

MEDIDAS CAUTELARES Y POSIBILIDADES DE EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

SUMARIO: I. *Naturaleza jurídica del amparo.* II. *Las medidas cautelares en el arbitraje internacional.* 1. *Dificultades propias.* 2. *Posibilidad del árbitro para dictar medidas cautelares.* 3. *Recaudos particulares.* 4. *Momento procesal para las medidas cautelares.* III. *La ejecución del laudo arbitral.* 1. *Las disposiciones legales.* 2. *Reconocimiento y ejecución del laudo.*

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

El concepto de jurisdicción es uno de los mayores problemas que afronta el derecho procesal, y respecto a la institución del arbitraje, es de tanta importancia que asume un trascendente sentido para definir las posibilidades de la figura.

En efecto, deducir qué es la jurisdicción, y a partir de allí, saber si la actividad arbitral es jurisdiccional o no, permitirá conocer aspectos como los que señala el título de este trabajo.

Es menester abordar las cuestiones evolutivamente, porque la historia y los sucesos irán mostrando como los hombres fueron difiriendo sus enfrentamientos a partir de resoluciones que evitaran, precisamente, la contienda frontal.

Si en un primer momento, la Ley del Talón avanzó en la utilización desmedida de las fuerzas; posteriormente, la autocomposición y la heterocomposición cubrieron las posibilidades para sanear la discordia.

La primera evita el conflicto por la decisión personal de quien la toma. No hay interés o motivo suficiente que entienda bastante para litigar. No hay controversia directa y el proceso se resuelve en base a mera pacificación.

La heterocomposición significó dos situaciones trascendentes: por un lado, el nacimiento mismo del proceso judicial tal como hoy lo enten-

demos;⁹⁷ por otro, la posibilidad de remitir hacia un tercero diferente al que el Estado propicia (juez), la respuesta al conflicto planteado.

Este es el nacimiento estricto del arbitraje, y se compone etimológicamente de la palabra *adbiter*, formada por la proposición *ad*, y *arbitrer*, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia.

Sin perjuicio de la aclaración que formula Caravantes en orden a que la palabra supone la voluntaria elección de las partes para que un tercero falle en un negocio que los enfrenta. Por lo que deduce que también la voz arbitraje o arbitramento indica la autoridad o jurisdicción que adquieren los árbitros por el compromiso, como igualmente, el mismo juicio arbitral.⁹⁸

El marco que precede anticipa la polarización de ideas en la cuestión. Para algunos, el arbitraje tiene naturaleza contractual al provenir de la libre estipulación entre partes. Otros, en cambio, atienden no a la manera como se constituye, sino a la forma como se resuelve, señalando la naturaleza jurisdiccional del acto, sobre la base de advertir la presencia clásica de los tres componentes del proceso (partes y tercero imparcial).

Para los primeros, la exclusión del juez en el conflicto interhumano tiene una consecuencia importante en orden al mandato que otorgan a un tercero para que resuelva en la discordia. Circunstancia que impide referir a una sentencia propiamente dicha, sin perjuicio de nominarla laudo, el cual tornaría jurisdiccional si un acto del Estado lo reconoce como tal. Es decir, lo vuelva ejecutivo.

Los restantes entronizan la tarea de pacificación que propicia el arbitraje, tarea en la que el Estado tiene ganados intereses y por eso alienta la figura y la función típicamente jurisdiccional.

La obligatoriedad que asume el laudo lleva a despejar las críticas virtuales hacia la manifestación del fallo (o dictamen) por lo cual, no importaría que la función no tuviese la soberanía natural del ejercicio jurisdiccional, porque la cuestión versa, en esencia, sobre la resolución de la controversia y la tipificación de las tres partes propias del proceso judicial: partes y juez imparcial.

Esta posición parece la más acertada, porque la emisión del laudo, sobre todo en el arbitraje comercial internacional, obliga a las partes y las somete a cumplir los mandatos que de ella provienen. El laudo tiene

⁹⁷ Gozafni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, *supra* nota 3.

⁹⁸ Caravantes, José de Vicente y, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 466.

autoridad intrínseca, sin importar la ausencia de executio una merma trascendente para descalificarlo como acto jurisdiccional.

La tipificación del alcance que precisa la noción de jurisdicción puede tomarse del pronunciamiento emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, salvando precisiones en orden a que se manifiesta interpretando el derecho comunitario. Sin embargo del mismo surgen elementos que nominan y orientan el sentido de la jurisdicción y de los órganos que la ejercen. Ellos serían cinco: 1. el origen legal del arbitrador, 2. la permanencia en funciones de manera habitual sea discernido por las partes (ad hoc) o provenga de organismos institucionalizados, 3. la obligatoriedad de sus decisiones, 4. el procedimiento contradictorio y 5. el decidir en derecho. Debe aclararse que no es preciso que estos componentes obren mancomunados, bastando los tres primeros.⁹⁹

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

La adaptación natural, libremente concertada, que obtiene el arbitraje en cuanto a formas y problemas a resolver, facilita la celeridad de su cometido a diferencia del solemne y cansino proceso ordinario.

La rapidez para obtener soluciones, alienta y da ventajas al arbitraje en este sentido, aun a sabiendas que el instituto no tiene todavía gran predicamento en las relaciones comerciales internacionales e internas.

Los países más avanzados en la institucionalización del arbitraje muestran que dicha celeridad tiene un promedio de seis meses a dos años; tiempo que parece apropiado comparado con el que tiene un litigio común, pero que resulta insuficiente para la impaciencia empresaria.

La brevedad, a veces, se pierde cuando el laudo no resulta aceptado y se impugna; lo mismo ocurre cuando no se cumple y debe procederse a su ejecución, habitualmente en un país distinto al del origen del laudo y previo exequátur.

Esta etapa declarativa es algo que para cualquier cliente constituye demasiado tiempo, pero que no podemos, los abogados esquivar.¹⁰⁰

Para superar estos escollos y asegurar la ventaja competitiva o complementaria del arbitraje, se han pensado distintas formas para hacer

⁹⁹ Asunto 61/65 in re *Veuve G. Vaasen-Göebels* contra Dirección del Beamtenfonds Voor het Mijnerdrijf, en Silva de Lapuerta, Rosario, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Bilbao, La Ley, 1986, p. 188.

¹⁰⁰ Ramos Méndez, Francisco, *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, Bosch, 1987, p. 184.

dinámicos y acelerados los procedimientos, o al menos, tendientes a garantizar la eficacia posterior del laudo.

Surge así la idea de impulsar medidas cautelares dentro del procedimiento arbitral, resueltas por el mismo árbitro o tribunal, y sin necesidad de auxilio jurisdiccional.¹⁰¹

1. *Dificultades propias*

Además del problema que representa otorgar jurisdicción a la función arbitral, debe resolverse el significado y función que se espera de las medidas cautelares para adecuar su espíritu a las modalidades del arbitraje.

Tradicionalmente se abren dos corrientes en torno a este dilema. Una posición amplia de la doctrina sostiene que todo lo que representa aseguramiento perfila una medida cautelar; en cambio, otros reducen la característica a la función de anticipar una ejecución futura.

La primera idea connota el verdadero rostro de la figura, porque el anticipo de ejecución daría a la cautela una finalidad por sí misma, para consagrar con su instauración una medida, de alguna manera definitiva —aun siendo esencialmente temporal—, que burlaría la función preventiva que ostenta.

Este recurso propio de la función jurisdiccional, en tanto comprende la posibilidad de dictar medidas de coerción tendientes a asegurar el resultado hipotético de una sentencia, tiene problemas de adaptación en el arbitraje internacional, sea por la ausencia en el árbitro de potestades ejecutorias, como por el explícito soslayo que de los tribunales ordinarios se consagraría.

La cuestión, más allá de este purismo dogmático, puede encontrar otras respuestas.

En el Congreso Internacional sobre Arbitraje, celebrado en 1984 en la localidad de Bordeaux (Francia), distintos ponentes extranjeros alcanzaron conclusiones que pueden ser útiles para encontrar un rumbo nuevo.

En efecto, la primera respuesta unívoca está en confirmar que la facultad o poder de ejecución es solamente de la justicia estatal, porque la fuerza coactiva reposa en la soberanía que entregaron los individuos

101 Recuérdese que el artículo 753 del Código Procesal argentino establece: "Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral".

al Estado cuando renunciaron a la autotutela para vivir en una sociedad organizada.

En segundo término, si es necesario asegurar el resultado contingente del laudo, pueden ocurrirse a dos vías: o se solicita al árbitro la adopción de medidas cautelares que deberá plantear a un juez común para que las dicte, en claro ejercicio del auxilio jurisdiccional; o bien, las partes someten al tribunal ordinario sus pretensiones cautelares para que ellos las decidan, sin que dicha presentación importe resignar el juicio de árbitros.

Finalmente, para auspiciar este modo de garantía se propone adoptar una norma similar a la que contiene el artículo 9 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional,¹⁰² por la cual "No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ante un tribunal de justicia".

2. Posibilidades del árbitro para dictar medidas cautelares

No obstante las conclusiones precedentes, ciertos estudios realizados en Europa, principalmente para Alemania, Austria e Italia, coinciden en asignar al árbitro, por vía convencional, la posibilidad de dictar medidas cautelares.

En Argentina dicha facultad sería difícil de establecer ante la imposibilidad de comprometer en árbitros las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

Empero, en el arbitraje comercial internacional, y en otros arbitrajes institucionales como el emergente del Protocolo de Brasilia (solución de controversias para el MERCOSUR), resulta factible requerir al Tribunal Arbitral ciertas medidas provisionales que eviten daños eventuales, a condición de que la gravedad del perjuicio sea cierta y probable.¹⁰³

102 Ver: Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session, 40 U.N.; Gaor, Anexo I, supp. núm. 17, pp. 81-93, U.N. Doc. A/40/17 (1985). En amplitud, Garro, Alejandro M., "El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: Un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central", *Jus*, núm. 41, pp. 6-50.

103 El artículo 18 del código procesal argentino indica: "1. El tribunal arbitral, podrá, a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio tribunal establezca para prevenir tales daños. 2. Las partes en la controversia cumplirán, inmediatamente o en el plazo que el tribunal determine, cualquier medida provisional hasta tanto

Ramos Mendez considera que existen hechos suficientes que acuerdan la posibilidad de decretar medidas cautelares, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Ante todo y de acuerdo con la filosofía que preside el arbitraje internacional, nadie negará eficacia a una medida cautelar ordenada por el árbitro, que se cumpla espontáneamente. Según las estadísticas, ¿no se cumplen voluntariamente más del 80 % de las sentencias arbitrales, sin necesidad de ejecución? ¿Por qué no habrían de cumplirse de igual manera las decisiones relativas a medidas cautelares?.

b) Desde el punto de vista dogmático, una cláusula general de arbitraje autoriza al árbitro para adoptar cualquier medida relativa a los derechos y obligaciones de las partes en el procedimiento arbitral. Si la eficacia de la cláusula se funda en la fuerza vinculante de la voluntad de las partes ¿qué razón hay para recortar su eficacia en este caso concreto? Como es obvio la cláusula sólo obliga a las partes, no a terceros. Por la misma razón, las medidas que se pueden adoptar con base en dicha cláusula tendrán la misma eficacia limitada a las partes. Con mayor razón, si en una cláusula de arbitraje se menciona específicamente, directamente o por referencia a un reglamento arbitral, la facultad del árbitro de adoptar medidas cautelares, no cabe duda de que se refuerza dicha posibilidad implícita ya en la cláusula.

c) En este mismo sentido es lógico que la validez de la medida se limite a la duración del proceso arbitral, de acuerdo con su propia naturaleza.

d) En el procedimiento de adopción de una medida cautelar por un árbitro, éste debe extremar las garantías fundamentales de dicho procedimiento y, en concreto, el principio de audiencia. Aunque en muchos casos y en muchos ordenamientos son posibles medidas cautelares inaudita parte, porque luego se instrumentan mecanismos de oposición o vías de recurso, es dudoso que este proceder sea aplicable al procedimiento arbitral.

e) La decisión arbitral debería adoptar la forma de un laudo interlocutorio o provisional, legítimamente susceptible de ejecución, con o sin exequatur, según los casos. La resolución que adopta una medida cautelar es, por definición, ejecutiva provisionalmente y definitiva dentro de sus límites.

se dicte el laudo a que se refiere el artículo 20".

f) La contravención a lo dispuesto en la medida cautelar acordada por el árbitro sólo encuentra un paliativo por la vía de los derechos y obligaciones de las partes en cuanto al fondo del asunto, o incluso por la vía sustitutiva de indemnización de daños y perjuicios. El árbitro no puede acudir directamente a la coacción. La conducta de la parte o un acto dispositivo suyo, aunque no pueden impedirse por la fuerza, pueden entrañar un determinado tipo de responsabilidad desde el punto de vista del fondo del asunto, que incluso podría tener su reflejo en el laudo definitivo.

g) El atribuir facultades cautelares a los árbitros no excluye la posibilidad de acudir a los Tribunales ordinarios en solicitud de medidas cautelares. Son criterios prácticos los que condicionan la opción por una u otra vía en cada caso. Es precisamente este condicionamiento sociológico el que zanja todas las polémicas al respecto. Por razones comprensibles, todos los abogados nos movemos con un criterio de eficacia que en cada caso nos aconseja elegir la forma y el modo de la medida cautelar más allá de cualquier polémica doctrinal.¹⁰⁴

3. *Recaudos particulares*

Con relación a los requisitos de procedencia, entendemos existe subordinación plena a los presupuestos comunes exigidos para decretar medidas cautelares.

La verosimilitud en el derecho (*fumus bonis juris*) debe acreditarse por el peticionante de la medida siguiendo los procedimientos fijados por la *lex fori*, aun cuando resulta posible desvincular el procedimiento de las reglas adjetivas cuando la petición se formula ante el árbitro, directamente, de manera que las normas en juego son las que regulan el procedimiento acordado.

Es aconsejable demostrar la fehaciencia o apariencia de buen derecho, mediante principios de prueba por escrito, sin perjuicio de la libertad que proporciona el mecanismo a través de todos los medios y fuentes de verificación conocidos.

El peligro en la demora (*periculum in mora*) tiene en los procesos arbitrales una operatividad restringida, porque la brevedad de los tiempos para llegar al laudo, a veces puede convencer sobre el abuso de

104 *op. cit.*, *supra* nota 101, pp. 189-190.

dictar medidas precautorias. Sin embargo, la posibilidad de riesgo o peligro es inmediata y secuencial con el nacimiento del conflicto, por lo cual, asegurar un resultado hipotético pero de bases firmes, bastaría para indicar la procedencia.

La contracautela sería el reaseguro del perjudicado, pero su exigencia, en líneas generales, es potestativa del órgano decisor.

4. *Momento procesal para las medidas cautelares*

Conforme lo expuesto, las medidas precautorias podrían emitirse en cualquier tiempo anterior a la emisión del laudo, o bien, recién cuando se conoce el resultado efectivo del arbitraje.

Lo común, en materia procesal, está en la primera característica, con la variación expresada respecto a que el derecho comparado perfila su consagración previa audiencia del perjudicado.

Las singularidades de los procedimientos ordinarios estatales, respecto de las disposiciones del arbitraje comercial internacional, ofrecen alternativas de uno y otro sentido, según se otorgue derecho de defensa o derecho de impugnación.

En cambio, la modalidad de cautelas posteriores al laudo, queda explicada por la demora imprevista en la ejecución o cumplimiento de lo resuelto. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje española número 36 del año 1988, indica en el artículo 50.1 que "...recurrido el laudo, la parte a quien interese podrá solicitar del juez de primera instancia que fuera competente para la ejecución de las medidas conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél, una vez que alcanzare firmeza".

III. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Idénticas cuestiones a las desarrolladas ocurren con la ejecución del laudo arbitral.

La obligatoriedad que caracteriza el acto de autoridad emanado del laudo, le otorga al arbitraje la suficiente potestad ejecutoria, autónoma e independiente de la que obtiene con la colaboración jurisdiccional.

La ausencia de *imperium* en los árbitros no perjudica la calidad vinculante que del pronunciamiento se obtiene, atento a que si fuese cuestionada la jurisdicción, por entender que esta sólo pertenece a los tribunales judiciales, ese motivo no disuade el carácter inmutable y definitivo que consigue un laudo no impugnado.

Pero obligatoriedad no debe confundirse con ejecutoriedad por el árbitro, porque la coacción es un elemento inconfundible del poder estatal. Por tales razones para lograr el cumplimiento forzoso del laudo arbitral debe acudir al auxilio de los jueces competentes con jurisdicción territorial, en cuyo caso los problemas a resolver se dirigen a las normas aplicables y al mecanismo procesal pertinente.

1. *Las disposiciones legales*

Hasta que se dictó la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958) existió una tendencia manifiesta de equiparación entre las sentencias judiciales y arbitrales. Ejemplo de ello eran el Tratado de Montevideo de 1889 y el de 1940, también el Código de derecho internacional privado (denominado, Código Bustamante) suscrito en La Habana en el año 1928.

Con la Convención de Nueva York, la sentencia arbitral difuminó su carácter jurisdiccional, porque el tribunal requerido para ejecutar controla el documento presentado y asigna el procedimiento ejecutorio correspondiente, aunque por vía de principio, se aplica la *lex fori*.

El arbitraje comercial internacional reconoce actualmente un cuadro inusual de normas que lo predicen. Se han firmado, además de las señaladas más arriba, La Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Panamá, 1975) —aun sin ratificación—, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 1965), signado por Argentina el 21 de mayo de 1991; La Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas (UNCITRAL) de 1985, y de alguna manera, el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias del corriente año.

Sin entrar en el análisis exhaustivo de estas convenciones y sin desconocer las desventajas que tiene la institución del arbitraje con estos mecanismos, procuraremos resaltar las soluciones que podrían impulsar el arbitraje.

2. *Reconocimiento y ejecución del laudo*

Casi todas las disposiciones contemplan dos aspectos previos que condicionan la marcha ejecutoria: 1. la documentación que acredita la emisión del fallo y su definitividad, y 2. los mecanismos procesales asignados.

Fuera de ellas, hay otro aspecto pernicioso para el arbitraje internacional, que resulta de la incertidumbre que rodea la aplicación del principio de reciprocidad, "ya que no siempre resulta fácil determinar, en forma precisa, las condiciones que requiere la jurisprudencia del país extranjero para ejecutar laudos provenientes de otro país"¹⁰⁵

La prevalencia de los tratados y normas supranacionales, despejan en lo inmediato la utilidad de las normas procesales internas, lo cual no siempre es recomendable porque al victorioso puede interesarle ejecutar el laudo en el lugar donde el otro tenga sus bienes y por los mecanismos internos, sin necesidad de exequátur y demás exigencias rituales.

La complejidad del procedimiento se manifiesta al advertirse las sucesivas etapas que es preciso seguir. La primera corresponde al exequátur; las siguientes a la ejecución propiamente dicha. En esta última se trata de resguardar el debido proceso cumpliendo con la exigencia del *audiatur et altera pars*.

Ahora bien, como la Convención de Nueva York en el artículo III equipara el laudo nacional con el extranjero, deben trazarse sus respectivas distancias a efectos de una cabal interpretación.

En la práctica significa que el peticionante debe agregar constancias de que el laudo es efectivamente tal (copia autenticada de la cláusula compromisoria o el compromiso, de las normas que los autorizan, del cumplimiento del debido proceso, de la ejecutoriedad), sin que todas ellas sean necesarias para comprobar el laudo nacional.

Según Barrios de Angelis,

la significación global puede resumirse en esta regla: el tribunal de control no tiene potestad para inquirir en las irregularidades que se imputen al laudo que hayan sido cubiertas por la cosa juzgada extranjera. De ese modo no corresponderá, de poder aplicarse la Convención de Nueva York, control alguno sobre la constitución del tribunal, del modo de votación, el fallo sobre punto no comprometido, la falta de pronunciamiento sobre algún punto comprometido, etcétera; elenco que surge de computar las causales de apelación o nulidad del foro sede de arbitraje; excluyendo del espectro litigioso buena parte del contenido de los artículos 5 y V de las Convenciones Americana de Panamá y de Nueva York, respectivamente.¹⁰⁶

105 Garro, Alejandro M., *op. cit.*, *supra* nota 103, p. 45.

106 Barrios de Angelis, Dante, *op. cit.*, *supra* nota 26, p. 432.