

LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN UN PAÍS DISTINTO AL DE LA SEDE DEL ARBITRAJE

1. Introducción: la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares

Las leyes modernas de arbitraje reconocen – en general– la facultad de los árbitros para decretar medidas cautelares,¹ siguiendo el enfoque de la Ley Modelo UNCITRAL.²

En América Latina, se percibe la misma tendencia. Por ejemplo, la ley chilena de Arbitraje Comercial Internacional de 2004 prescribe en su artículo 17 que:
Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares.

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

Sin embargo, parecería que esta actividad esta únicamente separada para que sea ejercida por las partes que reclaman, cuando en realidad podemos afirmar que esta medalla, como toda medalla tiene dos caras, y la otra a la que nos referiremos es cuando la prueba no es producida e incorporada por la parte que conforma el procedimiento, sino por el tribunal arbitral que es el encargado de resolver la controversia. Nos estamos refiriendo a lo que se conoce como prueba de oficio. En este mismo orden de ideas, la Ley peruana de Arbitraje de 2008 establece en su artículo 47 que:

“Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

* Socio de Rivera & Asociados, profesor de la Universidad de San Andrés (Buenos Aires) y Global Adjunct Professor of Law (NYU School of Law).

1 Véase, por ejemplo, el art. 181 de la ley suiza sobre Derecho Internacional Privado; el art. 1468 del Código Civil Francés; el art. 17 de la ley canadiense sobre Arbitraje Comercial; el art. 12 de la ley de Arbitraje Internacional de Singapur.

2 La Ley Modelo de 1985 establecía en su artículo 17 que: “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”. La versión 2006 dispone en su art. 17 que: “1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares. 2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes: **a.** Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia; **b.** Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral; **c.** Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o **d.** Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

En sentido coincidente, el artículo 80 de la ley colombiana 1563 de 2012 dispone, en materia de arbitraje internacional, que: “Facultad del tribunal arbitral para decretar medidas cautelares. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquiera de ellas, decretar medidas cautelares.

Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, decretada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: **a)** Mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; **b)** Adopte medidas para impedir algún daño presente o inminente, o el entorpecimiento del procedimiento arbitral, o que se abstenga de realizar actos que probablemente ocasionarían dicho daño o entorpecimiento al procedimiento arbitral; **c)** Proporcione algún medio para preservar bienes cuya conservación permita ejecutar el o los laudos; o **d)** Preserve elementos de prueba que pudieran ser pertinentes y relevantes para resolver la controversia”.

Asimismo, el artículo del Código Civil argentino que entró en vigencia en agosto de 2015 establece que: *“Dictado de medidas previas. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso las diligencias preliminares se deben hacer por el tribunal judicial. Las partes pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros. Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables”.*

De la misma manera, los reglamentos de las principales instituciones arbitrales reconocen también esta facultad de los árbitros.³ Incluso más recientemente se constata una “oleada de implantación de procedimientos arbitrales de emergencia”.⁴

2.- La ejecución de las medidas cautelares en un país distinto al de la sede del arbitraje

La efectivización de las medidas cautelares que impliquen el uso de coacción exigen el auxilio de los jueces. El propósito de este artículo es analizar en qué medida resulta posible requerir la colaboración de los tribunales judiciales para ejecutar una medida cautelar que fue dictada por un tribunal arbitral con sede en otro país.

2.1.- El debate acerca de la posibilidad de ejecutar medidas cautelares al amparo de la Convención de Nueva York

La Convención dispone en su Art. I(1) que se aplicará “al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas”

y a las “sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”. Por su parte, el art. I(2) establece que el término “*sentencia arbitral*” no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”.

Como puede observarse, la Convención no define qué debe entenderse por “sentencia arbitral”, lo que ha generado el debate acerca de qué tipo de laudos pueden ser reconocidos y ejecutados en los términos de la Convención.

de la carga de la prueba y el principio de solidaridad o efectiva colaboración. No se puede dejar de lado que tiene también fundamento en la facultad otorgada al tribunal o el árbitro de ordenarla, pues así está reconocida en los ordenamientos que hemos señalado en el presente artículo como referencias legislativas. Siendo además que esta facultad debe ser ejercida con arreglo a un trato equitativo a las partes y en el ejercicio del derecho de defensa oportuno dentro del procedimiento arbitral. La prueba de oficio tiene por tanto el carácter de complemento de las pruebas producidas, entendiéndose esto como la cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta,²⁰ de esta forma el conocimiento imperfecto alcanzado hasta antes de la producción e incorporación de ella al procedimiento queda redondeado dando de esta forma a las partes la seguridad que el convencimiento alcanzado por el tribunal arbitral o el árbitro está plenamente sustentado en la actividad probatoria realizada durante el procedimiento.

Si bien un sector de la doctrina latinoamericana parece admitir la posibilidad de ejecutar los laudos que decretan medidas cautelares en el marco de la Convención de Nueva York, los tribunales de América Latina han rechazado, en general, dicha posibilidad.

En este sentido, la Corte Suprema de Chile rechazó la ejecución de una medida cautelar dispuesta por un tribunal arbitral en Estados Unidos, que ordenaba al demandado que se abstuviera de ejecutar, directa o indirectamente, las siguientes conductas:

- a)** Contratar, tratar o intentar de contratar a una persona que sea trabajador o contratista independiente del demandante o de alguna de sus filiales;
- b)** Interferir o intentar interferir en la relación contractual o de otra índole existente entre el demandante y alguno de sus clientes, proveedores o consultores con respecto a los negocios restringidos;
- c)** Obtener o tratar de obtener pedidos de cualquier persona o entidad que sea o haya sido cliente del demandante;
- d)** dedicarse a cualquier actividad competitiva o a negocios restringidos; y
- e)** usar o divulgar información confidencial, secretos comerciales o tecnología del demandante.⁶

Según la Corte Suprema chilena, el procedimiento de exequátur es aplicable solamente a sentencias que establezcan derechos permanentes para las partes, y ello no ocurriría en el caso ya que las medidas cautelares decretadas eran preliminares y provisionales. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Argentina) rechazó la ejecución de una medida cautelar dispuesta por un árbitro en el marco de un proceso arbitral con sede en Phoenix (Arizona, Estados Unidos) que ordenaba a los demandados que se abstuvieran de realizar una serie de actos, entre los cuales se encontraban la copia, divulgación,

3 Véase, por ejemplo, el art. 28 del Reglamento CCI, el art. 26 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, el art. 25 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

4 MIRÓ GILI, Màrius, “La decisión del ‘árbitro de emergencia’. Su contenido, ejecutabilidad y ejecución”, en Revista del Club Español del Arbitraje 16/2013, p. 37.

5 Cfr. CAIVANO, Roque J., Control Judicial en el Arbitraje, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 302 y RIVERA, Julio César, Arbitraje comercial internacional y doméstico, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 696.

circulación a cualquier tercero para cualquier propósito que no sea en beneficio de los intereses comerciales de los actores, de toda clase de información confidencial recibida por los demandados de los accionantes, referidas a las ventas, estrategias de mercado y la ejecución de cualquier acto comercial que compita con la actividad de los actores. La Cámara sostuvo –siguiendo la opinión del Fiscal de Cámara – que “en las convenciones internacionales aludidas por las partes, no se hace mención a la traba de medidas cautelares ordenadas por árbitros –órgano extranjero que no reviste el carácter de judicial-”.⁷

De esta afirmación de la Cámara podría derivarse la conclusión de que no resulta posible ejecutar las medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral con sede en el extranjero. Además, la Cámara Comercial observó que la cláusula arbitral no preveía el dictado de medidas cautelares por lo que correspondía denegar el reconocimiento y ejecución de la medida cautelar en cuanto excedía los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria (art. V1.c de la Convención de Nueva York) .⁸

Esta afirmación de la Cámara es incompatible con la regla consagrada casi universalmente en las legislaciones arbitrales, según la cual los árbitros se encuentran facultados a decretar medidas cautelares salvo acuerdo en contrario de las partes, ya que esta facultad constituye un atributo esencial de cualquier órgano con facultades jurisdiccionales.⁹

En Colombia, en el caso “Drummond”, la Corte Suprema sostuvo, con cita de un artículo de Eduardo Zuleta, que: “... numerosas legislaciones se refieren a la posibilidad de que el tribunal emita laudos parciales. Los reglamentos de CCI, LCIA, UNCITRAL y AAA establecen la posibilidad de que los árbitros emitan los laudos parciales... La doctrina se refiere a esos laudos como laudos que son, por una parte, finales, no en cuanto ponen fin al arbitraje o a las funciones del tribunal sino porque terminan de manera definitiva una parte de las controversias que se han sometido a arbitraje quedando otras por resolver; y por la otra, parciales, en cuanto no resuelven la totalidad de las controversias ni terminan con la jurisdicción del tribunal. Un laudo parcial es entonces final con respecto a la controversia que resuelve, pero parcial respecto de la totalidad de las controversias sometidas a arbitraje”.¹⁰ De esta manera, la Corte Suprema de Colombia adopta el criterio propuesto por Zuleta según el cual puede ser ejecutado –conforme a la Convención de Nueva York– todo laudo que “resuelve de manera definitiva una o más de las controversias que le han sido sometidas al tribunal, o una parte de tales controversias, poniendo fin a la cuestión litigiosa materia de la decisión”.¹¹

Esta doctrina parece excluir la posibilidad de ejecutar medidas cautelares al amparo de la Convención de Nueva York ya que una de las características esenciales de este tipo de medidas es que no son definitivas sino que pueden ser modificadas, suspendidas o revocadas por el tribunal arbitral durante el procedimiento arbitral.

6 Cfr. CAIVANO, Roque J., *Control Judicial en el Arbitraje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 302 y RIVERA, Julio César, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 696.

7 Corte Suprema (Chile), 11/5/2010, “Western Technology Services International Inc. (Westech) v. Sociedad Chilena Cauchos Industriales SA (Cainsa)”. CNCom (Argentina), Sala B, 11/4/2002, “Forever Living Products Argentina S.R.L. c/ Beas, Juan y otro”, LL 2003-C, 676.

8 “Forever Living Products Argentina S.R.L. c/ Beas, Juan y otro”, cit., considerando n° 2.

9 BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2° ed, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014, Vol. II, pp. 2454-2455.

10 Corte Suprema de Justicia (Colombia), Sala de Casación Civil, 19/12/2011, “Drummond Ltd. c/ Instituto Nacional de Concesiones - INCO y otros”.

Esta interpretación restrictiva de la Convención también ha sido adoptada por otros tribunales fuera de América Latina. Así, la Corte Suprema de Queensland (Australia) rechazó –en el caso “Resort Condominiums International Inc.v. Ray Bolwell and Resort Condominiums Pty”– la ejecución de una medida provisoria decretada por un tribunal arbitral con sede en Estados Unidos, que ordenaba al demandado –en el marco de una disputa relacionada con un contrato de licencia– que: a) se abstuviera de celebrar cualquier tipo de acuerdo con otra entidad en la región de Australasia y de utilizar la información confidencial obtenida durante la vigencia del contrato de licencia b) depositara todos los ingresos que derivaban del contrato de licencia en una cuenta escrow a nombre de ambas partes.¹²

El tribunal australiano destacó que las medidas decretadas por el tribunal de ninguna manera pretendían resolver de forma final las disputas presentadas por las partes al tribunal ya que dichas medidas son provisionales y pueden ser anuladas, modificadas o suspendidas por el tribunal arbitral.¹³ Por consiguiente, el tribunal australiano concluyó que la resolución del tribunal arbitral no constituía una “sentencia arbitral” en los términos de la Convención de Nueva York.¹⁴

En Estados Unidos, en cambio, algunos tribunales han desarrollado una interpretación más amplia de la noción de “sentencia arbitral”, que incluye los laudos interinos que decretan medidas cautelares o provisionales. En el caso “Publicis Communication v.

True North Communications”,¹⁵ el Tribunal Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito sostuvo que la orden del tribunal arbitral de entregar ciertos documentos impositivos constituía un laudo porque mediante dicha orden el tribunal había resuelto una disputa concreta de forma definitiva, de forma tal que podía ser ejecutada en los términos de la Convención de Nueva York.¹⁶

Al respecto, el tribunal observó que si la parte beneficiada con dicha medida tenía que esperar hasta el dictado del laudo que resolviera de forma definitiva todas las cuestiones debatidas entre las partes, la orden dictada por el tribunal no era más que una pérdida de tiempo sin sentido.¹⁷

En un caso más reciente, el Tribunal de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York resolvió reconocer –de acuerdo con los términos de la Convención de Nueva York– un laudo interino que ordenaba a la demandada pagar una determinada suma de dinero en función de indemnidades otorgadas en favor de las demandantes en un Contrato de Compra de Acciones respecto del pago de ciertos impuestos.¹⁸ Al dictar el laudo interino, el tribunal arbitral subrayó que la orden emitida no afectaba de manera alguna los argumentos de cada parte respecto de quien era en última instancia responsable. El tribunal judicial estadounidense sostuvo que si un laudo arbitral basado en la existencia de daño irreparable ha de tener algún significado, las partes deben ser capaces de obtener su reconocimiento al momento en que es dictado.¹⁹

11 ZULETA, Eduardo “¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial el laudo final y el laudo interino”, en TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (Directores), *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 61.

12 “Resort Condominiums International Inc.v. Ray Bolwell and Resort Condominiums Pty”, (1993) 118 ALR 655.

13 “Resort Condominiums International Inc.v. Ray Bolwell and Resort Condominiums Pty”, § 1.

14 “Resort Condominiums International Inc.v. Ray Bolwell and Resort Condominiums Pty”, § 40.

15 “Publicis Communication v. True North Communications”, 206 F.3d 725 (7th Cir. 2000).

16 “Publicis Communication v. True North Communications”, cit., p. 729.

17 “Publicis Communication v. True North Communications”, cit., p. 731.

Según el tribunal, dicha clase de laudo no es “‘interino’ en el sentido de ser un paso ‘intermedio’ hacia un fin” sino que es “un fin en sí mismo, porque su misma finalidad es determinar los derechos de las partes durante ese período ‘interino’ hasta que se dicte una decisión final sobre el fondo”.²⁰ En este marco, el tribunal estadounidense concluyó que el laudo podía ser reconocido en los términos de la Convención ya que se trata de un laudo que resolvió de forma final y definitiva una pretensión concreta e independiente.²¹

En síntesis, la mayor parte de los tribunales judiciales han concluido que no resulta posible ejecutar al amparo de la Convención de Nueva York un laudo que decreta medidas cautelares.

Es por eso que la versión 2006 de la Ley Modelo UNICTRAL prevé expresamente el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede en otro país, como explico a continuación.

2.2.- El reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede en otro país al amparo de la legislación arbitral doméstica

Debido a las dificultades que plantea el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares o provisionales dictadas en procedimientos arbitrales, la versión 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL establece en sus artículos 17 h) y 17 i) un mecanismo de reconocimiento y ejecución de esta clase de medidas. De manera tal que en los países que han seguido este enfoque de la Ley Modelo, resulta posible ejecutar medidas cautelares decretadas por tribunales arbitrales con sede en otro país. Por ejemplo, en América Latina, la Ley Peruana de Arbitraje de 2008 establece en su artículo 48º inc.

4 que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en los mismos términos establecidos para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros previsto en los artículos 75º, 76º y 77º.

Asimismo, la norma aclara que “La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla” (at. 48 inc. 4 ap. e). Por su parte, el art. 88 de la ley colombiana 1563 de 2012 dispone, en materia de arbitraje internacional que: “Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido decretada...”.

El art. 89 regula las causales de denegación de la ejecución, distinguiendo la denegación a pedido de parte o de oficio. En este sentido, el art. 89 establece que el tribunal judicial podrá denegar la ejecución de una medida cautelar a pedido de la parte afectada por las siguientes causales: i) para el momento del acuerdo de arbitraje la parte perjudicada por la medida estaba afectada por incapacidad, o dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya decretado la medida; o (ii) la parte afectada no fue debidamente notificada de la iniciación de la actuación arbitral;

18 “Ecopetrol S.A. and Korean National oil Corporation v. Offshore Exploration and Production LLC”, 46 F.Supp.3d 327 (S.D.N.Y. 2014).

19 “Ecopetrol S.A. and Korean National oil Corporation v. Offshore Exploration and Production LLC”, cit., p. 338.
20 “Ecopetrol S.A. and Korean National oil Corporation v. Offshore Exploration and Production LLC”, cit., pp. 338-339.

21 “Ecopetrol S.A. and Korean National oil Corporation v. Offshore Exploration and Production LLC”, cit., p. 339.

o (iii) la decisión se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje o iv) la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, no se ajustaron a la ley del país donde se tramita el arbitraje, siempre que por ello se haya privado a dicha parte de su derecho de defensa en relación con lo dispuesto en la medida cautelar; o v) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la caución que corresponda a la medida cautelar decretada; o vi) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por una autoridad judicial del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho se decretó dicha medida. El tribunal judicial también podrá denegar de oficio el reconocimiento y ejecución de la medida cautelar cuando i) según la ley colombiana el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) la ejecución de la medida sería contraria al orden público internacional colombiano.

2.3.- Conclusión

Los tribunales judiciales han rechazado, en general, la posibilidad de ejecutar medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales al amparo de la Convención de Nueva York. Por ello, la sanción de leyes de arbitraje que contemplen expresamente la posibilidad de reconocer y ejecutar medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede en otro país constituye un avance muy positivo tendiente a asegurar la eficacia del procedimiento arbitral.