

**II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje – El Arbitraje y la
Jurisdicción, Madrid, 17-19 de junio de 2007**

Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro

Ponencia de Eduardo Silva Romero, Socio, Dechert LLP, París

1. Dado el fundamento eminentemente pragmático del arbitraje, la problemática relacionada con las medidas cautelares siempre ha dado y sigue dando lugar a controversias y debates fundamentales.
2. El arbitraje, en efecto, es y debe ser, antes que nada, un mecanismo rápido, razonablemente económico y eficaz de resolución de desavenencias. Así – sin mayores referencias a la noción, marcadamente aristotélica, de justicia – lo concibieron y quieren utilizar los comerciantes.
3. El arbitraje, como cualquier otro mecanismo de resolución de controversias, es eficaz si y solamente si las decisiones que sean tomadas por sus árbitros pueden ser ejecutadas. Que las decisiones arbitrales puedan ser ejecutadas significa – en especial – que la partes cumplan con las obligaciones – monetarias o no – resultantes de dichas decisiones.
4. El imperativo de la eficacia arbitral no debe conducirnos al pesimismo. Debemos conservar la esperanza que la gran mayoría de decisiones arbitrales sea justa y bien razonada y que, por ende, las partes sigan una tendencia (tantas veces confirmada por la CCI) a ejecutarlas espontáneamente.
5. No debe caber la menor duda de que, en muchas instancias, asegurar el cumplimiento de un laudo arbitral requiere proteger, antes de que dicho laudo sea dictado, el posible resultado del arbitraje. La eficacia del arbitraje depende así en muchos casos de la obtención de medidas cautelares por la parte que prevé prevalecer al final de la instancia arbitral.

6. Un laudo que no es ejecutado espontáneamente – el ideal de cualquier mecanismo de resolución de litigios – o por medio de un proceso ejecutivo – porque, entre otras múltiples razones, la parte que prevaleció en el arbitraje no obtuvo medidas cautelares protectoras del resultado del proceso – predica la ineficacia del sistema, causa inexorablemente su desuso y anuncia veladamente su pronta (en el mejor de los casos) evolución o (en el peor de ellos) desaparición.
7. Si el valor pragmático de la “eficacia” constituye un elemento esencial de la definición (filosóficamente pragmática) del arbitraje, es innegable que la existencia de este mecanismo de resolución de controversias depende directamente de la posibilidad de obtener medidas cautelares para proteger su posible resultado. Es por ende menester analizar, en una primera parte de esta ponencia, la inextricable relación entre la eficacia del arbitraje y la posibilidad de obtener medidas cautelares (I).
8. La abundante literatura jurídica sobre el tema de las medidas cautelares en el arbitraje nos explica con lujo de detalles que la eficacia del arbitraje depende – obviamente – de la eficacia de las medidas cautelares que puedan ser tomadas y que esta última depende, a su turno y según la jurisdicción considerada, del tercero neutral – juez o árbitro – que conozca de la solicitud de medida cautelar¹.
9. Parecería entonces que el éxito o fracaso en la obtención de medidas cautelares depende de la decisión estratégica (lo que nos reenvía, una vez más, al pragmatismo subyacente al arbitraje) que se tome al escoger ante quién – árbitro o juez – se va a presentar la solicitud de medida cautelar.
10. Al explorar las variables necesarias para tomar dicha decisión estratégica, es inevitable tropezarse con uno de los límites del arbitraje en tanto en cuanto justicia de origen

¹ Entre otros, Markus Wirth, *Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*, ASA Bulletin, Vol. 18 N° 1 (2000), pp. 31 – 45; David Howell y Jan Paulsson, *Interim Measures of Protection in International Arbitration Proceedings : Towards a New Paradigm?*, Asian Dispute Review, 2006, pp. 18 – 21; Lew, Julian D. M., *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, ICC Bulletin, Vol. 11 N° 1 (2000), pp. 23 – 30; Didier de Montmollin, *Les mesures provisionnelles et conservatoires dans l'arbitrage*, ASA Bulletin, Vol. 12 N° 1 (1994), pp. 139 – 141.

contractual: el árbitro, si bien detiene la *jurisdictio*, no tiene *imperium*². El árbitro no posee ningún poder coercitivo para imponerle a las partes la ejecución de sus decisiones. Por lo tanto, la intervención – debe ser nuestra aspiración cambiar la palabra “intervención” por la de “cooperación” – de un juez es indispensable para que las medidas cautelares ordenadas por los árbitros que no sean ejecutadas espontáneamente por las partes sean efectivamente respetadas.

11. Es así que las medidas cautelares ordenadas por los árbitros pueden ser ineficaces y que solamente gracias a la intervención judicial la eficacia de medidas cautelares y de la institución jurídica del arbitraje puede ser realizada. En una segunda parte de esta ponencia, haremos algunos comentarios sobre la ineficacia de las medidas cautelares ordenadas por los árbitros y la necesidad de cooperación judicial al respecto (II).

I. La eficacia esencial del arbitraje depende directamente de las medidas cautelares

12. La abundante literatura jurídica sobre las medidas cautelares en el arbitraje también nos enseña que, en un primer momento, la principal preocupación era darle el poder a los árbitros – que no lo tenían – de dictar medidas cautelares³.
13. Dicha preocupación era particularmente patente en aquellos casos en que – con o sin razón – la parte que solicitaba la medida cautelar llegaba a la conclusión que el juez que sería competente para ordenar la medida cautelar solicitada no era independiente e imparcial. Dicha situación se presentaba, en especial, en aquellos casos en los que la parte contra la que se solicitaba la medida cautelar era un Estado soberano o una emanación de éste y el juez que sería competente para ordenar la medida cautelar solicitada era un juez de dicho Estado.

² Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bâle : Bruylant, LGDJ, Schultess, 2002, p. 550, § 605 ; Fernando Mantilla Serrano, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid : Iustel, 2005, p. 147.

³ Claude Goldman, *Mesures Provisoires et Arbitrage International*, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1993, N° 1, pp. 3 – 26; Donald Francis Donovan, *Powers of the Arbitrators to Issue Procedural Orders, Including Interim Measures of Protection, and the Obligation of Parties to Abide by such Orders*, *ICC Bulletin*, Vol. 10 N° 1 (1999), pp. 57 - 71; Andreas Reiner, *Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'Arbitrage CCI*, *Journal du Droit International (Clunet)*, 1998, N° 4, pp. 853 – 904 ; F. Ramos Méndez, *Arbitrage international et mesures conservatoires*, *Revue de l'arbitrage*, 1985, pp. 51-68.

14. La conclusión señalada más arriba, legítima o no, podría hallar un asidero jurídico en el derecho internacional público. En el plano internacional, en efecto, el órgano judicial de un Estado se confunde con dicho Estado y algunos tribunales arbitrales han considerado, en algunos casos, que no están obligados a obedecer o ejecutar las medidas cautelares decididas por los tribunales del Estado⁴.
15. Hoy día – salvo contadas y notables excepciones (con alguna frecuencia se señala el caso de Italia⁵) – la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje del mundo le otorgan a los árbitros el poder de dictar medidas cautelares. El artículo 23(1) de la Ley Española de Arbitraje (“LEA”) reconoce expresamente la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares⁶.
16. Dicha conquista legislativa no logra resolver o superar ni un problema temporal (**A**) ni uno de los límites intrínsecos de la misión arbitral (**B**).
17. **A**) ¿Qué hacer, en primer lugar, durante el período comprendido entre la aparición del litigio y la constitución del tribunal arbitral? El artículo 11(3) LEA⁷, en total consonancia con las demás legislaciones sobre arbitraje modernas del mundo, prevé que el convenio arbitral no le impide a ninguna de las partes solicitar de un juez la adopción de medidas cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales.

⁴ Laudo en el Caso CCI N° 10623 de 2001, ASA Bulletin, Vol. 21 N° 1, (2003), pp. 82 – 111. En esta ponencia, hemos decidido no tratar, dado que este tema requeriría mayor espacio y profundidad, la problemática de las acciones anti-arbitraje (“*anti-arbitration injunctions*”).

⁵ P. Bernardini, *L’arbitrage en Italie après la récente réforme*, Revue de l’arbitrage, 1994, pp. 479-498; A. Carlevaris, *Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et provisoires et l’arbitrage international à la lumière du droit italien*, Cahiers de l’arbitrage, 2001/2, Gazette du Palais 14-15 nov. de 2001, pp. 27 – 35; Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 551, § 606.

⁶ “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante*”.

⁷ “*El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas*”.

18. De lo contrario, como ocurre, por ejemplo, en Colombia, se llegaría a situaciones que corresponden a verdaderas denegaciones de justicia. En efecto, la legislación colombiana en materia de arbitraje no prevé que los jueces puedan dictar medidas cautelares en apoyo a los árbitros. Al mismo tiempo, las medidas cautelares, dada su naturaleza accesoria, sólo pueden ser adoptadas por el juez (arbitral o estatal) que conoce del proceso principal y entre las partes del proceso principal (los terceros no vinculados al proceso no pueden verse afectados). Así las cosas, hasta que el tribunal arbitral no sea constituido, las partes no podrán obtener la protección inmediata de sus intereses sin renunciar al arbitraje.
19. La LEA emplea palabras elegantes para expresar que el recurso al juez para obtener medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral no equivale de ninguna manera a una renuncia al convenio arbitral.
20. Cabe, sin embargo, preguntarse si el principio señalado más arriba debe observar una excepción cuando una de las partes abusa de la facultad de solicitar medidas cautelares (pide múltiples medidas cautelares ante múltiples jueces estatales, por ejemplo), y la parte contraria – ante la recurrencia del recurso a los jueces – inicia un proceso judicial y asume que las partes han renunciado al convenio arbitral.
21. Varias legislaciones – con miras a evitar el abuso de la irrenunciabilidad al convenio arbitral en caso de solicitar medidas cautelares de un juez estatal – exigen que, cuando se solicite del juez la adopción de una medida cautelar con relación a un arbitraje, la parte solicitante debe iniciar el proceso arbitral en un plazo preciso. La legislación italiana, por ejemplo, prevé un plazo preclusivo de 30 días para que las partes pongan en funcionamiento el tribunal arbitral; de lo contrario, las medidas quedarán sin efecto.
22. En todo caso, el principio de la buena fe y la teoría del abuso del derecho deberían – según nuestro juicio – erigir un límite al recurso ante el juez para solicitar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral. Aún más, en algunos casos, los tribunales arbitrales han aceptado que la solicitud y obtención de una medida cautelar abusiva viola el acuerdo arbitral y acarrea la responsabilidad de la parte solicitante⁸.

⁸ Laudo parcial en el Caso CCI N° 12363 de 2003, ASA Bulletin, Vol. 24 N° 3 (2006) pp. 462 – 470.

23. La cuestión de la renuncia al convenio arbitral nos plantea otro interrogante. Si las partes han escogido recurrir a un sistema similar al del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI, cabe preguntarse si éstas han renunciado a recurrir ante los jueces estatales para solicitar la adopción de medidas cautelares. La respuesta mayoritaria de la doctrina⁹ – que no obedece a ninguna lógica diferente a la del pragmatismo ya citado – es que la adopción contractual de un sistema de medidas cautelares como el descrito más arriba no equivale a una renuncia a recurrir a los jueces estatales para obtener medidas cautelares.
24. La preocupación de garantizar la eficacia de las medidas cautelares y por ende de la institución jurídica del arbitraje es evidente en la posibilidad que se le otorga a las partes de recurrir, a su gusto y antes de la constitución del tribunal arbitral, tanto a un tercero nombrado contractualmente para adoptar medidas cautelares como ante los jueces estatales.
25. **B)** En segundo lugar, las medidas cautelares adoptadas por un árbitro – al estar éste desposeído del *imperium* – son limitadas (1) y no son susceptibles, como sí lo son las medidas cautelares ordenadas por un juez, de ejecución forzosa automática (2).
26. **1)** Por una parte, no es claro que los árbitros puedan decretar medidas cautelares tales como embargos y secuestros de bienes y activos. La doctrina ve en estas clases de medidas cautelares el ejercicio del *imperium* del que solamente gozan los jueces estatales¹⁰.

⁹ Cf. Christine Lécuyer-Thieffry, *First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Procedure*, Journal of International Arbitration, Vol. 20 No. 6 (2003), pp. 599 – 607; Emmanuel Gaillard y Philippe Pinsolle, *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, Arbitration International, Vol. 20 No. 1 (2004), pp. 1 – 19; Hausmaniger, *The ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisinal Relief in International Commercial Arbitration ?*, ICSID L. Rev., 1990, p. 190 y s. Sobre el tema, Cf. igualmente: Jean Jacques Arnaldez y Eric Schâfer, *Le règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de Commerce Internationale*, Revue de l'arbitrage, 1990, N° 4, p. 846; S. Jarvin, *Les décisions des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel?*, Revue de l'arbitrage, 1998, N° 4, p. 620.

¹⁰ En un caso en el que una de las partes le pidió a un tribunal arbitral que “confirmara” un embargo dictado por un juez sirio para integrarlo en el laudo, el tribunal arbitral se negó a hacerlo estimando que “*le pouvoir de donner un caractère exécutoire à un acte ou à un jugement constitue le coeur même de l'imperium, cet imperium qui n'appartient pas à l'arbitre*”, Laudo final en el Caso CCI N° 6653 de 1993, en Jean-Jacques Arnaldez, Yvez Derains y Dominique Hascher, *Collection of ICC Awards 1991 – 1995*, París: ICC Publishing, 1997, p. 521.

27. Por consiguiente, las medidas más frecuentemente adoptadas por los árbitros – al menos de conformidad con las decisiones arbitrales publicadas por la CCI¹¹ – son: (i) medidas cautelares destinadas a acomodar o asegurar la continuación de las relaciones contractuales durante la duración del procedimiento arbitral: orden al contratista de continuar los trabajos de construcción y / o orden al dueño de la obra de efectuar los pagos correspondientes, así sea mediante consignaciones en una cuenta bancaria administrada por el tribunal arbitral; autorización de suspensión de los trabajos o ejecución de otras prestaciones contractuales; prohibición de llamar una garantía bancaria u orden de restituir al banco una garantía bancaria llamada de manera injustificada; y prohibición a una de las partes de vender productos de la parte contraria; (ii) medidas cautelares destinadas a asegurar la ejecución eficaz del laudo final: prohibición de disponer de sus bienes (es la llamada “*mareva injunction*”) o de una parte de ellos; y orden de constituir una garantía bancaria a favor de la parte que así lo requiere; (iii) otorgamiento de una provisión; (iv) “*security for costs*”; y (v) medidas cautelares destinadas a conservar pruebas.
28. De la lista del párrafo anterior resulta con claridad que las medidas cautelares que los árbitros pueden ordenar consisten en la creación a cargo de las partes de obligaciones de dar, hacer o no hacer. La creación de dichas obligaciones a cargo de las partes entra dentro del ámbito de la misión jurisdiccional del árbitro. El embargo y secuestro de bienes, al afectar la disposición de bienes o activos y por ende el derecho de propiedad, solamente pueden ser decretados por aquellos – los jueces estatales – que gozan del *imperium*.
29. A título de curiosidad, merece un comentario especial la temeridad vanguardista de los derechos arbitrales colombiano y ecuatoriano (el segundo inspirado en el primero) que no dudan en atribuirle a los árbitros el *imperium*, ya que pueden dictar medidas de secuestro y ordenar la inscripción de los bienes sujetos a registro¹². En efecto, una vez

¹¹ La lista de los laudos arbitrales correspondientes a las distintas medidas cautelares puede consultarse en Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 568. Igualmente, Ali Yesilirmak, *Interim and Conservatory Measures in ICC Practice*, ICC Bulletin, Vol. 11 N° 1 (2000), pp. 31-36.

¹² El artículo 159 del Decreto colombiano N° 1818 de 1998 prevé que:

que la caución señalada por el tribunal arbitral para garantizar la indemnización de los perjuicios que puedan causarse ha sido pagada, los bienes muebles de una de las partes pueden ser dados en secuestro a ciertas entidades y personas (y no a secuestres auxiliares de justicia, como ocurre con las medidas cautelares dictadas por los jueces).

30. Vale la pena subrayar que, por razones que serán evocadas más adelante (temor de prejuzgar el fondo del asunto), la medida cautelar de constitución de una provisión – conocida, en especial, de los jueces franceses – es muy excepcionalmente adoptada por los árbitros.

“En el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrán decretarse medidas cautelares con sujeción a las reglas que a continuación se indican.

Al asumir el Tribunal su propia competencia, o en el curso del proceso, cuando la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o 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 libraré 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 los adquieran con posterioridad estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral.*

Si el laudo fuere favorable a quien solicitó la medida, en él se ordenará la cancelación de los actos de disposición y administración efectuados después de la inscripción del proceso, siempre que se demuestre que la propiedad subsiste en cabeza de la parte contra quien se decretó la medida, o de un causahabiente suyo.

En caso de que el laudo le fuere desfavorable, se ordenará la cancelación de la inscripción.

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

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

Podrán servir como secuestres los almacenes generales de depósito, las entidades fiduciarias, y las partes con las debidas garantías.

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 hubiere hechos que probar, con la petición o dentro del traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos. (Artículo 32 Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 4 del literal a) por el artículo 110 de la Ley 23 de 1991)”.*

31. También vale la pena mencionar que la calificación de la *security for costs* de medida cautelar es bastante controvertida. Como quiera que esto sea, parecería existir una tendencia de los árbitros internacionales – con miras a salvaguardar el derecho fundamental de acceso a la justicia arbitral internacional – a ordenar una *security for costs* solamente cuando se pruebe que una de las partes se está despojando de sus bienes y activos de manera fraudulenta¹³.
32. 2) Por otra parte, las medidas cautelares adoptadas por un árbitro no pueden ser ejecutadas de manera forzosa automáticamente. En este sentido, se ha dicho que las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales son “*leges imperfectae*”. Para su ejecución forzosa, es menester que las medidas cautelares adoptadas por los árbitros reciban la aprobación de las autoridades judiciales a través de mecanismos diversos¹⁴.
33. La necesidad de recurrir a los jueces para hacer ejecutar medidas cautelares adoptadas por los árbitros hace pensar que es más práctico recurrir a los jueces directamente y pone de manifiesto la ineficacia de las medidas cautelares ordenadas por los árbitros.

II. La eficacia esencial de las medidas cautelares depende directamente de la cooperación judicial

34. Los mayores tiempos y costos que supone la necesidad de pedirle a un juez estatal que ejecute la medida cautelar adoptada por un árbitro (A) no es la única muestra de la ineficacia de las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral.
35. La ineficacia de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros también obedecería al temor de los árbitros internacionales de darle la impresión a las partes que han prejuzgado el fondo del asunto (B).

¹³ Orden de Procedimiento del 25 de septiembre de 1997, ASA Bulletin, Vol. 19 (2001), p. 745, para. 8; Orden de Procedimiento N° 1 en el Caso CCI N° 12542/EC, ASA Bulletin, Vol. 23 No. 4 (2005), p. 696; Emmanuel Gaillard y John Savage (ed.), Fouchard, Gaillard, *Goldman on international commercial arbitration*, La Haya: Kluwer, 1999, para. 1256; Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *op. cit.*, pp. 553-554.

¹⁴ Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *op. cit.*, pp. 569-575 ; E. Schwartz y M. Jurgén, *Provisional remedies in international arbitration*, World Arbitration & Mediation Report, 1995, p. 59; Markus Wirth, *op. cit.*, p. 39.

36. Es por estas dos razones que la competencia concurrente de jueces y árbitros para ordenar medidas cautelares – originada en el pragmatismo ya citado –, junto con sus riesgos y problemas, es inevitable (C).
37. A) La necesidad de pedirle a un juez estatal que ejecute el laudo arbitral ha dado lugar a una abundante literatura¹⁵. En especial, la doctrina se pregunta si un laudo arbitral que adopta una medida cautelar puede ser ejecutado de conformidad con la Convención de Nueva York (1) y si una medida cautelar adoptada por los árbitros a través de una orden de procedimiento puede ser ejecutada por un juez (2).
38. 1) La doctrina suiza (Poudret y Besson), en especial, considera que la Convención de Nueva York solamente es aplicable a laudos “definitivos” y que – dado que los laudos que adoptan medidas cautelares no serían “definitivos” – ésta no puede aplicarse a laudos que adoptan medidas cautelares¹⁶.
39. Poudret y Besson agregan que en nada importa que los árbitros califiquen su decisión de adoptar medidas cautelares de “laudo definitivo” puesto que la calificación “final” de dicha decisión le corresponderá al juez estatal de la ejecución. En su opinión, dicho juez podrá denegar la ejecución de un “laudo definitivo relativo a medidas cautelares” si concluye que toda decisión que adopte medidas cautelares es esencialmente “temporal”, no es “definitiva” y por ende no puede ser calificada de “laudo” de conformidad con la Convención de Nueva York.
40. Dicha posición nos parece errada. La interpretación que la doctrina suiza propone de la noción de laudo a la luz de la Convención de Nueva York nos parece extremadamente formalista y limitada, esto es, contraria al espíritu esencialmente pragmático – ya

¹⁵ Por ejemplo, Denis Bensaude, *Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22 N° 4 (2005), pp. 357-362; Jean-Paul Beraudo, *Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals. A Comparison with the Republic of Congo Pre-arbitral Referee Case*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22 No. 3 (2005), pp. 245 – 254; Cecil O. D Branson, *The Enforcement of Interim Measures of Protection "Awards"*, ICCA Congress Series No. 11, La Haya: Kluwer, 2003.

¹⁶ Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *op. cit.*, p. 576-579.

mencionado – del arbitraje. A una palabra debe atribuírsele el sentido que mejor se acomode al medio en el que es empleada.

41. El problema es aún más complejo si la ejecución del laudo que adopta medidas cautelares se solicita de un juez brasileño o colombiano. En estos países, en efecto, no es claro que un laudo parcial (todo laudo diferente al final) pueda ser calificado de tal (de laudo) y, por tanto, que pueda ser susceptible de ejecución judicial. Según la posición de la Corte Suprema de Justicia colombiana¹⁷ y de algunos autores brasileños, un laudo parcial que adopta una medida cautelar no resolvería o decidiría las pretensiones de fondo de las partes y no sería, por ende, ejecutable.
42. En realidad, un laudo arbitral que adopta una medida cautelar es, en nuestra opinión, “definitivo” a dos títulos distintos.
43. En primer lugar, un laudo sobre medidas cautelares será “definitivo” durante el tiempo en que esté en vigencia, esto es (y por lo general), mientras el tribunal arbitral dicta su laudo final.
44. Por otra parte, el tribunal arbitral, a través de su decisión de adoptar o no una medida cautelar, resuelve definitivamente la solicitud que se le ha sometido de adoptar o no una medida cautelar.
45. En definitiva, el pragmatismo subyacente al arbitraje sugiere que – para salvaguardar la eficacia esencial de este mecanismo de resolución de desavenencias – la doctrina evite perderse en consideraciones técnicas formalistas y haga todo lo posible para asegurar que medidas cautelares adoptadas por un árbitro, a través de un laudo e incluso de una orden de procedimiento, puedan ser ejecutadas eficazmente.
46. 2) ¿Qué suerte, por otro lado, le está reservada a la medida cautelar si ésta es adoptada a través de una orden de procedimiento arbitral? Este interrogante pone una vez más de

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, *Sociedades Merck & Co Inc. contra la empresa Tecnoquímicas S.A.*, auto N° 042 del 1 de marzo de 1999.

manifiesto la inevitable colisión entre el pragmatismo del arbitraje y el dogmatismo de procesalistas y vicios aledaños.

47. El argumento de los procesalistas es previsible: si la ejecución de un laudo arbitral que adopta medidas cautelares es discutible incluso a la luz de la Convención de Nueva York, considerar la ejecución judicial de una orden de procedimiento arbitral sobre medidas cautelares no tiene mayor sentido.
48. La filosofía pragmatista del arbitraje nos conduciría a decir que poco o nada importa la calificación que se le haya dado a la decisión de adopción de la medida cautelar dado que ésta debería ser ejecutada por el juez para hacer que el arbitraje sea eficaz.
49. La dificultad de prever la reacción de jueces (pensamos, en particular, en los jueces latinoamericanos) ante una solicitud de ejecución forzosa de una orden de procedimiento arbitral que adopta medidas cautelares sigue y probablemente seguirá siendo un obstáculo mayor al desarrollo de una práctica de adoptar medidas cautelares a través de órdenes de procedimiento arbitrales.
50. Parecería recomendable adoptar medidas cautelares a través de una orden de procedimiento arbitral con la esperanza de que las partes la ejecuten espontáneamente bajo el temor de que la inejecución pueda acarrear consecuencias negativas en cuanto a la decisión del fondo del litigio. Si las partes no ejecutan dicha orden de procedimiento arbitral espontáneamente, el tribunal arbitral podría dictar la misma decisión aunque esta vez en forma de laudo arbitral. Dicho laudo arbitral podría ser ejecutado judicialmente de manera forzosa en aquellos países en los que los jueces no compartan la doctrina suiza indicada más arriba...
51. Sin duda luego de haber considerado los dos problemas mencionados más arriba, los redactores de la LEA adoptaron – en una disposición que, hasta donde nosotros sabemos, constituye la solución más moderna en la materia – el pragmatismo indicado. En efecto, el artículo 23(2) LEA dispone 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”¹⁸.

52. Permanecen, sin embargo, irresolutas las cuestiones relativas (i) a la posibilidad del juez de la ejecución de modificar (ampliar o limitar) las medidas cautelares adoptadas por el árbitro y (ii) a la posibilidad de los árbitros de adoptar medidas cautelares desconocidas del derecho procesal del juez de la ejecución de las mismas.
53. Las dificultades en la ejecución judicial forzosa de medidas cautelares adoptadas por tribunales arbitrales parecerían mostrar cierta incompreensión judicial de la misión jurisdiccional de los árbitros. No es este el espacio para emprender un análisis sociológico de dicha incompreensión. Según ya hemos dicho, no podemos sino esperar que la intervención judicial en el arbitraje revestirá cada vez más la forma de una “cooperación”.
54. Las dificultades en la ejecución judicial forzosa de medidas cautelares adoptadas por árbitros, sin embargo, no forman la única causa de la ineficacia de las medidas cautelares adoptadas por éstos.
55. **B)** Según nuestra experiencia, en efecto, los árbitros internacionales son muy reticentes a la hora de ordenar medidas cautelares a favor de una parte y contra la parte contraria. Dicha reticencia, en nuestra opinión, provendría de las condiciones (podemos mencionar ocho) que la “jurisprudencia” arbitral ha determinado para que una medida cautelar pueda ser adoptada por un tribunal arbitral:
56. En primer lugar, la medida cautelar debe ser solicitada por una de las partes. Que los árbitros no puedan adoptar medidas cautelares *ex officio* no debería, en nuestra opinión, plantear mayores problemas.
57. En segundo lugar, el tribunal arbitral debería ser competente *prima facie* para conocer de las pretensiones de las partes en cuanto al fondo de la desavenencia con relación a las cuales las medidas cautelares son solicitadas.

¹⁸ El pragmatismo hubiera quizás preferido que no se mencionara la posibilidad de “anulación”.

58. En términos más generales, cabe preguntarse si el tribunal arbitral – en aquellos casos en los que su competencia es controvertida por las partes – es competente para adoptar medidas cautelares antes de que las objeciones a la competencia arbitral sean dirimidas. La lógica conduciría a una respuesta negativa. El pragmatismo del arbitraje, sin embargo, parecería aceptar que un tribunal arbitral adopte medidas cautelares incluso en aquellos casos en que una de las partes ha formulado objeciones o excepciones a su competencia antes de que éstas sean resueltas. El artículo 23(1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, por ejemplo, parecería corroborar esta afirmación.
59. ¿Qué ocurriría, en este caso, si el tribunal arbitral, luego de haber adoptado medidas cautelares, se declara incompetente para conocer del asunto? ¿El tribunal arbitral sería competente para disponer de la caución que haya sido constituida y, excepcionalmente, para condenar a la parte que solicitó la medida cautelar a indemnizar a la parte contraria?
60. En tercer lugar, la parte que solicita la medida cautelar debe demostrar cierta probabilidad de éxito en cuanto al fondo del asunto (esto es lo que se acostumbra a denominar “*prima facie case*”). De conformidad con nuestra experiencia en la CCI, esta es quizás la condición que hace que los árbitros sean muy reticentes a la hora de adoptar medidas cautelares. Muchos árbitros sienten que, de hacerlo, le estarían transmitiendo a las partes la idea que ya han prejuzgado el caso y tomado su decisión en cuanto al fondo del asunto.
61. Este tampoco es el espacio para emprender un análisis sociológico de la posición de los árbitros indicada más arriba. Bastará decir que parecería ir en contra de la estrategia de muchos árbitros (quienes también desarrollan el pragmatismo arbitral) darle la impresión a las partes a una hora muy temprana del procedimiento arbitral que ya poseen una posición (así la llamen “*prima facie*”) en cuanto a la resolución del fondo del asunto.
62. En cuarto lugar, la parte solicitante debe demostrar que existe urgencia en su situación o peligro inminente que amenaza sus derechos.

63. En quinto lugar, la parte solicitante debe demostrar que existe riesgo que se cause un daño importante en caso de ausencia de protección.
64. Sobre las últimas dos condiciones, el obstáculo consiste, por un lado, en la dificultad de aportar la prueba de urgencia, peligro inminente y / o riesgo de daño importante. Por otro lado, la discusión de urgencia, peligro inminente y riesgo de daño importante implicará muchas veces que árbitros y partes deban entrar a debatir y analizar – a una hora temprana del procedimiento arbitral – el fondo del asunto...
65. En sexto lugar, algunos tribunales arbitrales han añadido la condición de prohibición de prejuzgar la decisión futura sobre el fondo. Esta condición – que no es sino el revés de la tercera condición descrita más arriba – nos parece ser una invitación formal a nunca adoptar medidas cautelares...
66. En séptimo lugar, la parte solicitante debe, según numerosas legislaciones, formar caución suficiente. El artículo 23(1) LEA prevé expresamente la facultad de los árbitros de exigir la constitución de “caución suficiente”.
67. Esta condición nos parece altamente criticable por razones similares a las ya aducidas con relación a la *security for costs*. El arbitraje no es solamente un instrumento utilizado por grandes multinacionales y Estados. Muchas veces, el arbitraje es un medio utilizado por pequeñas o medianas empresas y Estados pobres que no tienen los recursos para constituir “caución suficiente” y pueden, de exigírseles cumplir con esta condición, ver su derecho fundamental de acceso a la justicia arbitral (eficaz) vulnerado.
68. Por último, el debido proceso debe ser respetado, esto es, la parte requerida debe contar con la posibilidad de defenderse antes de que la medida cautelar sea adoptada.
69. Esta condición condena la posibilidad que árbitros puedan adoptar medidas cautelares *ex-parte*. Creemos, como parece hacerlo la gran mayoría de la comunidad del arbitraje internacional¹⁹, que la posibilidad que un árbitro pueda adoptar medidas cautelares *ex-*

¹⁹ Hans Van Houtte, *Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*, Arbitration International, Vol. 20 N° 1 (2004), pp. 85 – 95.

parte riñe con la naturaleza consensual del arbitraje. En consecuencia, nos parece que el nuevo artículo 17(ter) de la Ley-Modelo de la CNUDMI constituye una evolución negativa del arbitraje internacional²⁰.

70. En suma, quienes prefieren y promueven el arbitraje deben ser conscientes de sus límites y – por ende – deben aceptar (humildemente) que la autonomía del arbitraje – aquella idea invencible que predicán los sacrosantos principios de la autonomía del convenio arbitral y del *Kompetenz-Kompetenz* – no es sino una ilusión. La cooperación judicial es necesaria y ello, entre otras muchas cosas, explica que legislaciones, jurisprudencias y doctrinas estén de acuerdo en aceptar la competencia concurrente de árbitros y jueces para adoptar medidas cautelares con relación a un arbitraje.
71. C) La solución, como ya se ha dicho, no puede ser más pragmática: las partes pueden escoger entre el juez, el árbitro e incluso el tercero del mecanismo precautorio prearbitral (en aquellos casos en los que han pactado recurrir a éste) al momento de solicitar medidas cautelares.
72. Los problemas prácticos que resultan de dicha competencia concurrente son, sin embargo, numerosos.
73. En primer lugar, ¿qué ocurre si una de las partes, por ejemplo, le solicita la adopción de medidas cautelares al árbitro y al juez al mismo tiempo? En nuestra opinión, dicha estrategia colisiona con el principio de la buena fe y podría suponer un abuso de derechos²¹.

²⁰ “**Artículo 17 ter—Solicitud de una orden preliminar**

1) *Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte podrá demandar una medida cautelar sin dar aviso a ninguna otra parte y solicitar una orden preliminar del tribunal arbitral por el que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar demandada.*

2) *El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la demanda de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida demandada.*

3) *Las condiciones definidas en el artículo 17 bis serán aplicables a toda orden preliminar, con la salvedad de que el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 bis ha de ser el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden”.*

74. En segundo lugar, parecería, por el contrario, que las partes pueden pedirle la medida cautelar a los jueces y después a los árbitros y viceversa sin que la buena fe se vea vulnerada. Sin embargo, ciertos tribunales arbitrales acuden a varias teorías (*ne bis in idem, res judicata*) para rechazar las solicitudes de medidas cautelares que han sido previamente rechazadas por los jueces²².
75. Por último, parecería legítimo pedirle a un juez que modifique (amplíe o limite) una medida cautelar adoptada por un árbitro. El caso inverso, por el contrario, no parecería, a primera vista, legítimo.

* * *

76. El pragmatismo fundamental del arbitraje nos conduce irremediablemente bien sea a aceptar sus límites intrínsecos o a aspirar a cierta evolución del derecho que lo rige.
77. De aceptar, de un lado, los inexorables límites a la posibilidad que tienen los árbitros de adoptar medidas cautelares eficaces, debemos concluir que la eficacia de medidas cautelares y por ende la eficacia esencial del arbitraje dependen directa y enteramente de la intervención / deseada “cooperación” de los jueces estatales. El diálogo entre la comunidad del arbitraje y los jueces forma un corolario necesario.
78. De otro lado, un pragmatismo extremo sugeriría que las legislaciones le atribuyeran a los árbitros el *imperium* y le permitieran adoptar medidas cautelares *ex-parte*. Este pragmatismo, en nuestra opinión, conllevaría la destrucción del arbitraje. Este, nos parece, debe seguir siendo una alternativa con relación a la justicia estatal y no transformarse en su copia o reemplazo. El arbitraje es una justicia consensual que debe respetar la existencia de los Estados y sus soberanías...

²¹ Caso CCI N° 4126 de 1984, citado por Eric Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court, en: Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, París: ICC Publication N° 519, 1993, p. 57.

²² Orden de Procedimiento N° 5 del 2 de abril de 2002, ASA Bulletin, Vol. 21 N° 4 (2003), pp. 810-821.

79. Quizás – en definitiva – valga la pena explorar con más detalle la utilización de los mecanismos precautorios prearbitrales y ver en ellos la expresión más acabada del pragmatismo en materia de medidas cautelares con relación a un arbitraje.

10449499.2.LITIGATION 28/05/2007 23:20