordinaria, muy probablemente se limitará a la anulación pura y simple de la decisión recurrida, sin resolver acerca de la posibilidad de modificar el alcance de la medida cautelar decretada por el Tribunal Arbitral, para que al menos mantenga parcialmente

<sup>19</sup> Al respecto, la exposición de motivos de la referida Ley 60/2003 señala expresamente que la disposición contenida en el artículo 23 de esta Ley de Arbitraje "... no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares". Y finalmente señala que "...las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal". Si bien una primera lectura de la referida exposición de motivos pareciera señalar que la disposiciones previstas en dicha norma, resultan alternativas y concurrentes con las potestades judiciales en materia cautelar, lo cual aplicado al punto que nos interesa de la oposición del tercero a dicha cautelar pudiera interpretarse como la consagración de la potestad alternativa del tercero de acudir a la vía jurisdiccional ordinaria o a la vía arbitral para resolver estas incidencias, lo cierto es que una mejor lectura de la explicación contenida en dicha exposición de motivos parece consagrar tal alternabilidad únicamente en lo que respecta a la adopción de medidas cautelares. Dicho de otra manera, la exposición de motivos realmente desarrolla el supuesto del poder cautelar del árbitro en lo que respecta a decretar o adoptar medidas cautelares, dejando claro que dicha potestad no impide a las partes acudir ante la jurisdicción ordinaria a solicitarlas. Ahora bien, extender la interpretación de los presupuestos contenidos en dicha exposición de motivos al supuesto del numeral 2º del mismo artículo 23 de la Ley de Arbitraje 60/2003, como lo es la oposición que podrían intentar los terceros afectados contra dichas medidas cautelares, resulta un poco atrevido y alejado de lo que pareciera quedar sentado en esta disposición. Al contrario, la lectura concatenada del numeral 2º del artículo 23 de la Ley de Arbitraje 60/2003 con lo descrito en la exposición de motivos aquí referida, puede conllevar a la conclusión de que el único recurso del que dispone el tercero contra el laudo provisorio dictado por el Tribunal Arbitral a efectos de decretar la medida cautelar tantas veces referida, es el recurso de nulidad, lo cual echaría por tierra y descartaría de plano las soluciones o alternativas que analizamos a lo largo de esta presentación, con implicaciones que en nuestro criterio pueden resultar mas bien negativas.

su propósito cautelar en resguardo de los intereses de la parte solicitante de la medida, como bien lo permiten las nuevas reglas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2006.

Si bien la Convención de Nueva York ha establecido expresamente las facultades del Tribunal Ordinario para decretar la nulidad parcial de los laudos arbitrales<sup>20</sup>, no podemos descartar que, bajo ciertas circunstancias, dicha nulidad parcial no permita armonizar los derechos de la parte que ha solicitado la medida cautelar en cuestión, que podría ver afectada hasta en un cien por ciento (100%) la protección cautelar obtenida, con aquéllos del tercero afectado con la decisión, resultando forzosa una modificación del laudo para alcanzar dicho objetivo, sin entrar propiamente a declarar su nulidad.

Lo anterior implicaría, ante todo, un análisis preciso y exhaustivo por parte del Tribunal Ordinario que conoce del recurso de nulidad, que le permita separar las materias sobre las cuales el Tribunal Arbitral ha cometido el exceso, de aquellas que efectivamente están comprendidas dentro del alcance del acuerdo de arbitraje, para luego definir la posibilidad de resolver la situación jurídica infringida al tercero y proteger al mismo tiempo los derechos del solicitante de la medida, mediante la declaratoria de nulidad parcial del laudo en cuestión.

Y en el escenario en el cual la nulidad parcial del laudo no permita alcanzar tales objetivos, requiriéndose definitivamente la modificación de dicha decisión cautelar, resultaría forzado entrar en un análisis aún más complejo respecto a la competencia y/o jurisdicción del Tribunal Ordinario para modificar, a través de un recurso de nulidad, la decisión cautelar dictada por el Tribunal Arbitral, todo lo cual por razones de tiempo lamentablemente no podemos desarrollar y agotar en esta conferencia.

Lo cierto es que preferimos la omisión en que incurren muchas de las principales leyes, convenciones e incluso los reglamentos de los principales centros internacionales de arbitraje respecto a los recursos de que disponen los referidos terceros para atacar las medidas cautelares que los afecten. Y es que tales omisiones, en nuestro criterio, dejarían abierta la posibilidad de que esos terceros participen directamente en el arbitraje de que se trate

<sup>20</sup> Cfr. Artículo V (c) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 10 de junio de 1958.

poniendo a tal efecto una excepción de incompetencia ante el Tribunal Arbitral, con el fin de que éste tome las decisiones que considere pertinentes para resolver la infracción en que hubiere incurrido, bien sea revocando o modificando, aún de oficio, la cautelar decretada.

No podemos decir, sin embargo, que la solución planteada en este análisis logre satisfacer plenamente o al menos evitar todas las lesiones que pudiera sufrir el tercero afectado con ocasión de la práctica de la medida pues, no serán pocos los casos en que la medida sea decretada por el Tribunal Arbitral dentro del ámbito de sus facultades y competencias, y aún así resulten lesionados o afectados los derechos de terceros, caso en el cual se presentaría el escenario que analizaremos a continuación.

### III. MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL DENTRO DE LOS LÍMITES DE SU COMPETENCIA

El Tribunal Arbitral dispone de potestades cautelares amplias que le permiten decretar medidas nominadas o innominadas (ordinarias o atípicas)<sup>21</sup> para asegurar que los derechos de una de las partes en el arbitraje no se tornen

<sup>21</sup> Con esta afirmación contradecimos las planteadas por un sector minoritario de la doctrina, entre los cuales merece citar en Venezuela a SARMIENTO SOSA, según las cuales "... el tribunal arbitral no podrá decretar medidas cautelares que competen a los órganos jurisdiccionales porque, los árbitros carecen de la autoridad para ejercer la función jurisdiccional atribuida por la Constitución y las leyes a los tribunales de la República...". Lo que sí podría hacer el tribunal arbitral, en criterio de SARMIENTO SOSA, "... es acordar medidas provisionales necesarias o providencias tutelares anticipadas dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes respecto del objeto del litigio". (Cfr. SARMIENTO SOSA, Carlos: *Ob. cit.*, pp. 55 y 56). Diferimos del criterio planteado por este autor pues, siendo el caso que aún las medidas provisionales necesarias o providencias tutelares a que hace referencia podrían ser decretadas por los tribunales judiciales ordinarios a través de medida cautelares innominadas, aceptar lo que plantea SARMIENTO SOSA nos obligaría a concluir que los tribunales arbitrales carecerían definitivamente de facultades cautelares de cualquier tipo, aún en lo que respecta a las medidas que el autor califica de tutelares o provisionales. Y es que, en nuestra opinión, la distinción que realiza SARMIENTO SOSA respecto a las medidas provisionales o cautelares que pueden decretar los Tribunales Judiciales Ordinarios y los Tribunales Arbitrales, no existe desde el punto de vista de la naturaleza provisoria y cautelar de dichas decisiones ni desde el punto de vista práctico. Simplemente se ha limitado la facultad cautelar del Tribunal Arbitral a la fase cognitiva de revisión y establecimiento de las circunstancias que permitirían el decreto de la medida, excluyendo la fase ejecutiva, o actividades de policía o funciones de imperio a través de las cuales se produciría la ejecución o práctica de la medida. Y es que no tenemos dudas, como bien señala SARMIENTO SOSA, de que la tutela coactiva de los derechos está efectivamente reservada al Estado.

eventualmente ineficaces<sup>22</sup>. Tal extensión en el ámbito de las medidas cautelares a ser dictadas en un proceso de arbitraje, nos permite evaluar situaciones, no poco frecuentes, en que el Tribunal Arbitral, a pesar de actuar en el ámbito de sus facultades y competencias derivadas del alcance de la cláusula compromisoria, pueda decretar una medida cautelar que afecte los bienes o derechos de un tercero, y que lo legitime para atacar dicha decisión.

Bajo este escenario, la discusión respecto a la posibilidad de admitir la intervención de terceros en el proceso arbitral adquiere un mayor complejidad. Ya no se trata simplemente de que el tercero se presente ante el Tribunal Arbitral a fin de que éste último revise el alcance de sus competencias o facultades y se percate de algún exceso, sino que las características de la situación planteada obligaría al Tribunal Arbitral a revisar, a solicitud del tercero, la legalidad y procedencia de la medida cautelar en base a los argumentos de fondo y de hecho que han presentado las partes en el arbitraje y que le han llevado a decretarla. Tal es el caso de la revisión, entre otros, del *fumus boni iuris* o presunción de buen derecho, el *periculum in mora* o el peligro de que quede ilusoria la ejecución del laudo y, en algunos casos especiales, el *periculum in damni* o temor fundado de que se causen lesiones graves o de difícil reparación<sup>23</sup>.

Esta revisión de hechos y de causales de fondo a que se vería forzado el Tribunal Arbitral para resolver la incidencia que eventualmente pudiera plantear el tercero afectado por la medida, sí requeriría en nuestra opinión y acogiendo la doctrina mayoritaria sobre esta materia, del consentimiento de las partes involucradas en el arbitraje para que resultara admisible tal intervención.

Vale la pena, sin embargo, hacer referencia a una reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 17 de octubre de 2008, por demás muy favorable al arbitraje comercial en Venezuela y muy discutida en materia de inversiones, que tímidamente ha hecho referencia a esta situación pero que deja abierta una discusión y un abanico de posibilidades muy interesante y favorable al arbitraje pues, luego de afirmar los poderes cautelares de los árbitros señalando que el órgano arbitral cons-

<sup>22</sup> ANZOLA, J. Eloy: “¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial?”, publicado en “Revista Internacional de Arbitraje” N° 4, Legis Editores, S.A. . Bogotá, 2006, p. 105.

<sup>23</sup> ANZOLA, J. Eloy: *Ob. cit.*, p. 106.

tituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, la Sala se extiende a hacer referencia a la potestad implícita del Tribunal Arbitral para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en contra de tales medidas<sup>24</sup>.

Lamentablemente, la Sala Constitucional no se extiende un poco más sobre este punto para aclarar el alcance y contenido de esta afirmación, y de esta manera precisar los supuestos en que efectivamente pudiera considerarse competente al Tribunal Arbitral para conocer y resolver dichas oposiciones. Por lo que, afirmar simplemente que dicha ratificación, al no presentar distinciones, podría extenderse pura y simplemente a los terceros afectados por la medida cautelar de que se trate, aunque no sean parte del acuerdo de arbitraje, puede resultar un tanto apresurada a la luz de los principios que hemos analizado anteriormente. Y es que debemos partir siempre de la limitada potestad jurisdiccional de que dispone el Tribunal Arbitral frente a un tercero que no le ha atribuido tal facultad.

Sin embargo, esta sentencia precisa al menos el carácter provisorio y, particularmente, cognitivo que claramente el Tribunal Supremo de Justicia le atribuye a las decisiones cautelares dictadas por Tribunales Arbitrales, lo que nos permite ratificar con sustento jurisprudencial, muchas de las afirmaciones que hemos presentado a lo largo de esta presentación.

Por otro lado, y en un ámbito más local, dicha doctrina jurisprudencial ratificaría de alguna manera lo planteado en el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), vigente a la fecha de

<sup>24</sup> Cfr. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.htm>. Señala en particular dicha sentencia: "... La Sala ha tenido oportunidad de ratificar los poderes cautelares de los árbitros, al señalar que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra; pero su potestad jurisdiccional no tiene más alcance en esta materia, razón por la cual es imperativo -no facultativo- que para proceder a su ejecución solicite la asistencia de los órganos del Poder Judicial, siendo indispensable, que el órgano arbitral dé cuenta al Juzgado cuyo auxilio pretende, sobre la legitimidad de su constitución y los títulos sobre los cuales funda su actuación, como bien podrían ser los instrumentos fehacientes que contengan la cláusula o acuerdo arbitral, aquellos donde conste su efectiva designación, constitución y facultades; todo en absoluto resguardo de la seguridad jurídica y previendo la actuación fraudulenta en perjuicio de terceros..."

realizar esta presentación. Dicho Reglamento ofrece una salida que podríamos calificar de innovadora, al dejar a la voluntad del tercero la posibilidad de comparecer en el proceso de arbitraje y someterse a las reglas que a tal efecto han acordado las partes, a fin de oponerse a la medida cautelar que le afectare mediante escrito a ser presentado por ante la Secretaría de dicha institución, con el fin de que el Tribunal Arbitral que hubiere decretado la medida conozca de dicha oposición y pueda eventualmente revocar o modificar esa cautelar<sup>25</sup>.

Siendo dicha disposición aplicable a las partes que han acogido el reglamento del CEDCA como norma adjetiva para definir el procedimiento aplicable al arbitraje, claramente dicha disposición constituye la manifestación de voluntad y consentimiento de dichas partes que permite extender el ámbito de los sujetos y materias que pudieran incorporarse al arbitraje, a la oposición que pudiera presentar el tercero con ocasión de la medida cautelar que lo afecta. Todo ello por supuesto sujeto a la participación voluntaria de ese tercero en dicho arbitraje, si éste así lo considerare pertinente<sup>26</sup>. Y lo que resulta aún más destacable de esta disposición, es que dicha posibilidad de intervención del tercero en el proceso arbitral en forma alguna restringe los derechos de este último de acudir a la vía judicial ordinaria para hacer plantear sus pretensiones o defensas, o incluso introducir el recurso extraordinario de nulidad contra dicho laudo provisorio por ante los Tribunales competentes en Venezuela.

Si bien puede resultar redundante alabar este último beneficio que se desprende de las características en que ha sido redactada la disposición incluida en el reglamento del CEDCA pues, evidentemente los terceros que no forman parte del acuerdo de arbitraje y que, por tanto, no han manifestado consentimiento alguno de someterse a las disposiciones previstas en dicho

<sup>25</sup> Cfr. Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA): Artículo 35.4: “*Quien resulte afectado por la medida cautelar, podrá oponerse a ella mediante escrito que presentará ante el Director Ejecutivo, en tantas copias como partes haya, más una para cada árbitro. El Tribunal Arbitral que haya dictado la medida cautelar, conocerá de la oposición, sin perjuicio de que en los casos a que se refiere el numeral 29.2, a solicitud de la parte interesada, el Tribunal Arbitral designado conforme a los artículos 16 ó 17 de este Reglamento, también revise dichas actuaciones y revoque, modifique, suspenda o confirme la medida dictada, o exija la ampliación de la garantía otorgada, o declare que esta garantía ya no es necesaria*”.

<sup>26</sup> Cfr. MEZGRAVIS, Andrés: *Ob. cit.*, pp. 56 y 57.



reglamento, mal podrían sentirse obligados o compelidos a someter ante un Tribunal Arbitral sus defensas u oposiciones respecto a las medidas preventivas antes mencionadas, lo cierto es que la utilización del verbo “podrá” en la disposición en cuestión, permite dejar en claro que la participación del tercero en el proceso arbitral y, en tal sentido, la posibilidad de someter la decisión de la oposición a la medida a los árbitros designados por las partes en dicho arbitraje, resulta totalmente voluntaria y no limita jamás la posibilidad de ese tercero de acudir a la vía judicial ordinaria a fin de hacer valer sus derechos, con lo cual queda descartado el temor que han manifestado algunos autores de que se pueda lesionar con este tipo de disposiciones el derecho fundamental de los terceros de someter sus controversias a sus jueces naturales<sup>27</sup>.

En todo caso, en ausencia de manifestaciones expresas del consentimiento de las partes del arbitraje respecto a la participación del tercero en aquellas incidencias que puedan surgir con ocasión de las medidas cautelares aquí comentadas, bien sea porque tal intervención no ha sido expresamente incluida dentro del alcance del acuerdo de arbitraje, o porque el reglamento al que se hayan acogido las partes para regular el procedimiento arbitral no lo prevea, o incluso porque tal consentimiento tampoco se haya perfeccionado al momento en que se verificó la intervención del tercero que aquí nos planteamos, consideramos que tal intervención del tercero resultaría inadmisibles pues claramente lesionaría el derecho de las partes a resolver sus controversias ante los árbitros que han elegido sin la intervención de sujetos extraños al proceso. Y es que dicho tercero no puede obligar a las partes para que le permitan intervenir<sup>28</sup>.

Por supuesto, nos referimos en este caso a la intervención del tercero con el fin de provocar la revisión de la decisión cautelar que, a pesar de haber sido dictada por el Tribunal Arbitral dentro del ámbito de sus funciones y competencias, ha lesionado los derechos de terceros que no son parte del procedimiento arbitral pues, tal como lo hemos sostenido anteriormente, en los supuestos en que tal decisión es dictada por el Tribunal Arbitral en clara contravención a las potestades y competencias que le son atribuidas

<sup>27</sup> Cfr. GABALDÓN, Frank: *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*, Livrosca C.A., Caracas, 1999, p. 110.

<sup>28</sup> BENETTI SALGAR, *Ob. cit.*, p. 176

en virtud de lo dispuesto en el acuerdo de arbitraje suscrito entre las partes, entonces el tercero podría acudir directamente ante el Tribunal Arbitral a efectos de hacer valer una excepción de incompetencia que le permita a los árbitros, aún de oficio, revisar, modificar o incluso revocar dicha decisión.

Ahora bien, no podemos dejar de comentar en este sentido, que a diferencia de lo ocurrido en el procedimiento judicial ordinario, en el cual el tercero opositor que desea plantear su incidencia en el juicio pendiente debe aceptar el procedimiento en el estado en que se encuentra, debiendo someterse entre otras cosas a la decisión del tribunal que tiene el conocimiento de la causa<sup>29</sup>, en el caso del procedimiento arbitral, aún cuando las partes hayan consentido en la intervención del tercero como ocurre en el supuesto analizado del reglamento del CEDCA, lo cierto es que el tercero no estaría obligado a someter la decisión de su oposición a un tribunal arbitral en cuya designación no ha tenido ninguna injerencia.

De esta manera, claramente el consentimiento inicialmente manifestado por las partes para permitir la intervención de dicho tercero en el proceso arbitral, debe perfeccionarse con el consentimiento expreso o aún tácito de este último de someterse a las reglas o al procedimiento elegido por las partes para el desarrollo del arbitraje en curso, incluyendo por supuesto su conformidad de someter la decisión de la incidencia al tribunal arbitral previamente constituido. Ello por supuesto no excluye la posibilidad de que las partes puedan definir consensualmente con el tercero alguna regla especial de procedimiento, que incluso pensamos podría extenderse hasta la constitución de un tribunal arbitral *ad hoc*, con el fin de resolver la incidencia de oposición planteada por dicho tercero y que permita garantizar o salvaguardar a todos los involucrados su derecho a la defensa, al debido proceso y a ser juzgados por sus jueces naturales. Y es que transportando dichos principios al procedimiento arbitral, se requeriría garantizar que la decisión de esta incidencia de oposición sea tomada por árbitros imparciales, responsables e independientes<sup>30</sup>, y ello sólo es posible en la medida en que todos los involucrados en el proceso tengan al menos la oportunidad

<sup>29</sup> Salvo por supuesto que surjan causales extraordinarias que conlleven a la inhibición o recusación de los jueces

<sup>30</sup> La imparcialidad e independencia del sentenciador, junto a su inamovilidad y responsabilidad, son elementos que caracterizan el derecho fundamental de los ciudadanos a ser juzgados por sus jueces naturales.

de participar en la designación de los árbitros, o incluso recusar a aquellos árbitros que puedan estar inmersos en alguna causal de recusación, salvo que alguna de las partes o el tercero decidan renunciar expresa o tácitamente a tales potestades.

Por supuesto, al tratarse en definitiva de un laudo provisorio dictado por un tribunal arbitral, dicha decisión cautelar estará sujeta a las mismas causales de nulidad a que están sujetos los laudos arbitrales definitivos. De esta manera, el tercero siempre dispondrá del recurso de nulidad a ser intentado por ante las autoridades competentes de cada país en el cual se pretenda ejecutar la medida cautelar en cuestión que, en el caso de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, lo constituyen los Tribunales Superiores competentes<sup>31</sup>.

Esta posibilidad de acudir al recurso de nulidad, es consecuencia de la característica misma de laudo provisorio que reviste la decisión cautelar dictada por el Tribunal Arbitral lo cual, en nuestro criterio, hacía innecesaria la disposición expresa incluida a tal efecto en la Ley de Arbitraje Española 60/2003, por la cual se señala que “a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”. Tal como lo hemos mencionado con anterioridad, somos de la opinión que la inclusión de dicha disposición expresa en la Ley de Arbitraje Española, podría generar interpretaciones restrictivas que prácticamente limiten los recursos de que podría disponer el tercero para solventar la situación jurídica infringida al sólo recurso de nulidad. Incluso, esta disposición prácticamente eliminaría o al menos no estimularía adoptar las soluciones que hemos procurado analizar a lo largo de este artículo.

En todo caso, claramente la jurisprudencia y doctrina internacional en materia de arbitraje, no han fijado un criterio uniforme respecto al alcance de los recursos de que dispone el tercero con el fin de impugnar, modificar o revocar las medidas cautelares decretadas por árbitros que le causen algún perjuicio o afectación, por lo que se trata todavía de una discusión que apenas comienza, y sobre la cual esperamos tener la oportunidad de escuchar e intercambiar opiniones y criterios que puedan contribuir al mejor desarrollo del arbitraje en Hispanoamérica.

<sup>31</sup> Artículo 43, Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.