

**Análisis de la posible incorporación de las normas de
medidas cautelares de la LMA de 2006**

Sebastián Flores Díaz

El autor es egresado de derecho de la Universidad de Chile. Estudiante del Programa de Magíster en Derecho con menciones.

RESUMEN: El presente artículo realiza un análisis de las modificaciones introducidas por UNCITRAL respecto de las medidas cautelares, y su posible recepción en la legislación nacional. Considerando la tradición de arbitraje en Chile, se puede apreciar la deferencia con la que los tribunales ordinarios han considerado las decisiones de los árbitros

PALABRAS CLAVES: Medidas Cautelares, Ley Modelo de Arbitraje, Arbitraje Comercial Internacional

ABSTRACT: This article analyzes the modifications introduced by UNCITRAL on precautionary actions and its possible incorporation in national legislation. Considering the tradition of arbitration in Chile, you can appreciate the deference with which courts have assessed the decisions of arbiters.

KEYWORDS: Interim measures, Model Law on International Commercial Arbitration, International Commercial Arbitration

Introducción

Abordar el asunto de las medidas cautelares en el arbitraje nos hace tener presentes al menos tres perspectivas: la situación del arbitraje en general en Chile, la situación del arbitraje comercial internacional en Chile, y por último, analizaremos las modificaciones a la Ley Modelo de Arbitraje (en adelante LMA) realizadas el año 2006; todas ellas vinculadas al tema de este trabajo: las medidas cautelares.

Antes de comenzar es necesario tener presente de que hablamos cuando utilizamos el concepto de medida cautelar. La legislación chilena no entrega una definición, sino que del art. 290 del Código de Procedimiento Civil, podemos decir que “*son aquellas que tienen por objeto asegurar el resultado de la acción*”, pero encontramos una definición en la doctrina, que señala que “*son aquellas resoluciones que se dictan durante el proceso y que tienen por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la sentencia*”⁶⁹. Otro concepto, aplicable a los asuntos de justicia internacional, lo proporciona González de Cossio, señalando que las medidas cautelares son “*herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante un procedimiento o arbitraje para proteger la litis de la controversia durante el procedimiento, buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final*”⁷⁰. Respecto de su objetivo, la jurisprudencia nacional ha señalado que “*la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes del demandado tiene por fin asegurar la acción entablada, objetivo general de toda medida precautoria, según lo establece el art. 290 del Código de Procedimiento Civil al disponer que se pueden otorgar “Para asegurar el resultado de la acción”, lo que se reitera en el art. 298 del mismo cuerpo legal al sostener que “las medidas de las que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio”. Este mismo principio se expresa particularmente respecto de la medida de prohibición de celebrar actos y contratos en el art. 296 del citado Código al establecer que ésta puede decretarse: “también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio*”⁷¹.

⁶⁹ MATURANA, Cristián, *Medidas Cautelares*, Apunte para clases, Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2007.

⁷⁰ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, “Las medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje”, en TAPIA, Mauricio; GAITÁN, José Alberto, JURICIC, Daniel, SALAH, María Agnes, y MANTILLA, Fabricio, (compiladores), *Estudio sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga. Tomo II.*, Ed. Jurídica de Chile, 2008, p. 962.

⁷¹ MARÍN, Juan Carlos, *Código de Procedimiento Civil. Anotado, concordado y con jurisprudencia.*, Ed. Jurídica de Chile, 2010, p. 250.

De estos conceptos de medidas cautelares, tenemos que rescatar que estamos hablando de mecanismos que tienen por objeto asegurar el resultado de la controversia, evitando un posible daño para quien las solicita. La primera dificultad que se nos presenta dice relación con la **emisión de medidas cautelares una vez que se ha iniciado el conflicto entre las partes, y mientras no se designe la persona del árbitro**. Sobre este punto, las legislaciones nacionales tienen resuelto el tema de cómo decretar una medida cautelar, antes que el conflicto esté radicado en un tribunal determinado. Sin embargo, en materia comercial internacional, mientras se designa el árbitro, puede ser necesario el otorgamiento de medidas cautelares, para las cuales no existe una persona con la competencia para decretarlas. Al respecto, el Grupo de Trabajo II señalaba que *“antes de la constitución del tribunal arbitral, el tribunal judicial es en general el único órgano competente para dictar medidas cautelares y el abanico de medidas que el tribunal puede dictar en esta etapa es más amplio”*⁷²

Otro inconveniente se nos presenta relacionado con la posibilidad respecto de que terceros ajenos al arbitraje se vean compelidos por esa medida. Los intervinientes se entienden obligados por la decisión del árbitro, toda vez que por su autonomía de la voluntad le han atribuido competencia.

El Grupo de Trabajo II constataba *“que los arbitrajes internacionales se celebran a menudo en lugares en los que ninguna de las partes dispone de bienes ni realiza operaciones comerciales (denominados lugares “neutrales”). Ello supone, a menudo, que se ha de dar curso a la medida cautelar ordenada por el tribunal arbitral fuera de la jurisdicción en la que tiene lugar el arbitraje”*⁷³. Es decir, aunque las legislaciones del país sede del arbitraje, le dieran colaboración al árbitro, las medidas cautelares tendrían sus efectos en otros países.

⁷² CNUDMI, del Grupo de Trabajo sobre arbitraje, 33º periodo de sesiones, Viena 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000, “Documento A/CN.9/WG.II/WP.111, Arbitraje comercial internacional, Posible labor futura: medidas cautelares ordenadas por un tribunal judicial en apoyo del arbitraje, ámbito de las medidas provisionales que puede dictar un tribunal arbitral, validez del acuerdo de arbitraje”, p. 4. [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V00/580/13/PDF/V0058013.pdf?OpenElement>>

[consulta 1 de agosto de 2010]

⁷³ CNUDMI, Grupo de trabajo sobre arbitraje, 32º periodo de sesiones, Viena, 20 a 31 de marzo de 2000, ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES, “Documento A/CN.9/WG.II/WP.108, Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje. Informe del Secretario General.”, p. 18, [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V00/501/88/PDF/V0050188.pdf?OpenElement>> [consulta 1 de agosto de 2010].

¿Qué ocurre entonces con el arbitraje comercial internacional? Debemos tener presente que las partes, por una manifestación de la autonomía de la voluntad, pactaron sacar el asunto de la competencia de los tribunales ordinarios, y asignarle competencia al tribunal arbitral. Por lo tanto, lo lógico es que las mismas partes le otorguen competencia al árbitro para que dictamine medidas cautelares. No tendría sentido acudir a los tribunales ordinarios, a los que se les quitó competencia, para que el juez común otorgue una medida cautelar. El planteamiento del Grupo de Trabajo II era que *“debe establecerse un régimen de asistencia judicial para dar ejecución a las medidas cautelares arbitrales, que permita ejecutarlas tanto en el Estado en el que tenga lugar el arbitraje como fuera de éste”*⁷⁴.

Otro aspecto interesante para considerar son las funciones que cumplen las medidas cautelares. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, en el párrafo 63 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108, establece que las medidas cumplen diversos cometidos, como:

- a) **Medidas para facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral**, como órdenes en las que se pide a una parte que permita obtener una prueba determinada (por ejemplo, dando acceso a sus locales u oficinas a fin de inspeccionar mercaderías, bienes o documentos concretos); órdenes para que una parte conserve una prueba (por ejemplo, no efectuar cambios en determinado lugar); órdenes a las partes y a otros participantes en el procedimiento arbitral para que protejan la confidencialidad de las actuaciones (por ejemplo, guardando los expedientes en determinado lugar y bajo llave o no revelando la hora y el lugar de una vista);
- b) **Medidas para evitar cierta pérdida o daño o para preservar cierto estado de cosas hasta que se resuelva la controversia**, como órdenes de que prosiga la ejecución de un contrato durante el curso del procedimiento (por ejemplo, una orden dada a un contratista de que prosiga las obras, aun cuando desee hacer valer su derecho a suspenderlas); órdenes para impedir la adopción de medidas hasta que se dicte el laudo; órdenes para proteger los bienes (por ejemplo, de adoptar ciertas medidas de seguridad, de vender los bienes que sean perdedores o de nombrar un administrador de los bienes); órdenes de que se adopten medidas adecuadas para evitar la pérdida de un derecho (por ejemplo, el pago de las cantidades necesarias para prorrogar la validez de un derecho de propiedad intelectual); orden de que se limpie un lugar contaminado;

⁷⁴ CNUDMI, Grupo de trabajo sobre arbitraje, 32º periodo de sesiones, Viena, 20 a 31 de marzo de 2000, ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES, “Documento A/CN.9/WG.II/WP.108 Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje. Informe del Secretario General.”, Pág. 18 [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V00/501/88/PDF/V0050188.pdf?OpenElement>> [consulta 1 de agosto de 2010].

c) **Medidas para facilitar la ejecución ulterior del laudo, como el embargo de bienes y medidas similares con el fin de que los bienes permanezcan en la jurisdicción en la que se ejecutará el laudo** (los embargos pueden ser, por ejemplo, de bienes materiales, cuentas bancarias o créditos comerciales); órdenes de no sacar los bienes o el bien objeto de la controversia de una jurisdicción; órdenes de depositar en una cuenta conjunta la cantidad en litigio o de depositar los bienes muebles en litigio en manos de un tercero; órdenes de que una o ambas partes ofrezcan una garantía (por ejemplo una fianza) para cubrir los gastos del arbitraje, u órdenes de que se aporte una garantía que cubra la totalidad o parte de la cantidad reclamada”⁷⁵

Sin embargo, la particularidad de este asunto radica en si la medida cautelar puede ser vinculante respecto de terceros. Es en esa situación en la que se pone la CNUDMI cuando inicia los estudios sobre las modificaciones a la LMA, en el capítulo IV. Otro aspecto complejo respecto de las medidas cautelares dice relación con el momento de constitución del tribunal y el decreto de medidas cautelares: ¿Cómo dictar las medidas en el caso de que no se haya constituido el tribunal? ¿Quién entonces debe dictaminar las medidas cautelares?

Teniendo presentes estos aspectos, este trabajo tiene por objeto analizar una posible aplicación de las normas sobre medidas cautelares de la LMA de 2006, al derecho interno, y también posibles implicancias en el arbitraje comercial internacional. Para tales efectos, se iniciará el trabajo con la revisión del arbitraje en general en Chile, para continuar con la situación específica del arbitraje comercial internacional en Chile, y por último, se realizará una revisión de las normas del capítulo IV A de la LMA de 2006.

Desarrollo

a) Situación del arbitraje en general en Chile.

En Chile ha primado una visión del arbitraje como una forma de jurisdicción especial, basada en el tenor de los artículos 5º y 222 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT) que establecen que los árbitros son tribunales especiales, y son considerados como jueces, al respecto el artículo 222 señala que “*se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial*

⁷⁵ CNUDMI, Grupo de trabajo sobre arbitraje, 32º periodo de sesiones, Viena, 20 a 31 de marzo de 2000, ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES, “Documento A/CN.9/WG.II/WP.108 Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje. Informe del Secretario General.”, Pág. 16, [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V00/501/88/PDF/V0050188.pdf?OpenElement>> [consulta 1 de agosto de 2010].

en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso” (el énfasis es propio). Al respecto Aylwin señala que el “juicio arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante **tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio; o por un tercero en determinadas ocasiones**”⁷⁶ (el énfasis es propio). Agregando que “los árbitros son jueces porque tienen jurisdicción, esto es, facultad de administrar justicia”⁷⁷.

Ya desde 1875 que Chile cuenta con una legislación arbitral. Es decir, la tradición de arbitraje en Chile la encontramos desde la organización de los tribunales.

Eventualmente, podría presentarse la dificultad respecto de la facultad de imperio, ya que los árbitros no tienen imperio. Sin embargo, se ha entendido que pueden decretar medidas cautelares ya que éstas no importan un medio de apremio o de compulsión⁷⁸. Incluso pueden dictar medidas cautelares reales, pues se les aplica supletoriamente los artículos 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil, que permite que se le apliquen las normas de los jueces ordinarios. Aylwin señala que existen numerosos fallos que reconocen la facultad de imponer medidas cautelares. Sin embargo, la Corte Suprema señaló que “*comete falta que debe enmendarse [...] el juez arbitro que concede la medida precatoria de declarar el derecho legal de retención y la prohibición de enajenar y gravar, vender, hipotecar en cualquier forma un predio determinado y permite el cumplimiento de aquella sin la necesaria y legal intervención de la justicia ordinaria [...]*”⁷⁹.

Sin perjuicio de lo anterior la visión de que los árbitros son jueces, tiene como consecuencia que los tribunales superiores de justicia sean muy respetuosos de los fallos de los tribunales arbitrales. En la generalidad de los casos, los tribunales permanentes de justicia, mantienen las decisiones de los árbitros.

⁷⁶ AYLWIN, Patricio, “*El juicio arbitral*”, Ed. Jurídica de Chile, quinta edición, 2005, Pág. 9.

⁷⁷ AYLWIN, (2005), p. 150, una opinión similar la entrega Picand, al respecto véase PICAND, Eduardo, “*Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la justicia arbitral*”, en Picand, Eduardo (coordinador), *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Ed. Jurídica de Chile, 2007, pp.193-209.

⁷⁸ AYLWIN (2005), p. 415.

⁷⁹ *Revista de Derecho y jurisprudencia*, sec. Primera, p. 125, citada en AYLWIN (2005), p. 416.

b) La situación del arbitraje comercial internacional en Chile

La LMA de 1985 establecía en su art. 17 la facultad del tribunal arbitral de establecer medidas cautelares. La nota explicativa a la LMA señala que: “*A diferencia de algunas leyes nacionales, la Ley Modelo faculta al tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes y a petición de una de ellas, a ordenar a cualquiera de las partes que adopte medidas provisionales cautelares respecto del objeto del litigio (artículo 17). Cabe observar que el artículo no prevé la ejecución de esas medidas; los Estados que adopten la Ley Modelo podrán disponer acerca de la asistencia judicial a este efecto*”⁸⁰. Como queda de manifiesto, era labor de los Estados regular la forma en se iba a otorgar asistencia judicial para tales efectos.

Al momento de discutirse la ley 19.971, las medidas cautelares no fueron un tema de especial consideración por parte del legislador. El mensaje presidencial señalaba:

“Medidas cautelares.

Estas medidas están íntimamente relacionadas con la dimensión internacional del litigio y considerando que en un mundo globalizado es posible trasladar internacionalmente bienes para frustrar el resultado de la acción.

Como en el caso del término “comercial” ha de darse una interpretación internacional amplia a la expresión “medida cautelar” mencionado en el artículo 9 para incluir, las medidas prejudiciales o precautorias y la orden de no innovar. En consecuencia, la gama es variada y no limitativa.

*Por otra parte, en cuanto a su eficacia jurídica internacional, dichas medidas pueden ser decretadas en una etapa anterior a la constitución del tribunal arbitral y también posteriormente, sea por el propio tribunal arbitral o, en su caso, uno ordinario chileno o extranjero; en esta última hipótesis siempre y cuando tenga jurisdicción de acuerdo con su propio sistema jurídico”*⁸¹.

Lo que llama la atención del mensaje, en lo relativo a las medidas cautelares, es que se sitúa en la hipótesis del decreto de medidas en una etapa anterior a la constitución del tribunal, señalando que puede ser un tribunal ordinario quien las decreta, o también un tribunal extranjero. Es decir, el mensaje presidencial abría la puerta para que se respetaran las medidas cautelares de tribunales

⁸⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. Nota explicativa”, p. 26, [en línea] <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>> [01 de agosto de 2010].

⁸¹ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 19.971, Pág. 11, [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>> [consulta 01 de agosto de 2010].

extranjeros, siempre y cuando, tuvieran jurisdicción en su propio sistema jurídico, vale decir, dependía si en el lugar en donde se decretara la medida, el tribunal arbitral fuera considerado como un órgano jurisdiccional.

Al momento de discutirse el art. 17, la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados lo aprobó por unanimidad, sin introducir modificaciones⁸². En la discusión en sala, tampoco fue materia de discusión⁸³. Con la discusión en la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado⁸⁴ y la discusión en sala⁸⁵, ocurrió lo mismo. Cuando el Tribunal Constitucional examinó el proyecto de ley, el artículo relativo a las medidas cautelares no fue motivo de examen⁸⁶. En consecuencia, se nos presentan dos situaciones interesantes:

- 1ª) Para el legislador no era algo conflictivo que los tribunales arbitrales tuviesen facultades para conceder medidas cautelares, y;
- 2ª) El legislador no encontró necesario regular la asistencia judicial para el caso que el árbitro decretase medidas cautelares.

Como se exponía en la “Situación del arbitraje en Chile”, los árbitros han sido considerados jueces de la república, por lo que no se consideraba necesario regular potestades que se entendían entregadas por el ministerio de la ley. Y en este sentido, el art. 17 de la LMA no era contradictorio con ello, sino que simplemente explicitaba para el caso del arbitraje comercial internacional una facultad que ya tenían los árbitros chilenos.

La doctrina por su parte señalaba que *“el tribunal arbitral tiene la facultad implícita, salvo acuerdo en contrario de las partes, de ordenar a cualquiera de ellas que adopte las medidas provisionales cautelares que el mismo estime necesarias respecto del objeto del litigio, pudiendo exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con dichas*

⁸² Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 19.971, Pág. 49, [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>> [consulta 01 de agosto de 2010].

⁸³ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 19.971, Págs. 72-9, [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>> [consulta 01 de agosto de 2010].

⁸⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 19.971, Pág. 19, [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>> [consulta 01 de agosto de 2010].

⁸⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 19.971, Págs. 132-44, [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>> [consulta 01 de agosto de 2010].

⁸⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 19.971, Págs. 184-92, [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>> [consulta 01 de agosto de 2010].

*medidas*⁸⁷. Sin perjuicio de lo anterior, la misma doctrina precisaba respecto de la ejecución de las medidas que “*La indicada norma [art. 17 ley chilena] no otorga al tribunal arbitral la facultad de ejecutar sus resoluciones ni prevé la ejecución judicial de las órdenes del tribunal arbitral*”⁸⁸. Sin embargo, siempre queda abierta la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria pues “*no es incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte solicite de un tribunal ordinario la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas*”⁸⁹

De tal modo que en el caso de un arbitraje realizado en Chile, puede decretar medidas cautelares respecto de bienes situados en Chile. La dificultad se presenta respecto del decreto de medidas cautelares para aplicarse fuera del territorio de la república. Se debe considerar la apuesta que se hacía por convertir al país en un lugar sede de arbitraje. Es decir, que aunque en el país prima una tradición muy proclive al arbitraje, con la solución que se entregue respecto de este artículo, no se consideró que los árbitros pudiesen decretar medidas concebidas como resoluciones judiciales, que pudieran ejecutarse fuera del territorio de la república como resoluciones de un tribunal. De este modo persiste la dificultad relativa de la ejecutabilidad de las medidas.

c) La Ley Modelo de Arbitraje de 2006.

El 7 de julio de 2006, la CNUDMI (UNCITRAL en inglés) aprobó en su periodo 39º de sesiones, modificaciones a la Ley Modelo de arbitraje, relativas a:

- a) La interpretación de la Ley (Art. 2º A)
- b) Forma del acuerdo de arbitraje y las medidas cautelares (Capítulo II).
- c) Reformulación del art. 7º, adecuándolo a la evolución del comercio internacional y al avance en los medios de comunicación.
- d) Medidas cautelares (introduciendo el capítulo IV A sobre medidas cautelares y órdenes preliminares). Estas últimas son las concernientes a este trabajo.

En el marco del 32º periodo de sesiones de la CNUDMI, el grupo de trabajo II comenzó a debatir en torno a las medidas cautelares en el arbitraje, señalando que era necesario darle fuerza obligatoria a las medidas cautelares, señalando que ya existían mecanismos para solucionar el problema de la fuerza

⁸⁷ FIGUEROA, Juan Eduardo, “Tópicos de la ley N° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional”, en PICAND, Eduardo, coordinador, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 407.

⁸⁸ FIGUEROA, (2007), p. 407.

⁸⁹ FIGUEROA, (2007), p. 407.

obligatoria. Al respecto la comisión señalaba que existían distintas soluciones legislativas, tales como:

“a) Convención de Nueva York

83. *A veces, los tribunales arbitrales dictan medidas cautelares en forma de laudos provisionales. Esta posibilidad se contempla expresamente, por ejemplo, en el artículo 26 2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Por esta razón se plantea la cuestión de si la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras sería igualmente aplicable a esos laudos provisionales. Dado que la Convención no define el término “laudo”, no está claro que la Convención se aplique también a los laudos provisionales. La opinión predominante, confirmada también por la jurisprudencia de varios Estados, parece ser que la Convención no es aplicable a los laudos provisionales.*

b) Ley Modelo de la CNUDMI

84. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional trata expresamente en su artículo 17 la facultad del tribunal arbitral para imponer las medidas cautelares que estime necesarias y también para exigir de cualquiera de las partes que proporcione la garantía que proceda en relación con esas medidas. Sin embargo, la Ley Modelo no habla de la ejecución.*

85. *Cuando, en la fase de preparación de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo examinó el fondo del artículo 17, éste contenía la siguiente oración: “si fuera necesaria la ejecución judicial de alguna de esas medidas provisionales, el tribunal arbitral podrá requerir [a un tribunal competente] [al tribunal mencionado en el artículo V] que le preste su asistencia en la ejecución”. Según una de las opiniones expuestas en el Grupo de Trabajo, la asistencia en la ejecución por los tribunales competentes se consideraba deseable y debía estar disponible. Según otra opinión expresada en el Grupo de Trabajo y que fue adoptada por éste tras su deliberación, dicha oración debía suprimirse pues trataba de manera incompleta de una cuestión de derecho procesal nacional y de la competencia de los tribunales y era improbable que fuera aceptada por muchos Estados. No obstante, el Grupo de Trabajo entendió que la supresión de dicha oración no debía interpretarse como una exclusión de la asistencia en la ejecución en aquellos casos en que un Estado estuviera dispuesto a prestar tal asistencia de acuerdo con su derecho procesal.*

c) Legislaciones nacionales

86. *En lo que respecta a la fuerza ejecutoria de las medidas contractuales dictadas por un tribunal arbitral, en las legislaciones se han seguido diversos métodos. En muchos Estados, la legislación no trata de este punto, mientras que en otros se aborda de modo expreso para la ejecución de esas medidas contractuales.*

87. *En varios países, la legislación prevé que las disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución de laudos también es aplicable a las medidas decretadas por un tribunal arbitral.*

88. En otros países, la ley establece que, cuando una de las partes no cumpla la orden dictada por un tribunal arbitral, éste podrá solicitar la asistencia judicial para la ejecución de dicha orden; en algunos países dicha asistencia la ha de solicitar una de las partes, mientras que en otros tanto el tribunal arbitral como las partes pueden hacerlo.

89. Cierta ley prevé que el tribunal judicial competente podrá emitir una orden exigiendo imperativamente a una de las partes que cumpla la orden dictada por el tribunal arbitral. La solicitud puede presentarla el tribunal arbitral, tras notificarlo a las partes, o una de las partes con autorización del tribunal arbitral y tras notificarlo a la otra parte. Este procedimiento sólo puede seguirse cuando se hayan agotado todas las vías arbitrales disponibles y se haya concedido a la otra parte un plazo razonable para cumplir la orden.

90. Otra ley dispone que un tribunal judicial podrá autorizar la ejecución de una medida cautelar otorgada por un árbitro a menos que ya se haya presentado ante otro tribunal judicial una demanda pidiendo una medida cautelar equivalente. El tribunal judicial estará facultado para volver a emitir dicha orden, si fuera necesario, a fin de ejecutar la medida. El tribunal judicial podrá también, a instancia de parte, denegar o modificar la decisión de ejecutar la orden. Además, se establece que si se demuestra que una medida ordenada por un tribunal arbitral carece de fundamento desde el principio, la parte que obtuvo su ejecución estará obligada a indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios ocasionados.

91. En varios países, cuando una parte presenta ante un tribunal judicial una demanda de una medida cautelar y el tribunal arbitral ya se haya pronunciado sobre cualquier cuestión relativa a esa demanda, el tribunal judicial deberá considerar la decisión del tribunal arbitral sobre la demanda o sus fundamentos de hecho como concluyente a los fines de la demanda ante él presentada.⁹⁰

Estas soluciones, como señalaba la comisión, eran insuficientes, en lo relativo a la ejecución de las medidas cautelares. Por ello es que se inició el estudio de una solución uniforme al problema de las medidas cautelares. El Grupo de Trabajo señaló que consideró los principios sobre medidas cautelares de la *International Law Association* para comenzar a estudiar la inclusión de nuevas normas respecto de las medidas cautelares:

Ámbito de aplicación de los principios

1. Las medidas cautelares cumplen dos objetivos principales en la litigación civil y comercial:

a) Mantener el *statu quo* en espera de que el tribunal resuelva el litigio; o

b) Asegurar la accesibilidad de ciertos bienes que permitan dar curso al fallo

definitivo⁹¹.

⁹⁰ CNUDMI, Documento A/CN.9/WG.II/WP.108, (2000) pp. 20-22

⁹¹ Respecto de estos dos puntos, el Grupo de Trabajo realizó un análisis detallado de estos dos puntos en los párrafos 16 a 18, del Documento A/CN.9/WG.II/WP.119,

2. Los presentes principios tienen por finalidad ser de aplicación general en la litigación internacional. No obstante, se redactaron a la luz del paradigma propuesto en categoría b) supra relativo a las medidas destinadas a inmovilizar los bienes de que disponga el demandado en forma de sumas depositadas en una cuenta bancaria a nombre de un tercero neutral.

Características de la medida

3. Los Estados deberán poner a disposición de los demandantes, sin discriminación alguna, medidas cautelares con el fin de asegurar la accesibilidad de ciertos bienes que permitan dar curso al fallo definitivo.

4. La concesión de dichas medidas deberá estar al arbitrio del tribunal, que las podrá otorgar:

a) si el demandante presenta pruebas verosímiles de su razón sobre el fondo, aun cuando no sean del rigor requerido para fallar sobre el fondo, conforme al derecho aplicable; y

b) si se demuestra que el daño que podría sufrir el demandante es superior al que podría sufrir el demandado.

5. El demandado no tendrá derecho a ocultar sus bienes tras el velo jurídico de una sociedad legalmente constituida o mediante otro subterfugio.

6. El demandante deberá asegurarse de que se informe inmediatamente al demandado de la medida impuesta, sin perjuicio de cualquier formalidad de notificación de la orden que establezca la ley y de las consecuencias jurídicas a las que pueda dar lugar.

7. El demandado tendrá derecho a ser oído en un plazo razonable para impugnar, si procede, la medida cautelar ordenada.

8. El tribunal deberá estar facultado para exigir del demandante garantías u otras condiciones que permitan subsanar los daños que puedan ocasionarse al demandado o a terceros como consecuencia de la medida otorgada. Para determinar si debe exigir garantía, el tribunal tendrá en cuenta la solvencia del demandante para sufragar toda indemnización eventual de los daños ocasionados.

9. Deberán adoptarse medidas para obtener acceso a toda información requerida sobre los bienes del demandado, ya sea en aplicación de la ley o por mandato judicial.

Procedimientos auxiliares

10. La competencia para otorgar medidas cautelares debe ser independiente de la competencia para juzgar sobre el fondo del litigio.

CNUDMI Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) 36° período de sesiones, 4 a 8 de marzo de 2002, SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES, "Documento A/CN.9/WG.II/WP.119 Elaboración de disposiciones uniformes sobre medidas provisionales cautelares", p. 7-8, [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V02/509/56/PDF/V0250956.pdf?OpenElement>> [consulta 1 de Agosto de 2010].

11. *La mera presencia de bienes en el territorio de un Estado debe ser motivo suficiente para que sus tribunales se declaren competentes para otorgar medidas cautelares en relación con dichos bienes.*

12. *Para que un tribunal goce de competencia para conceder medidas cautelares debe ser condición necesaria la interposición, dentro de un plazo razonable, de una acción sobre el fondo del litigio ante el propio foro (si éste tiene competencia sobre el fondo) o en el extranjero (si bien el tribunal no adoptará medidas en apoyo de un procedimiento sobre el fondo seguido en el extranjero a no ser que exista una posibilidad razonable de que la sentencia pronunciada sobre el fondo del litigio en el extranjero sea ejecutable en el territorio del foro).*

13. *Toda medida cautelar así otorgada será de validez limitada, pero podrá ser renovada a la luz de las actuaciones en el tribunal que conozca del fondo del litigio.*

14. *A instancia del demandado, cabe la posibilidad de que el tribunal competente para conocer sobre el fondo del litigio desempeñe una función supervisora de las medidas cautelares otorgadas en otros países, procurando que la acumulación de dichas medidas esté justificada por la importancia global de la acción entablada y de la suma reclamada.*

15. *Todo demandante de medidas cautelares debe informar al tribunal requerido del curso de todo otro procedimiento para obtener medidas cautelares, así como para resolver el fondo del litigio, que se esté siguiendo en el extranjero. No se excluye la posibilidad de que los Estados faculten, cuando sea posible, a sus tribunales para ponerse en comunicación directa con toda autoridad judicial que proceda en el extranjero.*

Alcance territorial

16. *El tribunal que ejerza de manera legítima su competencia sobre el fondo del litigio, deberá estar facultado para dictar órdenes cautelares ordenando al propio demandado que inmovilice sus bienes, sea cual sea el lugar en que éstos se encuentren.*

17. *El tribunal que no conozca del fondo del litigio, sino únicamente de la eventual concesión de medidas cautelares, gozará únicamente de competencia sobre los bienes sitos en su territorio.*

A reserva de lo dispuesto en el derecho internacional, la ubicación de los bienes vendrá determinada por la ley del foro (incluidas sus reglas de conflicto de leyes).

Reconocimiento transfronterizo y cooperación judicial internacional

18. *A instancia de una de las partes, un tribunal judicial podrá tener en cuenta las órdenes dictadas en otras jurisdicciones.*

19. *Ese tribunal deberá además cooperar, si fuere necesario, para que surtan efecto las órdenes dictadas por otros tribunales, ordenando las medidas locales que procedan.*

20. *Para ello pudiera ser necesario ampliar el reconocimiento de las órdenes dictadas por tribunales extranjeros. El hecho de que una orden sea de índole provisional, en vez de definitiva o concluyente, no debe constituir, en sí mismo, un obstáculo para su reconocimiento o ejecución.*

Los denominados Forum Arresti y Forum Patrimonii

21. El hecho de que un tribunal haya dictado una medida cautelar no le concede, sin más, competencia para conocer del fondo del litigio, aun cuando la demanda presentada se limite al valor de los bienes o activos embargados o congelados.

Pagos provisionales

22. El procedimiento de derecho interno por el que el tribunal puede ordenar un pago provisional (por ejemplo, un pago directo al demandante que posteriormente pueda ser revisado en la sentencia definitiva) no constituye una medida cautelar en el contexto de la litigación internacional⁹².

Hay que tener presente que fue la misma ILA que recomendó a la CNUDMI la aplicación de sus principios. Y respecto de estos principios, el Grupo de Trabajo señaló que podía abordarse un régimen uniforme de medidas cautelares enfatizando:

- a) Ámbito (Principios 1 y 2).
- b) Posibilidad de solicitar medidas cautelares (Principio 3).
- c) Discrecionalidad de las medidas cautelares (Principio 4).
- d) Ocultación de bienes (Principio 5).
- e) Debido proceso y protección adecuada del demandado (Principios 6 a 8).
- f) Acceso a la información sobre los bienes del demandado (Principio 9).
- g) Competencia (Principios 10 a 12, 16 y 17).
- h) Duración de validez de la medida provisional (Principio 13).
- i) Obligación de informar (Principio 15).
- j) Reconocimiento transfronterizo y cooperación judicial internacional (Principios 18 a 20).⁹³

Posteriormente, el Grupo de Trabajo consignó en el 36º periodo de sesiones, las diferentes soluciones que se daba en los ordenamientos jurídicos internos, a la emisión de las medidas por parte del árbitro. Un grupo de países otorgaba la competencia exclusivamente a los tribunales de justicia, en apoyo de las decisiones arbitrales⁹⁴. Otro grupo de países le entregaban la competencia exclusiva al árbitro⁹⁵. Otros establecen la competencia concurrente⁹⁶.

⁹² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), "LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL", Nota explicativa, p. 26-9, [en línea] <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>> [consulta 01 de agosto de 2010].

⁹³ CNUDMI, Grupo de Trabajo sobre arbitraje (2000 A), p. 6-10.

⁹⁴ CNUDMI (2000 B), p. 8-9.

⁹⁵ CNUDMI (2000 B), p. 9.

⁹⁶ CNUDMI (2000 B), p. 9-10.

Es, en este marco, que se desarrollaron las modificaciones a la LMA, con las que se pretendía darle mayor fortaleza al arbitraje.

d) Análisis Particular de la Norma

El Capítulo IV A de la LMA se inicia con el mismo artículo 17 al que se le añade un párrafo (o numeral) 2º, donde define lo que son las medidas cautelares, y hace una clasificación de posibles tipos de medidas.

En la nota explicativa a la LMA, la CNUDMI señala que la sección 1ª define en forma genérica el concepto de medida cautelar y establece las condiciones en las que pueden otorgarse. La sección 2ª introduce las “órdenes preliminares” y las condiciones para su otorgamiento, estableciendo la comisión que su objeto es mantener el statu quo en espera de que el tribunal arbitral dicte una medida cautelar. La sección 3 contiene las normas aplicables a ambas. La sección 4ª establece una innovación respecto del régimen de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, inspirados en el reconocimiento y ejecución del laudo de los arts. 35 y 36 de la LMA. La sección 5ª establece la competencia para los tribunales en las medidas de apoyo al arbitraje.

A continuación se realizará el análisis detallado de cada sección.

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

- 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.

Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que:

a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno

El artículo cae en el problema de las definiciones realizadas por el legislador: basta con no compatibilizar el hecho con la definición proporcionada por el legislador, para que no se pueda aplicar el artículo. Aunque la redacción es abierta, y deja posibilidades para que se aplique a variadas situaciones.

Sin embargo, podemos señalar que deja categóricamente claro que el tribunal arbitral cuenta con la facultad de decretar medidas cautelares. Con ello, se da un paso en dejar atrás la discusión histórica respecto de si el árbitro puede o no, decretar medidas cautelares. Además de ello, se pone en la situación de que el árbitro siempre puede decretar las medidas cautelares, salvo acuerdo en contrario. Este es el avance de la LMA.

En relación con el número 2 del art. 17, resulta interesante considerar lo señalado en los títulos IV y V del libro II del Código de Procedimiento Civil, sobre las medidas prejudiciales, que establece que hay medidas probatorias y precautorias. Tenemos las letras “c” y “d” que corresponden a lo mismo.

También señala como requisitos para solicitar la medida:

- a) Daño irreparable.
- b) Probabilidad de éxito.

Respecto del primer requisito se exige el criterio de la urgencia para ser concedida la medida cautelar. Es decir, no es suficiente cualquier daño irreparable, sino que debe existir la urgencia de un posible daño, que además debe ser irreparable.

Considerando el segundo requisito, se nos presenta una paradoja, pues se exige la probabilidad de éxito, y el momento en que se concede la medida, es un momento en que el resultado sobre la controversia es incierto. Por otro lado, el tribunal arbitral debe considerar y evitar que se materialicen dos riesgos:

1. Prejudicar el fondo de la controversia (o dar la apariencia de lo mismo).
2. Que la medida solicitada por una parte no tenga por objeto hostigar a la contraria.

En este punto, se debe tener presente el art. 298 del Código de Procedimiento Civil, es más preciso respecto de este punto, puesto que exige comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave, vale decir, para solicitar la medida, exige tener antecedentes para evaluar la procedencia de la medida. Sin embargo, la LMA deja abierta la posibilidad, pues señala que el solicitante deberá convencer al tribunal arbitral de que son necesarias. La medida es mucho más amplia, pues se refiere a un convencimiento, lo que en sí es un término ambiguo, y da un tenor de arbitrariedad, pues no existe claridad de lo que es el “convencimiento”, además de que queda un margen amplio a como se puede “convencer”, pues cada árbitro podrá ponderar los argumentos del “convencimiento” de una manera subjetiva.

En este sentido, es positivo que se establezcan requisitos para otorgar las medidas, pero se necesita de instrumentos precisos, para dar seguridad jurídica.

Sección 2. Órdenes preliminares

Artículo 17 B. Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.
- 2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida

cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.

3) Las condiciones definidas en el artículo 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Artículo 17 C. Régimen específico de las órdenes preliminares

1) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello.

2) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.

3) El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.

4) Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

5) Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

Esta sección constituye una novedad de esta ley modelo, al introducir las órdenes preliminares, también conocidas como medidas *ex parte*, que podemos conceptualizarlas como *“aquellas que pueden solicitarse al tribunal, sin notificar a la parte en contra de quien se solicitan, y que buscan una orden inmediata que busque evitar*

que se frustrare la finalidad de la medida cautelar solicitada”⁹⁷. Como comentarios podemos señalar que:

- a) Deben ser notificadas: del tenor del artículo 17 B, se desprende que las órdenes preliminares, aunque pueden ser concedidas sin aviso a la otra parte, el tribunal debe notificar la solicitud a la parte contra la cual se dictamina la medida. En caso de no efectuarse, ella corre el riesgo de que se frustrare como señala el artículo. En consecuencia ¿Cuál es el objeto de que se contemple esta hipótesis en el artículo? A mayor abundamiento ¿No sería lo mismo que cualquier petición de parte al tribunal, por la cual el árbitro conoce de ella, le da el conocimiento a la otra parte, y después de ello el juez árbitro falla? Al parecer, nos encontramos con una regulación no concordante con la tradición del derecho civil, sino que parece pertenecer a la rama del *common law*.
- b) Cumple con el principio del debido proceso: es decir, con la notificación a la parte contra la cual se dirige la medida tiene la opción de hacer valer sus derechos.
- c) Son temporales: la duración es de 20 días desde su emisión, y el tribunal puede ratificarlas o modificarlas.
- d) Obligatorias pero no ejecutables: se hace presente nuevamente la dificultad que posee el tribunal arbitral de poder obligar a las partes que intervienen en el arbitraje, pero no puede dictaminar medidas vinculantes respecto de terceros ni tampoco respecto de la parte que se encuentre en rebeldía, pues no pueden ejecutarse coactivamente.

Otra interrogante que se nos presenta, y que no resuelve la ley es la siguiente: ¿Cómo se relacionan las órdenes preliminares con las medidas cautelares? ¿Son copulativas? ¿Son excluyentes? ¿Cuál prevalece por sobre la otra? Etc.

Considerando la nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI, cuando se establecieron las órdenes preliminares, se decía que era con el objeto de mantener el statu quo de la situación, antes de dictaminar la controversia. Pero ocurre lo mismo con las medidas cautelares. Incluso, la nota explicativa de la secretaría señala que la orden preliminar contiene un alcance limitado, 20 días. ¿Para qué se regulaba esta situación? Se debe encontrar una razón para que la comisión se pusiera en estas dos situaciones. Tal vez, podría asimilarse las órdenes preliminares a las medidas prejudiciales del Código de Procedimiento Civil, cuyo objeto es preparar la gestión judicial.

⁹⁷ GÓNZALEZ DE COSSIO, (2008), p. 979.

Sección 3. Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares

Artículo 17 D. Modificación, suspensión, revocación

El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

Artículo 17 E. Exigencia de una garantía por el tribunal arbitral

- 1) El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida.
- 2) El tribunal arbitral exigirá al peticionario de una orden preliminar que preste una garantía respecto de la orden, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

Artículo 17 F. Comunicación de información

- 1) El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara u otorgara.
- 2) El peticionario de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden, y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte contra la que la orden haya sido pedida no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, será aplicable el párrafo 1) del presente artículo.

Artículo 17 G. Costas y daños y perjuicios

El solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del

caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

En esta sección, la legislación nacional coincide con la propuesta de la CNUDMI, toda vez que al hacer aplicable las normas del Código de Procedimiento Civil a los jueces árbitros, se establece un régimen similar al contemplado en los títulos IV y V. Se mantiene el principio dispositivo en materia de arbitraje, siendo la excepción que el árbitro pueda poner término a una medida cautelar. En el art. 17 D, se establece una norma similar a la del art. 301, remarcando el carácter esencialmente revocable y modificable de las medidas cautelares.

Lo que constituye un avance es el establecimiento de garantías en el art. 17 E. En este sentido, y como se había señalado respecto del factor del “convencimiento”, la obligación de otorgar una garantía puede venir a paliar la falta de requisitos seguros para otorgar el arbitraje.

La situación del artículo 17 F es una confirmación del principio de que las medidas cautelares son esencialmente revocables. Es por ello que se exige que se informe de los cambios en la situación por la que se concedía la medida. La norma es interesante, pues pone la obligación a la parte de informar si hubo cambios en las medidas.

Algo similar ocurre con el artículo 17 G. La medida también es un avance al establecer responsabilidad para quienes las solicitan. Con ello se matiza el carácter subjetivo del “convencimiento” para que el juez decrete las medidas.

Sección 4. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Artículo 17 H. Reconocimiento y ejecución

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I.

2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Artículo 17 I. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución⁹⁸

1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que:

i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

b) si el tribunal resuelve que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que

ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del

⁹⁸ Las condiciones enunciadas en el artículo 17 I tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un tribunal podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en su legislación menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar.

artículo 36 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.

2) Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Esta sección adopta una de las soluciones que se han dado respecto de la aplicación de las distintas medidas cautelares, de concederles naturaleza de provisional. Respecto de ellas, la secretaría de la comisión ya establecía que se habían aplicado las mismas normas respecto del reconocimiento y ejecución de los laudos. Es el párrafo 2 del artículo 17 I lo que establece la medida importante para el desarrollo del comercio internacional. Al darle la naturaleza de laudo, el tribunal al que se le solicita el reconocimiento o la ejecución de la medida no puede efectuar una revisión de la misma, sino que debe aplicarla. Al respecto podría ser aplicable la Convención de Nueva York sobre reconocimiento de sentencias extranjeras. Con ello la decisión del tribunal arbitral, puede sortear el paso por los tribunales ordinarios, e ir directamente al país en el que haya de tener efecto, y su decisión ser considerada una sentencia extranjera y ser aplicada.

El resto del artículo y el art. 17 produce una reiteración respecto de la petición y denegación de medidas cautelares y órdenes preliminares.

Sección 5. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

Artículo 17 J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

Con esta norma, se hace explícita la facultad del tribunal ordinario de auxiliar al tribunal arbitral. Es por ello que tal vez este artículo podría remediar dos de las dificultades señaladas en la introducción:

- a) La facultad de dictaminar medidas con fuerza coactiva para terceros.
- b) Posibilidad de que se decreten estas medidas aun cuando no se ha elegido el árbitro.

Para Chile no es una dificultad este punto, ya hemos señalado que los tribunales ordinarios son respetuosos de las decisiones del árbitro. Así mismo, la tradición del arbitraje es conteste de esto. El avance se realiza respecto del arbitraje comercial internacional, pues como se señalaba, las alternativas respecto de la competencia del tribunal arbitral y del tribunal ordinario, son variadas. Con este artículo si se puede armonizar, eventualmente, las distintas prácticas del arbitraje internacional en materias de comercio.

Es un avance dejar de lado la discusión en torno a la naturaleza del tribunal arbitral, y encontrar una solución práctica respecto de este asunto.

Conclusión: ¿Es necesaria la aplicación de las normas sobre medidas cautelares de la LMA de la CNUDMI en Chile?

Del análisis de la modificación de la LMA del año 2006, se puede señalar que no es necesaria su aplicación, pues la normativa en sí, continúa dejando abiertas muchas dificultades ya presentes con la actual ley. Es decir, no basta con la simple aprobación de los cambios en la ley, para solucionar los problemas presentes en el arbitraje. Como se exponía, persiste el problema de la emisión de medidas cuando no está constituido el tribunal. En este ámbito, una posible solución sería fomentar que los Centros de Arbitraje, como instituciones pudieran decretar medidas, y establecer un árbitro que emitiera las primeras medidas cuando se llegue al arbitraje.

Tampoco queda claro respecto de las órdenes preliminares, cuál es su sentido, ya que la ley es ambigua respecto de la aplicación y la procedencia.

Considerando lo señalado en “la situación del arbitraje en Chile”, vemos que los árbitros al ser considerados jueces de la República, se les hace aplicable el Código de Procedimiento Civil, lo que hace que toda la regulación en torno a las medidas cautelares del código, pueden ser aplicadas por los jueces árbitros. Y aplicando una interpretación sistemática de los preceptos vinculados al arbitraje, tenemos que la tradición y práctica del arbitraje en Chile ha sido más avanzada que lo que propone la ley modelo.

Por lo tanto, una eventual aplicación de las normas de la LMA sería solo una especificación de las mismas potestades que tienen los árbitros en materia de arbitraje comercial internacional. Sin perjuicio de ello, es óptimo que la LMA sea aprobada, ya que no entraría en conflicto con la legislación actual, y además daría una señal potente respecto de Chile, como lugar sede de arbitraje. Si bien es cierto que en realidad, muchas disposiciones del Código de Procedimiento Civil pueden ser más avanzadas que la LMA de 2006, sería una potente señal para convertir a Chile en lugar de arbitraje. La situación es ventajosa, pues en aquello que la LMA es deficiente, puede utilizarse la normativa del Código de Procedimiento Civil.

Bibliografía

- AYLWIN, Patricio, “*El juicio arbitral*”, Ed. Jurídica de Chile, quinta edición, 2005.
- Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley 19.971, [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero>> [consulta 01 de agosto de 2010]
- CNUDMI, Grupo de trabajo sobre arbitraje, 32° periodo de sesiones, Viena, 20 a 31 de marzo de 2000, ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES, “Documento A/CN.9/WG.II/WP.108 Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje. Informe del Secretario General.”, [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V00/501/88/PDF/V0050188.pdf?OpenElement>>
- CNUDMI, Grupo de Trabajo sobre arbitraje, 33° periodo de sesiones, Viena 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000, “Documento A/CN.9/WG.II/WP.111, Arbitraje comercial internacional, Posible labor futura: medidas cautelares ordenadas por un tribunal judicial en apoyo del arbitraje, ámbito de las medidas provisionales que puede dictar un tribunal arbitral, validez del acuerdo de arbitraje”, [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V00/580/13/PDF/V0058013.pdf?OpenElement>> [consulta 1 de agosto de 2010]
- CNUDMI Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) 36° período de sesiones, 4 a 8 de marzo de 2002 , SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES, “Documento A/CN.9/WG.II/WP.119 Elaboración de disposiciones uniformes sobre medidas provisionales cautelares”, [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V02/509/56/PDF/V0250956.pdf?OpenElement>> [consulta 1 de Agosto de 2010]
- CNUDMI, Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI sobre Arbitraje comercial internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, [en línea] <www.uncitral.org> [consulta 01 de agosto de 2010]
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, “Las medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje, en TAPIA, Mauricio; Gaitán, José Alberto, Juricic, Daniel, Salah, María Agnes, y Fabricio Mantilla, compiladores, “*Estudio sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al*

profesor Manuel Somarriva Undurraga. Tomo II. ”, Ed. Jurídica de Chile, 2008.

- FIGUEROA, Juan Eduardo, “Tópicos de la ley N° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional”, en PICAND, Eduardo, coordinador, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007
- MATURANA, Cristián, *Medidas Cautelares*, Apunte para clases, Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2007.
- MARÍN, Juan Carlos, *Código de Procedimiento Civil. Anotado, concordado y con jurisprudencia.*, Ed. Jurídica de Chile, 2010.
- PICAND, Eduardo, “*Arbitraje comercial internacional.*”, Ed. Jurídica de Chile, 2005.
- PICAND, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la justicia arbitral.”, en PICAND, Eduardo, coordinador, “*Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar*”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.