

## EL QUID DE LA ACTUACION CAUTELAR EN EL PROCESO ARBITRAL

Por Jorge A. Rojas

**I.-** Existe una cuestión que pese a los avances que se desarrollaron en materia arbitral, aún sigue generando algunas dudas que conviene despejar, que consiste en la actuación cautelar de un tribunal arbitral, porque las diferencias que se tejen a su respecto giran en torno no sólo a la posibilidad de dictar una medida precautoria, sino además a la posibilidad de efectivizarla, tanto sea por sí, o a través de los órganos jurisdiccionales.

En ese sentido nuestro ordenamiento adjetivo es muy claro, cuando en el art. 753 señala, no sólo la carencia de imperium por parte de un tribunal arbitral, sino además la colaboración -que expresamente se señala- deben prestar los órganos jurisdiccionales a los fines de permitir el desarrollo del proceso arbitral, para la más rápida y efectiva sustanciación de ese proceso.

Por eso se analizará a continuación el sentido que tiene la actuación asegurativa, y seguidamente la potestad de los árbitros, no sólo a los fines del dictado de una medida cautelar, sino inclusive de su concreta efectivización.

**II.-** No se puede perder de vista, que en el proceso arbitral la ley actúa no sólo para que los árbitros conozcan, sino además para que los árbitros puedan conservar manteniendo o alterando un determinado statu quo.

Este aspecto esencial a tener en cuenta importa la necesidad de advertir así, que no son únicamente las medidas precautorias aquellas que resguardan el futuro cumplimiento de un laudo arbitral las que se deben "permitir" adoptar al tribunal, sino que son diversos los sistemas cautelares que pueden encontrarse dentro de un proceso arbitral, al igual que sucede en el ámbito del proceso judicial.

Por lo cual no solo pueden contemplarse medidas cautelares, como las tradicionales (embargo, secuestro, etc.), sino que además se pueden contemplar mecanismos de resguardo de pruebas, o bien para avertir eventuales daños y perjuicios que se puedan generar a una de las partes, con motivo por ejemplo de haberse decretado una cautela (vgr. a través de una contracautela).

En general el arbitraje institucional está teniendo un desarrollo a nivel mundial sumamente importante, más allá que no existen registros de los arbitrajes ad hoc que se siguen llevando a cabo.

Pero lo importante a destacar es que en todos los reglamentos de las instituciones que brindan servicios de arbitraje, se contemplan las facultades de

los árbitros para el dictado de medidas cautelares, sirva como ejemplo de ello la Ley Modelo de Uncitral, que ha sido receptada por la mayoría de los países del mundo como sustento de los arbitrajes internacionales.

La República Argentina precisamente adoptó esa Ley Modelo como base o fundamento para su ley de arbitraje internacional, sancionada a través de la ley 27.449 (B.O. 26.7.18).

En este sentido, la Ley Modelo de Uncitral, en el capítulo IV que lleva por título "medidas cautelares y ordenes preliminares", se contempla en la sección primera (art. 17) la facultad del tribunal arbitral de dictar medidas cautelares, y en la sección segunda se alude a las órdenes preliminares (art. 17 B a J) señalándose una especie de híbrido entre una función precautelar, a los fines del otorgamiento de una cautela, y una función complementaria a la cautelar, a los fines de efectivizar adecuadamente esa cautela.

Pero lo importante a destacar en función de este sistema cautelar en materia probatoria aquí analizado consiste en las previsiones del acápite a) del inc. 2) del art. 17 que prevé que 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 statu quo en espera de que se dirima la controversia.

Como se advierte aquí se refleja claramente el tradicional principio en esta materia: "lite pendente nihil innovetur". Lo importante a los fines de este sistema cautelar, es advertir que en el acáp. d) de este segundo inciso se señala puede ordenar que se "preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia".

Como se advierte entonces, este sistema persigue una actuación de la ley en el proceso arbitral claramente conservativa, a los fines de propender a la mayor eficacia del proceso, pues a través de esa actuación no se persigue el futuro cumplimiento de una sentencia, ya que el objeto de la medida es radicalmente diverso en ambos supuestos.

En el Reglamento Orgánico de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) se pueden encontrar disposiciones de similar envergadura en materia probatoria, señala en este sentido el art. 22.1 "salvo acuerdo por escrito en contrario las partes en cualquier momento, el Tribunal Arbitral, de oficio o a instancia de parte y, en cualquier caso, previa audiencia de las partes, estará facultado para:... y en el inc. c) se señala concretamente "realizar las indagaciones urgentes o necesarias -según el Tribunal Arbitral- y determinar y delimitar la autorización del Tribunal Arbitral para identificar de oficio los

hechos, leyes y normas aplicables relevantes para el arbitraje, para el fondo del asunto y para el convenio arbitral”.

Como se advierte, se alude a razones de urgencia que justifican indagar no sólo en el derecho aplicable, sino sobre todo en lo que a este sistema importa a los hechos precisamente por su relevancia para definir el fondo del asunto.

Dentro de esta gama desde luego también se contemplan las medidas cautelares tradicionales que apuntan al aseguramiento de bienes o cosas a los fines de propender al futuro cumplimiento de una sentencia.

Estas medidas precautorias, como el embargo, la anotación de litis, el secuestro, o una intervención en una empresa, importan un trámite que tradicionalmente se observa sine auditor pars, es decir sin intervención de la contraparte.

Así están consagradas las medidas precautorias en el Código Procesal Nacional, como por ejemplo en el Reglamento Orgánico del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, previéndose la reunión de los presupuestos sustanciales que hacen a su viabilidad, esto es apariencia del derecho invocado y peligro en la demora, y como correlato de la concurrencia de ambos el otorgamiento de una contracautela, que precisamente informará como se verá más adelante otro sistema cautelar.

Además de esos requisitos se requiere la observancia de los requisitos procesales, que surgen precisamente del art. 195 del Código Procesal, o sea, la medida que se pide, el derecho que se pretende asegurar, la disposición de la ley en la que se funda, y la reunión de los requisitos que hacen a la viabilidad de cada medida en particular.

Aquí lo que es importante a destacar es que tradicionalmente estas medidas cautelares, analizadas desde el punto de vista de su objeto, siempre reportan a la identificación y resguardo de bienes o cosas, porque se persigue el aseguramiento del futuro cumplimiento de una sentencia.

En línea con ello también se contemplan sistemas cautelares garantizadores, que tratan de aventar los eventuales riesgos que importe el dictado de una medida para quien resulte afectado si finalmente al peticionante no se le reconociera el derecho invocado, siendo un ejemplo típico la contracautela.

Por lo tanto, se puede notar con claridad que esa garantía a favor del afectado, resulta la cara opuesta de una medida cautelar, y también se da por supuesto en el ámbito del proceso arbitral, por ejemplo en el art. 17 E de la Ley Modelo de Uncitral contempla la posibilidad de que el Tribunal Arbitral exija al solicitante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto a esa medida.

Lo mismo sucede con el Reglamento de la Corte de Londres (LCIA) antes mencionado que contempla en su art. 25.1 inc. a) que el Tribunal estará facultado a solicitud de parte para ordenar a cualquier demandada o demandada reconvenional que afiance parcial o totalmente la cuantía reclamada sea por medio de depósito o aval bancario o de cualquier otro modo y manera y en los términos que el Tribunal Arbitral estime oportuno.

Lo mismo señala el art. 25.2 con respecto a la posibilidad del Tribunal Arbitral de requerir a cualquier demandante o demandante reconvenional el afianzamiento de las costas u otros gastos de cualquier otra parte, sea por medio de depósito, aval bancario o de cualquier otro modo y manera en los términos que el Tribunal estime oportunos.

En idéntico sentido se prevé en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), ya que su art. 23 contempla la posibilidad de que el Tribunal Arbitral conceda una medida cautelar sujeta al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que la solicite.

Como se puede advertir el procedimiento que se observa para la viabilidad de este sistema si bien tiene una finalidad claramente asegurativa como los anteriores es distinto, de ahí que pueda encuadrarse como otro sistema.

Es importante tener en cuenta que ya desde 1936 Calamandrei, enseñaba que había una actuación de la jurisdicción que importaba un anticipo –sea total o parcial- de aquello que debía ser decidido en la sentencia de mérito, aunque las denominó a esas resoluciones como providencias interinas o temporales.

Lo valioso de esa discriminación, es que señalaba aquél que se las debía identificar como temporales porque se extendían a lo largo del proceso hasta el dictado de la sentencia de mérito y si cambiaban las circunstancias que habían dado lugar a su dictado, se las podía modificar, precisamente porque eran provisionales.

Eso es también fundamento a que se las identifique como interinas, porque precisamente se daban durante el proceso, eran internas al proceso y carecían de autonomía.

También ésta es una actuación asegurativa de la ley, en donde las razones fundamentalmente de urgencia llevan al Tribunal a tener que anticiparse a proteger los derechos involucrados en el proceso a través de una actuación que persigue el mantenimiento o la alteración de un determinado statu quo.

Si el peligro de la demora se manifiesta en su carácter extremo que importe un perjuicio irreparable o de muy dificultosa reparación y proviene del mantenimiento de un determinado statu quo, se apuntará precisamente a su alteración a través de una actuación innovativa del Tribunal.

Por el contrario, si ese peligro que pretende evitar un daño inminente o en ciernes proviene de la alteración de una determinada situación de hecho o de derecho, será necesario que se disponga una medida de no innovar.

El Reglamento de LCIA contempla en su art. 25.1 ap. c) señala en este sentido que el Tribunal Arbitral estará facultado para: “decretar provisionalmente, y sujeto a la posterior confirmación de un laudo final, la concesión de cualquier compensación que el Tribunal pueda conceder a las partes en el laudo final, incluido el pago de una cantidad dineraria o la venta de una propiedad entre las partes.

III.- Más allá de los aspectos informados que tienen que ver con que las medidas cautelares que pueden adoptarse en un proceso arbitral, según los diversos sistemas en donde tengan su desarrollo, no guardan diferencia con las que se conocen dentro de la órbita de la jurisdicción judicial, lo que conviene despejar es la facultad que tienen los árbitros para disponer su dictado.

Esto obedece a que en todos los casos, cuando se alude a un arbitraje voluntario, es decir aquél por el que optan las partes para decidir sus controversias, siempre existe materia arbitrable la que está constituida en todos los casos por derechos que resultan disponibles para las partes.

Los derechos son disponibles para las partes cuando son susceptibles de ser objeto de transacción, por lo cual –en esos casos- las partes pueden decidir por vía del principio de autonomía de la voluntad, sustraerse de la competencia de los tribunales oficiales de un país, para someter su conflicto al juicio de árbitros privados, que cumplirán las veces de jueces privados, escogidos directamente por las partes.

Eso importa que sean ellas mismas quienes invistan de jurisdicción a aquellas personas que eligieron para que dirima el conflicto que las vincula razón por la cual esa jurisdicción les permite el dictado no solo del laudo que permitirá poner fin a la controversia, sino adoptar durante su desarrollo todas aquellas medidas que sean necesarias para desenvolver el proceso, entre las cuales se encuentran precisamente las que importan una actuación asegurativa o de resguardo, como las cautelares, en cualquiera de los sistema señalados.

La confusión que se genera en este aspecto es suponer que los árbitros no tienen imperium, razón por la cual no pueden dictar medidas cautelares, cuando en verdad el imperium no es un atributo excluyente de la función jurisdiccional, ya que en sede estatal, tiene tanto imperium el poder administrador, como el legislativo al igual que el judicial.

La distinción que cabe en las funciones que cumplen cada uno de ellos tienen que ver con las tareas esenciales que los distinguen y en punto a las funciones

jurisdiccionales, el iudicium o la iuris-dictio, esto es la potestad de decir el derecho a través de la norma individual que permita dirimir un conflicto es de la esencia de la jurisdicción, sea pública o privada como en este caso.

Por esa razón no pueden superponerse conceptualmente las voces iudicium e imperium, porque se trata de dos aspectos diversos que así son recogidos inclusive por el Código Procesal Nacional, cuando en el art. 753 para señalar que los árbitros carecen de imperium señalan que no podrán adoptar medidas compulsorias ni de ejecución, la cual quedará reservada a los jueces, quienes deben brindar la más rápida asistencia a los árbitros para el desarrollo del proceso arbitral.

Y huelga señalar que dictar una medida cautelar, no constituye ni un acto compulsorio ni un acto de ejecución, sino simplemente el reconocimiento de la reunión de determinados recaudos para adoptar una decisión interina del proceso que se desarrolla en sede arbitral.