

MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

Ulises Montoya Alberti

Decano de la Facultad de Derecho

Profesor Principal de los cursos de Derecho Comercial y
de Conciliación y Arbitraje de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO:

1.- Aspectos generales	113
2.- Concepto	114
3.- Finalidad	115
4.- Presupuestos	117
4.1.- Presupuestos sustanciales	117
4.2.- Presupuestos genéricos	118
5.- Características	118
6.- Clases de medidas cautelares	121
7.- Requisitos para que procedan las medidas cautelares durante el procedimiento arbitral	122
8.- Facultad para ordenar medidas cautelares durante el proceso arbitral	122
9.- Solicitud de la medida cautelar	123
10.- Medidas cautelares y reglamentos de arbitraje	126
11.- Ejecución de las medidas cautelares	128
12.- Medidas cautelares aplicables en jurisdicción diferente a la del lugar del arbitraje	131
13.- Ejecución de las medidas cautelares en el arbitraje internacional	131
14.- Responsabilidad por medidas cautelares trabadas indebidamente	134

1.- Aspectos generales

Diversas legislaciones contemplan la posibilidad que durante el procedimiento arbitral se ordenen medidas cautelares hasta que se dicte el laudo. Estas medidas, dirigidas a una o ambas partes, se conocen también con el nombre de: "medidas provisionales de protección", "órdenes provisionales", "laudos provisionales", "medidas de conservación" o "mandatos de interdicción".

Entre los principales aspectos a mencionar en lo que respecta al tratamiento de las medidas cautelares y su relación con el proceso arbitral se encuentran, que no se considere la posibilidad de que las partes puedan acudir ante un tribunal

judicial para obtener una medida cautelar, sosteniéndose al acordar las partes someterse al arbitraje, excluyeron a los tribunales judiciales de intervenir en el conflicto, y aunque los tribunales judiciales sean competentes para imponer una medida cautelar, el tribunal requerido pudiera mostrarse reacio a hacerlo argumentando que es más adecuado que lo haga el propio tribunal arbitral, por otra parte la necesidad de la asistencia judicial para ejecutar la medidas, lo que reviste caracteres especiales cuando se trata de su ejecución en un lugar fuera de la jurisdicción donde se desarrolla el arbitraje.

Para efectos de la ejecución de las medidas cautelares ordenada por los árbitros se plantea la emisión de laudos provisionales, en lugar de solicitar el auxilio judicial para el cumplimiento de las mismas, aunque debe indicarse que el cumplimiento de un laudo provisional requiere del auxilio del juez, a menos que el Tribunal Arbitral puedan dirigirse directamente a las autoridades ordenando su ejecución.

Se debe también mencionar que basándose en el principio de la voluntad de las partes nada impide que estas excluyan las medidas cautelares del proceso arbitral.

En este sentido sin menoscabar la competencia de la jurisdicción, para acordar y ejecutar las medidas cautelares el planteamiento que debe hacerse y resolverse es si resulta posible compatibilizar el proceso cautelar con el proceso arbitral.

2.- Concepto

Las medidas cautelares constituyen actos procesales que se adoptan antes de presentada la demanda o después de ella, para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquella y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que en definitiva recaiga en el proceso.

Durante el proceso, señala Ecurra¹ fase de declaración del derecho, existe un peligro tanto objetivo como subjetivo de frustración de la declaración jurisdiccional, el objetivo inserto en la propia duración del proceso y el subjetivo vinculado a cualquier cambio de actitud o quehacer "sospechoso" por parte del demandado respecto a su situación patrimonial sobre la que puede incidir la condena.

Estas medidas se justifican en tanto pretendan asegurar la practicabilidad del derecho esto es que haya la factibilidad plena de ejecutarse voluntaria o forzosa-

¹ Ecurra Viñuela, Antonio de P. "Las Medidas Cautelares en el Proceso Arbitral".

mente la obligación mandada cumplir en sentencia firme. Es importante señalar para que la medida cautelar sea efectiva se requiere que sea oportuna.

El objeto de las medidas cautelares no sólo es asegurar el resultado del proceso sino también proceden para conservar un medio de prueba o para evitar la inoficiocidad de la sentencia.

Las medidas cautelares son esencialmente preventivas. No juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante, señala Couture². El juez debe juzgar sobre la procedencia de la medida en sí misma, más no prejuzgar sobre el fondo del asunto, lo que es correcto pues el juicio de verosimilitud carece de repercusiones en orden a la sentencia final³.

3.- Finalidad

Con las medidas cautelares no se pretende la satisfacción provisional del presunto derecho del solicitante, sino la garantía de este derecho en el futuro. Por tanto, la concreción de las medidas debe sujetarse más a los peligros que acechen el derecho innovado que al objeto sobre el que recaiga tal derecho.

Entre las finalidades que persiguen dichas medidas se encuentran:⁴

a) Facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral.

Esta medida tiene relación con la actuación de las pruebas, tal como solicitar a una de las partes que permita la obtención de una prueba determinada, como sería permitir el acceso a sus locales u oficinas a fin de inspeccionar mercaderías, bienes o documentos concretos, la ausencia de tal orden puede que no permita a una de las partes presentar pruebas sustanciales de la versión de los hechos. Entre estas medidas se encuentran, el disponer que las partes conserven las pruebas tal como evitar que se trasladen a otro lugar; el ordenar

² Couture, Eduardo J. "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". 3ra. Edición Depalma, Bs. As. 1978, pág. 326.

³ Pese a que Código Procesal Civil del Perú recoge como característica de las medidas cautelares la de prejuzgamiento (Art. 612), nos permitimos disentir de esta posición, ya que consideramos que al emitirse una medida cautelar no se produce un «prejuzgamiento», pues ello significa adelantar opinión sobre la fundabilidad o procedibilidad de la pretensión. Además porque éstas no siempre son una respuesta a la pretensión, pues puede ser denegada, admitida o adecuada por el Juez, buscando proveer al actor de las medidas que resulten más útiles y efectivas de acuerdo a las circunstancias que rodean al proceso.

⁴ CNUDMI. Documento. A/CN.9/WG.II/WP.108, págs. 15 y 16

que se proteja la confidencialidad de las actuaciones, como la custodia adecuada de los expedientes o mantener en reserva la hora y el lugar de una audiencia.

El rechazo a cumplir la orden del Tribunal podrá dar lugar a que los árbitros consideren una falta de colaboración y aceptan como correcto los hechos alegados por la parte a que se le rehusó el derecho al acceso.

b) *Preservar cierto estado de cosas hasta que se resuelva la controversia o evitar cierta pérdida o daño.*

Para tal efecto las ordenes están dirigidas a mantener un *status quo*, como las disposiciones de que se prosiga la ejecución de un contrato durante el curso del procedimiento, aun cuando el contratista desee hacer valer su derecho a suspenderlas; órdenes de: adopción de medidas de seguridad para la protección de los bienes, venta de bienes que sean perecederos, nombramiento de un administrador de los bienes, adopción de medidas adecuadas para evitar la pérdida de un derecho (como, el pago de las cantidades necesarias para prorrogar la validez de un derecho de propiedad intelectual), etc.

La acción para mantener el *status quo* puede revestir en ciertas circunstancias alguna complejidad, como es el caso de la orden del tribunal a una de las partes para que se abstenga de ejercitar alegados derechos contractuales antes de la decisión final sobre la base que pueda perjudicar a la otra parte. Por ejemplo si a parte se le ordena no ejercer su derecho a reclamo para poner fin a un contrato y si el laudo confirma en última instancia que tenía el derecho para terminarlo en una fecha antes de su vencimiento, puede habérsele causado perjuicio al impedírsele negociar inmediatamente otro contrato⁵.

c) *Facilitar la ejecución ulterior del laudo.*

Entre las medidas para facilitar esta ejecución en el caso que el laudo no se cumpla en forma voluntaria, se encuentran, el embargo de bienes y medidas similares con el fin de que estos permanezcan en la jurisdicción en la que se ejecutará el laudo, pudiendo recaer los embargos en bienes materiales, cuentas bancarias o créditos comerciales, orden de inmovilizar los bienes o el bien objeto de la controversia de una determinada jurisdicción; orden de depositar en una cuenta conjunta la cantidad en litigio o de depositar los bienes muebles en litigio en manos de un tercero; orden de que una o ambas partes ofrezcan garantías, tal como la fianza, para cubrir los gastos del arbitraje, u orden de que se aporte una garantía que cubra la totalidad o parte de la cantidad reclamada.

⁵ W. Lawrence Craig, William W. Park, Jan Paulsson. "International Chamber of Commerce Arbitration" 2da. Ed. Oceana Publication. Inc. 1990, pág. 416.

Las medidas cautelares podrán afectar a activos o bienes situados en la jurisdicción en la que tenga lugar el arbitraje o fuera de aquella.

4.- Presupuestos

Las medidas cautelares como cualquier institución de derecho para su procedencia está sujeta a elementos necesarios, denominados presupuestos los que pueden ser sustanciales o genéricos.

4.1.- Presupuestos sustanciales

En doctrina y legislación comparada existen criterios que al unísono reconocen como presupuestos sustanciales de las medidas cautelares a la clásica apariencia de buen derecho, lo que constituye la verosimilitud y el peligro en la demora, (*periculum in mora*), en cuanto a la contracautela o fianza no todos confluyen en su exigencia.

4.1.1. Verosimilitud del derecho invocado

Este presupuesto tiene origen en el Derecho Romano donde se le conoció como «*fumus bonis iuris*» el mismo que se traduce como la apariencia o ropaje externo de derecho. Dicho en palabras simples este presupuesto obliga al Juez a determinar en un proceso de cognición sumario la comprobación de la existencia probable de esta apariencia de derecho.

En forma contrario a lo que sucede con el proceso de cognición realizado por el juez al emitir sentencia en donde debe arribar hacia una certeza del derecho invocado en la demanda con la pretensión, en las medidas cautelares no se debe concluir por la certeza de este derecho -sería prematuro hacerlo sino se ha ejercitado el contradictorio ni la actividad probatoria- por el contrario debe llegar al convencimiento de la existencia aparente del derecho que invoca, de ahí que este requisito se asimile como «*fumus*» o humo pues éste pretende aparentar la existencia de algo que se ve pero que no se materializa. En el devenir del proceso esta apariencia alegada al solicitar la cautela, puede convertirse de una simple afirmación en certeza o en la forma inversa puede diluirse por inexistente.

El *fumus bonis iuris*, es una etapa intermedia entre la certeza de la decisión final y la mera afirmación del derecho al iniciarse el proceso.

En cuanto a la prueba de tan verosimilitud no debe de ser acabada ya que el derecho invocado habrá de ser materia del proceso principal, bastará que se acredite *prima facie*.

4.1.2 Peligro en la demora

Este presupuesto está íntimamente ligado al peligro inminente y objetivo que puede generar la demora del juez en establecer la certeza del derecho invocado. Aquí se evidencia como diría Calamandrei "la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo"⁶.

La duración del proceso principal se constituye en un peligro para el actor y los intereses que han motivado el pedido de tutela jurisdiccional; este peligro debe disiparse con el otorgamiento de una medida cautelar, de tal manera que se propenda a la eficacia de la decisión final.

El *periculum in mora* surge de un hecho jurídico conocido como tiempo, el espacio de tiempo que transcurre entre la interposición de la demanda y la decisión definitiva se traduce en la "duración del proceso", es justamente esta duración del proceso la que se intenta combatir con las medidas cautelares.

4.2.- Presupuestos genéricos.

4.2.1 Necesidad de un proceso principal.

Este presupuesto invoca la necesidad de un proceso existente o posible de existir, dada la accesoriedad de la medida cautelar. Es en este proceso principal donde se discute la cuestión de fondo.

4.2.2. Competencia.

Basado igualmente en la característica de instrumentalidad subordinada o accesoriedad en materia cautelar el juez competente para dictar medida cautelar será aquel que debe emitir pronunciamiento sobre la pretensión contenida en el proceso principal.

5.- Características

Entre las características de las medidas cautelares se mencionan las siguientes:

⁶ Calamandrei, Piero.- "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares." Traducción de Sentis Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Bs. As. 1945, pág. 15.

a) Son instrumentales.

Las medidas cautelares son instrumentales, en razón de que no constituyen un fin en sí mismo, sino que dependen de un proceso denominado principal, al cual sirven y aseguran el cumplimiento de la sentencia en mérito que éste se expida.

Para Calamandrei, la instrumentalidad es una característica configuradora de las medidas cautelares que las vincula a un proceso principal, al que sirven, garantizando la efectividad de su resultado. Ratificando su posición también señala que las Resoluciones Cautelares no son un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior resolución definitiva cuya infructuosidad práctica aseguran preventivamente⁷.

b) Son provisionales.

En razón que subsistirán mientras este presente las circunstancias que la determinan. Reflejándose en el hecho que cualquier medida provisional ordenada por un tribunal podrá ser revisada y modificada por el propio tribunal y de que, en todo caso, quedará a lo que se decida en el laudo definitivo del tribunal. No obstante, una medida provisional puede tener, por sí misma, consecuencias definitivas importantes, que sean irreversibles aun cuando esa medida se modifique ulteriormente o resulte haber sido innecesaria a la vista del laudo definitivo.

La naturaleza de la provisionalidad de la medida cautelar se puede apreciar cuando se produce un cambio de las circunstancias, tal como, que el demandado demuestre tener bienes suficientes en la jurisdicción, lo que permitiría que el tribunal arbitral deje sin efecto o modifique la orden por la que prohibía la sustracción de determinados activos de su territorio, o bien que desaparezca el peligro de que se produzca un daño irreparable.

c) Son variables.

La provisionalidad de las medidas cautelares implica su variabilidad, pueden ser modificadas, ampliándolas o restringiéndolas durante el transcurso del proceso.

Conocida también en la doctrina como mutabilidad, así una medida cautelar se puede variar cuando se llegue al convencimiento que existe otra que puede ser útil y eficaz que la ordenada y por tanto beneficiosa al titular de ésta.

⁷ Calamandrei, Piero.- ob., cit., pág. 16

La variación de la medida cautelar importa un cambio de fondo o en algunas oportunidades un matiz sólo de forma; así, tendremos que se puede variar la medida cautelar en cuanto al monto ordenado, en su forma decretada cambiándola por otra, se puede llegar a establecer una mejora en la cautela lograda o sustituirla.

La medida cautelar puede ser variada, a pedido de su titular, en búsqueda de otra más rígida o pretendiendo afectar otro bien de igual o mayor valor que el afectado; esta variación es impulsada por los intereses propios del beneficiado. Asimismo la variación puede solicitarse a instancia del deudor perjudicado, proponiendo éste otras formas de afectar su patrimonio e indicando con precisión los bienes sobre los que recaerá, esta variación debe ser concedida al perjudicado siempre y cuando no afecte los presupuestos y alcances de la cautela otorgada, ni ponga en desventaja o desigualdad al beneficiario de la medida.

d) Son discrecionales.

La medida cautelar solicitada puede ser rechazada o admitida, en este extremo, señala Martín Hurtado⁸, se reconoce la capacidad discrecional que tienen los jueces para atender o denegar el pedido de tutela cautelar o de graduar la precautoria en torno al caso concreto, sobre todo tomando en cuenta la pretensión que se ventila en el proceso principal, las medidas cautelares que se requieran deben ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y preservando la materialización de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria.

e) Son revocables.

La revocabilidad es una característica inherente a las medidas cautelares relacionada íntimamente con su carácter provisorio.

Si bien es cierto, la revocabilidad tiene acercamiento con el carácter de variabilidad -basada también en la provisoriedad- también lo es que, entre ambas existe algo que las diferencia, y es el hecho que por la primera se varía o muta una medida cautelar por otra de naturaleza distinta ajustándola más a los intereses del beneficiario o de quien sufre sus consecuencias -según sea el caso-, variando su monto, mejorándola, etc.

⁸ Hurtado Reyes, Martín. "Apuntes de las Medidas Cautelares en el Proceso Civil". Ed. Librería y Ediciones Jurídicas. Lima, 1998, págs. 33 y 34.

f) No requiere de conocimiento previo.

Uno de los aspectos de las medidas cautelares es que la misma en muchos casos se dicta sin que la parte a quien se va a afectar tenga conocimiento previo.

Entre las razones que se aducen para su otorgamiento en ausencia de una parte se encuentran las siguientes: la evidencia de que si no se adopta la medida se producirían pérdidas o daño irreparables; la urgencia de la situación que no permite oír a la otra parte (tales como medidas relativas a mercaderías perecederas), o la conveniencia de no dar a conocer la medida por adelantado a la parte contra quien dicha medida vaya dirigida, ya que de otro manera tratándose de bienes o activos podrían ocultarlo, o en el caso de las pruebas desaparecerlas antes que la medida sea efectiva.

g) Caducan

La caducidad en las medidas cautelares está ligada a 2 temas fundamentales ya tratados: el carácter provisorio e instrumental, por un lado, porque siendo éstas provisorias, tienen un punto de partida (otorgamiento), un tiempo de vigencia (ejecución) y un espacio terminal (caducidad); y por otro, porque estas 3 etapas mencionadas se encuentran siempre relacionadas al proceso principal.

6.- Clases de medidas cautelares

En cuanto a las medidas cautelares admisibles estas dependerán de aquellas permitidas y definidas en la legislación donde serán materia de aplicación (*lex fori*).

En lo que se refiere a los reglamentos de arbitraje que prevén su adopción no definen estas medidas se refieren a ellas en términos generales, tal como que el tribunal arbitral podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias con respecto al objeto de la controversia.

Desde un punto de vista general las medidas estas pueden clasificarse en:

- a) Medidas cautelares para asegurar bienes como: Embargo, interventor- recaudador, secuestro.
- b) Medidas que tienen a mantener un *statu quo* respecto de los bienes o de cosas. Tales como, prohibición de innovar, anotación de la litis, intervención y administración judicial.
- c) Medidas para asegurar personas tales como: guarda provisional de estas (interdictos), otras destinadas a satisfacer sus necesidades urgentes (alimentos, separación, desalojo).

7.- Requisitos para que procedan las medidas cautelares durante el procedimiento arbitral

Entre los requisitos para que procedan dichas medidas se encuentra:

- a) que sea posible su materialización según la ley del foro del país donde se sigue el procedimiento arbitral;
- b) que las partes no acuerden lo contrario (autonomía de la voluntad de las partes); y,
- c) que se otorgue contracautela, lo que dependerá de lo que disponga la legislación aplicable y en su caso el reglamento de arbitraje. Algunas normas establecen que deberá otorgarse en otros que podrá otorgarse, en este último caso se estará a la decisión de los árbitros.

La contracautela nace dando respuesta al principio igualdad o bilateralidad, pues hace viable la cautela solicitada por el actor y asimismo reconoce en favor del demandado la posibilidad de resarcimiento si el derecho alegado no es tal. En el derecho comparado también se le conoce con el nombre de fianza o caución resultando algo así como "el *contrapeso* a la propia cautela" evitando peticiones injustificadas y respondiendo de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse con una adopción ilícita.

Se puede exigir una contracautela con el propósito de cubrir el costo del proceso y de indemnizar por daños y perjuicios a la parte contraria, si su pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

Entre las legislaciones que mencionan el otorgamiento de la contracautela se encuentran las de: Bolivia, Ecuador, México, Panamá, Perú, Venezuela.

8.- Facultad para ordenar medidas cautelares durante el proceso arbitral

Se sostiene que las medidas cautelares son jurisdiccionales en virtud a que su concepción está reservada a la decisión de una autoridad judicial. En doctrina se ha tratado de establecer si estas medidas son una manifestación de la actividad jurisdiccional del Estado, tomando en cuenta que ellas son establecidas por diversos órganos del Poder Judicial. Esta característica no es absoluta, la facultad de dictar medidas cautelares no sólo está reservada en forma exclusiva para el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, sino que se ha ampliado para que algunas autoridades administrativas tengan esta facultad, aspecto que también puede apreciarse en el campo del arbitraje⁹.

⁹ En lo que se refiere a la facultad otorgada a entidades administrativas para que emitan medidas cautelares en el Perú se tiene: el Artículo 176 y ss. del Decreto Legislativo N° 822 Ley sobre

En lo que concierne a la facultad de emitir la orden de una medida cautelar durante el transcurso del proceso arbitral se plantea a quien le debería corresponder tal acción, si a los Tribunales de justicia, a los Tribunales arbitrales o a ambos, aspecto que se trata en el siguiente punto concerniente a la solicitud de la medida cautelar.

9.- Solicitud de la medida cautelar

En cuanto al momento en que puede solicitarse las medidas cautelares se distinguen las siguientes etapas:

a) *Antes del inicio del procedimiento arbitral.*

En este caso no habiéndose constituido el tribunal arbitral habrá que recurrir al Poder Judicial a efecto de solicitar se dicte dicha medida.

Esta solicitud podría traer como consecuencia que se considere que se ha declinado de la jurisdicción arbitral, recurriéndose a la justicia ordinaria, quien en consecuencia retomaría la jurisdicción para conocer el caso materia de la controversia.

Algunas legislaciones contemplan esta clase de situaciones declarando que esto no significa el sometimiento de la controversia al Poder Judicial.

En el caso del Perú la Ley General de Arbitraje (LGA)¹⁰ en su artículo 79 considera que las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni se considera como una renuncia a él.

Derechos de Autor que autoriza a INDECOPI como autoridad administrativa a dictar medidas cautelares. Asimismo el art. 27 del Decreto Legislativo N° 807 que facilita la concesión de medidas cautelares para proteger al consumidor y reprimir la competencia desleal, los artículos 240 y 241 del Decreto Legislativo N° 823, Ley de la Propiedad Industrial permite el otorgamiento de medidas cautelares. También lo permiten los arts. 11, 123, 112, 164 del Decreto Legislativo N° 816, Código Tributario.

¹⁰ Ley General de Arbitraje. Ley N° 26572 vigente a partir del 06 de enero de 1996.

Art. 79°.- Medida cautelar en sede judicial.- Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

A estos efectos, serán de aplicación las disposiciones sobre Proceso Cautelar contenidas en el Código Procesal Civil, con la salvedad de que ejecutada la medida antes de iniciado el proceso arbitral, el beneficiario deberá requerir la otra parte el nombramiento de él o los árbitros o gestionar la iniciación del arbitraje de conformidad con el reglamento de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje dentro de los diez (10) días posteriores a dicho acto.

Sin embargo se debe requerir a la otra parte el nombramiento de él o los árbitros o gestionar la iniciación del arbitraje de conformidad con el reglamento de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje dentro de los 10 días posteriores a dicho acto.

Si no se cumple con la exigencia o cumplida la exigencia el proceso arbitral no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada a la medida esta caduca de pleno derecho.

Por otra parte la posibilidad de solicitar una medida con anterioridad a las actuaciones arbitrales está prevista en el artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI¹¹. El mencionado artículo se limita a declarar que no es incompatible con el acuerdo de arbitraje que un tribunal judicial imponga una medida cautelar. Si el tribunal judicial estará o no facultado para adoptar dichas medidas al servicio de un arbitraje en curso, y hasta qué punto podrá hacerlo, queda sujeto a la ley aplicable.

b) Durante el proceso arbitral.

La medida cautelar durante el proceso arbitral plantea si debe solicitarse al Tribunal arbitral, al Poder Judicial (tribunal judicial) o indistintamente a cualquiera de ellos.

Entre las legislaciones que reservan sólo a los Tribunales de Justicia el ordenamiento de estas medidas se encuentran entre otros la de: de Austria¹², Brasil¹³, Italia, Grecia, etc.

Si el beneficiario no cumple con lo indicado en el párrafo anterior o cumplida la exigencia el proceso arbitral no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

¹¹ Ley Modelo de la CNUDMI. Art. 9 "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."

¹² Código Procesal Civil. Art. 589, párrafo 1.

Los árbitros no tiene poder para disponer de medidas provisionales las cuales pueden ser ejecutadas contra una de las partes.

Si tal orden es necesaria en el transcurso del arbitraje tiene que solicitarse a la respectiva Corte. En el caso de urgencia las partes también pueden solicitarla. La solicitud por una de las partes no será rechazada sobre la base de falta de jurisdicción debido a la existencia de un acuerdo arbitral.

¹³ Ley N° 9. 307 de 23 de septiembre de 1996.

Artículo 22.- El árbitro o tribunal arbitral podrán tomar declaración a las partes, oír a los testigos y determinar la realización de pericias o de otras pruebas que juzguen necesarias, a pedido de las partes o de oficio.

En cuanto a las legislaciones que permiten la adopción de esta clase de medidas por parte del Tribunal Arbitral se puede mencionar las siguientes: Alemania¹⁴, Francia¹⁵, Suiza¹⁶, y en América en Bolivia¹⁷, Ecuador¹⁸, Guatemala¹⁹, México²⁰, Panamá²¹, Perú²², Venezuela²³, etc., así como en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional²⁴.

La medida cautelar dictada durante el proceso arbitral por los árbitros, la Ley General de Arbitraje del Perú²⁵ la denomina "medida cautelar en sede arbi-

2°. En caso de inobservancia, sin justa causa de la convocatoria para prestar declaración personal, el árbitro o el tribunal arbitral llevarán en consideración la conducta de la parte en falta, al dictar una sentencia; en caso de incomparecencia del testigo, en las mismas circunstancias, podrá el árbitro o el presidente del tribunal arbitral requerir a la autoridad judicial que conduzca al testigo contumaz, comprobando la existencia del convenio de arbitraje.

4°. Resguardando lo dispuesto en el apartado 2, y habiendo necesidad de emplear medidas coercitivas o cautelares, los árbitros podrán solicitarlas al órgano del Poder Judicial que originariamente resulte competente para entender la causa.

¹⁴ Ley de Arbitraje. Vigente a partir del 1 de Enero de 1998. Art. 1041.

¹⁵ Código Procesal Civil. El art. 1479 dispone que las disposiciones para la ejecución de las sentencias judiciales provisionales son aplicables a los laudos arbitrales. En este sentido como los jueces pueden disponer de medidas cautelares las que pueden ser ejecutadas inmediatamente.

¹⁶ Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987. Art. 183.

¹⁷ Ley N° 1710. Ley de Arbitraje y Conciliación. 10 de Marzo de 1997. Art. 35.

¹⁸ R. O. N° 145. Ley de Arbitraje y Mediación. 04 de Setiembre de 1997. Art. 9.

¹⁹ Decreto N° 67-95. Ley de Arbitraje y Conciliación. 03 de Octubre de 1995. Arts. 12 y 22.

²⁰ Código de Comercio. Art. 1433.

²¹ Decreto Ley N°5. Ley General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación. 08/07/1999. Art. 24

²² Ley N° 26572. Ley General de Arbitraje. 06 de Enero de 1996. Art. 81.

²³ Ley de Arbitraje Comercial. 07 de Abril de 1998. Art. 26.

²⁴ Ley Modelo de la CNUDMI.- Artículo 17. "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"

²⁵ Artículo 81°. - Medida cautelares en sede arbitral.- En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir contracautela a quien solicita la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si su pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

Contra lo resuelto por los árbitros no procede recurso alguno. Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje

tral", y tiene las siguientes características: se puede solicitar en cualquier estado del proceso, la petición la puede solicitar cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, o por los árbitros para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste.

c) Con posterioridad a la emisión del laudo.

En lo que concierne a las medidas cautelares con posterioridad a la emisión del laudo, sin bien este reviste el carácter de definitivo respecto a la solución de la controversia, se admite la posibilidad que se interpongan los siguientes recursos contra este: de apelación²⁶ y de nulidad²⁷, el primero debe ser materia de acuerdo entre las partes y no procede aunque se halla pactado para el caso de los arbitrajes de conciencia, el segundo en cuanto se considere que se han dado las causales determinadas por la ley.

Se reconoce que en el caso que estos recursos se encuentren pendientes de resoluciones se pueda solicitar al juez la adopción de medidas conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo. En cuanto al tribunal arbitral al haberse emitido el laudo su actuación ha terminado no teniendo en consecuencia competencia.

Para estos caso algunas legislaciones indican los documentos que deberán presentarse para solicitar la medida cautelar siendo copia del convenio arbitral, del laudo y su notificación.

10.- Medidas cautelares y reglamentos de arbitraje.

Las medidas cautelares han sido contempladas en diversos Reglamentos de Procedimiento Arbitrales tal como el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)²⁸ que en su

o donde sea necesario adoptar las medidas El Juez por el solo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

²⁶ El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y en su caso, aplicando e interpretando el derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo.

²⁷ El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar en el fondo de la controversia y se resuelve declarando su validez o nulidad.

²⁸ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI aprobado el 15 de diciembre en 1976. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado que se haga uso de este Reglamento para la solución de controversias planteadas en el contexto de las relaciones comerciales internacionales. Resolución N° 31/98 de la Asamblea General.

artículo 26 reglamenta las medidas provisionales de protección que atribuye al Tribunal de Arbitraje²⁹, asimismo los numerales 2 y 3 del artículo 25 establecen dos disposiciones importantes: de una parte, las medidas cautelares pueden ordenarse bajo la forma de un laudo provisional, y de otra, que la solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.

Por su parte el Reglamento de Arbitraje de la Comisión Económica Europea, de 10 de Mayo de 1963, tiene previsto que los árbitros están autorizados a tomar todas las medidas cautelares que conciernen a las mercancías objeto de litigio.

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), vigente a partir de 1998 en su art. 23³⁰ autoriza explícitamente al Tribunal Arbitral a ordenar medidas cautelatorias, así como faculta a las partes, en ciertas circunstancias solicitarlas a una autoridad judicial sin infringir el acuerdo de arbitraje.

Desde que la expresión medidas cautelares o provisorias no han sido definidas permite al Tribunal Arbitral señala Ives Derains, construir estas palabras en la forma mas amplia como pueda ser apropiada en cada caso, las que sin embargo

²⁹ Art. 26. par. 1. "A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos."

El artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se recoge posteriormente en el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

³⁰ CCI. Reglas de Arbitraje.

Art. 23 (1).- "Salvo acuerdo de las partes en contrario, el Tribunal Arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite. Las mencionadas medidas deberán ser adoptadas mediante auto motivado o Laudo, según el Tribunal Arbitral lo estime conveniente".

Art. 23 (2).- "Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas y aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una de las parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un Tribunal Arbitral no contraviene el acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del Tribunal Arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación por la Secretaría. Esta última informará de ello al Tribunal Arbitral".

continua, a diferencia del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (artículo 26) y la Ley Modelo de CNUDMI (Artículo 17), el artículo 23 (1) no se requiere que estas medidas conciernan al "objeto del litigio". Así si hay suficiente relación con el arbitraje, el Tribunal arbitral puede extender a otros asuntos de naturaleza sobre las cuales puede recaer esta clase de medidas³¹.

El art. 23 (1) deja en libertad a los árbitros de determinar si tal decisión tendrá la forma de una orden, motivada, o un Laudo, un asunto que depende a menudo de la naturaleza de la medida y de las leyes del lugar del arbitraje o del país donde las medidas se llevarán adelante.

Por otra parte este mismo artículo especifica que el Tribunal Arbitral tiene poderes para ordenar estas medidas tal pronto como el expediente se le haya remitido, por consiguiente no requiere esperar hasta que los Términos de Referencia hayan sido especificados. No existe otro mecanismo para otorgar las medidas hasta que el Tribunal Arbitral se encuentre en posesión del expediente. Sin embargo la CCI ha publicado un reglamento separado de las reglas de arbitraje, denominado Reglas pre-arbitrales de procedimiento del "referee", en vigencia desde el 1 de Enero 1990, que permiten la designación de un "referee" con poderes para disponer de medidas cautelares.

En cuanto al Reglamento de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), el mismo que sigue el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, contempla en el art. 26 igual que el último de los mencionados las Medidas Provisionales de Protección³².

11.- Ejecución de las medidas cautelares

Para la ejecución de las medidas los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez, la Ley de Arbitraje del Perú establece que el juez por el solo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procede a ejecutar la medida sin admitir recurso ni oposición alguno³³.

En cuanto al cumplimiento de las medidas cautelares la primera posibilidad es que estas sean cumplidas voluntariamente, en caso contrario se requerirá su ejecución planteándose a quien corresponde esta.

³¹ Yves Derains, Eric A. Schwartz.- "A Guide to the New ICC Rules of Arbitration". Ed. kluwer Law International. 1988, pág. 274.

³² En el campo del arbitraje internacional el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) dispone la aplicación del Reglas de Procedimiento de la CIAC a falta de acuerdo expreso entre las partes.

³³ Ver Nota 25. 2do. párrafo.

La necesidad de la fuerza ejecutiva se basa, en general, en argumentos como que el laudo definitivo puede tener poco valor para la parte ganadora si la parte recalcitrante ha adoptado medidas que hacen que el resultado del procedimiento sea prácticamente inútil (por ejemplo, haciendo desaparecer activos o sustraerlos de la jurisdicción).

En principio desde que los árbitros no tiene facultades coercitivas corresponderá al Juez la ejecución de la misma.

Sin embargo en las legislaciones de Colombia³⁴ y Ecuador³⁵ se faculta al árbitro a dirigirse a ciertas instancias a efectos de materializar las medidas cautelares, en particular la legislación del Ecuador que comprende el solicitar directamente el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativo sin recurrir al juez, siempre que las partes lo acuerden.

La otra posibilidad que puede plantearse es que en el Convenio arbitral se faculte a los árbitros a tomar ciertas medidas que les permita disponer que las

³⁴ Decreto Supremo N° 1818 de 1998.

Art. 152.- En el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrán decretarse medidas cautelares 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 real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes, podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

A) La inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro, para lo cual se librará oficio al registrador en que conste el objeto del proceso, 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 lo adquieran con posterioridad estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral.(.....)

B) El secuestro de los bienes muebles. La diligencia podrá practicarse en el curso del proceso a petición de una de las partes; para tal fin, el interesado deberá prestar caución que garantice los perjuicios que pueda causarse (...)

Parágrafo. 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 hubiera hechos que probar, con la petición o dentro del traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos.

³⁵ Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 9.- “ (...) Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentran los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas...”.

partes cumplan lo que ellos disponen, tal como sería facultárseles que puedan dictar disposiciones que afecten sus bienes³⁶.

Si bien el cumplimiento de las medidas puede requerir de la asistencia judicial, la naturaleza de algunas de estas permite que las partes merituen su cumplimiento teniendo presente el efecto que dicho incumplimiento podría tener en el concepto y decisión del tribunal arbitral evitando de esa manera la intervención judicial como sería: si un tribunal arbitral ordena una de la medida para facilitar la sustanciación del procedimiento arbitral, el incumplimiento de una de las partes puede dar lugar a que el tribunal arbitral saque conclusiones adversas de ese incumplimiento y dictar el laudo basándose en la información y las pruebas de que disponga. Así el tribunal arbitral también podrá, en general, condenar a la parte recalcitrante al pago de las costas o la indemnización a que haya dado lugar su incumplimiento de la orden.

Por otra parte es conveniente considerar hasta que punto el juez que se le ha solicitado la ejecución de la medida tiene facultades discrecionales para valorar su procedencia, en este sentido se sostiene que sólo se podrá rechazar si no existe acuerdo arbitral válido, o si la medida cautelar dispuesta por el árbitro contraria normas imperativas del foro, o afecta sus principios de orden público internacional.

Una posibilidad que se plantea es que las medidas cautelares emitidas por los árbitros estén contenidas en un laudo provisional de esta manera el tribunal judicial procederá a la ejecución de una la medida cautelar como si fuese un laudo, aplicándole las disposiciones que rigen el reconocimiento y la ejecución de los laudos. Esta solución ha sido adoptada en varias jurisdicciones, estableciéndose que las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de los laudos son aplicables, salvo acuerdo en contrario de las partes, a las medidas cautelares dictadas por un tribunal

³⁶ Ley N° 26572. Ley General de Arbitraje

Artículo 9°.- Definición de Convenio Arbitral.

Párrafo tercero. "El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada".

Artículo 83°.- Ejecución del laudo.-

Párrafo segundo. "Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda a la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquellos o a esta se les hubiesen otorgado en el convenio.

arbitral, en el entendimiento de que toda referencia a un laudo en dicha disposiciones sería aplicable a las medidas cautelares. Esta posibilidad de laudos provisionales se contempla expresamente, por ejemplo, en el artículo 26 2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Se plantea en relación con los laudos provisionales si la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) sería igualmente aplicable a esos laudos provisionales. Dado que la Convención no define el término "laudo", no está claro que pueda aplicarse también a los laudos provisionales³⁷.

12.- Medidas cautelares aplicables en jurisdicción diferente a la del lugar del arbitraje.

La implicancia de la jurisdicción en la medida cautelar se presenta cuando esta incide en un lugar fuera de la jurisdicción en la que tiene lugar el arbitraje. Debe tenerse presente que en algunos casos en particular en el arbitraje internacional se celebra en lugares neutrales, donde las partes no tienen bienes ni realizan actividades comerciales, se requiere acudir a otro Estado pidiéndole que considere y dicte una medida cautelar, con lo que habrá que considerar lo que dispone la legislación de ese país.

En este sentido es necesario establecer un régimen de asistencia judicial para dar ejecución a las medidas cautelares emitidas durante el proceso arbitral, que permita ejecutarlas tanto en el Estado en el que tenga lugar el arbitraje como fuera de éste.

13.- Ejecución de las medidas cautelares en el arbitraje internacional.

El lugar del arbitraje en los casos de arbitraje internacional suele elegirse por razones de conveniencia de las partes o de los árbitros, así como por la disponibili-

³⁷ En los Estados Unidos se ha sostenido que bajo el artículo II (3) de la Convención de Nueva York, las Cortes están precluidas de otorgar pre laudos de embargo debido a que la intención de la Convención de Nueva York es que no debe haber una intervención judicial significativa hasta después de la emisión del laudo.

Sin embargo los reglamento de arbitraje tal como el de la American Arbitration Association (AAA) consideran que en los procedimientos de arbitraje comerciales domésticos o internacionales el tribunal arbitral puede emitir ordenes para (i) conservación de los bienes ordenando su deposito con una tercera persona; (ii) vender bienes perecibles; (iii) embargo de propiedades del demandando; o (iv) tomar otras medidas que puedan considerar apropiadas según las circunstancias del caso. Si el tribunal arbitral emite una medida cautelar en la forma de una laudo interino, las partes podrán solicitar su ejecución en la misma manera que otros laudos arbitrales.

dad de determinados servicios, y no por su eventual relación con el objeto de la controversia. Por ello, muchas de las medidas decretadas en dichos arbitrajes habrán de ejecutarse fuera del Estado en el que el arbitraje tiene lugar. No obstante, aún en casos en los que un arbitraje internacional se celebre en el Estado donde se encuentre el objeto de la controversia, el tribunal arbitral puede dictar medidas que tengan que llevarse a cabo en otros Estados.

Uno de los problemas que se plantea es que el concepto de medida cautelar puede diferir de una legislación a otra y por tanto, el tribunal puede encontrarse ante la solicitud de una medida cautelar que es desconocida o poco frecuente en su ordenamiento jurídico³⁸.

En lo que concierne a las Convenciones Internacionales, en materia arbitral se encuentra en la mayoría de ellas el derecho de las partes sometidas a un arbitraje de obtener de los Tribunales estatales una protección de conservar bienes que son objeto de litigio o que pueden asegurar el resarcimiento económico de parte.

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)³⁹ considera en su artículo VI la posibilidad que se otorguen garantías apropiadas en el caso que la autoridad ante quien se invoca la sentencia estime conveniente aplazar su ejecución por encontrarse pendiente el pedido ante la autoridad competente de su anulación o suspensión. En los mismos términos se pronuncia la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)⁴⁰ en su artículo 6.

Por su parte la Convención Europea relativa al Arbitraje Comercial Internacional, (Convenio de Ginebra) suscrito en Ginebra el 21 de Abril de 1961, establece en su Artículo VI, N° 4, que una solicitud de medidas provisionales o cautelares dirigida a una autoridad judicial no es incompatible con la convención de arbitraje.

³⁸ Así en algunos ordenamientos se reconocen con más facilidad que en otros las medidas que se dictan en ausencia de una de las partes. Un ejemplo puede ser la práctica seguida por los tribunales arbitrales de algunos Estados de dictar medidas cautelares "perentorias" que conlleven sanciones en caso de no cumplirse. Otro ejemplo, si la medida dictada por el tribunal arbitral no está motivada o si su motivación es insuficiente, el tribunal requerido a ejecutarla podrá tener dificultades en hacerlo, al no poder evaluar como es debido las consideraciones de orden público que conlleva. Además, la legislación en materia de arbitraje del Estado del foro requerido para ejecutar una medida, tal vez haya excluido de las facultades reconocidas a un tribunal arbitral la de imponer ciertos tipos de medidas contractuales (por ejemplo el embargo de bienes o de determinados tipos de bienes). CNUDMI. Documento de Trabajo. A/C.9/WG.II/WP.108, pág. 22. Párrafo 95.

³⁹ Suscrita en la ciudad de Nueva York el 10 de junio de 1958.

⁴⁰ Suscrita en la ciudad de Panamá, el 30 de enero de 1975 en el marco de la Primera Reunión de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP I).

También la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985 aborda este problema en el artículo 9 donde, al igual que hace el Convenio de Ginebra, apunta que la solicitud de medidas provisionales a un órgano jurisdiccional por una "parte" es perfectamente compatible con la existencia de un convenio o de un procedimiento arbitral. Aplicándose este artículo si tiene en cuenta el lugar del arbitraje. (Art.1 (2)). Así si un Tribunal judicial de un país que ha adoptado la Ley Modelo puede en consecuencia otorgar medidas interinas, aún cuando el lugar del arbitraje aún no haya sido determinado, o en un Estado que haya adoptado o no la ley modelo.

El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, considera en su artículo 47 la facultad al Tribunal Arbitral de recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar el derecho de las partes⁴¹.

A nivel judicial se han celebrado Convenios referentes al cumplimiento de las medidas cautelares que decretadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte, así se tiene a nivel interamericano la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas suscrita en Montevideo el 8 de Mayo de 1979, durante las Conferencia de la CIDIP II, competente en la esfera internacional, que tiene por objeto, el cumplimiento de medidas cautelares que decretada por Jueces o Tribunales de otros Estados Parte competentes en la esfera internacional, tengan por objeto garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos, secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas.

Desde que las medidas cautelares para su ejecución requieren de la asistencia judicial, se trataría en este caso de relaciones entre jueces o tribunales de estados diferentes entre los cuales habrá de cursarse exhortos o cartas rogatorias.

En lo que se refiere a los países del Mercosur, se ha suscrito el Protocolo de Medidas Cautelares, en el año de 1994 en Ouro Preto, el mismo que tiene por objeto reglamentar, entre los Estados partes del Tratado de Asunción, el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir la reparabilidad de un daño en relación a personal, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Sin embargo el mencionado Protocolo, menciona los procesos en los cuales puede solicitarse no comprendiendo entre ellos al procedimiento arbitral.

⁴¹ El Convenio fue suscrito en la ciudad de Washington D.C. en 1965 y crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones conocido bajo la sigla de CIADI o ICSID en inglés.

El Protocolo del Mercosur no impide la aplicación de otros tratados internacionales vigentes entre los Estados interesados⁴², ya sean de carácter bilateral o multilateral como sería la Convención Interamericana de Medidas Cautelares suscrita en Montevideo el 8 de Mayo de 1979, es así que dicho Protocolo contiene una norma (art.26) de correlación con otras convenciones que permite la aplicación de disposiciones de otras convenciones más favorables que faculta tal aplicación⁴³.

Por ejemplo, se señala que el Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur no contempla las medidas cautelares territoriales, es decir aquellas que pueden ser solicitadas y adoptadas directamente por el juez del lugar donde se encuentran los bienes o residen las personas, aunque no sea el juez investido de jurisdicción internacional para intervenir en el proceso. En cambio, este tipo de medidas están contempladas en la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (art. 10)⁴⁴.

Si bien ninguno de los tratados internacionales referidos al arbitraje, aplicable entre los países del Mercosur, se ocupa de las medidas cautelares en el arbitraje.

14.-Responsabilidad por medidas cautelares trabadas indebidamente.

Toda medida cautelar importa siempre la responsabilidad en favor de quien la solicita, pero ésta se otorga según Podetti por cuenta y riesgo de quien la pide⁴⁵. Sin embargo esta característica se acerca también a uno de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares: la contracautela. El mismo Podetti continúa diciendo al respecto que la justicia procura mediante la contracautela, asegurar la igualdad de los litigantes y descarta así su propia responsabilidad al hacer fe de la existencia del derecho que se quiere cautelar en base a una prueba sumárisima o sin ella.

Al otorgarse las medidas cautelares sin citación ni participación del sujeto procesal pasivo, (*in audita altera pars*), el juez de la causa con conocimiento sumárisimo de lo expresado por el solicitante otorga o deniega la medida cautelar,

⁴² El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, que ya no se encuentra vigente en esta materia, también se ocupaba de las medidas cautelares (arts. 13 y 14).

Noodt Taquela, María Blanca.- "Medidas Cautelares en el Arbitraje Internacional en el Mercosur". Revista de la Corte Española de Arbitraje. Volumen XIII, 1997, págs. 133 y 134.

⁴³ Art. 26 del Protocolo de Medidas Cautelares. "Este Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados partes".

⁴⁴ Noodt Taquela, María Blanca.- ob., cit., pág. 134.

⁴⁵ Podetti, Ramiro J.- "Tratado de las Medidas Cautelares". Ed. Ediar. 1956. Bs. As., pág. 128.

puede ser que los fundamentos expuestos por el solicitante correspondan a una realidad diferente que en ese momento no es posible percibir por el juez, esta realidad aparente puede dar lugar a una medida que genere un perjuicio a quien se le aplica.

Este perjuicio puede dar lugar a una responsabilidad civil extracontractual, por lo desde el punto de vista procesal se señala que se hace necesario instaurar vía derecho de acción, amparado en la tutela jurisdiccional una demanda en proceso totalmente distinto a éste para lograr el resarcimiento del daño causado, en éste proceso con mayor amplitud de pruebas se puede establecer la certeza del daño.

Las medidas cautelares indebidamente⁴⁶ trabadas constituyen un acto ilícito, como cita Baudel⁴⁷, en otras palabras: como regla general incurre en una conducta antijurídica quien impetra, obtiene y traba una medida preventiva cuando su pretensión es rechazada, es decir, cuando un pronunciamiento jurisdiccional firme desestima la acción ejercitada o revoca por improcedente el remedio otorgado.

La responsabilidad del solicitante comprende las costas, daños y perjuicios generados y su procedencia dentro de la legislación comparada se encuentra dentro del Código Civil al tratar la culpa aquiliana o extracontractual⁴⁸. Tratándose esta clase de responsabilidad deberá demostrarse el dolo, la culpa o negligencia en la conducta del beneficiario de la medida⁴⁹.

⁴⁶ Para estos autores el término indebido encierra las diferentes situaciones que pueden presentarse en la materia. Según sostienen ese vocablo, se integra dentro de la regla general determinante de la atribución de responsabilidad, tanto aquellas medidas precautorias, requeridas y obtenidas sin derecho, sea formal como sustancial, como las cautelares logradas mediante un ejercicio antifuncional de la acción, esto es cuando, aun existiendo razón legal al peticionante, éste abusa o se excede en su pretensión ocasionando un daño innecesario a quien sufre la preventiva. Baudel Maximiliano, Baudel Jorge E. "Medidas Cautelares trabadas indebidamente. Responsabilidad". Ed. Abeledo - Perrot. Bs. As. 1999, pág. 12.

⁴⁷ Baudel Maximiliano, Baudel Jorge E., ob., cit., pág. 9.

⁴⁸ La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. La primera surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación derivada de un acto jurídico válido preexistente, celebrado entre el causante del daño y el que lo padece. La obligación es anterior al daño. La responsabilidad extracontractual o aquiliana surge, no del incumplimiento de una obligación preexistente que no hay, sino del mero hecho de haberse causado el daño. La relación jurídica obligatoria nace recién con el daño causado.

La responsabilidad civil contractual y extracontractual se derivan de la ley, sólo que la primera está de por medio un convenio (que se incumple), que no existe en la extracontractual. Torres Vásquez, Anibal. - "Código Civil 3ra. Ed. 1996. Lima, pág. 647.

⁴⁹ En la responsabilidad extracontractual la demostración de la existencia de culpa incumbe a quien se considere perjudicado, mientras en la contractual se presume la culpa del que no ha

Sin embargo no debe descartarse la responsabilidad contractual en aquellos casos que una de las partes solicite y se le otorgue la aplicación de medidas cautelares, habiéndose pactado su no aplicación en el convenio arbitral.

En ese orden de ideas, señala Baudel⁵⁰, es dable concebir que el levantamiento de una medida cautelar, y su consecuente antijuridicidad reproachable, puede obedecer a diversos factores tales como:

- a) insuficiencia o inexistencia de los requisitos legales necesarios para su viabilidad formal que luego conducen a su revocatoria.
- b) caducidad del beneficio por falta de interposición tempestiva de la demanda de fondo a la cual accede.
- c) desistimiento por el peticionante, luego de haber trabado la medida, sea de la propia cautelar, sea del proceso principal, sea de la acción sustancial que se persigue proteger.
- d) rechazo de la pretensión a través de sentencia definitiva dictada en el juicio principal.
- e) finalización del proceso por otros medios anormales imputables al peticionante de la medida.

Podetti⁵¹ sostiene que el hecho constitutivo de la responsabilidad se asienta en haber pedido el remedio precautorio:

- a) sin derecho.
- b) abusando del mismo;
- c) excediéndose en su ejercicio.

A lo que Baudel añade que no basta con el solo pedimento y obtención de la medida cautelar, sino que es indispensable su efectiva concreción, ya que entiende que el perjuicio resarcible sólo tiene nacimiento y exigibilidad a partir del momento en que la precautoria se traba⁵².

cumplido quien tendrá que demostrar las causas eximente. En cuanto al resarcimiento en la responsabilidad contractual alcanza sólo a los daños que se deriven directamente del incumplimiento, mientras en la responsabilidad extracontractual comprende las consecuencias inmediatas y mediatas, y eventualmente, las causales. En cuanto al daño moral este se encuentra en la responsabilidad extracontractual, mientras el incumplimiento contractual sólo contempla su reparación de acuerdo a las circunstancias del caso y la índole del hecho generador de la responsabilidad.

⁵⁰ Baudel Maximiliano, Baudel Jorge E., ob., cit., pág. 13.

⁵¹ Podetti, José R. "Tratado de las medidas cautelares" 2° ed. Ediar. Bs. As. 1969, págs. 165, 166.

⁵² Baudel Maximiliano, Baudel Jorge E.- ob., cit., pág. 15