

Medidas Cautelares en el Arbitraje (*)

Ricardo Henríquez La Roche

Artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial. «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias **respecto del objeto en litigio**. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.» Este artículo 26 repite el artículo 17 de la Ley modelo de Uncitral.

El fundamento del poder jurisdiccional cautelar en manos de jueces privados, con las restricciones que el mismo conlleva para el ejercicio de los derechos individuales, sociales, y económicos que comporta la ejecución de medidas precautelativas, no es otro que el artículo 258 de la Constitución vigente, que al promover «el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos» ratifica el artículo 3° de la Ley de Arbitraje Comercial, según el cual «podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir»; de manera que nuestro ordenamiento jurídico autoriza y fomenta el arbitraje comercial, junto con otros medios alternativos de solución de conflictos.

Toda función jurisdiccional requiere el aseguramiento y la efectividad de la sentencia, y por tanto, el árbitro goza de un poder cautelar, en razón del solo compromiso arbitral, salvo pacto expreso en contrario (Art. 26 Lac)¹. En tal sentido, la Ley modelo antes citada señala en su artículo 9° que «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

(*) Este breve estudio corresponde a nuestra exposición en la primera jornada del *Taller de Actualización para Conciliadores y Árbitros* organizado por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

¹ En general, toda normativa del arbitraje está sometida a la voluntad de ambas partes; son ellas quienes determinan la posibilidad de que sean dictadas medidas cautelares en el arbitraje que dirima un eventual conflicto de intereses entrambas.

Tribunal conceda esas medidas». La función jurisdiccional cautelar, como toda función jurisdiccional, tiene, a la par del fin privado, un cometido de eminente orden público, cual es evitar que la inexcusable tardanza del proceso de conocimiento —llevado indistintamente por jueces públicos o privados—, no haga ineficaz la administración de justicia.

Ello no es óbice para que la jurisdicción pública, a través de los tribunales ordinarios o constitucionales, **ampare** aquellos derechos constitucionales de la persona que interesan las buenas costumbres, la dignidad de la persona, el orden público, tomando en cuenta los límites estrictos que la Sala Constitucional ha señalado a los amparos constitucionales contra procesos arbitrales, en sentencia del 17 de octubre de 2008. En forma que si las partes han convenido en cláusula compromisoria que el incumplimiento autoriza impedir la prohibición de salida del país, afectación del salario por encima de los porcentajes autorizados en la Ley u otras medidas y embargos ilegales, el perjudicado puede reclamar la protección constitucional de sus derechos. Pero nótese que igual reclamo tendría si la medida es despachada por el juez funcionario, lo cual es signo de que el juez privado —cuya potestad deviene del contrato y de la relatividad del contrato (Arts. 1.159 y 1.166 CC)— puede tener una jurisdicción de conocimiento de igual rango a la del juez ordinario en materias no excluidas de las transacciones.

Finalmente, en el supuesto de que las partes **no hayan comprometido atribuciones cautelares a los árbitros**, creemos que aun así el árbitro, en un arbitraje independiente, no reglamentado, puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de la ejecución, constatando las presunciones del derecho y del peligro en la mora o exigiendo contracautela con arreglo a la normativa legal (Arts. 585, 588 y 590), sin que sea menester la homologación o *pláacet* del juez ordinario para que dichas medidas tengan efecto. El fundamento de todo arbitraje no sólo es la coincidente voluntad de las partes de someter a un tercero el juicio sobre su disputa, sino también, y principalmente, la Ley que autoriza este modo alterno de solución de conflictos. El árbitro es verdadero juez privado en ejercicio de una potestad jurisdiccional, y por ende debe colegirse que la atribución jurisdiccional de conocimiento y decisión de la causa, también conlleva la de prevenir el derecho ventilado y hacer eficaz la función pública de administrar justicia, puesta —por permisión legal— en manos privadas. Por ser jurisdiccional la función que ejerce el árbitro, es deber suyo hacer cumplir las garantías que consagra el artículo 26 de la Constitución vigente: «Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses,

incluso los colectivos o difusos, **a la tutela efectiva de los mismos** y a obtener con prontitud la decisión correspondiente».

La Ley General de Arbitraje del Perú, también autoriza en su artículo 81 el decreto de medidas cautelares en sede arbitral, delegando a la jurisdicción ordinaria la ejecución o traba de dichas medidas.

La legislación colombiana también regula por Ley especial (Decreto Núm. 2279 de 1989 derogatorio del Título del CPC sobre arbitramento) las medidas cautelares en el arbitraje, autorizando su decreto o levantamiento al propio Tribunal de Arbitramento.

Objeto en el que incide la medida:

Como hemos visto, el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial dice: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.»

Objeto del litigio, no significa que sólo en las acciones reales puedan decretarse las medidas cautelares; por objeto del litigio debe entenderse, en nuestra opinión, lo que es objeto de la pretensión, sean derechos reales o personales, indistintamente. En otras palabras “objeto” no significa cosa, significa objetivo, pretensión, sea dineraria o a una cosa determinada. Esta interpretación amplia es consistente con el principio constitucional de tutela efectiva de los derechos en juicio (Art. 26 Const. Rep.).

MEDIDAS CAUTELARES EN EL CEDCA

Medidas cautelares, ante el Tribunal de Mérito.

Art. 35.1 del Reglamento CEDCA: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, desde el momento en que se le haya **entregado el expediente**, el Tribunal Arbitral, a solicitud de parte, podrá decretar **cualesquiera** ² medidas cautelares que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral **puede** subordinar el decreto de tales medidas, al **otorgamiento de una garantía suficiente** y eficaz para responder a la parte contra quien se dirijan las medidas, de los daños y perjuicios que éstas pudieren ocasionarle. Las medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada.»

Medidas cautelares Anticipadas o de Emergencia, Tribunal Ad hoc.

Art. 35.2. «Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten ³, cualesquiera de las partes ⁴ podrá, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice I de éste Reglamento ⁵, solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo, por uno o tres árbitros, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las

² Esta palabra “cualquiera” es totalmente amplia y autoriza el decreto de medidas cautelares innominadas.

³ Circunstancias de emergencia dice, pues si no hay urgencia la solicitud de medida debe aguardar la constitución del Tribunal Arbitral ordinario y la entrega del expediente a dicho Tribunal (Art. 35.1).

⁴ Cualquiera de las partes... Pero para que proceda ha de tener la parte una pretensión. La del demandado podría ser el aseguramiento de la contra-pretensión que ya se ha ejercido por vía de reconvencción, pues la oportunidad de reconvenir es el mismo lapso de veinte días para contestar la demanda (Art. 19.1), lo cual es anterior a la primera audiencia de trámite (Art. 28.2).

⁵ El artículo 54.4 es una reiteración del previo pago: «Cuando sea solicitada la designación de un Tribunal Arbitral a los fines del decreto de las medidas cautelares previstas en el artículo 35 de este Reglamento, la parte solicitante deberá consignar la provisión de fondos correspondientes a los honorarios de árbitros y gastos que a tales efectos fije el Director Ejecutivo.» La provisión de fondos para el trámite cautelar siempre debe ser anterior a la designación del Tribunal Arbitral, sea el tribunal ordinario que conocerá de lo principal, sea el tribunal *ad hoc* para medidas anticipadas o de emergencia, según dispone el artículo 34.5. Dicho previo pago también es necesario para admitir la reconvencción (Art. 19.3).

medidas cautelares solicitadas. La designación de estos árbitros, la hará el Directorio del CEDCA ⁶ de manera rotativa entre los inscritos en la lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales [árbitros] en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral, podrá ⁷ estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle. Estas medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada⁸.»

Debemos tener en cuenta que ningún precepto cautelar del Reglamento CEDCA establece condiciones de mérito para el decreto de la medida, incluso en el caso del ordinal 35.2 relativo a las medidas anticipadas o urgentes. Pero en nuestra opinión, si el árbitro cautelar no opta por exigir caución suficiente, deberá verificar si están dados los dos extremos que exige el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, o sea, presunción grave del derecho que se reclama y presunción grave del peligro en la mora. La razón es que no puede decretarse una medida con el argumento de que se está en presencia de un procedimiento cautelar reglamentado *ad hoc*. La omisión de un previo juicio de probabilidad sobre el derecho que se reclama por parte del árbitro, sobre su existencia y valía y de las razones de emergencia que aduce el peticionante, supondría resolver a ciegas, irreflexivamente, sin fundamento jurídico; salvo, lógicamente, que se constituya caución suficiente para responder de los daños y perjuicios ocasionados con la medida, porque en este caso, la garantía de indemnización exige la justificación.

No escapa a nuestra atención la circunstancia de que el arbitraje del CEDCA no está regido por el Código de Procedimiento Civil

⁶ La designación del árbitro o árbitros, corresponde a las partes, porque son ellas las que se dan sus jueces. Sin embargo, el carácter ejecutivo y urgente de las medidas cautelares; el hecho de que en el laudo parcial confirmatorio o infirmatorio de la medida cautelar (Art. 35.2) anticipada no hay un verdadero juzgamiento —pues el juzgamiento en sede cautelar sigue siendo de probabilidad o verosimilitud y no un juicio de certeza— que son garantía de una tutela jurídica efectiva, expedita, sin dilaciones indebidas, consideramos que se justifica que la designación la haga, como está previsto, el Directorio Ejecutivo de CEDCA; con las garantías reglamentarias, es decir: escogencia de la lista, de manera rotativa, de un árbitro que no esté al momento en funciones de tal en otro proceso.

Es conveniente, para garantizar el derecho a oposición (Art. 35.4), notificar al sujeto contra quien obra la medida, luego que ésta haya sido practicada.

⁷ La garantía tiene carácter optativo, a juicio del árbitro en sede cautelar.

⁸ En este caso del árbitro *ad hoc* cautelar existe mayor libertad de argumentación para fundamentar la medida, pues no será él quien dicte el laudo arbitral ni sustancia el juicio de conocimiento previo al laudo. Con todo, hay que tener en cuenta que toda consideración o razonamiento que se haga para decretar medidas cautelares en un juicio o en un arbitraje, no constituye prejuzgamiento o emisión de opinión, porque la valoración que se hace no es de certeza sino de presunción (grave) o verosimilitud.

específicamente. El Art. 29.1 del Reglamento dice: «El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por las normas que las partes acuerden ⁹, supletoriamente por las normas contenidas en este Reglamento ¹⁰, y en caso de silencio, por las que el Tribunal Arbitral discrecionalmente determine ya sea con referencia o no a una disposición legal o de cualquier otra naturaleza.» Sin embargo, no obstante el carácter genérico y amplio de esta norma de remisión, la medida cautelar tiene que tener un fundamento jurídico —o un fundamento de equidad— y ese fundamento se reconduce a examinar las razones que sustentan la demanda (el derecho que se reclama) y la justificación de la medida asegurativa (el peligro de infructuosidad o de tardanza).

Levantamiento con caución:

Art. 35.3. «No se decretará la medida de embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, ni las medidas cautelares innominadas, o deberán suspenderse si estuviesen ya decretadas, si la parte contra quien haya recaído, diere garantía suficiente y eficaz a juicio del Tribunal Arbitral.» ¹¹

Oposición a la medida cautelar:

Art. 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 ¹², a solicitud de la parte interesada, el Tribunal Arbitral designado conforme a los artículos 16 ó 17 ¹³ de este Reglamento, también revise dichas actuaciones y revoque, modifique, suspenda o confirme la medida

⁹ Particularmente en la Cláusula Compromisoria porque, surgido el conflicto de intereses será muy difícil el acuerdo para la regulación de medidas cautelares en cuanto al fundamento de derecho sustantivo para su decreto y reconsideración.

¹⁰ Normas supletorias aplicadas analógicamente.

¹¹ Correctamente, el Reglamento excluye —desde que no lo menciona— la posibilidad del levantamiento del secuestro de la cosa litigiosa, puesto que el interés jurídico por la cosa, no puede ser sustituido por un derecho a indemnización, un derecho creditorio, personal, no un derecho real que es el que se pretende precaver.

¹² 29.2. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y deberá velar porque cada parte tenga la oportunidad suficiente para ejercer su defensa.

¹³ Son los árbitros que conocen de la causa principal, es decir, los que dictarán el laudo; nombrados en número impar por las partes. Tienen amplios poderes para revocar, modificar, suspender o confirmar la medida, o bien para exigir ampliación de la garantía dada, o hacerla cesar por no ser ya necesaria. No ser necesaria cuando hay un laudo desestimatorio de la pretensión prevenida, o por una transacción cumplida, o porque el perdidoso satisfizo la condena de un laudo estimatorio.

dictada, o exija la ampliación de la garantía otorgada, o declare que esta garantía ya no es necesaria.

Secretos comerciales

Art. 35.5. El Tribunal Arbitral podrá tomar cualesquiera medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial.¹⁴

Medidas cautelares en el procedimiento expedito:

El procedimiento expedito es aquel procedimiento breve, aplicable —salvo acuerdo en contrario de las partes— a las controversias que no excedan de US\$ 100.000,00¹⁵ y en el cual sólo haya un demandante y un demandado. El Procedimiento Expedito también puede ser aplicado a controversias de mayor cuantía cuando las partes así lo convengan. Pero las medidas cautelares se rigen en el procedimiento expedito por las reglas del artículo 35, antes vistas, ya que, según el artículo 52 del Reglamento, «en todo lo no regulado expresamente en éste título se aplicará lo previsto en el Reglamento para el procedimiento regular.»

Ejecución de la medida:

A estos efectos es necesario hacer la distinción entre medidas cautelares compulsivas y medidas cautelares no compulsivas. Estas últimas son únicamente notificaciones hechas a personas o autoridades nacionales por parte del Tribunal Arbitral, que no requieren la intervención de la jurisdicción pública. No conllevan la aprehensión de las cosas afectadas —sean o no el objeto litigioso— que un árbitro no podría lograr ante un eventual desacato o contención (*contempt of Court*) por parte del sujeto contra quien obra la medida o un tercero. Son ejemplos: la prohibición de enajenar y gravar y la anotación de la litis en la Oficina de Registro Público, la notificación mediante oficio (correspondencia, con sello

¹⁴ El **Know-How** (del inglés *saber-cómo*) o **Conocimiento Fundamental** es una forma de transferencia de tecnología. Es una expresión anglosajona utilizada en los últimos tiempos en el comercio internacional para denominar los conocimientos preexistentes no siempre académicos, que incluyen: técnicas, información secreta, teorías e incluso datos privados (como clientes o proveedores).

Un uso muy difundido del término suele utilizarse en la venta de *franquicias*, ya que lo que se vende es el "saber cómo". Las franquicias generalmente son vendidas por países o empresas "avanzadas" que "ya lo han hecho", casi siempre en el campo de los negocios, el saber cómo hacerlo a personas que saben poco del tema se convierte en un patrimonio de muchos años de madurez y una ventaja comparativa muy valiosa frente a la competencia. (*Wikipedia*). Vgr., empresas de multi-nivel, basadas en empresarios comisionistas independientes, que a su vez acopian a otros vendedores, y éstos a otros convirtiéndose a su vez en empresarios también.

¹⁵ El artículo 45.1 habla de dólares. Es un gazapo que quedó cuando, en cumplimiento de la Ley las tarifas fueron expresadas en moneda nacional, por lo que la cantidad debe entenderse en bolívares, al cambio oficial ($\$100.000 \times 4.30 = \text{BsF. } 4.300.000$).

y firma de recibo) al Administrador responsable del Libro de Accionistas a los efectos de embargos de acciones; la notificación al deudor cuando se embarga un crédito del sujeto que ha sido demandado en el juicio arbitral.

Conviene que en la comunicación escrita dirigida a la por la que se solicita la anotación de la medida cautelar acordada, el Tribunal Arbitral reproduzca el artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial:

Artículo 28. *El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.*

La solicitud de ejecución de la medida, debe ser enviada al Tribunal de Primera Instancia, según reza este artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial, y el Juez dará comisión o pasará los recaudos al Tribunal Ejecutor de Medidas Preventivas y Ejecutivas de la respectiva Circunscripción Judicial. Pero insistimos, en caso de medidas cautelares no compulsivas, es decir, que no requieren eventualmente el auxilio de la fuerza pública, no es necesario dirigir solicitud alguna a la jurisdicción ordinaria; bastará informar por escrito, con constancia de recibo, a la persona o entidad, pública o privada, que corresponda ser notificada de la medida.

Medidas cautelares innominadas:

El marco de referencia —amplio, por cierto— es el artículo 588 CPC, Parágrafo Primero: «Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.»¹⁶

Cuando **no se ha dado** caución para responder por la medida cautelar decretada, el Art. 35.4 del Reglamento prevé la oposición a la medida preventiva, sin indicar un procedimiento específico. Podría aplicarse,

¹⁶ En una palabra, como hemos dicho en nuestros Comentarios al Código de Procedimiento Civil: El juez debe adoptar “una medida a la medida de la pretensión”. Medidas cautelares adecuadas, en ejercicio de un poder cautelar general.

según las circunstancias, a juicio de los árbitros, la norma supletoria ¹⁷ del artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, según la cual dentro del tercer día siguiente a la ejecución de la medida preventiva, si la parte contra quien obre estuviere ya citada; o dentro del tercer día siguiente a su citación, la parte contra quien obre la medida podrá oponerse a ella, exponiendo las razones o fundamentos que tuviere que alegar. Haya habido o no oposición, se entenderá abierta una articulación de ocho días, para que los interesados promueven y hagan evacuar las pruebas que convengan a sus derechos» (Art. 602 CPC). Y luego el árbitro —o los árbitros— deberán dictar el laudo parcial ¹⁸ concerniente a la confirmación o revocación del decreto cautelar (Art. 603 CPC).

Cuando **se ha dado** caución para responder por la medida cautelar decretada, no es necesario atenerse a la norma supletoria de los artículos 602 y 603 del Código de Procedimiento Civil, ya que el artículo 590 exime en tales casos el incidente de oposición, articulación probatoria y sentencia.

¹⁷ La subsidiariedad normativa en el Reglamento CEDCA es genérica, pero, como hemos visto, no excluye el Código de Procedimiento Civil, el cual contiene la normativa ordinaria y común que regula las medidas cautelares típicas e innominadas.

¹⁸ Como anota Román José Duque Corredor, esta es la denominación usada por el Reglamento CEDCA para los laudos distintos al definitivo.