

Cuestiones fundamentales de la tutela cautelar al arbitraje comercial en Cuba

Key issues of interim protection to commercial arbitration in Cuba

Johannes San Miguel Giralt*

Universidad de La Habana

sanmiguel@lex.uh.cu

Fecha de presentación: noviembre, 2010. Fecha de publicación: diciembre, 2010.

Resumen

La eficacia del proceso arbitral, al igual que el judicial, se decide en la efectiva tutela cautelar que evite la conjunción del factor temporal y la posible ejecución de maniobras para frustrar la sentencia o laudo definitivo. La tutela cautelar al arbitraje requiere un tratamiento doctrinal y normativo diferenciado, debido a la

voluntad de las partes como base del proceso y la carencia de imperium en el árbitro para ejecutar sus propias decisiones. Cuatro cuestiones requieren regulación especial en sede arbitral: la facultad del juez y el árbitro para adoptar tales medidas, la clasificación de las mismas, las medidas ex parte y las dirigidas a terceros ajenos al acuerdo arbitral. La norma cubana sobre la materia lo constituyen el Decreto-Ley 241/06 y 250/07, los cuales, si bien disponen un régimen jurídico al efecto, resulta necesario ponerlo a tono con los actuales avances doctrinales y legislativos a nivel mundial. La eficacia del proceso arbitral, al igual que el judicial, se decide en la efectiva tutela cautelar que evite la conjunción del factor temporal y la posible ejecución de maniobras para frustrar la sentencia o laudo definitivo. La tutela cautelar al arbitraje requiere un tratamiento doctrinal y normativo diferenciado, debido a la voluntad de las partes como base del proceso y la carencia de imperium en el árbitro para ejecutar sus propias decisiones. Cuatro cuestiones requieren regulación especial en sede arbitral: la facultad del juez y el árbitro para adoptar tales medidas, la clasificación de las mismas, las medidas ex parte y las dirigidas a terceros ajenos al acuerdo arbitral. La norma cubana sobre la materia lo constituyen el Decreto-Ley 241/06 y 250/07, los cuales, si bien disponen un régimen jurídico al efecto, resulta necesario ponerlo a tono con los actuales avances doctrinales y legislativos a nivel mundial.

Abstract

The purpose of arbitration depends on effective interim protection to avoid the combination of time and the probable actions to frustrate the final award by one of the parties, just like in court proceedings. Interim protection to arbitration must be scholarly and statutory distinguished from interim protection to court proceedings, since the parties free will and the lack of imperium in the arbitrator

to enforce its own decisions are the foundations of arbitration. Four issues need a special legal approach when applied to arbitration: powers for judges and arbitrators to grant interim measures, classification of these measures, ex parte and third-parties interim measures. Decree-Act 241/06 and 250/07 configure the Cuban law on the matter, containing a legal framework but not enough, it needs updating and upgrading to meet the status of a world-class arbitration.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL ARBITRAJE Y LA TUTELA CAUTELAR.
3. LAS CUATRO CUESTIONES RELEVANTES.
4. CUESTION PREVIA O PRIMERA CUESTION: CARÁCTER JURISDICCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR Y ATRIBUCION DE FACULTADES A JUECES Y ARBITROS PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO AL ARBITRAJE.
 - 4.1. APORTES DE LOS CONVENIOS Y FOROS INTERNACIONALES.
 - 4.1.1. LABOR UNIFICADORA DEL ARBITRAJE EN EL MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS: LA LEY MODELO Y EL REGLAMENTO DE LA CNUDMI.
 - 4.1.2. LA SOLUCION DE LA COMISION DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.
 - 4.1.3. EL DEBATE EN TORNO A LA MODIFICACION DE LOS PRECEPTOS RELATIVOS A LA TUTELA CAUTELAR EN LOS DOCUMENTOS CNUDMI.
 - 4.1.4. MARCO CONVENCIONAL VIGENTE EN CUBA: EL CONVENIO EUROPEO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE GINEBRA SUSCRITO EN 1961.
 - 4.1.5. LA FORMULA LEGAL DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA SOLICITUD AL JUEZ Y EL ACUERDO ARBITRAL.
 - 4.2. SOLUCIONES LEGISLATIVAS NACIONALES. EL MODELO DE LIBRE OPCION.

4.2.1. LA SOLUCION CUBANA. SU PRINCIPAL Y PRIMER ACIERTO: ADOPCION LEGAL EXPRESA DEL MODELO DE LIBRE OPCION.

4.2.2. ANTECEDENTES DEL ACTUAL MODELO EN LA LEGISLACION CUBANA SOBRE LA MATERIA.

4.2.2.1. ETAPA PREVIA A LA PROMULGACION DEL DECRETO-LEY 241/06.

4.2.2.2. ETAPA QUE SE EXTIENDE DESDE LA PROMULGACION DEL DECRETO-LEY 241/06 HASTA EL DECRETO-LEY 250/07.

4.2.2.3. ETAPA POSTERIOR A LA PROMULGACION DEL DECRETO-LEY 250/07.

4.2.2.3.1. PRIMER DESACIERTO EN LA SOLUCION CUBANA: EXCLUSION DE LA TUTELA CAUTELAR JUDICIAL AL ARBITRAJE NO ADMINISTRADO POR LA CORTE CUBANA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

4.2.2.3.2. SEGUNDO DESACIERTO EN LA SOLUCION CUBANA: SILENCIO LEGISLATIVO EN TORNO AL ROL DE LA AUTONOMIA PRIVADA DE LAS PARTES EN MATERIA DE ATRIBUCION A JUECES Y/O ARBITROS DE FACULTAD PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO AL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

5. SEGUNDA CUESTION: TIPOLOGIA DE MEDIDAS CAUTELARES PROPIAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

5.1. DELIBERACIONES SOBRE LA INSERCIÓN DE UNA CLASIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 SOBRE LA FACULTAD CAUTELAR DEL ARBITRO Y PROPUESTA DE INCLUSIÓN DE ARTÍCULO 17 *BIS* SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDA CAUTELAR DEL ARBITRO, DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI.

5.2. CLASIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO AL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

5.2.1. MEDIDAS PARA MANTENER O RESTABLECER EL *STATU QUO* MIENTRAS DURA LA CONTROVERSI.

5.2.2. MEDIDAS ENCAMINADAS A EVITAR O IMPEDIR DAÑO ACTUAL O INMINENTE Y PARA EVITAR MENOSCAMBO AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL O DIRIGIDAS A PROHIBIR LA REALIZACIÓN DE ACTOS QUE PROBABLEMENTE OCASIONARÍAN TAL DAÑO.

5.2.3. MEDIDAS ENCAMINADAS A LA PRESERVACIÓN DE BIENES EN FUNCIÓN DE GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DEL EVENTUAL LAUDO ARBITRAL FAVORABLE AL DEMANDANTE.

5.2.4. MEDIDAS ENCAMINADAS A LA PRESERVACIÓN DE MATERIAL PROBATORIO RELEVANTE PARA EL PROCEDIMIENTO.

5.2.5. MEDIDAS ENCAMINADAS AL OTORGAMIENTO DE GARANTIA EFECTIVA DE LA EJECUCION FUTURA DEL EVENTUAL LAUDO ARBITRAL FAVORABLE.

5.3. TIPOLOGIA DE MEDIDAS CAUTELARES PROPIAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN CUBA. DESACIERTO LEGISLATIVO: REMISION A LA TIPOLOGIA CAUTELAR DE LA LEGISLACION PROCESAL ECONOMICA SIN REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES PROPIAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

5.4. SOLUCION AL DESACIERTO: INCLUSION DE REFERENCIA A LOS TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES PROPIAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

6. TERCERA CUESTION: ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES DIRECTAS O *EX PARTE*.

6.1. PRIMER ARGUMENTO DESFAVORABLE: MEDIDA CAUTELAR *EX PARTE* COMO ACTUACION ARBITRAL EN FRANCA INEQUIDAD PROCESAL.

6.2. SEGUNDO ARGUMENTO DESFAVORABLE: MEDIDA CAUTELAR *EX PARTE* COMO ACTUACION ARBITRAL INEFICAZ.

6.3. TERCER ARGUMENTO DESFAVORABLE: MEDIDA CAUTELAR *EX PARTE* COMO ALTERACION DEL SISTEMA DE COOPERACION JUEZ-ARBITRO.

6.4. ARGUMENTO FAVORABLE UNICO Y SUFICIENTE: MEDIDA CAUTELAR *EX PARTE* COMO MEDIO PARA CONSERVAR EL

FACTOR SORPRESA Y EVITAR LA FRUSTRACION EN LA EJECUCION DEL LAUDO.

6.5. ADOPCION EN CUBA DE MEDIDAS CAUTELARES DIRECTAS O *EX PARTE*.

7. CUARTA Y ¿ULTIMA CUESTION?: ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES DIRIGIDAS A TERCEROS.
8. CONCLUSIONES.

Palabras clave

Arbitraje comercial cubano, medidas cautelares, autonomía privada de las partes arbitrales, laudo interlocutorio, tutela cautelar.

Keywords

Cuban arbitration, interim measures, parties' choice in arbitration, interim awards, interim protection.

1. INTRODUCCIÓN.

La necesidad de otorgar tutela cautelar al proceso ante la jurisdicción ordinaria obedece a varios factores que están igualmente presentes en el arbitraje. En primer lugar, su desenvolvimiento en un necesario e imprescindible espacio de tiempo. En segundo lugar la alta probabilidad de frustración del mismo por una de las partes a través de la realización de maniobras en detrimento de la eficacia de la solución definitiva durante el espacio de tiempo en el que éste se desenvuelve.

A los dos factores anteriormente mencionados debemos añadir para el proceso arbitral dos circunstancias que conspiran de modo especial en la importancia y necesidad de tutela cautelar. En primer lugar, el carácter transfronterizo de las controversias sometidas a arbitraje con la consecuente presencia de diferentes jurisdicciones. En segundo término, la inexistencia de tribunal arbitral competente con carácter permanente antes del inicio del procedimiento, lo cual refuerza la necesidad de la tutela cautelar del juez y de la protección cautelar en sentido general¹.

* Profesor Asistente a tiempo completo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Juez Suplente No Permanente, Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana. email: sanmiguel@lex.uh.cu.

El presente texto forma parte de los resultados publicables de la investigación doctoral del autor, con el título Adopción de Medidas Cautelares en Apoyo al Arbitraje Comercial Internacional en Cuba, bajo la dirección del Dr. Juan Mendoza Díaz. El acceso y consulta a las decisiones arbitrales en el presente texto se debe a pasantía y entrenamiento en la Secretaría de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional desde 2005 con la Lic. Leticia Machín Domínguez, Vicesecretaria de la Corte, bajo la presidencia de la Dra. Olga Miranda Bravo y en la actualidad del Prof. Rodolfo Dávalos Fernández. El acceso y consulta a las decisiones judiciales en la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana se debe a investigación documental bajo la presidencia de la Esp. Liliana Hernández Díaz.

En razón de lo anterior, cabe sostener la enorme importancia de otorgar tutela cautelar al arbitraje comercial internacional. Tal importancia se deriva de varias circunstancias; en primer lugar, el arbitraje comercial constituye con mucho la primera opción de los empresarios internacionales para la solución de sus controversias. En segundo lugar, el éxito del arbitraje depende de la ejecución eficaz del laudo resultante y esto último depende de la existencia de un dispositivo de normas jurídicas que impidan el desenvolvimiento del último de los factores a los que se ha hecho referencia, cual es la posibilidad de ejecutar maniobras dilatorias y en fraude a la ejecución del laudo.

2. EL ARBITRAJE Y LA TUTELA CAUTELAR.

Es lugar común sostener que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos, por el cual los titulares de los intereses en controversia acuerdan que un tercero proporcione una solución inapelable y de obligatorio cumplimiento. Los elementos conceptuales que tipifican al arbitraje comercial son el carácter

¹Sirva en este punto el criterio de Blessing: “La inmediata disponibilidad de medidas cautelares es con frecuencia una preocupación crucial para las partes involucradas en el comercio internacional. La necesidad surge normalmente en el momento en que el tribunal arbitral aún no se ha constituido”.

Vid. Blessing, M., *Introduction to Arbitration: Swiss and International Perspectives*, Swiss Commercial Law Series, Frankfurt am Main, Helbig und Lichtenhanh, 1999, p.: 274.

No se requiere un análisis muy exhaustivo para concluir la existencia de una relación inversamente proporcional entre la intensidad de la necesidad de protección cautelar por una de las partes y el grado de disponibilidad de la misma por parte del tribunal arbitral. A tal punto se cumple la relación anterior que previo al planteamiento de la litis, cuando mayor necesidad de tutela cautelar tienen las partes, mayor es el grado de indisponibilidad de las mismas por el árbitro, dado que es el momento justamente en que no existe aún.

Sobre el alcance de la tutela cautelar y su necesidad inclusive en el ámbito del derecho público, resulta imprescindible, entre sus varios estudios: García de Enterría, E., *Sobre la Legitimidad de las Medidas Cautelares Utilizadas por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia TEDH Cruz Varas y Otros, 20 de marzo de 1991)*, Serie Derechos Humanos, Revista del Poder Judicial, num. 25, marzo 1992, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

alternativo respecto del método tradicional judicial y el carácter voluntario, dado que las partes fijan los árbitros y el procedimiento a seguir².

2 Estos son los dos elementos conceptuales más frecuentes en cualquier definición de arbitraje. Téngase en este punto como ilustrativo a González Carvajal: "medio alternativo de solución de conflictos, por medio del cual determinados sujetos de derecho deciden voluntariamente someter sus controversias actuales o potenciales a la decisión de un tercero imparcial, denominado árbitro, quien tendrá la labor de juzgar sus pedimentos y pronunciar una decisión, bajo la denominación de laudo, que tendrá la posibilidad de alcanzar la fuerza de cosa juzgada"; Hung Vaillant: "Institución conforme a la cual dos o más personas, en el ejercicio que les confiere la autonomía de su voluntad, acuerdan someter, a uno o varios árbitros, la solución de un conflicto jurídico determinado que versa sobre materia de la cual tengan libre disposición, y paralelamente, se obligan a cumplir con la solución acordada por los árbitros; solución que tendrá fuerza ejecutiva una vez cumplidos los trámites que al efecto dispone la ley"; Alfredo De Jesús: "es un medio jurisdiccional alternativo a la jurisdicción estatal mediante el cual las partes, a través de un acto jurídico denominado acuerdo de arbitraje, deciden someter sus controversias actuales o eventuales a la decisión de árbitros".

Debe destacarse al menos un autor en el cual el concepto de arbitraje no orbita alrededor del carácter voluntario o alternativo, por ejemplo, para Silva Romero se trata de una institución de valor pragmático: "El arbitraje, en efecto, es y debe ser, antes que nada, un mecanismo rápido, razonablemente económico y eficaz de resolución de desavenencias. Así –sin mayores referencias a la noción, marcadamente aristotélica, de justicia- lo concibieron y quieren utilizar los comerciantes".

Vid., González Carvajal, J.I., Algunas Consideraciones sobre la Potestad Cautelar de la Ley de Arbitraje Comercial, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, num. 146, Caracas, 2008; Hung Vaillant, F., Principios Orientadores del Arbitraje en la Ley de Arbitraje Comercial y los Recursos contra el Laudo Arbitral, XXVI Jornadas JM Domínguez Escovar sobre Medios Alternativos de Solución de Conflictos, 2da. ed., Barquisimeto, 2001, p. 111; De Jesús O., Alfredo, "La Excepción de Arbitraje Comercial", XXXII Jornadas JM Domínguez Escovar sobre Derecho Procesal, El Código de Procedimiento Civil 20 años después, En Homenaje a la Memoria del Dr. José Andrés Fuenmayor, 1ra. ed., Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2007, p. 227; Silva Romero, E., Adopción de Medidas Cautelares por el Juez y por el Árbitro en II Congreso del Club Español de Arbitraje: El Arbitraje y la Jurisdicción, 17-19 de junio de 2007, Madrid, p. 1.

Son igualmente importantes los aportes conceptuales de Cremades, B. Estudios sobre Arbitraje, Marcial Pons, Madrid, 1977.

Amén de las tesis que se sostengan en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, debe concluirse, en primer lugar que este se desenvuelve por medio del proceso, con caracteres y estructura similar al de la jurisdicción ordinaria; y en segundo lugar, que el árbitro carece de imperium para ejecutar por sí mismo la solución que aporte al conflicto. Estas dos circunstancias son de la mayor relevancia para la tutela cautelar a la institución arbitral.

Por su parte, la tutela cautelar constituye la respuesta del ordenamiento procesal a la necesidad de protección a la eficaz solución de la controversia evitando la virtual y efectiva defraudación de las mismas por los motivos antes expuestos. Calamandrei y los procesalistas italianos iniciaron el camino de la configuración de una disciplina jurídica cautelar en el marco del derecho procesal y a ellos se les debe lo que se conoce como régimen cautelar. Hay acuerdo en la doctrina al determinar como contenido de este régimen los caracteres de la protección cautelar: instrumentalidad, jurisdiccionalidad, provisionalidad, mutabilidad, proporcionalidad y bilateralidad; la clasificación de las medidas cautelares, las tesis en torno a la naturaleza jurídica de la tutela cautelar y los presupuestos para adoptar estas medidas: *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, *periculum in mora* y la contracautela.

Para el estudio y análisis del régimen jurídico aplicable a la adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje comercial internacional se requiere en primer término definir los elementos doctrinales del régimen cautelar que requieren tratamiento diferenciado, teniendo en cuenta los caracteres del arbitraje que lo distinguen de la jurisdicción ordinaria como vía de solución de conflictos, debiendo mencionarse: la carencia de imperium en el árbitro para ejecutar su propia decisión, el carácter comúnmente transfronterizo de las controversias a resolver por la vía arbitral y la nota consensual presente siempre en los fundamentos del procedimiento arbitral a diferencia de la nota coercitiva presente en los procedimientos judiciales. En este sentido deben

mencionarse al menos cuatro elementos propios del régimen cautelar ordinario que requieren tratamiento normativo diferenciado en sede arbitral, los cuales, junto al resto de los elementos doctrinales comunes, conforman el régimen jurídico cautelar en apoyo al arbitraje comercial internacional.

3. LAS CUATRO CUESTIONES RELEVANTES.

Deben definirse como elementos doctrinales del régimen jurídico cautelar que requieren regulación específica para el arbitraje comercial los siguientes: en primer lugar, la característica de la jurisdiccionalidad, en virtud de la cual la función cautelar solo puede ser ejercida por órganos jurisdiccionales, entendidos éstos como aquellos creados por ley con la función de juzgar y ejecutar lo juzgado, cuales son los tribunales de justicia³. La doctrina en materia

³ Sobre éste y los demás caracteres enunciados de las medidas cautelares, vid. Calamandrei, P., *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Editorial Biblioteca Argentina, Buenos Aires, 1945; Chiovenda, G., *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentís Melendo, S., Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1949 y del último, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Emilio Gómez Orbaneja, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, D.F., 1989, a quienes se les atribuye la organización, sistematización y puesta a punto doctrinal del régimen cautelar. Vid. además: De Lazzari, N., *Medidas Cautelares*, Editorial Platense, La Plata, 1995, t. I, p. 8 y ss.; Ortells Ramos, M. et Calderón Cuadrado, M.P., *La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español*, Editorial Comares, Granada, 1996; Martínez Botos, R., *Medidas Cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 70 y ss., mencionando la instrumentalidad, sumariedad, provisionalidad, flexibilidad y caducidad; en sentido idéntico: Palacio, L.E., *Derecho Procesal Civil: Procesos Cautelares y Voluntarios*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 45 y ss. y Kielmanovich, J., *Medidas Cautelares: Embargabilidad e Inembargabilidad*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 42 y ss.

Entre nosotros deben destacarse dos estudios sistematizadores sobre el régimen cautelar: Mendoza, J., *Un Acercamiento al Régimen Cautelar del Proceso Económico Cubano*, Boletín ONBC No.29, Ediciones ONBC, La Habana, octubre-diciembre 2007, pp. 2-14 y Pérez Gutiérrez, I., *Del Régimen Cautelar en el Contexto del Proceso Civil Cubano*, Tesis presentada en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2010.

de tutela cautelar al arbitraje ha sometido a revisión esta característica al admitir y desarrollar la atribución de facultades a jueces y árbitros para la adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje, teniendo en cuenta la voluntad de las partes que pueden preferir por diversas razones la tutela cautelar del árbitro, y la carencia de imperium del árbitro para ejecutar su propia medida cautelar que puede hacer a las partes preferir la tutela cautelar del juez⁴.

En segundo lugar, la clasificación de medidas cautelares. La doctrina, norma y praxis cautelar en apoyo al arbitraje han subvertido los criterios clasificatorios propios del régimen cautelar ordinario sin dejar de ser compatibles unos con otros. Los estudios sobre el tema que nos ocupa han desarrollado una disciplina clasificatoria con carta de identidad respecto de la del régimen cautelar ordinario

4 La carencia de imperium del árbitro constituye uno de los elementos más destacados e inevitables del arbitraje comercial internacional en sus diferencias respecto de la solución judicial de la controversia. El árbitro, como no es una autoridad estatal ni su poder reviste carácter de soberano, no tiene facultad alguna para ejecutar o conminar a los órganos represivos para la ejecución de sus decisiones. Para ello requiere el apoyo del juez estatal. Un importante sector doctrinal ha sostenido la enorme desventaja en otorgar facultad al árbitro en materia cautelar con base en esta carencia y todos los estudios acerca de la relación entre el juez y el árbitro hacen referencia a esta especie de pecado original, de destino trágico a lo teatro griego.

Vid. Bernardini, P., *Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration*. UNCITRAL Proposal on Interim Measures and Power of the Arbitral Tribunal to Order Interim Measures, IFCAI Conference, Vienna, 27 June 2003, p. 1; Karrer, P.A., *Court-Ordered Interim Measures in Support of Arbitration*, IFCAI Conference, Vienna, 27 June 2003, p. 3; Yesilirmak, A., *Les Mesures Provisoires et Conservatoires dans la Pratique Arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale*, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, vol. 11, num. 1, 1er semestre 2000, Paris, p. 34; Schaefer, I. *New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared*, Electronic Journal of Comparative Law, 1998, p. 6, 7; Fernández Rozas, J. C., *Arbitraje y Justicia Cautelar*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXII, 2007, pp. 44-49; LaPiedra Alcamí, R. *La Intervención Judicial en la Adopción de Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional*, Servei de Publicacions – Universitat de Valencia, 2003, p. 256, 420, 421.

y tal es su importancia que la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional considera necesaria su inclusión legislativa en cada uno de los estados. Estos nuevos criterios clasificatorios obedecen fundamentalmente a la enorme diversidad y complejidad en la formulación de tales medidas, en correspondencia a su vez con la diversidad de controversias comerciales y la constante presencia del factor transfronterizo coadyuvando a la complejidad de las mismas⁵.

En tercer lugar, la característica de la bilateralidad del procedimiento cautelar, en virtud de la cual las actuaciones cautelares requieren plena garantía al derecho de la parte afectada a hacer valer sus alegaciones previa adopción de la medida en cuestión. La revisión de este postulado supone la posibilidad de adopción de medidas cautelares en condiciones inaudita altera pars por el juez y por el propio árbitro.

En cuarto y último lugar, no se trata ya de una cuestión propia del régimen cautelar ordinario sino del arbitraje comercial mismo, cual es el carácter de

5 La presencia del factor transfronterizo en el arbitraje comercial es vital hasta el punto que forma parte del nombre de la institución misma: arbitraje comercial internacional. La CNUDMI ha reconocido la importancia del factor transfronterizo incluso en el ámbito de la tutela cautelar al arbitraje: vid., documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 44-47.

Vid. al respecto: Ramos Méndez, F., *Arbitraje y Proceso Internacional*, col. Biblioteca Procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1987, p. 198; Schaefer, J., op. cit., p. 4, 7, 17; Fernández Rozas, J.C., *El Arbitraje Comercial Internacional entre la Autonomía, la Anacionalidad y la Deslocalización*, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LVII, 2005, p. 15; Fernández Rozas, J.C., *Arbitraje y Justicia Cautelar*, op. cit., p. 34, 38, 43, 50 y 57; Fernández Rozas, J.C., *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, p. 1046, 1048 y ss.; LaPiedra Alcamí, R., op. cit., p. 275-278; Redfern, A., *Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection. Is the Tide About to Turn?* en *Texas International Law Journal*, vol. 30, p. 71, University of Texas at Austin, p. 16; Adhipathi, Sandeep, *Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future*, University of Georgia School of Law, Athens, Georgia, USA, 2003, disponible en sitio web de University of Georgia School of Law: <http://digitalcommons.law.uga.edu/stu1lm/1>, consulta de 29 de octubre de 2008, p. 40.

juicio privado y verificable solamente entre las partes arbitrales. La revisión de este axioma ha abierto la posible adopción de medidas cautelares dirigidas a terceras personas ajenas al acuerdo arbitral en función de garantizar los activos sobre los cuales ejecutar el laudo final. He aquí las cuatro cuestiones requeridas de revisión en sede de tutela cautelar al arbitraje comercial.

4. CUESTIÓN PREVIA O PRIMERA CUESTIÓN: CARÁCTER JURISDICCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR Y ATRIBUCIÓN DE FACULTADES A JUECES Y ÁRBITROS PARA ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO AL ARBITRAJE.

La primera de las cuestiones a resolver es a quien otorgar la facultad de adoptar estas medidas, lo que es decir, qué autoridad resulta competente para adoptar estas medidas en apoyo a un procedimiento arbitral. Dentro de los estudios sobre tutela cautelar al arbitraje, este ha sido el tema que mayor espacio ha ocupado, tanto a nivel internacional como nacional. Deben significarse los aportes al tema en foros jurídicos internacionales así como las soluciones construidas por las leyes nacionales de cada estado.

4.1. APORTES DE LOS CONVENIOS Y FOROS INTERNACIONALES.

4.1.1. LABOR UNIFICADORA DEL ARBITRAJE EN EL MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS: LA LEY MODELO Y EL REGLAMENTO DE LA CNUDMI⁶.

Paralelo al Convenio de Nueva York⁷, Naciones Unidas desarrolla esfuerzos importantes en la unificación y homogeneización del derecho del arbitraje

⁶ Aprobada por la CNUDMI el 21 de junio de 1985 al final de su 18 período de sesiones, recomendada para la consideración de los estados miembros por la Asamblea General según Resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985. Vid. documento de Naciones Unidas, A/40/17, Anexo 1, disponible en www.mcgill.ca/files/arbitration/Loitype-en.pdf, consulta de 13 de septiembre de 2010.

comercial internacional a través de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- y su Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación⁸. La CNUDMI es una institución del sistema de las Naciones Unidas que dedica sus esfuerzos a uniformar el derecho mercantil a nivel internacional a través de la redacción de diversos textos legislativos sobre varias materias, entre ellos, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y el Reglamento de Arbitraje de 1976.

La CNUDMI comparte una serie de caracteres que se transfieren a la legislación que emite y que lo distingue del resto de los organismos internacionales que se dedican a la producción normativa sobre arbitraje comercial. En primer lugar, sus textos tienen carácter indicativo y no compulsorio. La CNUDMI tiene como finalidad la promoción de un derecho mercantil internacional uniforme y en tal propósito desarrolla propuestas normativas que no tienen intención de imponerse de modo coactivo, caso contrario sería violentar la soberanía

7 Aprobado a las 4.15 pm por la Conferencia de Naciones Unidas para el Arbitraje Comercial Internacional en su 25 sesión de 10 de junio de 1958. Con la presidencia de Schurmann, representante de Holanda y Schachter como Secretario Ejecutivo, firmaron el acta final los plenipotenciarios de Bélgica, Costa Rica, El Salvador, República Federal Alemana, el Reino Hachemita de Jordania, India, Israel, Holanda, Filipinas y Polonia. Acta final de la Conferencia publicada en documento de Naciones Unidas de distribución general E/CONF.26/SR.25 de 12 de septiembre de 1958, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-sr/25-N5815727.pdf>, consulta de 18 de septiembre de 2010. Texto íntegro de la convención disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/1958_NYC_CTC-s.pdf.

8 Conocida igualmente por sus siglas en inglés: UNCITRAL (United Nations Commission for the International Trade Law). Surge en virtud de Resolución 2205-XXI de 17 de diciembre de 1966 de la Asamblea General en su sesión plenaria número 1497 con el objetivo de encabezar las iniciativas de las Naciones Unidas para reducir o eliminar los obstáculos impuestos por las leyes nacionales al comercio mundial. Es así que su misión consiste en el fomento de la armonización y unificación del derecho mercantil internacional. Integrada por 60 estados miembros elegibles por 6 años y la mitad de ellos culmina cada tres años.

legislativa de los estados. Por otra parte, la naturaleza del órgano y su papel dentro del sistema de las Naciones Unidas le suprime cualquier nota de coercibilidad a sus resoluciones y productos normativos.

En segundo lugar, su labor tiene un sentido ecuménico, entendido como cualidad de los textos CNUDMI, particularmente aquellos sobre arbitraje, para ser el producto del consenso doctrinal de casi todos los países del mundo. A diferencia de los convenios internacionales previamente analizados, la legislación modelo de la CNUDMI no es el resultado de la sanción parlamentaria a un proyecto redactado por una comisión legislativa ad hoc ni de un grupo de académicos élites y funcionarios comisionados por una cámara de comercio o centro arbitral. Estas reglas son el producto del consenso internacional en torno a los temas relativos al derecho mercantil internacional que están en la agenda para discusión. Numerosos países tienen representación en la Comisión y en tal sentido hacen valer fundadamente su opinión en la materia correspondiente y expresan de algún modo el sentir nacional en torno al mismo; desde el 32 período de sesiones Cuba está presente como observador, junto a la notable participación en tal calidad, entre otros, de la Santa Sede. Ha de incluirse además, la nota de la publicidad de los debates que permite monitorear con relativa facilidad –e incluso con la dificultad del exceso de información– los argumentos doctrinales y prácticos sostenidos y descartados en función de la redacción de los instrumentos modelo. Esto hace de los avances de la UNCITRAL en la materia, un genial tratado sobre el estado de la cuestión en el mundo.

El sentido ecuménico no solo hace referencia a lo universal de la participación en la redacción de los textos sino además en su adopción. Todos los países que han modificado o relanzado su legislación arbitral a partir de los noventa del siglo XX han adoptado de una forma u otra los preceptos de la ley modelo y en

aquellos que no lo han hecho, necesariamente se han enfrentado al dilema aún cuando haya sido en sentido negativo.

4.1.2. LA SOLUCION DE LA COMISION DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.

Los preceptos relevantes en esta materia son el artículo 9 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional y el 26.3 del Reglamento de Arbitraje, respecto de la facultad cautelar del juez; y los artículos 17 de la Ley Modelo y 26.1 y 26.2 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, relativos a la facultad cautelar del árbitro.

La facultad cautelar del juez es resuelta en el artículo 9 de la Ley Modelo y 26.3 del Reglamento de Arbitraje⁹ a través de una declaración de compatibilidad entre el acuerdo de arbitraje y la solicitud al juez de la medida cautelar. En cuanto a la facultad cautelar del árbitro, la misma es dispuesta en dos preceptos casi idénticos en disposiciones normativas distintas -la Ley Modelo, para el

⁹ Artículo 9, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional: “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, ni que el tribunal conceda esas medidas”.

Artículo 26.3, Reglamento de Arbitraje: “La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo”.

Vid. Vid. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional, 1976 [en línea]. Disponible en <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>>. Sitio oficial de la CNUDMI, [consulta de 26/9/2010]; ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985 [en línea]. Disponible en <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/LEYMOD-1.pdf>>. Sitio oficial de la CNUDMI, [consulta de 26/9/2010].

arbitraje comercial internacional en sentido general, y el Reglamento de Arbitraje para el arbitraje ad hoc¹⁰-, como elemento natural del procedimiento arbitral; es decir, que tal facultad existe salvo pacto en contrario de las partes. Ninguno de los preceptos contentivos de las soluciones mencionadas tiene vocación estática, sino que han sido objeto de modificación¹¹.

4.1.3. EL DEBATE EN TORNO A LA MODIFICACION DE LOS PRECEPTOS RELATIVOS A LA TUTELA CAUTELAR EN LOS DOCUMENTOS CNUDMI.

Las propuestas de modificación a la solución CNUDMI sobre medidas cautelares arranca con la emisión por el pleno de la Asamblea General de las Naciones Unidas del histórico documento “Posible Labor Futura en Materia de

10 Artículo 17, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”.

Artículo 26, Reglamento de Arbitraje: “.1: A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto del litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos..2: Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas”.

11 Sobre la importancia de los debates en la CNUDMI para el arbitraje comercial internacional: “Es en este contexto en que debe ser evaluada la labor de la CNUDMI. A mayor percepción de la ley modelo como texto capaz de proveer efectiva protección cautelar, particularmente en el crucial asunto de la ejecución, mayor será la recepción del texto por los legisladores nacionales y la comunidad arbitral internacional en vista de su contribución al desarrollo del arbitraje. La regulación ideal debe lograr el propósito de asegurar a las partes y al árbitro que éste último podrá emitir una medida capaz de ser efectivamente ejecutable de modo similar a una emitida por el juez”.

Vid. Bernardini, P., UNCITRAL Proposal on Interim Measures: Power of the Arbitral Tribunal to Order Interim Measures, IFCAL Conference, Viena, 27 June 2003, p. 2, parr. 5.

Arbitraje Comercial Internacional¹². A partir del mismo, la Comisión junto a su Grupo de Trabajo II comienzan a circularse una serie de comunicaciones relativas a la labor conjunta de armonización del derecho del arbitraje en las cuales delinear los temas de atención prioritaria por la Comisión, entre los cuales destaca el régimen de adopción de medidas cautelares¹³. Es entonces, a

12 Este documento emitido por la Asamblea General, tiene como propósito invitar a la CNUDMI al estudio de las experiencias prácticas de aplicación de la Ley Modelo, dada cuenta de la favorable acogida que ha tenido en diferentes ordenamientos jurídicos nacionales en los años noventa, por lo que se impone a la altura de 1998, iniciar una etapa de análisis de las experiencias de aplicación de la misma en cada uno de los estados que han suscrito tal ley.

El documento es de importancia vital para la CNUDMI, le ha concedido nuevo sentido y significado a la Comisión que desde la emisión del mismo, se ha dedicado especialmente a evaluar su impacto en el mundo comercial internacional de cara a posibles modificaciones, desarrollando una labor de diagnóstico y evaluación tal que le ha permitido nuclearse de una comunidad de expertos y generar un debate internacional que excede los aspectos propios de la ley modelo para encarnar en estos momentos, el más vivo y controversial foro doctrinal de discusión sobre el arbitraje comercial internacional en el mundo, así como otros temas de interés para el derecho mercantil internacional.

Vid. documento de Naciones Unidas A/CN.9/460 disponible en <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/32nd.html>.

13 Entre los temas de atención prioritaria por la Comisión y su Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje están: conciliación, requisitos de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, posibilidad de ejecución de un laudo anulado en un país extranjero, fuerza ejecutiva de las medidas provisionales, significado y efecto de la disposición relativa al derecho más favorable del artículo VII del convenio de Nueva York; presentación de demandas en procedimientos arbitrales con fines de compensación y competencia del tribunal arbitral con respecto a dichas demandas; autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado; facultad discrecional residual para decidir la ejecución de un laudo pese a la existencia de una de las causales de rechazo enumeradas en el artículo V del convenio de Nueva York; y la facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses. En el mismo contexto de la adopción de medidas cautelares, las cuestiones que ameritan interés prioritario son: competencia para la adopción de las medidas y alcance de la misma, relación entre el tribunal judicial y arbitral al momento de la

partir de enero de 2002, que comienzan a materializarse las principales propuestas de modificación de los artículos de la Ley Modelo relativos al tema que nos ocupa.

En sentido general, las dos propuestas versan sobre la facultad cautelar del árbitro y del juez respectivamente y tienen como precepto normativo receptor de la modificación, el artículo 17 de la Ley Modelo. En la nomenclatura de la Comisión, la primera de ellas conocida como “modificación al artículo 17” y la segunda como “modificación al artículo 17 ter” pasando a denominarse a partir del 39 período de sesiones de la Comisión en 2006 “modificación al artículo 17 undecies”.

En primer término, vale decir que la cuestión de la facultad cautelar del árbitro ha sido la única cuestión incontestada en el marco de las deliberaciones para la modificación del artículo 17 de la Ley Modelo. No solo no hubo discusión en torno a las propuestas de variación sobre este aspecto, sino que sencillamente no hubo intención alguna en la Comisión ni en su Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje en modificar la solución previamente dispuesta en la Ley Modelo sobre la facultad del árbitro para adoptar las medidas cautelares que entienda en apoyo a su propio proceso arbitral. Si bien, la propuesta de modificación del artículo 17 versa sobre un grupo de temas relativos a la tutela cautelar al arbitraje, es dable destacar que el único de esos temas que se ha mantenido

constitución del último, condiciones para adoptar las medidas, clases de medidas a adoptar y ejecutabilidad de las medidas en otro país.

La referencia más exacta y concisa de los temas de atención prioritaria por la Comisión en materia de medidas cautelares y sobre arbitraje en general es el documento de las Naciones Unidas A/CN.9/WG.II/WP.119, “Solución de Controversias Comerciales. Elaboración de Disposiciones Uniformes sobre Medidas Provisionales Cautelares”, Nota de la Secretaría de la Comisión en el 36 período de sesiones.

invariable en el hilo de las deliberaciones es el de la facultad cautelar del árbitro como elemento natural del proceso arbitral¹⁴.

Desde el 32 período de sesiones de la Comisión hay manifestaciones claras de la preocupación en torno a la facultad cautelar del juez y el modo en que actualmente está redactado en el artículo 9 de la Ley Modelo¹⁵. En ese mismo período de sesiones, Comisión y Grupo de Trabajo II concuerdan en valorar para el futuro la adopción de un texto armonizado que disponga de un régimen al estilo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París¹⁶. Tal valoración no prosperó. No es sino hasta

14 Es así como desde su 32 período de sesiones hasta el 41, el tema de la facultad cautelar del árbitro no aparece en las propuestas de modificación del artículo 17 sino para confirmar su actual redacción en la Ley Modelo. El tema en cuestión se ha mantenido inamovible a pesar de la convocatoria a proponer sobre él que lanzara la Comisión a la comunidad arbitral internacional en el 32 período de sesiones, a pesar también de la inclusión del tema en cuanto acápite sobre cuestiones por examinar incluyera la Comisión en sus textos y en los programas de las sesiones. Ni tan siquiera las contrapropuestas más controversiales presentadas a la consideración de la Comisión: la de Estados Unidos relativa a las condiciones y ejecución de las medidas y la de la Cámara de Comercio Internacional relativa a la negativa de las medidas cautelares ex parte, hacen referencia mínima al tema.

Tal consenso doctrinal mundial en torno al asunto es reconocido por la propia Comisión en el Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 40 período de sesiones. Vid. documento de Naciones Unidas A/CN.9/547.

15 Ya en el mismo 32 período de sesiones la Comisión hace referencia a la necesidad de un régimen jurídico armonizado para la medida cautelar del juez en apoyo al arbitraje y el papel del tribunal arbitral en la solicitud de tal medida, proponiendo tomar en cuenta para ello las experiencias en la redacción del Convenio Internacional de Embargo de Buques de 1999 particularmente su artículo 7. Asimismo, propone la aplicación de los Principios sobre Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales de la Asociación de Derecho Internacional –Principios de la ILA- como ejemplo ilustrativo de vertebración de un régimen jurídico aplicable a la facultad del juez para adoptar medidas de este tipo.

16 “En el contexto del debate sobre las medidas provisionales que podría dictar un tribunal arbitral, se propuso que el Grupo de Trabajo examinara la preparación de reglas uniformes para los casos en que una parte en un acuerdo de arbitraje acudiera a un tribunal judicial solicitando

el 38 período de sesiones en que comienzan las deliberaciones en torno a la formulación de la primera propuesta seria de modificación del artículo 17 en torno al tema de la facultad cautelar del juez, la cual se dio en llamar “proyecto de artículo 17 ter”¹⁷. Ya en el 42 período de sesiones hay una propuesta concreta de proyecto de artículo 17 ter sobre el tema y dos variantes que

una medida cautelar. Se señaló que era especialmente importante para las partes tener acceso efectivo a esa asistencia judicial antes de que el tribunal arbitral se constituyera, pero también después de esta constitución podía tener una parte razones fundadas para solicitar la ayuda judicial. Se añadió que esas solicitudes podrían hacerse a los tribunales judiciales del Estado en que tuviera lugar el arbitraje o de otro Estado”.

Vid. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. GRUPO DE TRABAJO II (ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN). DOCUMENTO A/CN.9/468. 10 DE ABRIL DE 2000, Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 32 período de sesiones, documento A/CN.9/468, 10 de abril de 2000, par. 85.

17 Siendo el tema en cuestión, relativo a la facultad cautelar del juez en apoyo al arbitraje, resulta inaudito e incluso ilógico, que las propuestas en tal sentido tengan por objeto el artículo 17 y no el artículo 9. La explicación a tal situación la da la propia Comisión al considerar que el artículo 9 no tiene vínculo alguno con el tema de la facultad cautelar del juez. Fuera de toda lógica y razón, la Comisión consideró que el objeto de regulación del artículo 9 es el derecho de las partes a la tutela cautelar del juez en apoyo al arbitraje, lo cual no tiene relación con la competencia cautelar del juez en apoyo a este tipo de procedimientos, lo cual debe preverse de modo independiente en un armonizado artículo 17:

“En cuanto a la relación existente entre lo dispuesto en el artículo 9 y en el artículo 17 ter, se observó que el alcance de uno y otro artículo era distinto, ya que el artículo 9 se ocupaba del derecho de un tercero interesado (sic) a demandar una medida cautelar ante el foro judicial, mientras que el artículo 17 ter facultaba expresamente al foro judicial competente para otorgar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral”. Vid. documento de Naciones Unidas A/CN.9/573, par. 93.

De cualquier modo, es una posición contradictoria para la propia CNUDMI, demostrando que aún este argumento no le queda claro. Formulada una propuesta para incluir este proyecto de artículo a continuación del artículo 9 de la Ley Modelo, fue rechazada pero no por la carencia de relación entre uno y otro, sino porque : “...dado que el artículo 9 figuraba en el capítulo II de la Ley Modelo, que se refería al acuerdo de arbitraje, esa opción no se consideró adecuada”. Vid. documento A/CN.9/592, par. 41.

gravitan en torno a la ley aplicable¹⁸. La primera de las variantes disponía la ley del foro como ley aplicable a la competencia para dictar tal medida, mientras que la segunda de las variantes disponía las propias normas de la Ley Modelo para ello, particularmente el artículo 17. Se adoptó finalmente la primera variante: la ley del foro.

Por último, en las sesiones correspondientes a febrero de 2006, el proyecto de artículo 17 ter –reubicado y renombrado como proyecto de artículo 17 undecies– cambió completamente su redacción en aras de la claridad y transparencia de la finalidad perseguida¹⁹. Tal proyecto cuenta entre sus ventajas más importantes, que no solo declara la competencia del juez –como lo hace el artículo 9–, sino que dispone el sentido y alcance de tal competencia y facultad judicial. Por demás, declara la igualdad en alcance y grado de la competencia cautelar del juez para la litigación arbitral respecto de la litigación ordinaria al disponer que en ambos casos sean igualmente competentes. Por otra parte, aclara que la competencia no se limita al conflicto arbitral nacional, sino que incluye la tutela

18 El proyecto de artículo es como sigue: “El tribunal tendrá la misma competencia para dictar medidas cautelares a fin de facilitar actuaciones arbitrales y en relación con estas que la que ejerce con objeto de facilitar actuaciones judiciales y en relación con éstas, [y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias normas y procedimientos en la medida en que éstos sean aplicables, habida cuenta de las características específicas de un arbitraje internacional]”. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. GRUPO DE TRABAJO II (ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN). DOCUMENTO A/CN.9/WG.II/WP.138. 8 DE AGOSTO DE 2005, p. 41.

19 Proyecto definitivo de artículo 17 undecies: “El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que tengan lugar en el país de su jurisdicción o en otro país que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales o en relación con ellas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas y procedimientos en la medida en que sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional”. Vid. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor en su 44 período de sesiones, documento de Naciones Unidas A/CN.9/592, Nueva York, 27 de febrero de 2006.

cautelar a conflictos con elemento extranjero. Por último, dispone que tal competencia se rija por la propia ley nacional, sin embargo, exige que el ejercicio de tal facultad sea consistente con “los rasgos distintivos de un arbitraje internacional”. Se ignora el motivo de la inclusión de este elemento normativo que adquiere rango de concepto jurídico indeterminado, pero no puede más que significar una concesión a la diversidad de regímenes legales a los cuales el régimen armonizador de la CNUDMI y particularmente la Ley Modelo va dirigido.

Como resultado de este proceso deliberativo, el artículo 17 de la Ley Modelo contiene disposiciones relativas a la facultad del tribunal arbitral para adoptar medidas cautelares, las condiciones para el otorgamiento de las mismas, la solicitud y el régimen específico de adopción y ejecución de órdenes preliminares; modificación, suspensión y revocación de tales medidas, exigencia de garantías al solicitante por el tribunal arbitral, comunicación al tribunal de información relevante para la adopción; costas, daños y perjuicios por adopción injustificada de la medida cautelar; motivos para el reconocimiento y ejecución transfronterizo de medidas cautelares y régimen aplicable a las adoptadas por un tribunal judicial en apoyo al procedimiento arbitral²⁰. Se constituye así el más completo régimen cautelar internacional en apoyo al arbitraje hasta el momento.

4.1.4. MARCO CONVENCIONAL VIGENTE EN CUBA: EL CONVENIO EUROPEO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE GINEBRA SUSCRITO EN 1961.

20 Para mayor información, vid. artículo 17 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, según modificaciones aprobadas por la Comisión en su 39 período de sesiones. Vid. Informe de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 39 período de sesiones, presentado a la Asamblea General en su sesión 61 del año 2006, documento de Naciones Unidas, A/61/17, suplemento 17, parr. 88 y ss.

El Convenio de Ginebra de 1961 forma una especie de gran trío conformador del sistema arbitral internacional junto al de Nueva York de 1958 y CIADI; y si cabe destacar entre los tres, los dos que sostienen relación más dinámica, son precisamente el de Nueva York y el de Ginebra, los cuales funcionan como complemento: el primero garantiza la ejecución transfronteriza de los laudos arbitrales y el segundo atiende a la homogeneización del procedimiento arbitral previo a la emisión del laudo²¹. El vínculo entre ambas convenciones resulta más evidente al observar la intensa relación entre varios de sus preceptos, de modo particular, en materia de control judicial del laudo: Nueva York fue promulgado precisamente en función del reconocimiento y ejecución transfronterizo disponiendo de las causales de denegación del mismo en su artículo V, mientras que Ginebra evita hacer alusión a esto y en cambio dispone en su artículo IX sobre el recurso de nulidad del laudo.

No hay antecedentes significativos de suscripción por Cuba de instrumentos jurídicos internacionales sobre arbitraje. El documento con valor bibliográfico más importante referente al tema es un dictamen técnico emitido por el abogado consultor de la Cámara de Comercio de Cuba, Sr. Santiago Gutiérrez de Celis, a solicitud de su presidente y enviado el 23 de octubre de 1924 al Jefe del Negociado de la Liga de las Naciones de la Secretaría de Estado de la República, Sr. Enrique Guiral, ante la convocatoria por la Liga a los estados a suscribir y ratificar el Protocolo de Ginebra de 1923. El mismo recomienda al Secretario de Estado la no suscripción del referido instrumento bajo el argumento de ser contradictorio en su contenido con la norma vigente en la materia en Cuba con expresa mención que ello no debe entenderse como rechazo al arbitraje comercial como medio para la solución de conflictos²². La

21 Vid. Esplugues Mota, C., El Juez y el Árbitro en el Arbitraje Comercial Internacional, Cuadernos de derecho judicial, N° 1, 1997, pags. 13-57.

22 "En consecuencia, mi opinión en esta materia se sintetiza en esta conclusión principal: Existe, según he demostrado, una evidente falta de armonía entre nuestro derecho positivo y los

Secretaría de Estado hace suyo el dictamen enviándolo a la Secretaría de la Liga de las Naciones junto a nota de la Presidencia de la República declinando la firma del Protocolo.

4.1.5. LA FORMULA LEGAL DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA SOLICITUD AL JUEZ Y EL ACUERDO ARBITRAL.

Debe señalarse la relevancia del artículo VI.4 el cual dispone de una conocida fórmula legal por la cual se declara compatible el recurso al juez en busca de protección cautelar con el acuerdo arbitral disponiendo la competencia del árbitro sobre el asunto de referencia²³. Esta fórmula legal tiene por propósito por

artículos del Protocolo sobre Arbitraje aprobado por la 4ta. Asamblea de la Liga de las Naciones. Por lo tanto, ratifico mi opinión adelantada al iniciar este trabajo, en el apartado II, en el sentido de que no creo recomendable que el gobierno de Cuba firme el Protocolo de Cláusulas de Arbitraje en los Contratos Comerciales a que me he referido, puesto que dicho Protocolo no se acomoda a la legislación vigente en la República sobre la materia, y no debe recomendarse al gobierno que firme un compromiso internacional que está en pugna con la ley en vigor. Si el gobierno se decidiese a firmar el Protocolo, tendría que hacerlo con la reserva amplísima de no cumplirlo mientras no se modificara la legislación vigente en Cuba; pero la firma en esas condiciones nada monta (sic), y equivale, como dije antes, a no firmarlo. A más de esa conclusión, de este Informe pueden derivarse éstas otras:

La Cámara de Comercio, Industria y Navegación de la Isla de Cuba ha manifestado siempre su opinión favorable a la implantación entre los comerciantes del arbitraje como medio de resolver sus litigios [...]”.

Vid., Gutiérrez de Celis, S., ¿Debe Firmar el Gobierno de Cuba el Protocolo de la Liga de las Naciones sobre Arbitraje en los Contratos Comerciales?, La Habana, Imprenta de Mario Villegas, julio 1925, p. 12.

23 Artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961: “Si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo”.

Vid. CONVENCIÓN EUROPEA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ginebra, 21 de abril de 1961, disponible en www.cocin-cartagena.es/externo/pdf/TR03.pdf, consulta de 25 de enero de 2011.

una parte, suprimir la lógica contradicción dimanante de la formulación de una solicitud ante el juez por una parte que haya acordado recurrir al árbitro y por otra parte, aprobar la intervención judicial en un ámbito que por voluntad de las propias partes le pertenece al árbitro. Todo lo anterior en función de otorgar eficaz protección cautelar al arbitraje comercial internacional.

Vale destacar la enorme importancia de la fórmula legal. Aparece originalmente en el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra, discretamente insertado en el artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI y a partir de allí su elevado nivel de diseminación legislativa internacional²⁴. La evidente redacción de la fórmula en términos de principio del derecho motivó en su momento, al menos en España, la controversia en torno a su naturaleza en el siguiente sentido: si es una norma atributiva de competencia o si es una mera declaración de principios en cuyo caso no tiene efecto jurídico atributivo y requiere desarrollo legislativo interno en cada estado. LaPiedra Alcamí menciona como doctrina que sustenta el carácter de principio requerido de desarrollo legislativo interno a Ramos Méndez, Artuch Iriberry, Chillón Medina-Merino Merchán y Garcimartín Alférez, amén de la propia autora²⁵. Al menos para nosotros en Cuba, queda claro el efecto

24 Artículo 9, Ley No. 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997, de Arbitraje de la República del Ecuador; artículo 67, Decreto 67/95, Ley de Arbitraje de la República de Guatemala; artículo 13.IV, Ley 1770 de Arbitraje y Conciliación de la República de Bolivia; artículo 11.3, Ley 60/03 de Arbitraje del Reino de España, a sección 1033 del Código de Procedimiento Civil alemán – ZPO-, el artículo 1047.2 de la Ley de Arbitraje de Holanda, el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la AAA, el artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI y el artículo 46 del Reglamento de Arbitraje de la OMPI, por solo citar pocos ejemplos.

25 “Un análisis en profundidad de este precepto pone de manifiesto que el Convenio de Ginebra tan solo establece lo que podríamos considerar un principio general en la materia. Y por tanto, requiere de una regulación por la legislación interna de cada Estado [...] no parece que en ningún momento se esté atribuyendo expresamente competencia a los jueces para dictar medidas cautelares a favor de un arbitraje por cuanto que no se trata de una norma de competencia, sino que constituye la mera declaración de una regla general [...]

atributivo de competencia judicial que ostenta el precepto en cuestión más allá de su formulación, así lo han entendido los autores que entre nosotros se han ocupado del tema²⁶. Cuba es parte del Convenio de Ginebra en virtud de Proclama Presidencial desde 1965 suscribiéndolo con reserva de reciprocidad y reserva comercial²⁷.

Como ya hemos apuntado anteriormente, la finalidad del precepto no es regular esta cuestión a nivel internacional, atribuyendo competencia a los jueces en materia cautelar. Sino que tan solo pretende establecer una especie de enunciado de carácter general en la materia. Serán los distintos sistemas estatales de arbitraje, así como los reglamentos institucionales aplicables en cada caso, los que lleven a esta conclusión. En definitiva, la admisión de la competencia de los jueces en este caso estará en función de que la ley aplicable al procedimiento arbitral, que suele ser la del lugar de celebración del arbitraje", LaPiedra Alcamí, R., op. cit., p. 229.

LaPiedra Alcamí cita en sustento a su posición doctrinal –por orden cronológico- a: Ramos Méndez, F., Arbitraje Internacional y Medidas Cautelares en Arbitraje y Proceso Internacional, Editorial Bosch, Barcelona, 1987, pp. 183 y ss.; Chillón Medina, J.M. et Merino Merchán, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, Civitas, Madrid, 1996, pp. 887 y ss.; Garcimartín Alférez, F.J., El Régimen de las Medidas Cautelares en el Comercio Internacional, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 189. Artuch Iriberrí, E., La Adopción de Medidas Cautelares por el Juez Español en Relación con el Procedimiento Arbitral: Un Conflicto se Diluye (Comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia número 69 de Madrid de 28 de junio de 1999) en Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1999, p. 150

Por su parte Esplugues Mota, manifestando su desacuerdo en sentido positivo, cita como opinión doctrinal representativa de la opinión negativa referida, la tesis doctoral de Artuch Iriberrí: La Eficacia del Convenio Arbitral Internacional en el Derecho Internacional Privado Español (Cuestiones de Derecho Aplicable), de 1996. Vid. Esplugues Mota, C., op. cit., p. 9.

26 Vid. **Cobo Roura, Narciso A, Arbitraje Comercial y Tutela Judicial**, Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, vol. 62, num. 3-4; oct-dic. 2001; Mendoza Díaz, J. et Pérez Silveira, M.E., Notas sobre el Arbitraje Comercial Internacional en Cuba, inédito: p. 18.

27 Proclama Presidencial de 8 de septiembre de 1965, de la adhesión de la República de Cuba al Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional adoptado en Ginebra, 1961. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 29 de octubre de 1965, edición ordinaria, num. 18, p. 477. Vid. sobre la adhesión cubana: **Cobo Roura, Narciso A, Arbitraje Comercial y Tutela Judicial**, Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, vol. 62, num. 3-4; oct-dic. 2001, p. 4, nota al pie número 9. En igual sentido: "La incorporación de nuestro país se aprueba por el

Esta fórmula es recurrente en la norma arbitral en derecho comparado, de ahí la importancia de su análisis. Su adopción legislativa tiene dos importantes consecuencias legales: una directa y otra indirecta. La consecuencia directa de ésta fórmula legal es el enunciado negativo de la vulneración del acuerdo arbitral por haber solicitado medida cautelar al juez. Ello es un mandato expreso al juez que tiene como finalidad cancelar cualquier interpretación en el sentido de evitar una consecuencia jurídica desfavorable al proceso arbitral por el hecho de formular solicitud cautelar al arbitraje.

La consecuencia indirecta es el enunciado positivo por el cual el juez queda facultado para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje. Se ha sostenido en contra de la consecuencia indirecta, el criterio de que la atribución de facultades a un órgano no puede derivarse indirectamente de un precepto, sino directa y expresamente²⁸. En el caso que nos ocupa, la norma atributiva de competencia al juez en lo cautelar reside en la legislación procesal ordinaria y no en la norma arbitral especial.

Consejo de Ministros en sesión celebrada el 22 de septiembre de 1964, siendo emitida la Proclama Presidencial de fecha 8 de septiembre de 1965, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 18 de 29 de octubre del propio año; en ella se consigna: Que se designa a la Cámara de Comercio de la República de Cuba y su Presidente para que ejerza las funciones encomendadas en virtud del Artículo IV de ésta Convención". Vid. Mendoza Díaz, J. et Pérez Silveira, M.E., Notas sobre el Arbitraje Comercial Internacional en Cuba, inédito: p. 18.

Véase además: Mendoza Díaz, J., Palabras de Apertura del I Congreso Internacional de Derecho Procesal, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Hotel Nacional de Cuba, La Habana, 3-5 abril de 2007; Mendoza Díaz, J., Un Acercamiento al Proceso Civil Cubano, XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, septiembre de 2008.

28 Vid. Schaefer, I. New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared, *Electronic Journal of Comparative Law*, 1998, p. 16.

En este punto debe concluirse que el arbitraje comercial internacional es una materia objeto de fuerte regulación por vía de convenios internacionales. El Convenio de Nueva York de 1958, el Convenio de Washington de 1965, los convenios interamericanos de Panamá en 1975 y Montevideo de 1979, así como el europeo de Ginebra en 1961, son los más importantes suscritos en el mundo para el área latinoamericana y cubana. Cada uno de estos convenios comparte como objetivo homogeneizar y unificar las legislaciones nacionales sobre arbitraje comercial internacional. Por si fuera poco, la CNUDMI encabeza importantísimos esfuerzos en la conformación de un profundo y agudo sistema doctrinal en materia de arbitraje y particularmente en la cuestión que ocupa la presente investigación, a través de la redacción y posterior modificación de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional y el Reglamento de Arbitraje.

Contradictoriamente, de los convenios mencionados con fuerte regulación sobre el arbitraje, solamente hacen referencia a la cuestión cautelar el Convenio de Washington y el de Ginebra; el primero de ellos no suscrito por Cuba y el segundo suscrito pero con escasísima referencia al tema en su artículo VI.4. En razón de lo anterior, no puede sostenerse la vigencia en Cuba de un auténtico régimen jurídico cautelar en apoyo al arbitraje comercial por vía convencional. Solamente la Ley Modelo de la CNUDMI y las reflexiones y deliberaciones en ocasión de su modificación disponen de un auténtico régimen cautelar en apoyo al arbitraje contentivo de reglas y disposiciones relativas a la facultad del tribunal arbitral para adoptar medidas cautelares, las condiciones para el otorgamiento de las mismas, la solicitud y el régimen específico de adopción y ejecución de órdenes preliminares; modificación, suspensión y revocación de tales medidas, exigencia de garantías al solicitante por el tribunal arbitral, comunicación al tribunal de información relevante para la adopción; costas, daños y perjuicios por adopción injustificada de la medida cautelar, motivos para el reconocimiento y ejecución transfronterizo de medidas cautelares y régimen aplicable a las medidas cautelares adoptadas por un tribunal judicial en apoyo al

procedimiento arbitral. Todo lo anterior amerita otorgar a la Ley Modelo y al cuerpo doctrinal deliberativo a ella asociado como un auténtico paradigma para la configuración del régimen cautelar en apoyo al arbitraje comercial internacional.

4.2. SOLUCIONES LEGISLATIVAS NACIONALES. EL MODELO DE LIBRE OPCIÓN.

Varias han sido las soluciones que la doctrina y la ley nacional han creado para atribuir facultades a jueces y/o árbitros para adoptar medidas cautelares. Por su importancia la presente contribución se concentra en la conocida como modelo de libre opción. Bajo este se describe la solución normativa por la cual ambos tribunales están igualmente facultados para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje y por ende ambos tienen competencia sobre el incidente en cuestión. Es el modelo que mayor margen de autonomía concede a la voluntad de las partes en la determinación del órgano que dicta la medida. Desde el punto de vista normativo se concreta generalmente a través de dos preceptos: uno que autoriza legalmente la adopción de medidas cautelares por el árbitro y la conocida cláusula o fórmula de compatibilidad en la cual dispone que la solicitud de medida cautelar al juez no es renuncia al arbitraje. Acogen esta solución, Alemania, la Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, entre otros.

El Código Procesal Civil de la Federación alemana -ZPO- se alinea de modo claro al modelo de libre opción. La facultad cautelar del juez es dispuesta en el artículo 1033 a través de la típica cláusula de compatibilidad, mientras que la del árbitro es declarada en el artículo 1041. Tales preceptos son la reproducción de los artículos 9 y 17 respectivamente de la Ley Modelo de la CNUDMI,

incluidos en la reforma al derecho del arbitraje de 1998²⁹. La legislación procesal alemana ha dispuesto que el árbitro tiene discreción en la tutela cautelar, mientras que el juez por el contrario, tiene la obligación de asistir cautelarmente al arbitraje.

Se ha sostenido que esta distinción entre facultad discrecional y obligación legal entre jueces y árbitros, propia de la ley alemana, no es consistente con el modelo de libre opción³⁰. Se alude a que fuera más a tono con el modelo de libre opción si el órgano seleccionado por las partes arbitrales, quedara legalmente obligado. Las partes, conscientes de la existencia de obligación o no en torno a la facultad de la autoridad seleccionada, pueden preferir la medida cautelar judicial a la arbitral, opción ya favorecida por las ventajas intrínsecas de recurrir al juez antes que al árbitro. Como consecuencia de ello, la opción cautelar arbitral quedaría de facto descartada en la mayoría de las estrategias de litigación arbitral³¹.

29 La reforma alemana del derecho del arbitraje tuvo como motivación más importante, la de situar al país en posición de competitividad ante el mercado internacional del arbitraje. Es de ese modo que Alemania adopta casi íntegramente los lineamientos arbitrales de la Ley Modelo y parte de ello es el modelo de libre opción recomendado por la CNUDMI. Con anterioridad a 1998, Alemania adoptaba el modelo de exclusividad judicial, prohibiendo a los árbitros la adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje; no obstante, los árbitros se pronunciaban respecto de pedimentos cautelares en forma de laudo con la desventaja del requisito posterior del reconocimiento para su ejecución.

Vid., Schaefer, J., op. cit.

30 Vid. *Ibidem*, p. 17.

31 Ésta es una realidad reconocida incluso por quienes defienden la tesis del fortalecimiento del modelo de libre opción alemán con la solución normativa ya apuntada. Schaefer hace referencia a las "tactical decisions" de Kronke como conjunto de decisiones de las partes de carácter procesal, paraprocesal y extraprocesal que conforman una estrategia de litigación que en el caso que nos ocupa, tiende a optimizar la explotación de la naturaleza invasiva de la medida cautelar en el patrimonio de la contraparte como elemento de negociación mutua. Es por ello que se sostiene que el modelo de libre opción alemán, puede derivar en exclusividad

4.2.1. LA SOLUCION CUBANA. SU PRINCIPAL Y PRIMER ACIERTO: ADOPCION LEGAL EXPRESA DEL MODELO DE LIBRE OPCION.

Este es el modelo adoptado por la legislación cubana en la materia, otorgando a las partes en proceso arbitral la opción de acudir al juez o al árbitro, para la adopción de medidas cautelares en apoyo al procedimiento arbitral. Se puede válidamente considerar que nuestra legislación ha materializado el mejor modelo posible, aquel que otorga mayor autonomía, esencia misma del arbitraje como mecanismo para la solución de conflictos. No obstante lo anterior, el modelo atributivo de competencias, tal como ha sido puesto en vigor en Cuba, contiene aciertos y también desaciertos los cuales ameritan análisis en sede del presente informe³².

judicial de facto al corresponderse la decisión de solicitar medida cautelar al juez y solo al juez, con un elemental juicio de conveniencia por las partes.

Vid., Schaefer, J., op. cit.

32 Deben mencionarse varias contribuciones al estudio del arbitraje comercial cubano, particularmente los pioneros como Miranda Bravo, O., El Arbitraje Comercial Internacional, Revista Cubana de Derecho, num. 5, marzo 1992, p. 40 y Moreno Cruz, M. et Horta Herrera, E., Consideraciones Teóricas Acerca de los Órganos de Arbitraje Estatal y el Derecho Procesal Arbitral, Revista Cubana de Derecho, num. 36, enero-marzo 1989, p. 27; este último fuera del contexto del arbitraje comercial pero con consideraciones procesales de valor para el mismo.

Además de los citados en el presente texto, resultan importantes y en especial vínculo con la materia que nos ocupa: Dávalos Fernández, R., El Arbitraje Comercial Internacional en Cuba en Dávalos Fernández, R., Cobo Roura, N.A., Victoria-Andreu, F. (coord), Arbitraje Internacional y Medios Alternativos de Solución de Litigios: Retos y Realidades, Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains-UNJC, s.l., s.d.; López Álvarez, V., et al., La Excepción de Arbitraje ante la Jurisdicción Estatal. Reflexiones y Experiencias a la luz del Ordenamiento Procesal Cubano, Revista Cubana de Derecho, num. 28, julio-diciembre 2006, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, pp. 73-91; Mendoza Díaz, J., Notas Sobre el Arbitraje Comercial Internacional en Cuba, inédito; Pérez Silveira, M.E. et Mendoza Díaz, J., Notas Sobre el Arbitraje en Cuba, inédito y Mendoza Díaz, J., Lo Cautelar en el Arbitraje Comercial Internacional, Intervención en el Panel Medidas Cautelares en el Arbitraje, V Conferencia

La legislación cubana ha adoptado el modelo de libre opción de modo expreso y sin espacio alguno para dudas. En Cuba los jueces son competentes y están facultados para adoptar medidas cautelares en apoyo a un procedimiento arbitral en virtud del artículo 799 LPCALE que otorga a las partes el derecho a solicitar medidas cautelares al juez³³, del artículo 800 LPCALE que fija la competencia para conocer del incidente cautelar en el mismo tribunal que conoce del proceso principal con la excepción del proceso arbitral en cuyo caso el tribunal competente para desarrollar las actuaciones cautelares lo será el del domicilio del demandado³⁴, y del artículo 816 LPCALE que dispone el plazo de treinta días desde la ejecución de la medida cautelar para la interposición de la demanda incluyendo la posibilidad de demanda arbitral acreditable conforme los medios de prueba dispuestos en derecho³⁵. La norma arbitral por su parte es

Internacional de Arbitraje y Mediación, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 26 de enero de 2010.

33 Artículo 799 LPCALE: "Todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar al tribunal competente la adopción de medida cautelar.

Asimismo podrá solicitar medida cautelar todo actor que lo sea en proceso de arbitraje ante corte arbitral cubana".

Vid. REPÚBLICA DE CUBA. ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. Ley 7 de 19 de agosto de 1977, del Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 20 de agosto de 1977, edición ordinaria, num. 34, p. 417, conocida en forma abreviada como LPCAL y REPUBLICA DE CUBA. CONSEJO DE ESTADO. Decreto-Ley # 241 de 26 de septiembre de 2006, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, núm. 33, 2006, ISSN 0864-0793. Disponible en http://www.gacetaoficial.cu/pdf/ano_2006/extraordinaria/GO_X_033_2006.zip, [consulta de 30/8/2007].

34 Artículo 800 LPCALE: "Es competente para conocer de la solicitud de medida cautelar el tribunal que lo sea para conocer de la demanda principal, salvo en caso de proceso de arbitraje ante la corte arbitral cubana, en que lo será el tribunal del domicilio del demandado".

35 Artículo 816 LPCALE: "La parte que haya solicitado el embargo, debe presentar las pruebas indiciarias que acrediten la legitimidad de su derecho, sin perjuicio de su obligación de interponer la correspondiente demanda judicial dentro de los treinta días siguientes de haberse

mucho más clara y concisa al respecto, haciendo uso de la declaración de compatibilidad en el artículo 35 DL250³⁶. A su vez, el árbitro es competente y está facultado para adoptar medidas cautelares en apoyo al procedimiento que conduce conforme el artículo 34 DL250³⁷.

En cuanto a la disponibilidad de ambas autoridades, en Cuba, el juez es competente y tiene facultad para otorgar tutela cautelar al arbitraje antes y durante el procedimiento arbitral por virtud del artículo 801 LPCALE, otorgándole al solicitante el plazo razonable de treinta días para acreditar el inicio de las actuaciones arbitrales del cual el incidente cautelar trae causa³⁸. En el caso del árbitro, solamente puede otorgar tutela cautelar al arbitraje durante las actuaciones arbitrales, al no existir con carácter previo. Igualmente es dable

efectuado el mismo; o, de haberse ejercitado las acciones en los casos en que conste como pacto expreso de las partes el sometimiento del conflicto a jurisdicción extranjera o arbitral, lo cual deberá ser acreditado por la parte actora dentro del propio plazo, sujeto a los mismos efectos en caso de no presentación, en defecto de lo cual el embargo queda sin efecto alguno”.

36 Artículo 35 DL250: “La solicitud de medidas cautelares por las partes ante los tribunales ordinarios y su adopción por éstos, con antelación o durante el proceso arbitral, no impide la continuidad del mismo ante la Corte”.

Vid. REPUBLICA DE CUBA. CONSEJO DE ESTADO. Decreto-Ley # 250 de 30 de julio de 2007, De la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 31 de julio de 2007, edición extraordinaria, num. 37, p. 173. Disponible en http://www.gacetaoficial.cu/pdf/ano_2007/extraordinaria/GO_X_037_2007.zip, consulta de 30 de agosto de 2010.

37 Artículo 34 DL250: “El tribunal arbitral, a instancia de parte, puede ordenar directamente la adopción de medidas cautelares cuando las mismas recaigan sobre bienes que se encuentren en posesión de las partes o referidas a su actividad. El tribunal arbitral puede solicitar la prestación de las garantías que estime conveniente”.

38 Artículo 801 LPCALE: “La medida cautelar podrá solicitarse antes de o al interponer la demanda principal, o en cualquier momento posterior durante el proceso.

Cuando la medida cautelar sea solicitada y adoptada antes de la presentación de la demanda principal, la parte actora vendrá obligada a presentar la misma o, en su caso, a acreditar su presentación, dentro de los treinta días siguientes al de su solicitud”.

señalar que la existencia permanente de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional no supone la existencia del tribunal arbitral competente y facultado para emitir mandato cautelar alguno, siendo ambas instituciones completamente distintas. Así lo ha dejado claro la propia Corte al menos en dos expedientes radicados ante su Secretaría: en el expediente 21/08 la entidad demandante solicita a la Corte la adopción de medida cautelar de embargo preventivo de cuenta bancaria, anotación preventiva de demanda en registro mercantil y oficio a la comisión liquidadora de la entidad demandada. En respuesta a la solicitud, el Presidente de la Corte en comunicación a la entidad demandante de fecha 29/12/2008 expone que la Corte no tiene facultades para adoptar medida cautelar sino el tribunal arbitral, el cual en el caso de marras, no existe, razón por la cual debe el demandante solicitar la medida ante la sala correspondiente del tribunal de la jurisdicción ordinaria³⁹. Igual respuesta al solicitante emitió la Corte en el expediente 25/09.

4.2.2. ANTECEDENTES DEL ACTUAL MODELO EN LA LEGISLACION CUBANA SOBRE LA MATERIA.

4.2.2.1. ETAPA PREVIA A LA PROMULGACIÓN DEL DECRETO-LEY 241/06.

Previo a la actual configuración legal del modelo de libre opción pueden identificarse al menos dos períodos legislativos. El primero de ellos es aquel que se extiende hasta la promulgación del Decreto-Ley 241/06 y el segundo de

³⁹ "Primero: Al no estar constituido aún el Tribunal Arbitral que conocerá de este asunto, es necesario que la parte interesada se dirija, al amparo de lo establecido en el artículo 800 de la antes mencionada Ley de Procedimiento, al tribunal ordinario del domicilio del demandado para solicitar la adopción de las antes mencionadas medidas cautelares, Segundo: Una vez que haya sido obtenida la adopción de una medida cautelar por un tribunal ordinario, la parte que la haya solicitado deberá ponerlo en conocimiento del tribunal arbitral cuando éste quede constituido, conforme lo establece el artículo 23 de la Resolución 12/2007 Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional".

ellos durante la vigencia de la mencionada disposición hasta la promulgación del Decreto-Ley 250/07 de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. El 26 de septiembre de 2006 se promulga el Decreto-Ley 241/06 modificativo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral abriendo una nueva etapa en la jurisdicción económica cubana y en nuestro proceso civil en sentido general⁴⁰. Previo a la entrada en vigor del Decreto-Ley 241/06, ni la Ley 1303/76 de la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior ni la ley procesal, vigentes durante el período en cuestión, regulaban o se pronunciaban sobre la posibilidad al menos de jueces o árbitros de adoptar medida cautelar en apoyo al arbitraje, imperando el silencio del legislador⁴¹. A la altura del año 1925, hay al menos un estudio doctrinal sobre arbitraje que reconocía e identificaba el “juicio de árbitros y de amigables componedores” de la Ley de Enjuiciamiento Civil española como norma aplicable al arbitraje, de lo cual se deduce la

40 Debe definirse la entrada en vigor del Decreto-Ley 241/06 como paulatina: la Disposición Final Tercera fijó en treinta días el plazo para la plena vigencia de la citada disposición normativa, las disposiciones transitorias del mismo fijaron la norma aplicable a los procesos y trámites en curso al momento de la promulgación, con lo cual estando vigente el Decreto-Ley no se aplicaba el mismo a todo proceso; por último, la Instrucción 181/06 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo establecía los criterios y formas de proceder para el conocimiento de los procesos y trámites en curso de conformidad con lo previsto en las disposiciones transitorias ya aludidas.

Sobre los avances y méritos del nuevo procedimiento económico, véase en particular las ponencias al I Encuentro Científico sobre Procedimiento Económico, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2006.

41 Vid. Cobo Roura, N.A., El Arbitraje Internacional ante el Tribunal Cubano, en Dávalos Fernández, R., Cobo Roura, N.A., Victoria-Andreu, F. (coord), Arbitraje Internacional y Medios Alternativos de Solución de Litigios: Retos y Realidades, Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains-UNJC, s.l., s.d., p. 42; REPÚBLICA DE CUBA. CONSEJO DE MINISTROS. Ley 1303 de 26 de mayo de 1976, de la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 3 de junio de 1976, edición ordinaria, num. 10, p. 104.

inexistencia de ley específica sobre el tema, mucho menos que mencione la tutela cautelar al arbitraje⁴².

En materia de tutela cautelar del juez al arbitraje, la interpretación judicial del silencio debe entenderse en términos generales como positiva a la tutela cautelar al arbitraje, a pesar de pronunciamientos muy puntuales, desestimatorios de la adopción de medida cautelar o dejando sin efecto la misma ante la no presentación de demanda ante jurisdicción ordinaria a pesar de estar vigente pleito arbitral⁴³. En el marco de la presente investigación ha podido identificarse una resolución judicial denegatoria de tutela cautelar al arbitraje por referencia indirecta: el laudo 17/2004 relativo al expediente 22/2003 radicado en la entonces Corte de Arbitraje de Comercio Exterior, menciona en el hecho decimoctavo la negación por la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, de una solicitud de adopción de medida cautelar en apoyo al procedimiento arbitral arguyendo su incompetencia ante la presencia de un acuerdo arbitral válido⁴⁴. En sentido positivo, en el laudo

42 "No existe en Cuba ninguna legislación especial sobre arbitraje de cuestiones mercantiles, conforme a nuestras leyes positivas las controversias, tanto de índole civil como mercantil, pueden someterse a la decisión arbitral conforme a lo dispuesto en el Libro II, título V, Secciones 1ra. y 2da. de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente. El artículo 486 de esta Ley autoriza a someter las cuestiones entre las partes "al juicio arbitral o de amigables componedores", siempre que los interesados convengan en ello [...] El Código Civil vigente en su artículo 1820 establece que "las mismas personas que pueden transigir, pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas" y en el segundo párrafo del artículo 1821 se preceptúa que "en cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos, se estará a lo que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Vid. Gutiérrez de Celis, S., op. cit., p. 7.

43 Vid. Cobo Roura, Narciso A, **Arbitraje Comercial y Tutela Judicial** en Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, vol. 62, num. 3-4; oct-dic. 2001, p. 6.

44 "Tanto [la entidad] G como [la entidad] L concurrieron al Tribunal Provincial en relación a controversia sobre el negocio. G, solicitando medida cautelar por la retención de L de sus pertenencias en [la instalación] y éste por incumplimiento de pago. En ambos casos, el Tribunal

7/2000 entendió el tribunal arbitral que no es contradictorio con el acuerdo arbitral la adopción judicial de medidas cautelares. Ante el silencio legislativo, los jueces encontraron el fundamento a la facultad para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje en el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961 en relación con el artículo 20 del Código Civil⁴⁵. La declaración legal vigente en el referido precepto del Convenio de Ginebra, de compatibilidad entre la solicitud de medida cautelar al juez y la competencia del árbitro sobre el asunto principal se entiende como atributiva de facultad al juez para otorgar tutela cautelar al arbitraje.

En materia de tutela cautelar del árbitro no debió entenderse el silencio legislativo en términos negativos pues nada obstaba para que al amparo de la

declaró su incompetencia debido a la Cláusula Compromisoria arbitral del Contrato. Por consiguiente, L propuso a G modificar dicha cláusula para poder acudir a los Tribunales lo que no fue aceptado por este y ratificó la Cláusula XII del Contrato (12.2) con fecha 18/07/01". Hecho Decimoctavo del Laudo 17/2004 de fecha 13 de julio de 2004, de la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior.

45 Artículo VI.4 GIN61: "Si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo".

El Convenio de Ginebra de 1961 fue suscrito y ratificado por el país de conformidad con la Proclama Presidencial de 8 de septiembre de 1965 disponiendo su entrada en vigor en el territorio nacional a partir del 30 de noviembre del propio año.

Vid. CONVENCIÓN EUROPEA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. GINEBRA, 1961. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ginebra, 1961 [en línea]. Disponible en: <<http://www.cocin-cartagena.es/pdf/TR03.pdf>>. Sitio web oficial de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Cartagena, España, [consulta de 26/9/2010]; Cobo Roura, N., op. cit. p. 6; REPÚBLICA DE CUBA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Proclama Presidencial de 8 de septiembre de 1965, de la adhesión de la República de Cuba al Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional adoptado en Ginebra, 1961. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 29 de octubre de 1965, edición ordinaria, num. 18, p. 477.

legislación arbitral vigente al momento, a saber la Ley 1303/76, un tribunal arbitral emita laudo interlocutorio contentivo de una medida cautelar a solicitud de parte interesada, ejecutable ante la jurisdicción ordinaria de conformidad con los criterios y condiciones legales de ejecución de laudos arbitrales incluidos los extranjeros al amparo de la Convención de Nueva York de 1958. No obstante lo anterior, en al menos un caso, un tribunal arbitral constituido de pleno derecho negó la adopción de medida cautelar solicitada por el demandante bajo el fundamento de no tener facultad expresa otorgada por la ley para ello⁴⁶.

En una nota de derecho comparado y similar a nosotros puede identificarse en España, la cual optó igualmente por el modelo de libre opción, un primer período de silencio legislativo e incertidumbre judicial. A diferencia de nuestra Ley 1303/76 y LPCAL que hicieron silencio absoluto, en territorio ibérico y aún ante el silencio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley 36/1988 de Arbitraje en su artículo 50 dispuso la facultad del juez para adoptar medidas cautelares con el objetivo de asegurar la ejecución del laudo ante la interposición de recurso contra el mismo⁴⁷. Es decir, los españoles no hicieron silencio sino que habían regulado la materia pero generando una enorme incertidumbre judicial en torno a la tutela cautelar del juez antes y durante la sustanciación del procedimiento

46 "SOBRE EL CUARTO PEDIMENTO DE LA ACTORA DE MEDIDAS CAUTELARES: En lo que se refiere a la medida cautelar solicitada por la parte demandante, en cuanto a disponer el depósito de los certificados de acciones de N en E, ante la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior, el Tribunal Arbitral aprecia y declara que, no estándole reconocida por la ley no. 1303 de 1976 " De la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior", la facultad de adoptar y disponer medidas cautelares o precautorias directamente por el tribunal arbitral, este está impedido de acceder a lo solicitado por la parte actora en cuanto al depósito de los referidos certificados". Laudo 25 de 20 de septiembre de 2005, correspondiente al expediente 35/2003 de la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior.

47 Vid. REINO DE ESPAÑA. CORTES. Ley 36 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, Boletín Oficial del Estado, num. 0293, 7 de diciembre de 1988, disponible en <http://vlex.com/vid/ley-diciembre-arbitraje-15516020>, [consulta de 25 de enero de 2011].

arbitral⁴⁸. Las lecturas doctrinales a la situación legislativa se movían desde el categórico rechazo a la facultad legal de adopción de medidas cautelares

48 Es de notar la sucesión de fallos contradictorios, son famosos dos autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, el primero de ellos en sentido negativo de fecha 26 de mayo de 1994, y el segundo de ellos en sentido positivo, emitido seis meses después el 25 de noviembre de 1994. En el primer caso: "La Ley de Arbitraje no contempla la posibilidad de medidas cautelares previas al inicio del procedimiento arbitral o simultáneas al mismo, sino solo, en su artículo 50, para durante el tiempo que el laudo arbitral esté pendiente del recurso de anulación; de ello extrae la mayor parte de la doctrina procesal la consecuencia de que, aun cuando otra cosa pudiera quizás parecer conveniente, no cabe adoptar medidas cautelares durante el procedimiento arbitral; las partes carecen de cobertura cautelar en la instancia, esto es, en la promoción y desarrollo del procedimiento arbitral, por muy peligroso que se repute obligarles a confiar en la "bona fides mutua"...". En el segundo caso: "Este tribunal se inclina...por la admisibilidad de la adopción de medidas cautelares por los órganos jurisdiccionales estatales en función de un arbitraje privado antes de haberse dictado el correspondiente laudo, y ello en razón de que no existe prohibición legal expresa de tal posibilidad ni la misma se deduce de los principios inspiradores y finalidades de la Ley... En efecto, esta Ley potencia la institución del arbitraje al configurarlo con una naturaleza mixta: privada en cuanto a su origen y pública en cuanto a sus efectos, de suerte que realmente crea una verdadera jurisdicción (entendida esta palabra en sentido clásico de dictar derecho) privada, excluyente de la jurisdicción estatal; desde esta perspectiva, que tiene un armónico encuadre en nuestro ordenamiento procesal civil, puede sostenerse que esa jurisdicción privada debe gozar de iguales posibilidades tuteladoras que la jurisdicción estatal, por cuanto que los ciudadanos pueden adoptar medidas cautelares instrumentales respecto de un arbitraje en el que aún no se ha pronunciado el laudo, y solo ellos podrán adoptarlas en razón de que tales medidas siempre suponen un constreñimiento de derechos".

Vid. Barona Vilar, S. et Esplugues Mota, C., Adopción Judicial de Medidas Cautelares (artículo 8) en Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), Verdera Server, R. et Barona Vilar, S. (coord.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 281; Barona Vilar, S., Potestad de los Árbitros de Adoptar Medidas Cautelares (artículo 23) en Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), Barona Vilar, S. (coord.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 835.

(Cordón Moreno), pasando por el rechazo condicional y motivado (Ortells Ramos) hasta la aceptación (Lorca Navarrete y Muñoz Sabaté)⁴⁹.

Debe concluirse entonces que el período estudiado, para nosotros, se caracterizó por la incertidumbre en torno a la tutela cautelar del árbitro; mientras que en materia de tutela judicial, se ha caracterizado por el silencio legislativo y su interpretación judicial favorable⁵⁰.

4.2.2.2. ETAPA QUE SE EXTIENDE DESDE LA PROMULGACIÓN DEL DECRETO-LEY 241/06 HASTA EL DECRETO-LEY 250/07.

49 El rechazo categórico de Cordón Moreno tiene fundamento en una lectura eminentemente iuspositiva, dado que la ley vigente no admite interpretación favorable: “[...] ante la ausencia de regulación específica y las dificultades objetivas para su adopción, debe entenderse que no es posible adoptar medidas cautelares antes o durante la tramitación del procedimiento arbitral, tendentes a garantizar la ejecución del laudo”. Por otro lado el carácter condicional y motivado del rechazo de Ortells Ramos obedece al silencio o parquedad de la Ley de Arbitraje de 1988 cuya finalidad es la protección cautelar de la ejecución del laudo y no del proceso arbitral mismo. Por último, la aceptación a la tutela cautelar al arbitraje al amparo de la legislación precitada viene del desarrollo doctrinal encabezado por Lorca Navarrete y Muñoz Sabaté, a la consideración de Barona Vilar y Esplugues Mota, quienes arguyen la autonomía privada y su conservación a la hora de interpretar la norma procesal sobre la materia: “Pero que el legislador no lo haya previsto [la adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje] no significa que su adopción no pueda preverse por voluntad de las propias partes o en los reglamentos que sobre la administración de arbitraje aprueba cada institución arbitral en particular, ya que, debiéndose regir ante todo el desarrollo del proceso arbitral por lo que determine la voluntad de las partes o los propios reglamentos, no ha de existir impedimento alguno a que aquellas o la institución arbitral en particular prevean la posible adopción de medidas cautelares a lo largo de la tramitación del proceso arbitral”.

Vid., Lorca Navarrete, A.M., *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 77; Muñoz Sabaté, L., *Medidas Cautelares en el Arbitraje a la Luz de la Máxima “Inclusio Unius Exclusio Alterius”*, *Revista Jurídica Catalana*, 1996.

50 Vid. Cobo Roura, N.A., *El Arbitraje Comercial Internacional Ante el Tribunal Cubano...*, op. cit., p. 47.

El aporte más importante del Decreto-Ley 241/06 sobre la materia es la atribución legal expresa de facultad a los jueces para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje, en virtud de sus artículos 799, 800 y 816. Igualmente, al disponer un régimen cautelar para la jurisdicción ordinaria, consecuentemente fija el régimen de adopción judicial de medidas cautelares en apoyo al arbitraje comercial internacional particularmente en lo relativo a competencia por razón del territorio (artículo 800), momento en que se puede solicitar y plazo legal para ejercer la acción principal (artículo 801), requisitos para su adopción (artículos 802 y 804), tipos de medidas (artículo 803) y procedimiento cautelar (artículos 805 y siguientes).

Si bien en el período anterior el fundamento legal a la adopción judicial de medidas cautelares en apoyo al arbitraje descansaba en el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961, en este período tal fundamento será modificado de modo ostensible y con las siguientes características:

- El fundamento legal deja de residir en una norma de derecho internacional para pasar a consagrarse en la norma procesal vigente. Esto evita disquisiciones doctrinales o judiciales relativas a la vigencia o no de la norma internacional en virtud de las tesis relativas a la incorporación de la misma al derecho interno. De este modo queda clara la vigencia de la facultad judicial para conocer de incidentes cautelares en apoyo al arbitraje.
- El fundamento legal gana claridad en torno al efecto atributivo de facultad cautelar de los jueces. El artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961 no dispone la facultad cautelar expresa de jueces, sino tácitamente a través de la declaración legal de compatibilidad. Los artículos 799, 800 y 816 LPCALE sí otorgan

clara y expresamente facultad a los jueces para conocer de incidentes cautelares en apoyo al arbitraje.

- El fundamento legal se hace acompañar de un régimen jurídico cautelar. El Convenio de Ginebra de 1961 solamente dispone del tácito otorgamiento de facultad en materia cautelar a jueces por vía de la declaración legal de compatibilidad, mientras que el Decreto-Ley 241/06 pone en vigor un auténtico régimen cautelar aplicable al arbitraje. Cabe mencionar que el rasgo más importante en el modelo de libre opción ha sido acogido por el artículo 801 LPCALE según modificación del Decreto-Ley 241/06: la disponibilidad de la tutela cautelar judicial antes y durante el proceso arbitral. Posteriormente se repite la disposición de rigor en el artículo 35 DL250.
- Continúa el penoso y embarazoso silencio legislativo en materia de tutela cautelar del árbitro a su propio proceso.

Muestra de la práctica en la materia durante el período en cuestión es de destacar el expediente 8/2007 ante la entonces Corte de Arbitraje de Comercio Exterior. En el mismo se observa la misma estrategia y conducta procesal de las partes que en el expediente 22/2003: el demandante, previa demanda arbitral, solicita medida cautelar a la jurisdicción ordinaria y de modo concomitante o posterior, aún previo a la interposición de demanda arbitral, presenta demanda ante la Sala. En el expediente 22/2003 como ya se hizo referencia, la Sala nota la existencia de una cláusula compromisoria válida y eficaz y en correspondencia con ello remite a las partes al arbitraje y deniega la adopción de medida cautelar. Como se enunció con anterioridad, se trata de una actitud judicial con anterioridad a la vigencia del Decreto-Ley 241/06. En el expediente 8/2007, con la vigencia de la precitada disposición normativa

contentiva de la modificación a la ley procesal y aún sin entrar en vigor el Decreto-Ley 250/07, la Sala ante la existencia de una cláusula compromisoria válida y eficaz remite al demandante al arbitraje declarando no tener jurisdicción sobre el conflicto y dispone la adopción de la medida cautelar solicitada a pesar del citado acuerdo arbitral⁵¹.

De modo análogo a nuestra situación, el segundo período legislativo en España inició con la promulgación de la Ley 1/2000 modificativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵². La referida modificación legislativa implicó la actualización del régimen cautelar vigente y con ello la atribución expresa de facultad al juez para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje comercial internacional. Del mismo modo que en Cuba, la norma pone en vigor el fundamento legal necesario y suficiente para atribuir facultad cautelar al juez en apoyo a un procedimiento arbitral y lo hace con las siguientes características:

- Aquí a diferencia del caso cubano, el precepto aplicable en la etapa previa no es el artículo VI.4 del Convenio de Ginebra de 1961 sino el artículo 50 de la Ley de Arbitraje de 1988. Ha sido este último precepto el que ha provocado la indefinición

51 "El embargo solicitado por Y, fue admitido por el Tribunal actuante, y se hizo efectivo el 23 de febrero de 2007. Esta sociedad mercantil presentó demanda ante el propio Tribunal el 13 de marzo 2007, y en fecha 28 de agosto de 2007, este Tribunal dictó Auto s/n, declarando la falta de jurisdicción, por presencia en el Contrato suscrito entre las partes, de cláusula compromisoria que remitía a las partes al arbitraje, manteniendo la medida cautelar dispuesta". Cuarto de los Hechos en el Laudo 4 de 12 de mayo de 2009 correspondiente al expediente 8/2007. Nótese que al momento de hacerse efectivo el embargo por la jurisdicción ordinaria (23/2/2007) aún no entra en vigor el Decreto-Ley 250/07, lo cual ocurre el 31 de julio de 2007 fecha de su publicación en la Gaceta Oficial tal y como lo prescribe su Disposición Final Cuarta.

52 Vid. REINO DE ESPAÑA. CORTES. Ley 1 de 7 de enero de 2000, Boletín Oficial del Estado, num. 7, disponible en <http://vlex.com/vid/ley-enjuiciamiento-civil-126688>, consulta de 25 de enero de 2011.

doctrinal y jurisprudencial sobre el tema en mayor medida que en nuestro ámbito nacional. No obstante en ambos casos, la vigencia del precepto comentado ha dejado clara la existencia y fundamento legal a la facultad judicial para conocer de incidentes cautelares en apoyo al arbitraje⁵³.

- La diferencia más importante con el caso cubano radica en que el artículo 722 LEC pone en vigor la facultad judicial en materia cautelar a la que se ha hecho referencia a modo casuístico, enumerando los supuestos en los que procede; mientras que los artículos 799 y 800 LPCALE lo hacen enunciando solamente el supuesto relativo a proceso ante corte arbitral cubana⁵⁴.
- Al igual que en el caso cubano, no se pronunció la norma procesal sobre la facultad cautelar del árbitro, manteniendo el tema en silencio legislativo.

Debe concluirse como característica típica de este período en Cuba, la certeza legal en materia de atribución de facultad cautelar al juez con su

53 El artículo 722 LEC dispone en derecho español de modo expreso la facultad del juez español en materia cautelar en apoyo al arbitraje: "Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles".

Con una formulación textual similar dispuso la LPCALE cubana la facultad cautelar de jueces en apoyo al arbitraje, confróntese el artículo 722 LEC con el artículo 799 LPCALE en nota al pie número 102.

54 Cfr. el artículo 722 LEC en nota al pie 118 con el artículo 799 y 800 LPCALE.

correspondiente régimen jurídico aplicable; manteniéndose igual estado previo para la tutela del árbitro.

4.2.2.3. ETAPA POSTERIOR A LA PROMULGACIÓN DEL DECRETO-LEY 250/07.

Con la promulgación del Decreto-Ley 250/07 concluye el breve interregno en que el Decreto-Ley 241/06 rigió en soledad la materia para sumársele esta disposición formando un dúo dinámico. El Decreto-Ley 250/07 de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, atribuye expresamente en su artículo 34 y tácitamente por vía de la fórmula legal de compatibilidad en su artículo 35, facultad y competencia a árbitros y jueces respectivamente, para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje⁵⁵. Destruye definitivamente el silencio en lo relativo a la facultad cautelar del árbitro y ambas disposiciones conforman la norma jurídica aplicable a la tutela cautelar al arbitraje.

Además de los artículos 34 y 35 del Decreto-Ley 250/07, es igualmente relevante el artículo 23 de la Resolución 12/07 del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, contentivo de las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional⁵⁶. El mismo desarrolla la facultad cautelar del árbitro en apoyo a su propio procedimiento.

55 Vid. Cobo Roura, N.A., *El Arbitraje Internacional Ante el Tribunal Cubano...*, op. cit., p. 45.

56 Artículo 23 de las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional: "Si la parte demandante, o la parte demandada al reconvenir, lo hubiera solicitado, el tribunal dispondrá las medidas cautelares que, admitidas en Derecho, puedan recaer sobre la actividad o los medios de la otra parte. A este fin, de estimar su procedencia, el tribunal convocará a la parte sobre la cual deba recaer la medida cautelar e impondrá a ésta de los términos y plazos en los que debe hacerse efectiva la misma.

La parte que haya solicitado y obtenido la adopción de una medida cautelar por un tribunal ordinario, deberá ponerlo en conocimiento del tribunal arbitral".

Actualmente continúa vigente en la Res. 15/09, contentiva de las modificaciones a las Reglas de Procedimiento.

Cabe destacar, igual que en Cuba, un tercer período legislativo en España que inicia con la promulgación de la Ley 60/03 de Arbitraje⁵⁷. El artículo 23 de la ley española dispone la facultad cautelar del árbitro en apoyo al arbitraje, de modo similar a como lo hace el artículo 34 DL250⁵⁸. Termina así con el tercer período legislativo, el silencio legal en torno a la facultad cautelar del árbitro, tanto en Cuba como en España y queda configurado en lo fundamental el régimen jurídico aplicable a la adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje en ambos estados. Es así que queda configurado legalmente en Cuba hasta el sol de hoy un régimen jurídico en virtud del cual las partes en un proceso arbitral pueden solicitar al juez o al árbitro, según sea su voluntad, la adopción de una medida cautelar. Como es típico en el modelo de libre opción, la disponibilidad de los jueces es previa, durante y con posterioridad al procedimiento arbitral dado su carácter institucional permanente; mientras que la disponibilidad del árbitro es solo durante la sustanciación del procedimiento arbitral, no así con carácter previo. En varios expedientes ante la Corte Cubana, la parte demandante ha solicitado a la Corte la adopción de medidas cautelares a lo

Vid., CÁMARA DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA DE CUBA. Resolución 15 de 21 de septiembre de 2009, Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, num. 50, 20 de noviembre de 2009, p. 1861.

57 Vid. REINO DE ESPAÑA. CORTES. Ley 60 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, Boletín Oficial del Estado, num. 309, 26 de diciembre de 2003, disponible en www.boe.es/boe/dias/2003/12/26/pdfs/A46097-46109.pdf, consulta de 25 de enero de 2011.

58 Artículo 23 LA: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre aplicación y ejecución forzosa de laudos."

Confróntese con el artículo 34 DL250.

cual no se ha hecho esperar la respuesta en sentido negativo de la institución arbitral por la razón expuesta⁵⁹.

4.2.2.3.1. PRIMER DESACIERTO EN
LA SOLUCIÓN CUBANA:
EXCLUSIÓN DE LA TUTELA
CAUTELAR JUDICIAL AL
ARBITRAJE NO ADMINISTRADO
POR LA CORTE CUBANA DE
ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL.

Los artículos 799 y 800 LPCALE excluyen de la cobertura cautelar judicial a los procesos arbitrales no administrados por la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. Tal razonamiento opera en virtud de interpretación gramatical de sendos preceptos al hacer referencia a “proceso de arbitraje ante corte arbitral cubana” (artículo 799) o “proceso de arbitraje ante la corte arbitral cubana” [sic] (artículo 800) como aquellos que resultan objeto de protección y

59 Cabe la mención de al menos dos expedientes en los cuales la Corte ha denegado la adopción de medidas cautelares solicitadas con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral: el expediente 21/08 en la cual por escrito de 12/12/2008 la entidad demandante solicita a la Corte la adopción de varias medidas cautelares a lo cual responde el Presidente en escrito de 29/12/2008: “PRIMERO: Al no estar constituido aún el Tribunal Arbitral que conocerá de este asunto, es necesario que la parte interesada se dirija, al amparo de lo establecido en el artículo 800 de la antes mencionada Ley de Procedimiento, al tribunal ordinario del domicilio del demandado para solicitar la adopción de las antes mencionadas medidas cautelares, SEGUNDO: Una vez que haya sido obtenida la adopción de una medida cautelar por un tribunal ordinario, la parte que la haya solicitado deberá ponerlo en conocimiento del tribunal arbitral cuando éste quede constituido, conforme lo establece el artículo 23 de la Resolución 12/2007 Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional”.

En similar sentido, el expediente 35/03 y expediente 25/09, éste último con comunicación denegatoria de adopción de medida cautelar por parte de la Vicesecretaria de la Corte.

tutela cautelar por los jueces. En el caso del artículo 799, la expresión “corte arbitral” tiene un evidente sentido alusivo a la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional; al momento de la entrada en vigor del Decreto-Ley 241/06 que puso en vigor ambos preceptos, la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior. En el caso del artículo 800, la expresión “la corte arbitral cubana” es mucho más clara al añadir el legislador el artículo “la” con lo cual hace referencia a la única entidad administradora de procesos arbitrales internacionales actuando en Cuba.

La interpretación excluyente de los artículos 799 y 800 LPCALE opera igualmente por virtud de la máxima *inclusio unius exclusio alterius*⁶⁰. En razón de lo anterior, la expresa mención por el legislador del proceso arbitral administrado por la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional permite afirmar la exclusión implícita de los procesos arbitrales fuera del supuesto en cuestión. Cobra fuerza la tesis expuesta si tenemos en cuenta que la ley arbitral en Cuba, el Decreto-Ley 250/07 es realmente la ley de la Corte en cuestión, razonamiento que encuentra su fundamento por el mismo título del Decreto-Ley, por los Por Cuanto expresivos de la motivación del legislador y por los preceptos de la misma, todos haciendo referencia a la institución arbitral. De ese modo debe concluirse que la tutela cautelar judicial dispuesta por la LPCALE y DL250 tienen por objeto solamente los procesos arbitrales administrados por la Corte.

60 La tesis interpretativa propuesta no es nueva ni extraña al tema de la tutela cautelar al arbitraje: Muñoz Sabaté estudia la facultad cautelar del árbitro al amparo de la Ley de Arbitraje de 1988 en España a partir del artículo 30 del Anteproyecto el cual otorgaba expresamente tal potestad arbitral pero que no se reproduce en el texto definitivo. Es de destacar en su estudio la argumentación que propone a partir precisamente de la máxima en cuestión.

Vid. Muñoz Sabaté, L., Medidas Cautelares en el Arbitraje a la Luz de la Máxima “*Inclusio Unius Exclusio Alterius*”, *Revista Jurídica Catalana*, 1996, 1, pp. 200-201.

Justo es señalar al menos tres argumentos favorables a la tesis inclusiva del arbitraje ad hoc en la tutela cautelar del DL241 y DL250. En primer lugar, el artículo 820 LPCALE otorga fuerza ejecutiva ante tribunales cubanos al “laudo arbitral dictado por corte de arbitraje cubana o en proceso arbitral internacional realizado en Cuba”. Al no hacer distinción el precepto entre laudo final y laudo interlocutorio o provisional, nada obsta para que los laudos contentivos de una medida cautelar dictada por el árbitro de la Corte o por árbitro internacional actuando en Cuba, puedan ejecutarse al amparo de la disposición en cuestión. Siendo entonces ejecutable en Cuba un laudo interlocutorio cautelar emitido en proceso arbitral internacional no administrado por la Corte, cabe entonces entender la posibilidad de adopción de medidas cautelares por el juez en apoyo a procedimiento arbitral de igual tipo, dado que quien puede lo mucho puede lo poco. Este argumento, parece ante el hecho de que hacen referencia a la tutela cautelar del árbitro y chocan contra el muro del tenor literal de la ley procesal cubana al disponer la exclusión a la que se hace referencia.

En segundo lugar, el artículo 739 LPCALE al disponer la competencia de las salas de lo económico establece la excepción de arbitraje, haciendo referencia no a los procesos arbitrales administrados por la Corte Cubana sino a “los litigios que se sometan expresa o tácitamente [...] al arbitraje comercial internacional”. Sin duda alguna, la LPCALE ha dispuesto que los jueces de lo económico deben excusarse del conocimiento de asuntos que estén sometidos, por la razón que fuere, al arbitraje sin distinción alguna entre procesos arbitrales administrados o no administrados por la Corte. Nótese entonces que el precepto tiene por objeto la protección al arbitraje comercial internacional y no solo a aquel administrado por la Corte Cubana.

Otro argumento de importancia vital lo constituye aquel por el cual la norma procesal debe ser interpretada con el espíritu del marco convencional

regulatorio y de la práctica internacional del arbitraje⁶¹. Ambos criterios exigen una interpretación inclusiva de la norma de rigor, en el sentido de extender la tutela cautelar judicial a todo proceso arbitral con independencia de la existencia o no de institución que lo administre así como de cual fuere la misma. Todo ello en virtud del espíritu del Convenio de Nueva York de 1958, del cual Cuba es signatario, cuyo propósito es generar una comunidad arbitral internacional a través de la protección y ejecución transfronteriza eficaz de laudos arbitrales; igual sentido y significado adquiere la práctica internacional del arbitraje.

Los dos argumentos anteriormente enunciados tienen todo el mérito en términos doctrinales y de hecho procede legalmente ante silencio legislativo. Sin embargo, la ley es clara más allá de la intención del legislador, en el sentido de excluir los procesos arbitrales ajenos a la Corte. Cualquier actuación judicial cautelar en apoyo a los procesos arbitrales aludidos que no sea la negación de tutela sería, a pesar de nuestros deseos y de la causa del arbitraje comercial internacional, una interpretación contra legem de la norma procesal constitutiva de causal para la denegación del reconocimiento y ejecución transfronterizo del laudo final prevista en el artículo V.1 inciso d) del Convenio de Nueva York de 1958, dado que el procedimiento arbitral se ha desarrollado sin ajustarse al acuerdo de las partes y en defecto de este, de acuerdo con la ley del país sede⁶². La consecuencia jurídica más importante de dar crédito al argumento antes señalado es viciar letalmente la eficacia internacional de los

61Vid. Cobo Roura, N.A., *El Arbitraje Internacional Ante el Tribunal Cubano...*, op. cit., p. 44.

62 Artículo V.1, inciso d) del Convenio de Nueva York de 1958: "Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje".

laudos finales resultantes de procesos arbitrales fuera de la Corte Cubana en los cuales han actuado los tribunales cubanos otorgando tutela cautelar.

Sin posible formulación de una tendencia judicial cubana en la materia, puede mencionarse al menos un caso en el que los jueces actuantes en materia cautelar adoptaron una medida cautelar en apoyo a un procedimiento arbitral no solo conducido fuera del ámbito de la Corte sino además, de tipo ad hoc, es decir, sin el amparo de institución arbitral alguna. Se trata del expediente en proceso ordinario 25/08 ante la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana. En las actuaciones del caso no hay expresa formulación de criterio judicial alguno sobre el tema que nos ocupa en este momento ni sobre tema alguno. No obstante puede determinarse de modo muy implícito la tesis judicial sostenida a partir de su actuación en el caso concreto. En el expediente de referencia la Sala admitió una solicitud de medida cautelar en apoyo a un proceso arbitral aún sin iniciarse, al decursar el plazo legal previsto para la interposición de la acción con la prórroga que fuera concedida en su momento, el promovente acredita la iniciación del proceso arbitral ad hoc con sede en Ginebra bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI mediante guía aérea que documenta el envío de la demanda principal a la entidad contra la que se promovió la medida. A lo anterior la Sala ratificó la medida y declaró quedar a las resultas del proceso arbitral de referencia⁶³.

63 En el expediente 25/08 en proceso ordinario, la entidad demandante solicita a la Sala en escrito de 22/1/2008 el embargo de los equipos y herramientas de la entidad demandada para la prospección y perforación geológica, así como la cuenta bancaria de la entidad. En fecha 24/1/2008 la Sala adopta las medidas cautelares solicitadas y en fecha 29/1/2008 se solicita auxilio a la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Matanzas para la ejecución del embargo sobre los equipos en la zona de prospección y perforación petrolera. En fecha 17/3/2008 la Sala concede un plazo a la entidad demandante para que acredite el "envío oficial o presentación [de la demanda principal] ante la jurisdicción que resulte competente" y en apoyo a la cual se dispuso la adopción de la medida cautelar de embargo. Es así que en fecha 1/4/2008 la entidad demandante envía comunicación a la Sala acreditando el envío de la

La conclusión más importante en el caso resulta ser la aceptación por la Sala como prueba de la iniciación o pendencia de un proceso arbitral susceptible de tutela cautelar judicial, la suscripción de un acuerdo arbitral para sustanciar la litis ante un tribunal ad hoc y el envío de la correspondiente demanda principal al demandado. Con esto no es difícil deducir la aceptación por la Sala de otorgar tutela cautelar judicial a un proceso arbitral ad hoc, a pesar de la incertidumbre legislativa. En cualquier caso, no puede hablarse de disposición legislativa favorable a tal actuación en la materia.

4.2.2.3.2. SEGUNDO DESACIERTO
EN LA SOLUCIÓN CUBANA:
SILENCIO LEGISLATIVO EN
TORNO AL ROL DE LA AUTONOMÍA
PRIVADA DE LAS PARTES EN
MATERIA DE ATRIBUCIÓN A
JUECES Y/O ÁRBITROS DE
FACULTAD PARA ADOPTAR
MEDIDAS CAUTELARES EN
APOYO AL ARBITRAJE
COMERCIAL INTERNACIONAL.

demanda a la demandada y no a corte o institución arbitral alguna como lo había requerido previamente la sala, igualmente hace notar la cláusula compromisoria suscrita por ambas partes por la cual acuerdan un arbitraje ad hoc, en razón de lo cual no procede el envío de la demanda a ninguna institución tal como lo exigía el tribunal de la jurisdicción ordinaria:

“Adjunto a la presente el comprobante de guía aérea [...] mediante la cual fue enviada demanda de arbitraje a la compañía [...] como demandada. Tengo a bien informarle que este arbitraje será mediante un tribunal [...] de derecho formado por tres árbitros, por lo que no existe corte institucional y nos quedaría designar el árbitro, que una vez el mismo sea designado, se lo comunicaremos”.

A la comunicación del demandante, responde el tribunal mediante providencia de 2/4/2008: “Dada cuenta con el anterior escrito y documento que se acompaña, únase a los autos de su razón y visto su contenido, se dispone que las presentes actuaciones queden a resultados del proceso principal sometido al arbitraje, manteniéndose en consecuencia la medida cautelar practicada”, el subrayado es mío.

Por último, cuenta como desacierto el silencio de la ley en torno al carácter dispositivo o imperativo de la facultad atribuida a jueces y árbitros para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje. Tratándose de un incidente en apoyo a un procedimiento arbitral, en el cual domina la autonomía privada en el diseño procesal de la solución del conflicto, cabe formularse la cuestión legal relativa a si las partes tienen o no la potestad, otorgada por la norma, para suprimir o atribuir libremente a jueces y árbitros, la facultad para adoptar medidas cautelares en apoyo al procedimiento arbitral del cual resulten partes procesales.

Ningún precepto en la LPCALE o en el DL 250 enfrenta de modo directo la cuestión que nos ocupa. El artículo 34 DL 250 no hace referencia al rol de la autonomía privada en la materia, la expresión “el tribunal arbitral [...] puede ordenar directamente la adopción...” no parece estar redactada en el sentido de otorgar facultad de adopción de medida cautelar sin considerar la autonomía privada de las partes, mas tampoco puede afirmarse lo contrario. Dos soluciones se derivan de tal silencio legislativo: aquella que sitúa la facultad para adoptar medidas cautelares en el plano dispositivo y la otra; la ubica en el plano imperativo, sin posible disposición por convención. Puede defenderse en la ley cubana la primera solución a partir de una interpretación lógica del artículo 41 DL 250, el cual excluye expresamente la renuncia a la acción de nulidad de laudo⁶⁴. La existencia de un precepto con tal grado de imperatividad en la norma arbitral permite válidamente concluir que su ausencia en otro campo o ámbito de la propia norma significa que no ha sido intención del legislador restringir la autonomía privada, particularmente para el caso de la facultad de jueces y árbitros para adoptar medidas cautelares. La inclusión en el Decreto-

64 Artículo 41 DL 250: “Sin perjuicio de la ejecutoriedad del laudo, las partes, dentro de los 10 días siguientes al de su notificación, podrán solicitar la nulidad del fallo ante la jurisdicción ordinaria. Las partes no pueden pactar la renuncia a la acción de nulidad”.

Ley 250/07 de un precepto tan agresivo en términos de ius cogens, necesariamente supone la exclusión de tal intención supresora de la voluntad fuera del ámbito de tal precepto, cual es, entre otros, el de la adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje. Siguiendo esta línea de argumentos, la facultad de jueces y árbitros para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje es disponible por las partes de conformidad con la legislación cubana.

La segunda solución es menos defendible pero aún viable jurídicamente si partimos de la tesis por la cual el DL 250 se inspiró en la Ley Modelo de la CNUDMI. Siendo así, debe notarse que el artículo 17.1 LMA al regular lo referente a la adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje usa la expresión “salvo acuerdo en contrario de las partes” con lo cual de modo expreso ubica el tema en el ámbito dispositivo⁶⁵. Por su parte, el legislador cubano vio claramente la opción legislativa usada por la CNUDMI y al no reproducirla en el artículo 34 DL 250, puede entenderse descartada y consiguientemente es de suponer la intención negativa del mismo en ubicar el tema en el ámbito dispositivo. En razón de lo anterior, debe entenderse que la facultad de jueces y árbitros para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje es indisponible por las partes.

Resulta lógico deducir la importancia y necesidad de superar el silencio legislativo comentado. Para ello basta con añadir una expresión indicativa del rol de la autonomía privada en la materia: “salvo pacto en contrario”, “las partes podrán pactar...”, etc. Ello otorgaría certidumbre legal a la validez de los pactos arbitrales que incluyan convenciones relativas a la adopción de medidas cautelares en apoyo al procedimiento.

5. SEGUNDA CUESTIÓN: TIPOLOGÍA DE MEDIDAS CAUTELARES

⁶⁵ Artículo 17.1 Ley Modelo de Arbitraje: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares”.

PROPIAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

Tanto la doctrina como las soluciones legislativas aportadas a nivel nacional y por instrumentos jurídicos internacionales con o sin carácter vinculante, han aportado una tipología de medidas cautelares distinta a la prevista por la doctrina procesal civil. Los tipos cautelares específicos del arbitraje comercial están determinados por los caracteres y especificidades de la litigación internacional así como por las singularidades que le son propias a este medio de solución de conflictos. La clasificación de tipos cautelares que se propone intenta sistematizar las enumeradas por los autores y las legislaciones nacionales sobre la materia, todos con mayor o menor referencia a la más reciente modificación a la Ley Modelo de la CNUDMI en el capítulo IV A Medidas Cautelares y Órdenes Preliminares, artículo 17.2⁶⁶. Entre los autores que han trabajado con carácter sistemático el tema y en sentido más o menos similar a la clasificación CNUDMI: Schaefer; Fouchard, Gaillard y Goldmann; Redfern, Lew, Yesilirmak, Silva Romero, Fernández Rozas, Hochstrasser y Howell⁶⁷. Resulta necesario un breve análisis de las deliberaciones en la

66 Artículo 17.2 Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, según modificaciones aprobadas en 2006:

“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:

mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;

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;

proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

67 Schaefer distingue las medidas para la preservación del statu quo, medidas para modular la relación entre las partes durante el proceso y medidas de preservación de evidencia, vid.

CNUDMI en materia de tipos cautelares a manera de ilustrar desde sus orígenes la formación del criterio clasificatorio que se propone.

5.1. DELIBERACIONES SOBRE LA INSERCIÓN DE UNA CLASIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 SOBRE LA FACULTAD CAUTELAR DEL ÁRBITRO Y PROPUESTA DE INCLUSIÓN DE ARTÍCULO 17 BIS SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDA CAUTELAR DEL ÁRBITRO, DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI.

Schaefer, I. New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared, *Electronic Journal of Comparative Law*, 1998, p. 4. Por su parte, Fernández Rozas distingue las medidas dirigidas contra los bienes o encaminadas a lograr una conducta determinada en una de las partes o de un tercero, medidas conservatorias del estado de cosas y medidas dirigidas a la administración y conservación de las pruebas, vid. Fernández Rozas, J. C., *Arbitraje y Justicia Cautelar*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXII, 2007, pp. 23-60, p. 29. Hochstrasser por su parte menciona las medidas de mantenimiento o restauración del statu quo, medidas para prevenir un daño irreparable, medidas de conservación patrimonial y preservación de activos, medidas conductuales dirigidas a obligar a una de las partes a realizar algo en particular y medidas de producción y conservación de evidencia, vid. Hochstrasser, D., *Types of Interim Measures. Conditions for Granting Interim Measures*, Presentation to the Seminar on Interim Measures in International Arbitration, Swedish Arbitration Association, October 4th 2007, p. 3; Redfern de modo más extendido menciona las medidas vinculadas a la preservación de evidencia, medidas para conservar el statu quo y medidas para evitar la disipación de activos, vid. Redfern, A., *Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection. Is the Tide About to Turn?* en *Texas International Law Journal*, vol. 30, p. 71, University of Texas at Austin, p. 4 y ss.; vid. además, Lew, J.D.M., *Analyse des Mesures Provisoire et Conservatoires dans l'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*, *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, vol. 11, num. 1, 1er semestre 2000, Paris, p. 24, p. 31 y ss.; Yesilirmak, A., *Les Mesures Provisoire et Conservatoires dans la Pratique Arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale*, *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, vol. 11, num. 1, 1er semestre 2000, Paris, p. 24, p. 34 y ss.; Fouchard, Gaillard et Goldman, *Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya: Kluwer, 1999, par. 1256.

En la versión original de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, ni en el artículo 9 sobre tutela cautelar del juez, ni en el artículo 17 sobre tutela cautelar del propio árbitro hay una referencia a los tipos de medidas cautelares que pueden adoptarse en apoyo a un procedimiento arbitral. Solamente el artículo 17 hace una referencia abierta a "...las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio".

Durante las deliberaciones para modificar el artículo 17 durante los años 2000-2006, no hay mención expresa en ninguno de los documentos rectores a la necesidad e importancia de incluir una clasificación de posibles medidas cautelares a la disposición del árbitro en apoyo a su propio procedimiento. No obstante, todo el curso deliberativo sugiere fuertemente la enorme necesidad de que los legisladores nacionales cuenten con una lista de tipos cautelares o al menos de un sistema clasificatorio abarcador que sirva de guía para la incorporación a derecho interno. En fecha tan temprana como en el propio mes de diciembre de 2000, en el informe presentado al 33 período de sesiones del Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje de la Comisión, el mismo reconoce, durante los debates sobre la fuerza ejecutiva de la medida cautelar del árbitro, la existencia de una relación entre ésta y el tipo de medida a adoptar. Quedó establecido preliminarmente un criterio clasificatorio que divide las medidas cautelares entre aquellas destinadas a facilitar la sustanciación del procedimiento arbitral y aquellas destinadas a evitar cierta pérdida o daño o para preservar cierto estado de cosas hasta que se resuelva la controversia⁶⁸.

Inician de esta forma los debates en torno a los tipos cautelares a la disposición de los árbitros el cual se dedicó seguidamente y por varios períodos de sesiones, al intercambio con organizaciones arbitrales internacionales y

⁶⁸ Vid. documento de Naciones Unidas A/CN.9/WG.II/WP.110, párrafo 78.

conferencias especializadas hasta llegar al análisis del informe conclusivo de la información remitida por los estados miembros, árbitros de reconocido prestigio e instituciones arbitrales a solicitud de la propia Comisión en el 36 período de sesiones del Grupo de Trabajo. En el mismo se insistió en la clasificación bipartita del 33 período de sesiones, pero a diferencia del anterior se exponen para posterior análisis, ejemplos de medidas cautelares frecuentemente solicitadas y adoptadas por tribunales arbitrales, a modo de ayudar en los esfuerzos de clasificación definitiva de tales medidas⁶⁹.

69 En un loable intento de sistematización, el Grupo de Trabajo logra reunir las siguientes:

“Medidas para evitar daños, perjuicios o pérdidas manteniendo determinada situación hasta que se resuelva la controversia:

la orden de que los bienes que son objeto del litigio queden en posesión de una de las partes pero sean preservados, o de que queden en poder de un depositario (lo que en algunos ordenamientos jurídicos se llama secuestro),

la orden de que el demandado entregue bienes al demandante con la condición de que éste otorgue garantía por el valor de los bienes y de que el demandado pueda ejecutar la garantía si la demanda resulta ser infundada;

la orden de inspección, desde un primer momento, cuando resulte evidente que determinada situación puede cambiar antes de que el tribunal arbitral aborde la cuestión conexa. Por ejemplo, si la controversia se relaciona con el fondeo de buques en un puerto y se sabe que éste va a pasar a ser una zona de construcción, el tribunal arbitral puede dictar órdenes de inspección del puerto en las primeras etapas;

la orden de que una de las partes proporcione cierta información a la otra, como un indicativo de acceso a una computadora, lo que le permitiría, por ejemplo, seguir realizando o concluir cierta labor;

la orden de vender bienes perecederos y de que el producto de la venta quede en poder de un tercero;

el nombramiento de un administrador para la gestión de los bienes generadores de ingresos que se hallan en litigio, cuyo costo se sufragará conforme a lo dispuesto por el tribunal arbitral;

la orden de que se siga ejecutando el contrato en litigio

la orden de adoptar medidas apropiadas para evitar la pérdida de un derecho, por ejemplo, pagando la renovación de una marca comercial o la prórroga de una licencia de programas informáticos;

En el propio 36 período, el Grupo de Trabajo deja constancia de la presentación de una propuesta de analizar textos modelos sobre el tema, emitidos por otras organizaciones y por conferencias especializadas, cuales son en concreto: los Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales, conocidos como Principios de la ILA, redactados por la Asociación de Derecho Internacional; el Proyecto de Principios Fundamentales y Normas de Procedimiento Civil Transnacional del American Law Institute/UNIDROIT y el proyecto de Convenio Relativo a la Competencia Judicial y el Reconocimiento de Fallos Extranjeros en Materia Civil y Mercantil patrocinado por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. De todas las propuestas clasificatorias aportadas en estos textos, la Comisión fija como básico para continuar las deliberaciones la del proyecto de Convenio Relativo a la Competencia Judicial y el Reconocimiento de Fallos Extranjeros en Materia Civil y Mercantil⁷⁰.

la orden de no revelar determinada información y de adoptar medidas para garantizar que no se revele.

Medidas para facilitar la ejecución de un laudo:

la orden de inmovilizar bienes mientras no se dirima la controversia, de no retirar bienes o el objeto del litigio de una jurisdicción y de no enajenar bienes en la jurisdicción en que se pida la ejecución del laudo;

órdenes relativas a bienes que pertenecen a una de las partes en el arbitraje y están bajo el control de un tercero (por ejemplo, para impedir que un banco libere fondos de una de las partes);

la garantía del monto en disputa, lo que entraña, por ejemplo, depositar una suma en determinada cuenta, entregar determinados bienes, o la presentación de una garantía por un tercero, que puede ser un banco o un fiador;

la garantía de las costas del arbitraje, lo que puede requerir, por ejemplo, que se deposite una suma o se dé una fianza o garantía, generalmente para cubrir los gastos del demandado si la acción del demandante no prospera”.

Vid. documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.119, párr. 16 al 18.

70 Los Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales, fueron adoptados por la 67 Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional en Helsinki,

del 12 al 17 de agosto de 1996, de ahí que sean conocidos como Principios de la ILA – International Law Association-, formulan una clasificación bipartita similar a la que inicia las deliberaciones en el propio Grupo de Trabajo: medidas para mantener el statu quo en espera de que el tribunal resuelva el litigio y medidas para garantizar la accesibilidad a ciertos bienes con objeto de dar curso al fallo definitivo. Vid. Principios 1 y 2 en el Segundo Informe Provisional del Comité de Litigación Civil y Comercial Internacional sobre Medidas Cautelares en los Litigios Internacionales de la ILA, publicado en Londres, 1996 y reseñados en documento de Naciones Unidas A/CN.9/WG.II/WP.119, párrafo 52.

El proyecto de Principios Fundamentales y Normas de Procedimiento Civil Transnacional del American Law Institute/UNIDROIT, versión de noviembre de 2001, en su artículo 17.2, dispone: “Un mandato judicial puede impedir que una persona que esté sometida a la competencia del tribunal transfiera bienes, dondequiera que estén situados, antes de que concluya el litigio, así como exigir a una parte que revele sin demora donde se encuentran sus bienes, incluidos los que están bajo su control, y las personas cuya identidad o ubicación sean pertinentes” y en el comentario al artículo 17.6 alude a que “ [...] en el artículo 17.2 se faculta al tribunal para prohibir la transferencia de bienes situados fuera del estado del foro y para exigir información sobre los bienes de la parte. En el Reino Unido esto se conoce como Mareva Injunction. En el Convenio de Bruselas se exige en reconocimiento de ese mandato judicial por los signatarios del Convenio porque un mandato judicial es un fallo. En ese apartado también se autoriza un mandato por el que se exija revelar la identidad y ubicación de personas para facilitar la ejecución de un fallo definitivo”. Vid., documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.119, párrafos 69 y 70.

El proyecto de Convenio Relativo a la Competencia Judicial y el Reconocimiento de Fallos Extranjeros en Materia Civil y Mercantil en su texto provisional preparado por la Mesa Permanente y los relatores sobre la base del examen realizado en la Comisión II de la primera parte de la Conferencia Diplomática, celebrada del 6 al 20 de junio de 2001, de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, asume una clasificación tripartita, que sería de enorme importancia en la continuación de los debates en la CNUDMI sobre los tipos de medidas cautelares a la disposición de los árbitros. En el párrafo 4 de la variante A dispone que los propios árbitros pueden adoptar:

una medida encaminada a mantener el statu quo hasta que se determinen las cuestiones en litigio;

una medida que proporcione un medio preliminar de conservar bienes a fin de dar curso a un fallo definitivo;

Paralelo a las deliberaciones sobre las medidas cautelares a la disposición del árbitro, se trata el asunto de las medidas cautelares a la disposición del juez en apoyo a un procedimiento arbitral. En el propio período 33 de sesiones, el Grupo de Trabajo se remite a las discusiones propias de la medida cautelar del árbitro y enuncia el criterio clasificatorio bipartito ya formulado⁷¹. Más adelante, el Grupo concluye el análisis del informe conclusivo de la información remitida sobre el tema por los estados miembros, formulando tipos cautelares a la disposición del juez con especial vocación jurídico-real, dedicados a la preservación de bienes y activos⁷².

una medida encaminada a impedir que el demandado realice determinado acto con objeto de prevenir un daño emergente o inminente”.

Vid. documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.119, párrafos 74 y siguientes.

71 “Los Principios [de la ILA] adoptan una clasificación doble de los objetivos que cumplen las medidas provisionales 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 definitivo. Esta distinción la hacen con frecuencia los sistemas jurídicos nacionales y refleja la necesidad de diferentes tipos de medidas (la clasificación de las medidas provisionales en diferentes categorías se examinó en el párrafo 63 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108). Como se ha señalado anteriormente en el párrafo 8, los Principios se centran en medidas del grupo b) simplemente porque éstas pueden solicitarse de ordinario y por tanto son susceptibles de un análisis comparativo. En caso de que el Grupo de Trabajo decidiera que es conveniente trabajar en la elaboración de un conjunto de normas uniformes sobre estas cuestiones, habría que considerar la cuestión de los tipos de medidas provisionales a los que serían aplicables”.

Vid. documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.111, párrafo 14.

72 “Órdenes para proteger los bienes en disputa o ciertos derechos de índole no monetaria, generalmente dirigidas a las partes en el litigio (también llamadas “de embargo”); Órdenes para impedir que una parte retire bienes o dinero que tenga en su poder o que esté en poder de un tercero (también llamadas “mandatos judiciales”); Conservación, custodia o venta de bienes percederos; Órdenes para que una parte conserve bienes en su poder (también llamadas “de secuestro”); Órdenes de inspección de bienes; Nombramiento de un depositario para que tenga en su poder los bienes que no pueden estar en poder de ninguna de las partes mientras no se resuelva el litigio; Órdenes para que una parte otorgue garantía para cubrir los gastos de la

No obstante todo lo anterior, la Comisión abandonará el criterio clasificatorio bipartito y asumirá la clasificación tripartita de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Este ya había sido propuesto pero soslayado por el pleno del Grupo de Trabajo en su período 32 de sesiones e incluye: medidas para facilitar la sustanciación del procedimiento arbitral, medidas para evitar pérdida o daño o para preservar el estado de cosas hasta la solución de la controversia y medidas para facilitar la ejecución ulterior del laudo⁷³. No es

contraparte si la acción resulta infructuosa". Vid. documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.119, párrafo 40.

73 "a) Medidas para facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral, como órdenes en las que se pide a una de las partes 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 perecederos 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;

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".

exacta pero es evidente la relación entre la clasificación tripartita del Convenio de La Haya mencionado y el propuesto en el 32 período de sesiones, por lo cual no es descartable que la delegación que lo propuso se haya inspirado en el propio Convenio. Durante el período 34 de sesiones, algunas delegaciones en la Comisión continúan haciendo hincapié en la necesidad de formular un criterio clasificatorio amplio, ya sobre la base tripartita antes mencionada y que sea abarcador, vinculado siempre a sus objetivos y propósito⁷⁴. Asimismo el Grupo concluye la necesidad de incluir una guía de incorporación a derecho interno. Así las cosas, es en medio del proceso de sistematización definitiva de la clasificación de medidas cautelares a la disposición del árbitro para su inserción en la Ley Modelo, en que al período 37 de sesiones la delegación de Estados

Vid., documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.108, párrafo 63.

74 "Entre los objetivos de una medida cautelar se encuentran los siguientes: eliminación de obstáculos para la sustanciación del procedimiento (por ejemplo, mediante órdenes orientadas a evitar la destrucción de pruebas); la prevención de pérdidas o daños (por ejemplo la orden de continuar unas obras de construcción a pesar de que la obligación de continuarlas esté pendiente de resolución); el mantenimiento del statu quo (por ejemplo, la orden al beneficiario de una garantía independiente de no reclamar el pago en virtud de esa garantía); y la facilitación de la ejecución del laudo (por ejemplo, una orden en que se requiera a una de las partes para que preste garantía por las costas, o una orden destinada a impedir la transferencia de activos a una jurisdicción extranjera o la disposición de esos activos). No se incluyen entre las medidas cautelares las decisiones relativas a la sustanciación del procedimiento arbitral general, como: la orden de que una parte aporte una prueba determinada; la orden de que una parte deposite una cantidad como pago anticipado de las costas del arbitraje; o la orden destinada a mantener la confidencialidad de la información relativa al arbitraje. Tampoco se incluyen las decisiones que son parte de la decisión definitiva sobre la controversia sometida a arbitraje o elementos de esa decisión (por ejemplo, las decisiones relativas a la competencia del tribunal arbitral, las costas del arbitraje o la ley aplicable al fondo de la controversia). Además, el concepto de medidas cautelares excluiría las órdenes dadas en virtud de procedimientos utilizados en algunas jurisdicciones, según los cuales el tribunal arbitral puede ordenar a una parte hacer un "pago provisional" o un "pago parcial provisional" a la otra, en la medida en que esté fuera de duda que se adeuda el importe de ese pago, que se tendrá en cuenta en el laudo definitivo".

Vid., documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.113, nota 21.

Unidos presenta un criterio clasificatorio cuatripartito adicionando las medidas cautelares encaminadas a la preservación del material probatorio⁷⁵. La adición trae causa de las conclusiones del Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial celebrado en mayo de 2002 continuando así el análisis del tema en base a la ampliación propuesta por la delegación estadounidense al Grupo de Trabajo durante los períodos subsiguientes hasta el número 43 en que se debate sobre el proyecto de artículo 17 relativo a la facultad de los tribunales arbitrales para adoptar medidas cautelares incluido en un capítulo IV sobre Medidas Cautelares y Órdenes Preliminares⁷⁶. Culmina el ciclo de

75 La propuesta estadounidense no solo incluye las medidas para conservar la evidencia, sino además, extiende el ámbito de protección de las medidas para garantizar la ejecución definitiva del laudo a la garantía de la asignación de costas procesales. Según formulación de la propia delegación proponente: “a) mantener o restablecer el statu quo mientras no se dirima la controversia, con el objeto de garantizar o facilitar la eficacia del futuro laudo; b) tomar medidas para prevenir un daño emergente o inminente, o abstenerse de tomar medidas que puedan causarlo a fin de garantizar o facilitar la eficacia del futuro laudo; c) proveer garantías para la ejecución definitiva del laudo, así como para la asignación de las costas; o d) conservar las pruebas que puedan ser pertinentes y de interés para la solución de la controversia”.

Vid., documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.121, párrafo 2.

76 “a) Mantenga o restablezca el statu 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 ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia” (wp141, 4).

“Se expresaron reservas respecto de la posibilidad de que el apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo 17 directa o indirectamente autorizara la emisión de interdictos en contra de acciones judiciales u otras actuaciones arbitrales, dado que este tipo de interdictos era desconocido o poco conocido en muchos ordenamientos jurídicos y que no había uniformidad en la práctica sobre este punto. Se consideró asimismo que esos interdictos no siempre tenían el carácter provisional de las medidas cautelares. Se señaló que ya existían varias normas que protegían el proceso arbitral y que, por lo tanto, no era necesaria la referencia a los interdictos

deliberaciones con la propuesta a la Asamblea General por el 39 período de sesiones de la Comisión de inclusión en la Ley Modelo de la ampliación propuesta por Estados Unidos al criterio clasificatorio tripartito antes formulado⁷⁷. Es esta tipología la que servirá de base a las sistematizaciones doctrinales y legislativas posteriores y presentes. Igualmente servirá de base a la propuesta clasificatoria que en el presente informe se propone, incluyendo solamente una relativa al pago provisional o ejecución anticipada de lo pretendido, con identidad propia y suficiente como para singularizarla.

5.2. CLASIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN APOYO AL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

en contra de actuaciones judiciales o de otras actuaciones arbitrales en el apartado b) del párrafo 2”.

Vid., documento de Naciones Unidas, A/CN.9/592, párrafos 18 y 19.

77 Párrafo 2 del artículo 17 sobre la facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares de la Sección 1 sobre Medidas Cautelares del Capítulo IV sobre Medidas Cautelares y Órdenes Preliminares:

“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:

mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;

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;

proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes o pertinentes para resolver la controversia”.

Vid. Ley Modelo, op. cit.

En sentido general y a modo de resumen podemos catalogar en los desarrollos doctrinales, cinco tipos de medidas cautelares propias del arbitraje comercial internacional y distinguible por la circunstancia sometida a protección⁷⁸:

5.2.1. MEDIDAS PARA MANTENER O RESTABLECER EL STATU QUO MIENTRAS DURA LA CONTROVERSIDA.

Bajo este criterio se intentan definir las medidas cautelares que tienen por propósito proteger la relación jurídica de base y el estado de ejecución de la misma al momento de surgir la litis. No hay referencia doctrinal en torno al concepto de statu quo pero no parece ser controversial, entendiéndose el mismo como la relación contractual del cual la litis trae causa⁷⁹. Con este tipo de medida, el tribunal intenta evitar que el ánimo controversial de las partes

78 La clasificación de las medidas cautelares en apoyo al arbitraje según el propósito que persiguen las mismas es típico en la doctrina que se dedica a la materia, a modo meramente ilustrativo: “asegurar que el propósito del arbitraje no se frustre mientras se espera al pronunciamiento y ejecución de la decisión del tribunal arbitral sobre el fondo del asunto; asegurando así la eficacia de la protección judicial o arbitral; previendo que una de las partes oculte o transfiera bienes objeto de controversia más allá del alcance jurisdiccional del tribunal de modo que la parte exitosa en el proceso no encuentre satisfacción; regulando de las partes durante el procedimiento arbitral; igualmente puede haber necesidad, durante el procedimiento, de que alguna parte se abstenga de realizar ciertos actos (por ejemplo, suspender la ejecución de determinada garantía bancaria) con el objeto de preservar el statu quo hasta la final adjudicación; conservar evidencia y regular su administración, por ejemplo, una pieza probatoria puede resultar indisponible para el tribunal, sea por acto de una de las partes o por el simple paso del tiempo”.

Vid. Blessing, M., Introduction to Arbitration: Swiss and International Perspectives, Swiss Commercial Law Series, Frankfurt am Main, Helbig und Lichtenhanh, 1999, ISBN 3-7190-1838-5, p. 274.

79 Blessing reformula la expresión statu quo como state of affairs, con lo cual arroja luz sobre el sentido y alcance de la misma, cuya importancia radica en que constituye elemento normativo de la Ley Modelo cuya pauta sigue el mundo arbitral. Parece indicar entonces que statu quo hace referencia al estado de los negocios entre las partes al momento de iniciarse la litis. Vid. Blessing, M., op. cit., p. 274.

irradie hacia la relación contractual resultando detrimento sustancial al normal desarrollo de la misma⁸⁰.

Redfern sitúa como modelo de medidas de este tipo, aquellas particularmente útiles y típicas en arbitraje de construcción a través de órdenes prohibiendo al contratista la detención de la obra⁸¹. Hochstrasser por su parte las define en términos más amplios como medidas conductuales –behavioral measures- al caer bajo este criterio clasificatorio todas aquellas que imponen una conducta determinada a una parte, fundamentalmente en función de modular la relación contractual que origina el conflicto en cuestión y entre las cuales figuran órdenes de no modificar la estructura legal de una entidad determinada vinculada con la litis, de no ejecutar garantías bancarias, de no producir bienes o prestar servicios determinados o continuar el suministro de determinados productos, de prolongar licencia o reducir royalties, de otorgar acceso a algún recurso esencial para una actividad económica determinada como lo es la red ferroviaria, de telecomunicaciones, eléctrica, gasífera, conectividad a Internet, conexión provisional a red de datos; de presencia o asistencia a Junta de Accionistas evitando provisionalmente su inactividad e incluso orden de ejercer el derecho al voto en Junta en determinado sentido⁸². Putnam Lowry por su

80 Vid. Wirth, M., Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, 1999 Conference of the International Bar Association, Section Business Law, Barcelona, September 1999, p. 3.

81 En términos de Redfern: "Son medidas que tienen por objetivo la preservación del statu quo, por ejemplo, un tribunal competente (dejando de lado lo relativo a si es un tribunal arbitral o judicial) puede ordenar a los contratistas que no detengan una obra por el hecho de haber surgido una controversia, sea por incremento en los costos de ejecución o por otra razón, en espera de la solución arbitral del conflicto. Esto parece ser suficientemente razonable", vid. Redfern, A., op. cit., p. 4.

82 A modo de ejemplo, en el asunto 8411 de julio de 1996 ante la Corte Internacional de Arbitraje con sede en París, el demandante solicita al tribunal arbitral la transferencia de 5 acciones de una sociedad mercantil a su favor. Explica el promovente que la finalidad de esta

parte enumera como medidas de este tipo, aquellas que imponen a las partes o a una de ellas revelar información determinada que permitirá la continuación de una obra o una actividad económica específica tales como el password de una computadora o programa informático (order of disclosure) o no revelar información a la prensa sobre el proceso (order of confidentiality). Craig, Park y Paulsson destacan entre éstas, el nombramiento de administrador para la continuación de una actividad o empresa determinada en carácter de joint venture⁸³. Blessing incluye no solo las órdenes de no ejecutar una garantía

medida radica en que con la posesión de las acciones logrará reunir los requisitos estatutarios para formar parte del consejo de vigilancia (Conseil de surveillance) de la sociedad y velar por las finanzas y el estado patrimonial de la entidad presuntamente responsable en laudo definitivo:

“Dado que la parte demandada solicita la conservación de cinco acciones de la sociedad X hasta que se defina lo concerniente a los daños y perjuicios en virtud de la transferencia de tecnología y la reducción del precio; dado que la misma entidad solicitante expone que tal solicitud es provisoria por su duración y conservatoria por su naturaleza, considerablemente limitada en su extensión y no perjudicial en sus efectos [...]; que tal pretensión se justifica por el hecho de que, en caso de perder la calidad de accionista de la sociedad X, se vería comprometido el establecimiento de la prueba definitiva de su derecho a daños y perjuicios; sostiene la promovente que le será necesario tomar parte en las asambleas generales y de disponer de un asiento en el consejo de vigilancia en el cual cada miembro debe ser propietario de al menos cinco acciones en virtud de los estatutos de la sociedad X; que [...] tal medida conservatoria deberá ser ordenada para permitir la buena ejecución de la misión confiada al tribunal arbitral, y consecuentemente, para preservar y garantizar sus intereses financieros”.

Vid., Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI, vol. 11, num.1, 1er semestre, Paris, 2000, p. 78.

83 Igualmente en el ámbito del arbitraje CCI, se destaca la adopción de varias medidas cautelares encaminadas todas a la intervención de la administración de una sociedad mercantil: depósito en cuenta o bajo administración fiduciaria de las acciones sobre la sociedad mercantil a intervenir con prohibición de movimiento o disposición de las mismas salvo por consentimiento escrito de las partes procesales o autorización expresa del tribunal arbitral y prohibición de constituir gravamen sobre las mismas, orden al demandado de mantener en la sede social de la casa matriz y subsidiarias los libros contables y registros de las operaciones financieras, prohibición a las partes de financiar y refinanciar los activos de la entidad a intervenir por encima

bancaria sino incluso las órdenes de constituir garantía de este tipo o de prolongar la eficacia temporal de una garantía ya existente⁸⁴. Por último, Yesilirmak y Lew mencionan, en el contexto propio del arbitraje CCI, la orden de prohibición de venta de productos de la contraparte y en caso de incumplimiento, orden de imposición de penalidad por cantidad de productos vendidos⁸⁵.

Estas medidas adquieren comúnmente la forma jurídica de injunction o injonction ajeno a nuestro derecho procesal civil pero ampliamente compartido en el campo del arbitraje comercial internacional⁸⁶. El análisis de Naimark y

de la suma de USD \$500'000'000.00 salvo consentimiento expreso de las partes o autorización del tribunal arbitral, orden de proveer a la otra parte la siguiente información relativa a la casa matriz y subsidiarias: copia del informe de desarrollo de negocios con entidades gubernamentales, copia de la declaración mensual de operaciones e informe de transacciones financieras y por último orden de comunicar con al menos 20 días de antelación a cualquier operación de compra, venta, adquisición bursátil, refinanciación o cualquier otra transacción, los términos acordados de la operación y el destino que seguirá el beneficio económico logrado con la operación en cuestión.

Vid. resolución interlocutoria en el asunto 8879 de marzo de 1998, en *Bulletin de la Cour...*, op. cit., p. 86.

84 Más detalles sobre la enumeración, vid. Hochstrasser, D., op. cit.; Putnam Lowry, H., op. cit., p. 1; Craig W. Lawrence, Park William W. et Paulsson, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, London, 2000, p. 425; Blessing, M., op. cit., p. 274.

85 Vid., Lew, J., op. cit., p. 31; Yesilirmak, A., op. cit., p. 34; sentencia recaída en asunto 7895 de 1994 ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Todos en *Bulletin de la Cour...*, op. cit.

86 Varios autores en materia de arbitraje comercial internacional han definido a estas como medidas que a diferencia del attachment, no tienen por objeto asegurar un bien determinado sino conminar a un sujeto a hacer algo, asumir determinada conducta o no hacerlo.

Vid. Craig W. Lawrence, Park William W. et Paulsson, Jan, op. cit., ep. 33.03, p. 425; véanse particularmente sus referencias a la utilidad de este tipo de medidas para conminar a una de las partes a que no haga efectiva una garantía bancaria o título del mercado financiero cuya ejecución pueda significar detrimento o menoscabo a la eficaz ejecución futura del laudo resultante.

Keer a los cuestionarios y encuestas CNUDMI sobre medidas cautelares arroja como resultados que este tipo de medidas constituye con mucho la que con mayor frecuencia se solicita a jueces y árbitros en apoyo a un procedimiento arbitral y la que con mayor frecuencia se concede: 64%⁸⁷.

5.2.2. MEDIDAS ENCAMINADAS A EVITAR O IMPEDIR DAÑO ACTUAL O INMINENTE Y PARA EVITAR MENOSCAMBO AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL O DIRIGIDAS A PROHIBIR LA REALIZACIÓN DE ACTOS QUE PROBABLEMENTE OCASIONARÍAN TAL DAÑO.

Aquí se encuentra mayor dificultad para determinar el ámbito de ejemplos específicos que ilustren su naturaleza y carácter. En las propias deliberaciones del Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje ya mencionadas, no queda claro si la conservación de pruebas y el pago anticipado pueden o no formar parte de este tipo de medidas, dado que tienen finalidad protectora de la sustanciación del procedimiento⁸⁸.

No obstante lo anterior, pueden identificarse bajo este rubro aquellas medidas que tienen por finalidad evitar la frustración o el menoscabo al buen fin del procedimiento arbitral, singularizando este como circunstancia objeto de tutela cautelar independiente al patrimonio objeto de responsabilidad. Hay acuerdo en las deliberaciones de la CNUDMI al indicar como ejemplo típico de estas, las

87 Ambos autores realizan un análisis de las respuestas a los cuestionarios enviados por la CNUDMI a árbitros y litigantes de despachos especializados en arbitraje comercial internacional, en función de nutrirse de información especializada y opiniones de las instituciones y el factor humano en contacto cotidiano con la materia objeto de investigación. Vid. Naimark, R. et Keer, S., op. cit., p. 3 y 4.

88 Aún cuando no quedan claros desde un inicio, a la altura del 40 período de sesiones se logra identificar y singularizar como ítem independiente las medidas encaminadas a la conservación de material probatorio. Sobre el contenido de las medidas en protección al procedimiento arbitral, vid. documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.113, nota 21 y documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.108, párrafo 63.

medidas que prohíben a una o ambas partes iniciar procedimientos jurisdiccionales ante cualquier otro foro⁸⁹.

Las órdenes de prohibición de litigación –anti-suit injunction- son particularmente frecuentes en el arbitraje internacional y tienen por principal mérito garantizar la integridad del procedimiento en un contexto de diversidad jurisdiccional tal como el que predomina en los conflictos comerciales internacionales. En el ámbito del arbitraje CIADI se definen como medidas portadoras de órdenes de prohibición de iniciar procedimientos locales con obligación al estado parte en la solución arbitral del conflicto de asegurar que ninguna entidad pública iniciará tales procedimientos. Spenser Underhill las considera como medida cautelar que prohíbe a una de las partes interponer acción legal de cualquier tipo ante los tribunales judiciales sobre el litigio en cuestión, las ubica en el ámbito del derecho anglosajón con rápida migración al arbitraje comercial internacional dada su evidente utilidad y cita dos casos en las cuales resultaron vitales⁹⁰.

89 En las mismas deliberaciones de la CNUDMI es de observarse una reticencia inicial, gradualmente superada, a la consideración de este tipo de medidas como típicas de protección del procedimiento arbitral y a su inclusión: “Se expresaron reservas respecto de la posibilidad de que el apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo 17 directa o indirectamente autorizara la emisión de interdictos en contra de acciones judiciales u otras actuaciones arbitrales, dado que este tipo de interdictos era desconocido o poco conocido en muchos ordenamientos jurídicos y que no había uniformidad en la práctica sobre este punto. Se consideró asimismo que esos interdictos no siempre tenían el carácter provisional de las medidas cautelares. Se señaló que ya existían varias normas que protegían el proceso arbitral y que, por lo tanto, no era necesaria la referencia a los interdictos en contra de actuaciones judiciales o de otras actuaciones arbitrales en el apartado b) del párrafo 2”. Vid., documento de Naciones Unidas, A/CN.9/592, párrafos 18 y 19.

90 Spenser Underhill comenta una litis que se traba en virtud de daños provocados por incendio del buque Anápolis propiedad del demandante mientras estaba atracado en dique seco en puerto rumano bajo reparaciones, el demandante inicia arbitraje según acuerdo arbitral en Londres pidiendo daños en respuesta a lo cual el demandado inicia acciones judiciales en

Estas medidas si bien pueden llegar al arbitraje de la mano del derecho anglosajón son conocidas en nuestro ámbito jurídico, y en ambos contextos jurídicos encuentran una formulación que abarca no solo situaciones en las cuales ya se han iniciado acciones jurisdiccionales en otro foro sino incluso cuando no se han iniciado del todo y pretende una de las partes prever la posibilidad de que la otra parte las inicie⁹¹. Para nosotros tienen la forma de sentencias inhibitorias dentro de la tutela de mera declaración. En este sentido

Rumanía pidiendo el pago de las reparaciones realizadas hasta el incendio sin referir al tribunal rumano de las actuaciones arbitrales pendientes en Londres. El tribunal arbitral londinense emitió injunction contra el demandado prohibiéndole continuar sus actuaciones judiciales en Rumanía, lo cual cumplió voluntariamente.

Vid. Green Flower Navigation Malta Ltd, v. SC Santieural Naval SA Constanza [2002] WL 1876042, disponible en <http://www.nadr.co.uk/articles/published/arbitration/008%20CHAPTER%20EIGHT%20ARBITRATION%20COURTS%20POWERS.pdf>, [consulta de 20 de enero de 2011]; Spenser Underhill, D., Do State Courts Really Have a Useful Role to Play in International Arbitration?, Mayer, Brown, Rowe & Maw, Febrero 2003, disponible en: <http://www.mayerbrown.com/London/article.asp?id=601&nid=369>, p. 6, [consulta de 20 de enero de 2011].

91 Parece ser más frecuente en el arbitraje comercial internacional la adopción de esta medida con posterioridad a haberse iniciado acciones jurisdiccionales. Al menos, en el arbitraje CCI, Lew y Yesilirmak reportan en los dos únicos expedientes de prohibición cautelar de acción jurisdiccional, la adopción de esta medida después de haberse iniciado el mismo, pretendiendo que la parte contra la cual se dirige la misma abandone el curso de acción de los mismos:

En el asunto 9593 de diciembre de 1998 el tribunal arbitral adoptó orden interina siguiendo una solicitud "[...] urgente de que los árbitros obliguen a las partes de que continúen el cauce de las acciones [extra-arbitrales]". En el asunto 7692 de marzo de 1995, el tribunal arbitral emite a una de las partes "[...] orden de frenar la continuación de cualquier acción iniciada en cortes judiciales de Texas o de los Estados Unidos, particularmente la acción iniciada contra los demandantes ante la Corte de Distrito del Condado de Harris en el estado de Texas [...] estándose a la solución definitiva de la controversia por el tribunal arbitral de acuerdo con el consentimiento de las partes".

Vid. Bulletin de la Cour..., op. cit., p. 111 y ss.

es particularmente interesante hacer notar la débil consideración doctrinal otorgada a la tutela de declaración en relación con la condenatoria⁹². No obstante, la escasa utilidad que la doctrina le atribuye para la litigación ordinaria

92 Chiarloni es bien enfático al ponderar la escasa atención que ha recibido la tutela de mera declaración en los estudios y la legislación procesal civil:

“Sobre la base de las consideraciones expuestas parece posible insistir en ubicar dentro del ámbito de la tutela de mera declaración, a las llamadas sentencias inhibitorias que no dan pie a un proceso de ejecución específico, ni son susceptibles de aplicación de una medida coercitiva civil o penal para el caso de falta de cumplimiento, sin que por esto nos veamos obligados a concluir que las numerosas disposiciones legislativas de tal tipo de sentencias expresamente previstas sean consideradas “letra muerta”.

Además, una autónoma consideración normativa parece ser atribuible a la “orden de cese” en la que normalmente la inhibitoria se materializa. Constituyendo, por así decirlo, la señal que la declaración devenida en cosa juzgada no concierne solamente a comportamientos pasados, sino que se extiende también a eventuales comportamientos futuros idénticos. Lo que, consiguientemente, permite reconocer, en atención a lo expuesto, una notable eficacia intimidatoria, a pesar que no se conceda una sanción de manera inmediata, en la medida en que se vuelve segura la afirmación de la responsabilidad en un posterior proceso, en caso que el comportamiento declarado ilícito sea reiterado y produzca daño.

Por consiguiente no puede ser compartida la opinión según la cual la tutela contra una lesión temida que se agota en una sentencia declarativa sería simplemente una tutela “de papel”. Por el contrario, en el caso de las inhibitorias declarativas, deben ser recordadas literalmente las enseñanzas que de manera general Chiovenda impartía sobre las sentencias de declaración según las cuales dichas sentencias “brindan a las partes una norma para su conducta futura”: una norma que sirve para prevenir no solo la reiteración del ilícito en forma “esquelética” resultante de la *fattispecie* legislativa, sino en forma “robusta” resultante de la subsanación en tal *fattispecie* por obra del juez de acontecimientos históricos determinados.

Ciertamente, destacar la suficiencia y la eficacia de la tutela comprendida en las inhibitorias declarativas, necesariamente relega la opinión que considera suficiente y eficaz la amenaza de tener que indemnizar los daños en caso que el comportamiento, determinado en sus concretas connotaciones lesivas, se produzca en el futuro nuevamente. Dentro de ciertos límites, no encontramos dificultad alguna para compartir dicha opinión”.

Vid. Chiarloni, S., *Medidas Coercitivas y Tutela de los Derechos*, Col. Biblioteca de Derecho Procesal, Palestra Editores, Lima, 2005., pp. 299 y ss.

no puede extenderse al arbitraje donde ha logrado, tanto la orden de prohibición de acción jurisdiccional en particular y la tutela cautelar declarativa en general, mayor raigambre y provecho para la protección del procedimiento arbitral.

En Cuba este tipo de medidas no son para nada comunes. No obstante, puede mencionarse un caso en el cual se ha echado mano a una medida cautelar agrupable en el presente rubro. Se trata del expediente 497 radicado el 21 de mayo de 2009 ante la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana. En el mismo se solicitó como medida cautelar, la suspensión temporal de proceso ejecutivo pendiente en la Sala, con la finalidad de evitar fallo en detrimento de proceso ante la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional.

En el caso de marras, el demandante solicita a la Sala la suspensión temporal de la tramitación del proceso ejecutivo 167/08 seguido por el demandado en su contra arguyendo que su continuación redundaría en un resultado en detrimento de la ejecución de un fallo arbitral aún no recaído ante la Corte Cubana. La base argumentativa en tal solicitud radica en la posible existencia de una contradicción entre el muy probable fallo arbitral estimatorio y favorable al demandante sobre el fondo del asunto y el igualmente probable fallo judicial estimatorio y favorable al demandado en proceso ejecutivo que ponga en serio peligro la real y efectiva ejecución de la sentencia arbitral.

5.2.3. MEDIDAS ENCAMINADAS A LA PRESERVACIÓN DE BIENES EN FUNCIÓN DE GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DEL EVENTUAL LAUDO ARBITRAL FAVORABLE AL DEMANDANTE.

Bajo este rubro se definen las medidas cautelares más conocidas en nuestra legislación procesal civil y con evidente efecto reipersecutorio: embargo preventivo de bienes, secuestro de bienes en litigio, el depósito temporal de bienes y la anotación preventiva de demanda, todas descritas y previstas en el

artículo 803 incisos a, b, c y d LPCALE. Se tratan esencialmente de medidas cuya traba se verifica objetivamente sobre bienes concretos y presentes y que en su mayor parte serán objeto de responsabilidad patrimonial en espera de la decisión arbitral definitiva.

Para el arbitraje comercial internacional, este tipo de medidas cautelares gozan del privilegio de la tipificación legal. La mayor parte de las provisiones normativas que reconocen la facultad del árbitro para adoptar medidas cautelares lo hacen mencionando expresamente las medidas vinculadas al objeto del litigio con lo cual hay evidente referencia a aquellas dirigidas a bienes en concreto. Tal formulación trae causa precisamente de la Ley Modelo de la CNUDMI en su formulación original, previa a las modificaciones al artículo 17: “[...] medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio”, y del artículo 26 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: “[...] medidas cautelares que considere apropiadas respecto del objeto de la controversia [...]”⁹³.

⁹³Vid. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional, 1976 y Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, op. cit.

En correspondencia con la letra de los textos sobre arbitraje de la CNUDMI y solo como ejemplo, sin pretender agotar todos los posibles supuestos normativos: “providencias cautelares que el tribunal estime necesarias respecto del objeto en litigio” (Ley de Arbitraje de Guatemala de 1995, art. 22); “medidas precautorias que estime necesarias, respecto del objeto de la controversia” (Ley de Arbitraje y Conciliación 1770 de 10 de marzo de 1997 de Bolivia, artículo 35); “medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio” (Ley de Arbitraje de España de 2003, artículo 23); “medidas provisionales o cautelares que considere oportunas en orden al aseguramiento del objeto del proceso” (Decreto-Ley 5/1999 modificado parcialmente por Ley 15 de 22 de mayo de 2006, artículo 24) y el singular caso peruano que reconoce legalmente la clasificación CNUDMI de medidas cautelares bajo análisis, mencionando las medidas “que mantengan o restablezcan el statu quo en espera que se resuelva la controversia...medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho

No obstante el efecto reipersecutorio previamente enunciado, no excluye medidas de carácter personal. En tal sentido, caben destacar las medidas prohibitivas de movimiento patrimonial y la conocida como Mareva injunction. Esta última, de frecuente uso en el arbitraje comercial internacional, consiste en una orden que prohíbe el movimiento o la transferencia de determinados activos, con o sin carácter financiero. Su singularidad radica en su uso como medida cautelar *in rem* cuando legalmente ostenta una evidente naturaleza *in personam*⁹⁴.

Se ha sostenido la improcedencia de este tipo cautelar en el arbitraje en razón de la carencia de imperium en el árbitro para imponer restricciones a los derechos reales de las partes⁹⁵. Debe recordarse que el imperium es un elemento necesario para la ejecución de la medida cautelar pero no para su adopción. Por tanto, nada obsta para que el árbitro pueda válidamente emitir una orden *in rem* sobre cualquiera de los bienes y activos de una de las partes procesales, amén de su mayor o menor vínculo con el conflicto. Su ejecución quedaría lógicamente reservada al tribunal ordinario de la jurisdicción en que tales activos estén enclavados. Tal es así que la propia institución arbitral parisina ha adoptado medida cautelar de secuestro de bienes⁹⁶.

daño o menoscabo al proceso arbitral...que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente...que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia" (Decreto Legislativo 1071 de 27/6/2008, artículo 47).

94 Sobre el uso de la Mareva injunction en la práctica arbitral internacional y caracteres conceptuales de la misma: Schaefer, J., *op. cit.*, p. 12; Craig W. Lawrence, Park William W. et Paulsson, Jan, *op. cit.*, epíg. 29.03; Sentón, D., *Attachments and Other Interim Court Remedies in Support of Arbitration*, 18 *Intl. Business Lawyer* 10, Marzo 1984.

95 Particularmente enfática al respecto ha sido la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. A modo de ejemplo, Yesilirmak reporta la sentencia interina recaída en el asunto 6251 de 1990, sosteniendo la incompetencia del tribunal arbitral para emitir una orden Mareva.

Vid. Yesilirmak, A., *op. cit.*, p. 34.

96 Blessing admite y reconoce la facultad del árbitro para adoptar medidas cautelares contra bienes concretos, particularmente el secuestro. Vid. Blessing, M., *op. cit.*, p. 274.

Vale igualmente destacar en este punto la enorme diversidad de posibles soluciones cautelares de este tipo en apoyo al arbitraje. En primer lugar, no hay límites en torno al carácter tangible o intangible del bien objeto de traba con lo cual valen, proceden y son comunes las medidas cautelares contra derechos de propiedad industrial, contra bienes futuros, títulos y demás⁹⁷. En segundo lugar, tampoco hay límites en materia de formulación de la medida: lo mismo puede dictarse trabando un bien concreto –al estilo attachment- que imponiendo al sujeto pasivo de la cautela una restricción en el uso y disposición de

El Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje reportó una sentencia interina en el asunto 8223 de octubre de 1995, contentiva de una orden de secuestro de activos financieros para posterior depósito fiduciario en la cuenta bancaria ad hoc de Monsieur le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats du Barreau de Paris.

Vid. Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage..., op. cit., p. 74.

97Entre nosotros mismos y en fecha tan temprana como 1932, aunque ajeno al arbitraje, ya se practicaba embargo sobre servidumbre de paso:

“[E]l claro texto del artículo 531 del Código Civil, en mérito al que las servidumbres puedan constituirse en provecho de personas o comunidades a quienes no pertenezca la finca gravada, ha sido aplicado en cuanto a las de paso por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1915, en la que armonizándose el precepto citado con el que le precede en dicho cuerpo legal, se define la servidumbre como un gravamen impuesto sobre mueble ajeno en beneficio de otro inmueble en provecho de una o más personas y no contradicho en la resolución apelada que la servidumbre de paso se constituyó a favor de la compañía deudora, no cabe legalmente negar el embargo solicitado del derecho de servidumbre mencionada, invocando para ello, el artículo 534 prescriptivo de que las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenezcan, pues constituida, como se deja dicho, la de autos en provecho de la expresada compañía, no existe realmente predio dominante y el embargo interesado no significa la separación de la servidumbre del predio sirviente, por todo lo cual no existe razón legal para que el derecho en cuestión, propiedad de la deudora no sea susceptible de embargo”.

Vid. Auto 228 de 28 de mayo de 1932 de la Audiencia de La Habana, Rollo 86/1932 en Enríquez Goizueta, P., Medidas Cautelares, Ed. Arroyo y Hno., Santiago de Cuba, 1946.

determinados bienes o activos –al estilo injunction-⁹⁸. La diversidad en la formulación de estas medidas permite incluir en las mismas, junto a la afectación o restricción en la disposición sobre un bien concreto, un mandato conductual expreso al sujeto pasivo de la medida e incluso la confirmación arbitral de un embargo judicial en apoyo al propio procedimiento del árbitro por no mencionar las medidas cautelares mixtas en materia de derecho de propiedad industrial⁹⁹.

98 En este sentido, Schaefer anuncia como uno de los más graves problemas de la tutela cautelar al arbitraje, la compatibilidad entre las medidas cautelares adoptadas al amparo de una legislación y a ejecutar conforme otra legislación. Menciona como solución, la facultad del tribunal ejecutor para reformular la medida en cuestión y enuncia como ejemplo el reconocimiento en la ZPO alemana de dos tipos de medidas: el dinglichen arrest y el einstweilige veruegungen, la primera con vocación reipersecutoria y la segunda de tipo personal incluyendo las medidas cautelares innominadas las cuales encuentran difícil cauce ejecutorio en el Reino Unido, dadas las particularidades de la legislación británica. Es así que la práctica arbitral entre ambos países ha formulado el concepto de "equivalencia funcional" entre medidas cautelares para favorecer legalmente la ejecución de medidas adoptadas en otra jurisdicción.

Vid., Schaefer, J., op. cit., p. 15 y 16.

99 A título ilustrativo y en el ámbito concreto del arbitraje CCI: el depósito de acciones con obligación de no retiro de las mismas excepto acuerdo de las partes u orden del árbitro (sentencia interina recaída en el asunto 8879 de 1998); depósito de dinero en cuenta bloqueada bajo el control conjunto y con expresas instrucciones de gestión por las partes a la espera de laudo (sentencia final recaída en el asunto 9154 de 1998) o bajo control del tribunal arbitral (laudo final recaído en el asunto 7536 de 1996).

Vid. Lew, J., op. cit., p. 31 y Yesilirmak, A., op. cit., p. 34.

Silva Romero ilustra la diversidad de formulación de medidas cautelares in rem mencionando el laudo final recaído en el expediente 6653 de 1996 ante la CCI en el cual el tribunal arbitral fundamenta la negativa a la solicitud de una de las partes durante la sustanciación del procedimiento, de integrar al laudo final una confirmación cautelar de embargo adoptado por un tribunal judicial.

Vid. Silva Romero, E., Adopción de Medidas Cautelares por el Juez y por el Árbitro en II Congreso del Club Español de Arbitraje: El Arbitraje y la Jurisdicción, 17-19 de junio de 2007,

Entre nosotros, las medidas dirigidas al aseguramiento concreto de bienes resultan ser de común adopción. La inmensa mayoría de las solicitudes de tutela cautelar en apoyo a un procedimiento arbitral en Cuba han sido de naturaleza real. Ilustran lo sostenido, el auto de 7 de enero de 2003 en el

Madrid, p. 6 haciendo referencia a Arnaldez, Jean-Jacques, Yves Derains y Dominique Hascher, *Collection of ICC Awards 1991-1995*, Paris, ICC Publishing, 1997, p. 521.

Sobre las medidas cautelares mixtas en derecho de propiedad industrial, debe mencionarse su utilidad y frecuencia en el arbitraje comercial internacional. A manera de ilustración, la sentencia interina recaída en el asunto 8894 de febrero de 1997 resolviendo una solicitud de adopción de medida cautelar en los siguiente términos: a) solicitar a la Administración de Salud y al Gobierno de la República de China (Taiwan) la cancelación inmediata e incondicional de la licencia [...] para la producción de fármacos [...] otorgada y registrada a favor del demandado (medida concedida) y b) el cese del uso, devolución y destrucción de la fórmula químico-farmacéutica y la información tecnológica transferida al demandado bajo el Acuerdo de Distribución que es objeto de la presente litis (denegado)". Vid. *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI...*, op. cit., p. 99.

Asimismo Valls Gombau fuera del contexto del arbitraje y LaPiedra Alcamí en el contexto del arbitraje comercial internacional, ilustran la mixtura de las medidas cautelares sobre derechos de propiedad industrial, incluyendo traba de bienes determinados y conminación a hacer o no hacer algo concreto: "cese de actos de violación de derechos de propiedad industrial, retención y depósito de bienes producidos o importados en presunta violación del derecho de propiedad industrial, conducta empresarial encaminada a la retirada del mercado de productos, piezas, envases y embalajes, material publicitario, etiquetas y otros en violación del derecho de marcas incluyendo la adopción de medidas coercitivas en este sentido". Vid. Valls Gombáu, J. F., *Las Medidas Cautelares Reguladas en Leyes Especiales*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1993, Num. 27, pp. 339-414, pp. 22 y ss.

"[...] orden de prohibición de logo y marca de la empresa demandante en vista del uso de los mismos por la empresa demandada en su actividad económica, 3'000.00 USD de multa por incumplimiento de la medida cautelar, exhibición de papelería y documentos que obran en determinadas instalaciones que presuntamente aluden a la marca y logo objeto de controversia para su conservación como material probatorio de la violación de los derechos de propiedad industrial y emisión de la medida en forma de laudo parcial". Vid. LaPiedra Alcamí, R. *La Intervención Judicial en la Adopción de Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional*, Servei de Publicacions – Universitat de Valencia, 2003, p. 158.

expediente en proceso ordinario 1/2003 ante la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana¹⁰⁰ y el auto de 21 de enero de 2003 en el expediente en proceso ordinario 140/03 ante la propia Sala, ambos adoptando medida cautelar de embargo de buque¹⁰¹; el auto de 26 de junio de 2003 en el expediente en proceso ordinario 1202/2003 eiusdem, y el auto de 29 de junio de 2009 en el expediente en proceso ordinario 226/09, disponiendo el embargo de cuenta bancaria; el auto de 16 de julio de 2008 en el expediente en proceso ordinario 217/08 eiusdem, disponiendo la adopción

100 "Que conforme previene el artículo el artículo 462 de la LPCAL (previo a su modificación por el Decreto-Ley 241/06), procederá el embargo siempre que se presente alguna prueba por escrito de que pueda inferirse la existencia de la deuda; que la acción que se pretenda ejercitar contra una persona que se halle ausente o pretenda ausentarse del país, o que pueda presumirse que tratará de hacer desaparecer u ocultar los bienes, y en el caso, examinados los documentos acompañados con la solicitud de embargo preventivo, es visto que de ellos perfectamente puede inferirse la existencia de una deuda, y observando la Sala que resuelve que el bien contra el cual se ejercitará en su día la acción, puede ausentarse del país, sin otro razonamiento que el expuesto y en aplicación del artículo mencionado en relación con el párrafo segundo del artículo 460 del propio cuerpo legal, es procedente resolver en los términos que se dirán".

101 "CONSIDERANDO: Que teniendo en cuenta lo expuesto en el resultando precedente y observando la sala que resuelve que existen documentos probatorios de los que puede inferirse la existencia de la deuda y que la acción que se ejercitará es contra persona que se halla ausente y puede ocultar o desaparecer los bienes cuyo embargo interesa, procede en aplicación de los artículos 461 y 462 de la LPCAL, disponer el embargo interesado, ahora bien (sic), observando que el referido buque se encuentra asegurado por auto de fecha 7/1/2003, dictado en el expediente número uno del propio año de esta sala, es procedente resolver en los términos que se dirán;

LA SALA ACUERDA: Se decrete el Embargo preventivo del buque interesado, y habiendo recaído Embargo Preventivo por auto de fecha 7 de enero de 2003, dispuesto en el expediente uno del propio año de esta propia sala, se dispone igualmente traer a estas actuaciones certificación del Acta de embargo levantada al efecto y manteniendo las prevenciones hechas en aquella, librese comunicación al Capitán del Puerto de La Habana y por su conducto a ... en su calidad de capitán, quien tendrá la obligación de conservar el mismo con las prevenciones dispuestas en el expediente 1/2003...".

directa de una medida cautelar de embargo de bienes; el auto de 9 de julio de 2007 en el expediente en proceso ordinario 285/07 eiusdem, adoptando medida cautelar de embargo de cuenta bancaria y de inventario y descripción fotográfica de bienes, con posterior modificación de la misma incluyendo secuestro y depósito¹⁰², y por último, la decisión judicial de embargo de bienes

102 Escrito de solicitud de medidas cautelares de 15 de junio de 2007:

“SEGUNDO: Que teniendo en cuenta el posible uso, deterioro, extravío o daño que pueden sufrir los equipos, maquinarias y demás bienes objeto del contrato de comodato y de producción cooperada, que aún se encuentran ubicados en el taller y ante la indisposición de la entidad demandada de devolverlos a su propietario demandante como forma de impedir que se realicen actos ilícitos y asegurar la ejecución del laudo arbitral solicitamos se disponga al amparo de los incisos d y g del artículo 803, las siguientes medidas cautelares:

Inventario y descripción mediante fotografías (a cuenta del promovente) de todos los bienes propiedad del solicitante situados en el taller ...

Depósito temporal de bienes en el lugar donde se encuentren ubicados en la actualidad con la advertencia que deben conservarse en ese mismo estado y prohibición de cualquier uso de los mismos.

TERCERO: Que teniendo en cuenta la deuda de la entidad demandada con el solicitante y la existencia de otros acreedores que podrían presentar procesos muchos más expeditos que el ventilado ante la Corte de Arbitraje por nuestra parte, solicitamos se disponga el embargo preventivo de todas las cuentas bancarias de dicha entidad...”.

Auto de 9 de julio de 2007 adoptando la medida solicitada:

“LA SALA ACUERDA: disponer el embargo de la suma de USD \$ 173'544.61 de la cuenta bancaria cuya titularidad ostenta en el Banco Financiero Internacional, librándose el correspondiente oficio de embargo, y realizar el inventario y descripción de los bienes propiedad del demandante situados en el taller...”.

Escrito de solicitud de modificación de medida cautelar de 2 de agosto de 2007:

“Que vengo por medio del presente escrito, siguiendo expresas instrucciones de mi mandante y al amparo de lo establecido en el artículo 799 y 806 del Decreto-Ley 241/06, a modificar la medida cautelar de depósito en el sentido de disponer además el secuestro y depósito de los bienes en lugar distinto [...]

PRIMERO: ...Las razones que justifican tal proposición fueron deducidas tanto en el escrito de promoción como en la vista celebrada en el proceso de referencia. La ocurrencia de

en apoyo al expediente 11/09 ante la Corte Cubana, cuya solicitud de ratificación ante la propia Corte es elocuente¹⁰³.

un robo y el no uso de los bienes fueron particulares probados en la práctica del inventario y descripción de los bienes. Se acrecienta el riesgo de deterioro y pérdida de los bienes propiedad de mi representado al mantenerlos depositados en el taller de la industria deportiva existiendo, en esta fecha, la aprobación de las autoridades correspondientes para su depósito en el taller sito en la dirección antes consignada, circunstancia que no se había consumado en momento anterior;

SEGUNDO: Que teniendo en cuenta que ya fuera practicada la vista y las anteriores medidas cautelares donde el tribunal tuvo conocimiento de los elementos necesarios para disponer la medida solicitada según lo dispone el artículo 805 del Decreto-Ley 241/06 solicitamos la adopción directa de la medida cautelar sin vista previa.

POR TANTO: DEL TRIBUNAL INTERESADO QUE habiendo presentado este escrito se sirva...tener por solicitadas la modificación de la medida de depósito de los bienes inventariados y descritos mediante fotografías, para que los mismos sean trasladados al Taller ..., sin celebración de vista previa, con cuantos pronunciamientos fueran procedentes”.

Auto de 12 de septiembre de 2007 admitiendo la modificación solicitada de la medida cautelar: “CONSIDERANDO: que el carácter de provisionalidad y de posible modificabilidad que pueden predicarse de las medidas cautelares no es sino la consecuencia clara de la función de instrumentalidad que cumplen las mismas en relación con el proceso declarativo, de forma tal que su adopción no supone su permanencia, siempre que hayan variado los presupuestos que sirvieron para adoptarla, a tenor de lo preceptuado en el artículo 806 de la LPCALE y, teniendo en cuenta además que en el presente caso se trata de garantizar la función de cautela efectiva de los bienes evitándose su deterioro o menoscabo, procede disponer como a continuación se dirá;

ACORDAMOS: Admitir la modificación de la medida cautelar de inventario y descripción de los bienes propiedad de la sociedad mercantil demandante, en consecuencia, se dispone el secuestro de los mismos y su depósito en el Taller,...manteniéndose el embargo de la cuenta que en el Banco Financiero tiene la demandada en mérito a los fundamentos antes expuestos”.

103 “OTROSÍ SEGUNDO: Que se solicita a la Corte que ordene directamente la adopción inmediata de la medida cautelar consistente en el embargo preventivo de los bienes y recursos financieros que posee la entidad demandada U, S.A., toda vez que es pública y notoriamente conocido, que la misma se encuentra enfrascada en los trámites para su disolución y liquidación, así como los problemas de liquidez que presenta, causa real de la deuda, por lo que resulta una amenaza real e inminente su desaparición; lo que unido a los reiterados

La actuación del tribunal en su gestión cautelar puede variar desde la mera adopción hasta la actuación continua y persistente frente a entidades bancarias en las que se domicilian las cuentas bancarias del demandado y presuntos deudores del mismo. Vale destacar como ejemplo en tal sentido, el auto de 16 de noviembre de 2009 en el expediente en proceso ordinario 423/09 eiusdem, adoptando peculiares medidas cautelares consistentes en embargo de cuenta bancaria y bienes en general, con libramiento de oficio al Banco Central y bancos comerciales para exponer otras cuentas bancarias del demandado y a entidades cubanas acreedoras del demandado para informar y afectar sus deudas frente al demandado¹⁰⁴. En este caso, se sitúa la jurisdicción ordinaria

incumplimientos de las obligaciones de pago derivadas de los respectivos contratos en que han incurrido; la falta de una respuesta efectiva a las reclamaciones formuladas y el incumplimiento contumaz de los compromisos, conciliaciones y acuerdos de pago concluidos con posterioridad, hacen presumir racionalmente e indubitadamente, la posibilidad de que esta empresa mixta desaparezca o se extinga al liquidarse, retirándose la entidad privada extranjera que la integra, dejando pendientes las deudas o parte importante de las contraídas con otras entidades cubanas, como es el caso de que acontece ... desapareciendo los bienes y demás efectos pertenecientes a la demandada; por lo que a los efectos del EMBARGO PREVENTIVO DE LOS BIENES solicitado, designo como susceptibles todos los bienes y activos de que dispone y que se encuentren en posesión de la demandada; en particular, los fondos o recursos financieros que pudiera tener depositados en la cuenta bancaria ... , habilitada en la sucursal del Banco Financiero Internacional, S.A., ... los fondos o recursos que pudiera tener depositados en cualquier otra cuenta bancaria habilitada en el propio Banco, en el Banco Internacional de Comercio, S.A., en el Banco Popular de Ahorro o en cualquier otra entidad del sistema bancario nacional, debiendo dirigirse comunicación a los respectivos representantes de estas entidades bancarias disponiendo la retención de los referidos fondos hasta donde baste cubrir los montos reclamados.

104 "ACORDAMOS: Admitir el embargo preventivo solicitado, a nombre y en representación de la sociedad italiana OS, SRL, en mérito de los fundamentos expuestos en el cuerpo de esta resolución, disponiéndose en consecuencia la congelación de los recursos financieros de la cuenta bancaria ... que posee la entidad italiana IB, SRL, en el Banco Financiero Internacional, emitiendo para ello el correspondiente oficio bancario, y líbrese oficio al Banco Central de Cuba, ordenándose el embargo de cualquier otra cuenta bancaria que posea la deudora en el sistema

en auténtico vigilante de la eficacia del crédito que se pretende asegurar, desplegando una actividad tuitiva cualificada.

También constituye objeto de tutela cautelar los bienes que aún sin ser objeto directo de la pretensión principal, resultan vitales para la salvaguarda de aquellos que sí lo son, cual resultó en un caso ante la Corte Cubana, a la sazón Corte de Arbitraje de Comercio Exterior, la medida cautelar de depósito de certificado de acciones. El laudo 25 de 20 de septiembre de 2005 recaído en el expediente 35/03, parece haber acogido sin extrañeza la solicitud de depósito cautelar en tercera persona de certificados de acciones en posesión del demandado. Debe destacarse que al momento de tales actuaciones aún no entraba en vigor la modificación a la LPCAL con su nuevo régimen cautelar contentivo de medidas cautelares de depósito, lo cual arroja mérito y originalidad a la actuación del solicitante¹⁰⁵.

bancario nacional, disponiéndose consecuentemente librar los respectivos oficios al Banco Financiero Internacional SA, al Banco Internacional de Comercio SA y al Banco Metropolitano SA, disponiéndose que en el caso de las entidades cubanas [...] ordenando los pagos a cualquier cuenta bancaria de IB, SRL o de un tercero por ella designado en el exterior, se deduzca la cifra ascendente a USD 52'000.00, así como librense comunicaciones a las entidades cubanas precitadas ordenándoles retener, cuantos créditos, pagos, intereses u otras acciones ostente IB frente a ellas o existan a favor de ésta, quedando obligadas a informar a la Sala sobre los fondos existentes y las cuentas pendientes por cobrar, apercibida de que cualquier distorsión en la referida información, dará lugar a la exigencia de responsabilidad, incluida la penal, debiendo efectuar los pagos a la cuenta bancaria de IB... en el Banco Financiero Internacional, con la prohibición del pago a través de títulos de crédito o de cualquier medio que no sea el de la transferencia. Notifíquesele a las partes en la forma legal procedente y para el cumplimiento de lo acordado librense los referidos oficios".

105 Desafortunado desenlace tuvo el incidente cautelar al ser negada la adopción de la medida cautelar solicitada al considerar el tribunal arbitral que carece de facultades legales para ello. Se insiste en la presunción de haber sido acogido este tipo cautelar por el tribunal arbitral al no ser este precisamente el motivo por el cual se denegó la medida:

Por último, queda por resaltar que la Sala descarta como medida cautelar la limitación a la libertad de movimiento del representante legal de la entidad demandada. Es así que el tribunal ha dejado claro que la medida cautelar de prohibición de salida del territorio nacional no procede conforme la ley cubana, al ser objeto de tutela cautelar los bienes o elementos de carácter patrimonial, sin extenderse nunca a la libertad de movimiento de las personas naturales que actúen como representantes. Una vez más el auto de 26 de junio de 2009 correspondiente al proceso ordinario 226/2009, resulta destacable en sede del presente estudio.

5.2.4. MEDIDAS ENCAMINADAS A LA PRESERVACIÓN DE MATERIAL PROBATORIO RELEVANTE PARA EL PROCEDIMIENTO.

Bajo este criterio se agrupan aquellas medidas que tienen por objeto de tutela la prueba, independientemente de la relación jurídica de base (protegible por el primer criterio clasificatorio), del procedimiento arbitral in genere (protegible por el segundo criterio clasificatorio) y del patrimonio del demandado (protegible por el tercer criterio).

En el contexto específico del arbitraje comercial internacional, los autores dejan clara una comprensión amplia de este tipo de medidas, incluyendo no solo la preservación del material probatorio sino además la producción anticipada del

“SOBRE EL CUARTO PEDIMENTO DE LA ACTORA DE MEDIDAS CAUTELARES: En lo que se refiere a la medida cautelar solicitada por la parte demandante, en cuanto a disponer el depósito de los certificados de acciones de T en C, ante la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior, el Tribunal Arbitral aprecia y declara que, no estándole reconocida por la ley no. 1303 de 1976 “ De la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior”, la facultad de adoptar y disponer medidas cautelares o precautorias directamente por el tribunal arbitral, este está impedido de acceder a lo solicitado por la parte actora en cuanto al depósito de los referidos certificados” (subrayado es mío).

mismo en previsión de que al momento de desarrollarse la fase probatoria del procedimiento arbitral sea imposible su práctica¹⁰⁶. Es así que pueden formularse de diversos modos en dependencia del carácter y naturaleza de la prueba que pretenda constituirse o protegerse a su amparo: orden de entregar documentación determinada a cargo del propio demandado, orden de entregar información determinada a cargo de registros públicos del país del demandado y válidamente certificada, nombramiento de expertos para emisión de dictamen, orden de permitir la entrada en instalaciones al cuidado de una de las partes para toma de muestras y observación, ejecución de experimentos y ensayos¹⁰⁷, orden de exhibición de originales de declaración de mercancías en aduanas¹⁰⁸, orden de depositar ante el tribunal arbitral o depositario designado al efecto cuatro disquetes de 3 ½ pulgadas contentivos de indicadores y modelos de conversión de varias unidades monetarias según pactaron las partes al suscribir el contrato¹⁰⁹, etc. Vale dejar claro que solo procederán en caso de demostrar los requisitos que operan para la adopción de medidas cautelares.

106 En este sentido, Redfern: “medidas vinculadas a la práctica y preservación de evidencia, por ejemplo, la controversia está vinculada a la calidad de un lote de café o cacao, entonces es necesaria alguna medición de la calidad antes de que el lote sea vendido o venza su vida útil. O si la controversia es sobre el número o calidad de las barras de reforzamiento usadas en cimientos de concreto para carreteras, puentes o embalses, algún registro debe preservarse, preferiblemente por expertos independientes, antes de que tales cimientos sean cubiertos”. Vid. Redfern, A., op. cit., p. 4.

107 Las órdenes de permitir el acceso a instalaciones para toma de muestras y observación así como la ejecución de ensayos y experimentos, ha sido reportada en el arbitraje comercial internacional por Kwatra, GK, **Arbitration and Conciliation Law of India**, Universal Law Publishing, New Delhi, 2000, ISBN: 9788175346468, p. 43.

108 Reportada por el Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje, sentencia parcial recaída en el asunto 10040 de 1999. Vid. Bulletin de la Cour internationale d’arbitrage de la CCI..., op. cit.

109 Sentencia interina de marzo de 1995 en el asunto 7692. Vid. Bulletin de la Cour internationale d’arbitrage de la CCI..., op. cit., p. 65 y ss.

A pesar de que este tipo de medidas fue objeto específico de inclusión como criterio clasificatorio durante las deliberaciones en el Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje de la CNUDMI, con motivo de la modificación del artículo 17, a propuesta de Estados Unidos, no goza de universal beneplácito en el arbitraje. Esto se debe ante todo a la escasa frecuencia con que se solicitan y se adoptan: en la encuesta de Naimark y Keer solo alcanzan al 4% de las medidas cautelares que circulan en el arbitraje internacional¹¹⁰. Por otro lado, al tener por objeto una circunstancia muy específica del procedimiento arbitral, cual es la prueba, queda alejada de las grandes esferas de protección de la tutela cautelar, particularmente del patrimonio ejecutable del demandado¹¹¹.

No hay entre nosotros tradición ni práctica de protección cautelar sobre la prueba. No encontró el autor rastro alguno en los registros de la Corte Cubana de Arbitraje ni de la Sala de lo Económico de caso o expediente en el que se

110 Vid. Naimark, R. et Keer, S., Analysis of UNCITRAL Questionnaires on Interim Relief, Mealey's International Arbitration Report, March 2001, pp. 23-27, p. 3 y 4.

111 Esta es la principal razón por la cual algún autor ha erigido una distinción entre medida cautelar genuina y no genuina, reservando la última para la conservación y preservación de evidencia. Vid. Zhivko, S., Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration in International Arbitration in a Changing World, Bahrain, 14-16 de febrero de 1993, ICCA Congress Series, no. 6.

Tateishi las excluye como medidas cautelares en apoyo al arbitraje amén de su reconocimiento expreso o implícito en el derecho japonés. Vid. Tateishi, T., Japanese Interim Measures of Protection Available to Parties to Arbitration, <http://www.jseinc.org/en/bulletin/issues/Vol.42.pdf>, en WaveLength. Japan Shipping Exchange Bulletin, No. 42, Marzo 2001, p. 4.

LaPiedra Alcamí señala que de inicio la doctrina alemana excluyó la medida cautelar probatoria del espectro de medidas adoptables por el árbitro, en virtud del artículo 1063 del ZPO alemán: "Un acto judicial considerado necesario por los árbitros y para el que éstos no están autorizados, deberá a instancia de parte ser realizado por el juez competente". Siendo pues la práctica de prueba un auténtico acto judicial, entendió la doctrina alemana la carencia de facultad de los árbitros para pronunciarse cautelarmente en materia probatoria. Vid. LaPiedra Alcamí, R., op. cit.

haya adoptado medida cautelar para la protección o producción de evidencia en apoyo a un procedimiento arbitral.

5.2.5. MEDIDAS ENCAMINADAS AL OTORGAMIENTO DE GARANTÍA EFECTIVA DE LA EJECUCIÓN FUTURA DEL EVENTUAL LAUDO ARBITRAL FAVORABLE.

Este criterio clasificatorio no está incluido en los enunciados en el actual artículo 17 de la Ley Modelo. A pesar de haber sido objeto de deliberación en el seno del Grupo de Trabajo II, no resultó ser un feto a término, abortando como criterio independiente a la altura del 36 período de sesiones del Grupo.

Bajo esta denominación figuran medidas de muy diversa índole y de naturaleza cautelar muy controversial, pero todas tienen en común su efecto anticipatorio de un probable fallo favorable. Entre ellas figuran en sus múltiples modalidades: el pago provisional, el anticipo de costas procesales –security for costs- y la ejecución anticipada del fallo.

El pago provisional se manifiesta de disímiles modos, no siempre a favor del patrimonio del demandante, por ejemplo, pagos provisionales en cuenta escrow para permitir la realización de gastos bajo control de un experto y asociados al avance de una obra o al mantenimiento de una actividad, evitando que el proyecto se mantenga en suspensión, orden de pago provisional de la cuantía de la demanda reconventional con obligación de deducir del mismo la cuantía a la cual sea condenada en demanda principal la entidad que recibe el pago¹¹², orden de pago provisional condicionado a la emisión de garantía bancaria de reembolso según laudo definitivo¹¹³, orden de pago provisional equivalente a la

112 Vid. Craig W. Lawrence, Park William W. et Paulsson, Jan, op. cit., p. 419.

113 Sentencia interina 1 en el asunto 8670 de diciembre de 1996. Vid. Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI..., op. cit., p. 79.

suma en litis a condición de igual pago provisional por la otra parte¹¹⁴, orden constituyendo obligación alternativa de pago provisional en cuenta escrow o constitución de garantía bancaria suficiente en sustitución del pago¹¹⁵, así como la ejecución anticipada de la pretensión principal¹¹⁶.

Algún autor, con base en doctrina previa, ha sometido a duras críticas la medida cautelar de pago provisional, aseverando que su adopción puede constituir un fallo prematuro al anticipar en exceso la ejecución de la pretensión sostenida en juicio¹¹⁷. A pesar de la certeza del argumento, la enorme eficacia derivada de la anticipación del fallo eclipsa con mucho el riesgo de emisión prematura de un juicio definitivo sobre el asunto controvertido.

El anticipo de costas procesales, universalmente conocidas como security for costs, constituye un importante remedio cautelar en el arbitraje comercial internacional y se verifica a través del pago interino con cargo a las costas del procedimiento¹¹⁸. La solicitud y adopción de las mismas alcanza el 16% de las medidas solicitadas y adoptadas en casos arbitrales según la encuesta de Naimark y Keer, lo cual es un porcentaje considerable teniendo en cuenta que

114 Sentencia interina en el asunto 7544 de junio de 1996. Vid. Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI..., op. cit., p. 58.

115 "Pagar en cuenta escrow controlada por el tribunal arbitral, la cuantía [...] incrementada por el interés devengado a razón del 10% anual desde la fecha de depósito hasta la fecha de pago definitivo, o de modo alternativo, el libramiento de garantía a primer requerimiento por banco de primer orden a beneficio de la contraparte por el monto pretendido [...], incrementado por el interés según enunciado previamente con vencimiento a los seis meses después de notificado el laudo a las partes. Tal garantía será depositada al presidente del tribunal arbitral quien conservará la misma en carácter de fiduciario para la parte vencedora en el laudo definitivo"

Vid. Lew, J., op. cit., p. 31; Yesilirmak, A., op. cit., p. 34.

116 Vid. sentencia final de diciembre de 1998 recaída en el asunto 9593, Bulletin de la Cour..., p. 108.

117 Vid., Yesilirmak, A., op. cit., p. 34, 35; Silva Romero, E., op. cit., p. 8.

118 Vid. Schaefer, J., op. cit., p. 12.

el 64% lo cubre solamente las medidas para preservar el statu quo, de modo que del 36% restante, aproximadamente la mitad corresponde a las medidas objeto de análisis¹¹⁹. A pesar de ello, su calificación como medida cautelar es controversial, y aún así Silva Romero reporta la existencia de una tendencia internacional en el arbitraje a ordenar security ante los mismos presupuestos de una medida cautelar: cuando una de las partes se está despojando de sus bienes y activos de manera fraudulenta¹²⁰.

Además de la tipología previamente enunciada, en clara sintonía con los avances de la modificación al artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI deben señalarse otras dos propuestas de sistematización de tipos cautelares en apoyo al arbitraje comercial internacional. El primero de ellos establece una tipología más asociada a la legislación procesal civil ordinaria típica de la Europa continental, caracterizada por la enumeración de las medidas cautelares concretas más solicitadas frecuentemente por las partes arbitrales y adoptadas por los jueces ordinarios, sin usar criterio de distinción relacionado con el propósito o circunstancia sometida a protección cautelar. Es sostenido por Blessing y por Craig, Park y Paulsson¹²¹. El segundo de los criterios las clasifica

119 Vid. Naimark et Keer, op. cit.

120 De ese mismo modo ha sido planteado en varios casos: Orden de Procedimiento 1 en caso CCI 12542/EC reportado por Emmanuel Gaillard, John Savage (ed), Fouchard, Gaillard, Goldman, Goldman on International Commercial Arbitration, La Haya: Kluwer, 1999, par. 1256.

121 Craig, Park y Paulsson establecen un criterio clasificatorio a partir de la práctica de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París: medidas contra bienes concretos –saisie conservatoire-, órdenes de citación -subpoea- para presentación de documentos o testigos, provisión de fondos, medidas que ordenan a una de las partes a realizar determinada conducta, nombramiento de expertos y otras. Vid. Craig W. Lawrence, Park William W. et Paulsson, Jan, op. cit., p. 411 y ss. Por otro lado, Blessing más que clasificar establece una enumeración de medidas cautelares que no se excluyen entre sí necesariamente: embargo -attachment-, secuestro, orden de asumir u omitir una conducta determinada -injunction-, pago provisional del monto en conflicto –security for the amount-, preservación o venta de bienes percederos, medidas encaminadas a crear o modificar un estado negocial concreto, orden de

en personales y reales según la naturaleza del objeto de tutela cautelar, tratándose las primeras contra las personas y las segundas contra los bienes. Sostienen este criterio Tateishi y Brower¹²².

5.3. TIPOLOGÍA DE MEDIDAS CAUTELARES PROPIAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN CUBA. DESACIERTO LEGISLATIVO: REMISIÓN A LA TIPOLOGÍA CAUTELAR DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL ECONÓMICA SIN REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES PROPIAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

Además de la anterior ilustración de los tipos de medidas cautelares comúnmente solicitadas en apoyo a un procedimiento arbitral, vale añadir algo

completar o detener una obra, orden de preservar evidencia, etc., nótese la distinción deliberada entre medida cautelar in rem y medida cautelar in personam en los ítems de embargo y de orden de asumir conducta determinada, vid. Blessing, M., op. cit., p. 274 y ss.

122 Distinguen entre preaward attachment e injunctions: las primeras dirigidas contra bienes y previo al laudo para evitar la disipación de activos financieros, se emiten con carácter prearbitral o durante el arbitraje pero siempre por un juez pues están dirigidas a terceros depositarios de esos activos financieros, sean instituciones financieras bancarias o no bancarias. Mientras el attachment es de índole real y concurre la reipersecutoriedad contra el bien, el injunction es de tipo personal.

Vid. Brower II, Ch., What I Tell You Three Times Is True: US Courts and Pre-Award Interim Measures Under the New York Convention, Virginia Journal of International Law, vol. 35, p. 971, 1995.

Similar distinción establece la ley japonesa, entre kari sashiosae (artículo 20 de la Ley de Conservación Civil de Japón), previstas para supuestos en los que el juez determina que puede entenderse extremadamente imposible o difícil ejecutar los derechos de crédito particularmente el pago de dinero y kari shobun (artículo 23 de la Ley de Conservación Civil de Japón) previstas por ley cuando el tribunal determina que es imposible o extremadamente difícil el ejercicio de los derechos de crédito ante alteración del statu quo, e igualmente cuando el tribunal determina que es imposible o extremadamente difícil la ejecución de un crédito por daño irreparable o inminente riesgo. Kari sashiosae es un attachment, de tipo real; mientras que kari shobun es una medida cautelar de tipo personal, injunction que ordena una conducta determinada. Vid. Tateishi, T., op. cit.: 4, 5.

más sobre el tema en el ámbito legislativo cubano, particularmente la solución de nuestra ley a la cuestión de la enumeración de los mismos. Debe partirse del hecho, previamente demostrado, de la identidad que gozan las medidas cautelares en apoyo al arbitraje comercial internacional en relación con las medidas cautelares de la legislación procesal civil e incluso económica. Tal identidad surge a partir de la riqueza y diversidad en su formulación, de la complejidad en el procedimiento para su adopción y posterior ejecución aún cuando comparten el propósito y la finalidad que persiguen.

Tal singularidad ha sido ampliamente reconocida en las legislaciones nacionales a partir de las más recientes modificaciones al artículo 17 de la LMA, tal como quedó claro *ut supra*. Es por ello que se extraña, en un texto redactado y promulgado en el año 2007, como lo es el Decreto-Ley 250 de la Corte Cubana, una alusión directa al menos, ni qué decir una enumeración de tipos cautelares propios del arbitraje comercial internacional. La ley cubana aporta una solución insatisfactoria a la cuestión y en razón de ello cuenta como desacierto legislativo la ausencia de una referencia expresa a las medidas cautelares típicas del arbitraje comercial internacional.

En el caso de las medidas cautelares de adopción judicial, resulta aplicable el artículo 803 LPCALE que enumera con carácter *numerus apertus* los posibles tipos cautelares a disposición del juez. En el caso de las medidas de adopción arbitral, no hay alusión alguna en los artículos 34 y 35 DL 250 ni en las Reglas de Procedimiento de la Corte. En virtud de lo anterior, debe el intérprete de la norma remitirse a la LPCALE ante silencio legislativo de la norma arbitral por imperio del artículo 26 DL 250 que impone una relación de supletoriedad entre ambas disposiciones. En conclusión, el propio artículo 803 LPCALE resulta aplicable para ambas jurisdicciones.

Tal como se anunció previamente, esta solución legislativa es insatisfactoria por la existencia de una distinción importante entre las clases de medidas a adoptar en sede del proceso civil y el económico y aquellas que se adoptan en apoyo al arbitraje comercial internacional, aún cuando mantengan identidad de propósito y naturaleza. Mientras las medidas de la litigación ordinaria tienen por objeto de tutela bienes y prueba, las orientadas a proteger el procedimiento arbitral incluyen de modo fehaciente el procedimiento mismo, la relación de base, las costas e incluyen la anticipación del fallo. Por otra parte, las medidas de la litigación ordinaria, tal y como están previstas en nuestro ordenamiento procesal tienen por fin casi exclusivo el aseguramiento patrimonial ante impago, mientras que las típicas del arbitraje tienen un espectro mucho más diverso, en consonancia con las complejidades de la litigación comercial internacional.

5.4. SOLUCIÓN AL DESACIERTO: INCLUSIÓN DE REFERENCIA A LOS TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES PROPIAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

La inclusión en la legislación cubana de una tipología de medidas cautelares típicas del arbitraje comercial internacional o al menos de una referencia a las mismas, mitigaría el desacierto enunciado. Tiene un fuerte argumento en contra: los tipos de medidas cautelares propias del arbitraje comercial internacional tienen reconocimiento implícito en las enumeradas por el artículo 803 LPCALE y aquellas que no, encuentran cauce en la medida cautelar innominada. Recuérdese además que la enumeración del citado artículo resulta aplicable no solo para las medidas a la disposición del juez sino además del árbitro por las razones ya expuestas.

En apoyo al argumento contrario pueden erigirse las concordancias fácilmente sostenibles entre las medidas cautelares del artículo 803 LPCALE, propias de la litigación civil y económica nacional y aquellas que enumera el artículo 17.2 LMA, punto de referencia para la enumeración legislativa de las medidas típicas

del arbitraje comercial internacional¹²³. Las medidas encaminadas a preservar el statu quo según el inciso a) del artículo 17.2 LMA tienen cauce en las previstas por el inciso f) del artículo 803, dirigidas a la suspensión o abstención de actividad o conducta determinada; aquellas encaminadas a la protección del procedimiento arbitral según el inciso b) del artículo 17.2 citado tienen cauce en las previstas por el inciso c) y f) del propio artículo 803 LPCALE, incluyendo el secuestro, la anotación preventiva y la suspensión o abstención de actividad o conducta determinada; las medidas encaminadas a la preservación de bienes según el inciso c) del artículo 17.2 LMA tienen cauce en la prevista por el 803 LPCALE inciso a), consistente en el embargo preventivo, inciso b) consistente en secuestro e inciso d) consistente en depósito temporal. Por último, las medidas encaminadas a la protección de la prueba, reconocidas en el artículo 17.2 LMA inciso d) encuentra cauce en el 803 LPCALE inciso f) y si quedara duda alguna relativa a las presentes concordancias legislativas, vale recordar el reconocimiento legislativo en Cuba a la medida cautelar innominada en el 803 LPCALE inciso g).

El solo argumento de las concordancias legislativas recién expuesto parece suficiente para derrotar la propuesta que se erige. Sin embargo concurren dos razones de peso para insistir en la inclusión de la referencia legislativa. La

123 Artículo 17.2 LMA: "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 ordene a una de las partes que:

mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;

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;

proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia".

primera de ellas, que el cauce legislativo a las medidas típicas del arbitraje comercial internacional por vía del 803 LPCALE no es suficiente para motivar la solicitud de adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje comercial internacional. La inclusión de una referencia legislativa tal como se propone situaría a los usuarios del arbitraje comercial en el ámbito de una tutela cautelar más diversa y amplia que la propia de la litigación ordinaria, motivando la conducta en función de proteger cautelarmente la efectividad del laudo definitivo. Por otra parte, tal referencia permitiría generar un deseado efecto asociativo del régimen cautelar nuestro en apoyo al arbitraje, al sistema cautelar puesto en vigor por la LMA. Con ello se logra un importantísimo propósito de toda legislación arbitral: agregar certidumbre legal al usuario del arbitraje, que en este caso tendría una legislación que en materia cautelar al menos se conecta con el state-of-the-art en el tema a partir de los recientes avances de la CNUDMI en la modificación a la LMA.

Llegado a este punto debe concluirse que las medidas cautelares típicas del arbitraje comercial internacional, aún cuando comparten propósito, finalidad y naturaleza con aquellas que le son propias a la litigación ordinaria, difieren en su formulación y diversidad, así como por la complejidad asociada al carácter transfronterizo de este tipo de controversias y a los ámbitos a los cuales han de servir, como lo es el sector financiero, de propiedad industrial, etc. La Ley Modelo de la CNUDMI en su más reciente modificación en el año 2006 ha reconocido la diversidad y complejidad de estas medidas, triunfando en las deliberaciones para modificar el artículo 17 eiusdem la tesis que aboga por la inclusión de una clasificación de las mismas con efecto recomendatorio para su inclusión en la legislación nacional de todos los estados.

La clasificación propuesta en el presente informe incluye las medidas para mantener o restablecer el statu quo mientras dura la controversia, las medidas encaminadas a evitar o impedir daño actual o inminente y para evitar

menoscabo al procedimiento arbitral o dirigidas a prohibir la realización de actos que probablemente ocasionarían tal daño, las medidas encaminadas a la preservación de bienes en función de garantizar la ejecución del eventual laudo favorable al demandante, las medidas encaminadas a la preservación de material probatorio relevante para el procedimiento y por último, las medidas encaminadas al otorgamiento de garantía efectiva de la ejecución futura del eventual laudo arbitral favorable. De las anteriores, las medidas de mayor solicitud y concesión en la práctica arbitral cubana resultan ser las reales, dadas las características de la conflictividad comercial en Cuba, caracterizada por la recurrente insuficiencia patrimonial de entidades cubanas para enfrentar pagos y la consecuente acción de embargo por la contraparte contractual.

En la legislación cubana no hay referencia expresa a los tipos de medidas cautelares a la disposición de los árbitros en apoyo a su propio procedimiento, sino solamente a aquellas dispuestas para los jueces. La solución normativa vigente, consistente en remitir al árbitro a las medidas cautelares de la litigación ordinaria no resulta satisfactoria para colmar las necesidades del arbitraje comercial internacional. La tesis en virtud de la cual el reconocimiento de la medida cautelar innominada para la litigación ordinaria es referencia suficiente a las medidas típicas del arbitraje comercial internacional junto a las concordancias que puedan establecerse entre éstas últimas y las reconocidas en el artículo 803 LPCALE para la litigación económica, no son suficientes, pues la mera admisión legal de la adopción de un tipo de medida cautelar no tiene valor para motivar la conducta procesal de las partes hacia aquellas medidas con mayor identidad con el tipo de conflicto y el mecanismo establecido para su solución definitiva. Tal tesis impediría igualmente un deseado efecto de asociación de nuestro régimen cautelar al dispuesto por la Ley Modelo. En razón de lo anterior, se formula en sede del presente informe propuesta encaminada a incluir en el régimen cautelar cubano en apoyo al arbitraje una referencia legal expresa a la adopción de medidas cautelares típicas del

arbitraje comercial internacional, o la enumeración formulada con anterioridad o la aportada por la CNUDMI a tal efecto.

6. TERCERA CUESTIÓN: ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DIRECTAS Ó EX PARTE.

Una de las cuestiones doctrinales del régimen cautelar que requiere revisión en sede arbitral es la bilateralidad de la tutela cautelar, en función de admitir la adopción de medidas cautelares en condiciones ex parte. Son medidas cautelares ex parte o inaudita altera pars, aquellas en que una de las partes no ha sido notificada de la adopción de la medida y consecuentemente no está presente ni representada en el procedimiento de adopción¹²⁴. No hay duda en torno a tal facultad en manos de los jueces, las partes arbitrales pueden dirigirse al juez para solicitar la adopción de una medida cautelar ex parte¹²⁵. Lo que

124 La adopción en condiciones ex parte ha sido considerada como consustancial a la tutela cautelar, vid. De Lázari, N., op. cit., p. 8: “[...] se decretan inaudita parte, pues si se cursara notificación al afectado se le otorgaría la posibilidad de frustrar justamente el objeto a que tienden”.

Entre nosotros, Pérez Gutiérrez, I., op. cit., p. 24: “Consiste el procedimiento en que una vez interesada la adopción de la medida y accedida por el tribunal se ejecuta inmediatamente, sin darle curso al destinatario. La notificación adelantada de las diligencias pudiera atentar contra la efectividad del actuar judicial, pues la contraparte o simplemente el afectado (en dependencia, si se hubiere iniciado o no el proceso), tomaría las precauciones necesarias para que la medida no le perjudicase y así neutralizaría la eficacia de lo dispuesto. De realizarse con notificación previa no surte efectos el “factor sorpresa” que ha de caracterizar la adopción de medida cautelar; empero lo que constituye una señal de lógica procesal y punto de polémicas doctrinales, no ofrece dudas en el ámbito legislativo donde indefectiblemente se intenta preservar el derecho a la contradicción y la prohibición de indefensión”.

Véase además: Vid., Blanch, J., *Interim Measures in International Arbitration and the UK Courts: The Current Position* en *International Arbitration Law Review*, vol. 5, 2003, p. 161, London, p. 1.

125 Un autor poco dado a apoyar el arbitraje comercial internacional en términos de jurisdicción como lo es Ramos Méndez, en fecha tan lejana como 1987, ha sostenido la importancia y

resulta enormemente controversial es la facultad del árbitro para adoptar tales medidas¹²⁶.

Varias son las razones que pueden motivar a las partes a recurrir al árbitro antes que al juez para obtener una medida cautelar. Entre éstas figura el riesgo de litigar ante un foro judicial perjudicado o con fuerte tendencia a la defensa de intereses nacionales en el país donde pretenda obtenerse la adopción o ejecución de la medida en ocasión de una controversia relativa a inversiones. Otra de estas razones es el desconocimiento o poca familiaridad de una de las partes con la legislación procesal cautelar del foro lo cual podría dar al traste con un resultado favorable en esta materia. En otro orden, una de las partes podría tener interés en la búsqueda de un pronunciamiento previo y urgente del tribunal arbitral con el objetivo de viciar en términos mediáticos el conflicto con antelación a la solución definitiva del mismo o para mejorar las posiciones de negociación fuera de la mesa arbitral frente a la contraparte proveniente del país del foro o para crear expectativas de adjudicación futura del conflicto ante determinada autoridad o propuesta de negocios, entre otras¹²⁷.

La controversia versa esencialmente a partir de los argumentos contrarios a esta forma de adopción de medidas por el árbitro y que pueden resumirse en

necesidad de disponer de un juez facultado para adoptar medidas cautelares ex parte en apoyo al procedimiento arbitral, vid. Ramos Méndez, F., Ponencia Arbitraje Internacional y Medidas Cautelares, Relación al Congreso de la AIJA, Bordeaux, Francia, 1984, p. 197.

126 Vid. Blessing, M., op. cit., p. 280.

127 Las intenciones de viciar mediáticamente un conflicto comercial pudieran tener vínculo más o menos con intereses políticos, sobre todo en el contexto de la tutela cautelar donde también se debate o más bien se demuestra el ejercicio soberano del poder del estado.

Para una mejor y más ilustrativa visión de esta cuestión, vid., Herz, M., La Irrevisabilidad de los Laudos Arbitrales del CIADI por los Jueces Nacionales: la Doctrina Rosatti y los Proyectos Legislativos en *El Derecho*, vol. 214, p. 799, 2006, disponible en <http://ssrn.com/abstract=917462>.

tres: inequidad procesal, ineficiencia práctica y alteración del sistema de cooperación juez-árbitro.

6.1. PRIMER ARGUMENTO DESFAVORABLE: MEDIDA CAUTELAR EX PARTE COMO ACTUACIÓN ARBITRAL EN FRANCA INEQUIDAD PROCESAL.

Se sostiene que esta forma de adopción de medida cautelar vulnera varios principios procesales aplicables al arbitraje comercial internacional. En primer lugar supone la emisión de una resolución arbitral a partir de hechos y argumentos obtenidos por contactos unilaterales de una de las partes con el tribunal arbitral con lo cual se viola el principio contradictorio, base de la igualdad procesal y que es formulable en términos de que cada parte tiene el derecho a tener iguales oportunidades y condiciones para exponer su caso ante el tribunal adjudicador.

Silva Romero sostiene la oposición a la tutela cautelar arbitral ex parte dado que “la parte requerida debe contar con la posibilidad de defenderse antes de que la medida cautelar sea adoptada”¹²⁸. Alega el autor que la condena doctrinal y

128 Es manido y transido el argumento de la violación al debido proceso y llega su trasiego a verdaderos extremos. Por ejemplo, García de Enterría menciona como un sector de la Sala 3ra del Tribunal Supremo español invocó varias veces el artículo 24 de la Constitución española, que consagra la tutela judicial efectiva, para oponerse no solo a la adopción ex parte de medidas cautelares sino a la tutela cautelar misma, entendiéndolo que tal precepto declara el “derecho a un proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba”, lo cual impide legalmente la apreciación sumaria que es típica de la tutela cautelar. Se trata en esencia de las sentencias de 19/4/1996, 19/9/1996, 26/7/1996, autos de 18/10/1996, 22/11/1993, 19/11/1993 y 31/1/1994. Continúa García de Enterría: “Es una verdadera reducción al absurdo invocar el artículo 24 de la Constitución, que es en el que el Tribunal Constitucional ha radicado firmemente el derecho a la tutela cautelar, para cerrar el paso a ésta o reducirla a un espacio apenas simbólico. También el Tribunal de Justicia invoca el derecho a la tutela judicial efectiva como base del derecho a la tutela cautelar; especialmente, el Auto Antonissen de 29 de enero de 1997 censura de manera explícita la misma e inexplicable doctrina que ha adoptado una

legislativa es lugar común en el arbitraje comercial internacional sobre todo y a partir del clásico de Hans Van Houtte. Igualmente sostiene que el nuevo artículo 17 ter en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, recientemente modificado, “constituye una evolución negativa del arbitraje internacional”¹²⁹. En su argumentación, ataca a quienes sostienen una actitud positiva hacia las medidas ex parte en actitud algo dramática: “De otro lado, un pragmatismo extremo sugeriría que las legislaciones le atribuyeran a los árbitros el imperium y le permitieran adoptar medidas cautelares ex parte. Este pragmatismo, en nuestra opinión, conllevaría a la destrucción del arbitraje. Este, nos parece, debe seguir siendo una alternativa con relación a la justicia estatal y no transformarse en su copia o reemplazo. El arbitraje es una justicia consensual que debe respetar la existencia de los estados y sus soberanías”¹³⁰.

La conculcación del principio contradictorio se cualifica a partir del hecho en que, a diferencia de la medida cautelar ex parte adoptada por el juez que no es competente sobre el fondo del asunto, el árbitro que adopta la medida es a la

parte (felizmente no toda) de nuestra Sala 3ra”. Vid. García de Enterría, E., Aun Sobre la Reforma de la Justicia Administrativa y el “Modelo Constitucional”. Nota Última, en García de Enterría, E., Democracia, Jueces y Control de la Administración, 3ra. ed., Madrid: Civitas, 1997, p. 308.

129 Sobre los argumentos contrarios a la medida cautelar ex parte en el arbitraje, vid. Hans Van Houtte, Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration, *Arbitration Internacional*, vol. 20, No. 1, 2004; Silva Romero, E., Adopción de Medidas Cautelares por el Juez y por el Árbitro en II Congreso del Club Español de Arbitraje: El Arbitraje y la Jurisdicción, 17-19 de junio de 2007, Madrid, España, p. 15, calificando las mismas como “evolución negativa del arbitraje internacional”; el Informe Mustill; Hunter, M., Enforcement of Interim Measures ordered by Arbitral Tribunals (Questions, not Answers), IFCAL Conference, Vienna, 27 June 2003, p. 6; Bernardini, P., op. cit., p. 4; González Carvajal, J.I., op. cit., p. 297; Mondragón-López, O., Medidas Cautelares Ex Parte en Arbitraje Internacional: la Reforma del Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL en *Revista Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, número 12, año 2005, pp. 100-103, Dykinson, Madrid, p. 2.

130 Vid., Silva Romero, E., op. cit., p. 17, parr. 78.

vez quien conoce del fondo de la controversia. Así las cosas, los detractores llaman la atención no solo en el hecho de la posible obtención de una resolución arbitral –aunque cautelar– contra una parte que no ha participado en el procedimiento, sino además en la posibilidad siempre real que en tales contactos unilaterales el solicitante haya comunicado información o sostenido argumentos con propósito encaminado a que el árbitro prejuzgue el caso.

En franca oposición debe contarse también al Informe Mustill, clásico del arbitraje británico, que tilda de draconianos los poderes que tendría el árbitro con facultad legal para adoptar medidas cautelares *ex parte*. LaPiedra Alcamí menciona las objeciones de Bernardini y Ramos Méndez a este tipo de medidas bajo los mismos argumentos de violar los principios fundamentales del debido proceso; fueron estos igualmente los argumentos que gobernaron las vigentes reglas del arbitraje CCI¹³¹. Por último cabe aludir a Hunter adelantando una visión apocalíptica del tema¹³².

En respuesta a esta tesis, cabe señalar la garantía al principio contradictorio al disponerse la notificación y derecho a oposición a la mayor brevedad, como se

131 Vid., LaPiedra Alcamí, R. *La Intervención Judicial en la Adopción de Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional*, Servei de Publicacions – Universitat de Valencia, 2003, p. 287; Bernardini, P., *Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration*. UNCITRAL Proposal on Interim Measures and Power of the Arbitral Tribunal to Order Interim Measures, IFCAI Conference, Vienna, 27 June 2003; Ramos Méndez, F., *Arbitraje y Proceso Internacional*, col. Biblioteca Procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1987.

132 “Un régimen legislativo que permita (y más que eso, promueva) solicitudes secretas a tribunales arbitrales para adoptar medidas cautelares draconianas seguidas por más secretos aún, procedimientos de ejecución en tribunales nacionales sin vínculo fuerte con las partes podría hacer insatisfactoria la solución de la controversia. Tal régimen tendría el potencial de convertir el civilizado ambiente de la solución de conflictos entre empresarios internacionales por arbitraje en una especie de “campo de osos” para “litigantes foráneos”, donde el más fuerte o rico gana al paralizar a su oponente congelando sus activos”. Vid. Hunter, M., *op. cit.*, p. 6. Sobre la misma cuestión, del autor, vid.: Redfern, A. et Hunter, M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2da. ed., Sweet & Maxwell, London, 1991.

verá más adelante en el análisis a las deliberaciones en la CNUDMI para la modificación de la Ley Modelo de Arbitraje. En otro orden, la efectividad de la sentencia recaída en la controversia merece mayor atención que la audiencia previa cuya supresión no significa necesariamente merma a la equidad procesal, siempre que se cuente con las debidas salvaguardas.

6.2. SEGUNDO ARGUMENTO DESFAVORABLE: MEDIDA CAUTELAR EX PARTE COMO ACTUACIÓN ARBITRAL INEFICAZ.

Lideró esta línea argumental Piero Bernardini al sostener que es insignificante la praxis arbitral ex parte, que la complejidad del asunto es de tal magnitud que en la práctica los clientes del arbitraje en buenas manos evitan la medida cautelar ex parte y recurren al juez para ello. Igualmente Bernardini deja clara la posible pérdida de confianza por los empresarios en el arbitraje al permitirse “audiencias privadas” que decidan cuestiones de carácter cautelar¹³³.

133 “El asunto carece de significado práctico por varias razones. No hay antecedentes de solicitud de este tipo de medidas a un árbitro internacional. La complejidad de los problemas asociados a la ejecución de una medida de este tipo sugieren a un cliente en buenas manos, acudir al juez para obtener una medida de este tipo. Solamente en una cuerda conceptual, este tipo de medidas entran en conflicto con la esencia misma del arbitraje. Una de las razones por las cuales es tan recurrido el arbitraje radica en lo inspirador que resulta para las partes provenientes de diferentes culturas jurídicas contar con un procedimiento en el que se confía en una conducción justa, transparente y neutral por una persona independiente y de común selección por las partes en conflicto. Este sentimiento de confianza puede verse destruido de modo irreparable si el árbitro lleva a cabo discusiones separadas con una de las partes. ¿Cómo puede la otra parte enterarse del contenido completo de las discusiones sostenidas entre el solicitante y el árbitro? ¿Cómo puede garantizar que en las conversaciones sostenidas no se ha dicho nada que persiga la finalidad de influenciar el juicio del árbitro más allá de lo estrictamente requerido para adoptar la medida cautelar ex parte? El asunto es tan serio que tal tipo de comunicaciones puedan conformar causal para recusar al árbitro”.

Vid. Bernardini, P., op. cit., p. 4.

La insignificante praxis en la materia sobreviene fundamentalmente por la existencia de la jurisdicción ordinaria a la cual se le puede solicitar la adopción de una medida de este tipo y puede responder con urgencia procesal, a diferencia del árbitro cuya resolución cautelar requiere ser ejecutada ante el juez con posterioridad a su adopción. Por otra parte, se insiste en la inexistencia del tribunal arbitral previo al inicio del procedimiento, en el momento en que mayor necesidad y urgencia tienen las partes por medidas ex parte¹³⁴. Ni cabe aclarar que la adopción de medida cautelar ex parte por el árbitro solo será posible si el tribunal arbitral está constituido, de lo que se trata es que estando constituido y con el procedimiento activado, si la ley otorga al árbitro la facultad de adoptar medidas de este tipo¹³⁵.

Por último, Mondragón-López sitúa la respuesta a este argumento en el plano de la reticencia del propio árbitro como causa de la escasa adopción de este tipo de medidas, lo cual con lógica impide valorar la verdadera necesidad de las mismas a la adopción del árbitro¹³⁶.

134 Vid., González Carvajal, J.I., Algunas Consideraciones sobre la Potestad Cautelar de la Ley de Arbitraje Comercial en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, num. 146, 2008, Caracas, Venezuela, p. 297.

135 El mismo autor menciona la posibilidad de adopción de medida cautelar ex parte previo al inicio del procedimiento por parte de autoridad arbitral, posibilidad que otorga el artículo 22.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de Venezuela: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros previsto en los artículos 9 y 10 de este Reglamento, previo pago de las costas previstas en el Apéndice II de éste, solicitar al Director del CEDCA que designe de la lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral, compuesto, a juicio del Director General, por uno o tres árbitros, para que resuelva sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas...". Vid. Reglamento de Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Venezuela, disponible en http://www.cedca.org.ve/documentos/normativa_arbitraje/iii.%20Reglamento%20CEDCA.pdf

136 "Sumado a estos obstáculos materiales, existe uno menos tangible pero más recurrente, que es la reticencia de los tribunales arbitrales a dictar este tipo de medidas por temor a exceder

6.3. TERCER ARGUMENTO DESFAVORABLE: MEDIDA CAUTELAR EX PARTE COMO ALTERACIÓN DEL SISTEMA DE COOPERACIÓN JUEZ-ÁRBITRO¹³⁷.

Tiene el argumento su base en la existencia actual de un statu quo, de un sistema de cooperación entre jueces y árbitros configurado legalmente y matizado por la práctica internacional del arbitraje del cual son protagonistas abogados y árbitros. Valen para este argumento las objeciones de Bernardini en torno a la probable pérdida de confianza en un arbitraje que ha probado su eficacia con reserva exclusiva de la tutela cautelar inaudita altera pars a los jueces. La erosión de la confianza de las partes hacia el árbitro nace, según detractores, de la sospecha de exceso en el ejercicio de la tutela en cuestión y

sus facultades y, por ende, poner en riesgo la celeridad del procedimiento y la eventual ejecución del laudo final. Este temor encuentra incluso acomodo entre los asesores de las partes quienes, ante una eventual solicitud de medidas cautelares, no sólo analizan la fortaleza de sus argumentos, sino que además ponderan la personalidad, experiencia y carácter del presidente del tribunal para intentar predecir si éste, en el caso específico, decidirá ordenarlas. A pesar de que en términos formales la primera parte del análisis debería tener preeminencia, es la segunda valoración —mucho más subjetiva y personal— la que en muchos casos tiene la última palabra. Este problema de facultades inciertas, fue identificado por UNCITRAL en 1999. Desde entonces ha sido objeto de análisis por el Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación (G2) que asumió el reto de proponer un sistema uniforme que despejara las dudas sobre la ejecutoriedad de las medidas cautelares, incluida la posibilidad de emitirlas sin audiencia de la contraparte. Desde 2002, fue precisamente esta última posibilidad la que más opiniones encontradas generó". Vid. Mondragón-López, O., Medidas Cautelares Ex Parte en Arbitraje Internacional: la Reforma del Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL en Revista Actualidad Jurídica Uría-Menéndez, número 12, año 2005, Dykinson, Madrid, p. 2.

137 Sobre la relación juez-árbitro en el contexto arbitral iberoamericano: vid., Fernández Rozas, J. C., Arbitraje y Justicia Cautelar, Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXII, 2007, pp. 23-60; Fernández Rozas, J.C., El Arbitraje Comercial Internacional entre la Autonomía, la Anacionalidad y la Deslocalización, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LVII, 2005, pp. 605-637; Fernández Rozas, J.C., Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina, Iustel, Madrid, 2008.

de "contacto excesivo" con los tribunales estatales para la ejecución de estas medidas.

La respuesta a esta crítica tuvo su fuente de inspiración más importante en el origen del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias. Se decía que el arbitraje era alternativo porque representaba la opción consciente de las partes al preferir este medio a la justicia estatal. Negar este origen era atender contra la institución arbitral: "Al proponer la atribución de facultades adicionales a los árbitros, el proyecto no hacía sino proveer los medios para que la decisión primaria de las partes al escoger el arbitraje se cumpliera: desplazar a los tribunales estatales, hasta el límite práctico, del conocimiento de sus controversias. Se rechazaba pues la marca de extranjería e incompatibilidad que aparentemente portaba la iniciativa. El corolario de este argumento era que la novedad de la iniciativa no debería constituir un argumento en contra, sino en realidad uno a favor. Después de todo, el desarrollo del arbitraje como institución había estado marcado por este tipo de batallas contra el status quo. El debate, la controversia y oposición a la reforma no significaban sino reconocer la naturaleza verdaderamente alternativa de la iniciativa"¹³⁸.

6.4. ARGUMENTO FAVORABLE ÚNICO Y SUFICIENTE: MEDIDA CAUTELAR EX PARTE COMO MEDIO PARA CONSERVAR EL FACTOR SORPRESA Y EVITAR LA FRUSTRACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL LAUDO.

Los argumentos a favor de la adopción de medida cautelar ex parte por el árbitro son análogos a los que sustentan la adopción de estas medidas por el juez: la conservación del factor sorpresa para evitar maniobras de disipación de activos o frustración de la efectiva solución del conflicto. En este sentido, Fernández Rozas menciona la revolucionaria actitud de la ley arbitral peruana en su artículo 47.3 del Decreto-Legislativo 1071 de 27 de junio de 2008 que

¹³⁸ Vid., Mondragón-López, O., op. cit., p. 3.

dispone: “El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión”¹³⁹.

Esta tesis toma en consideración el hecho de que la tutela cautelar ha evolucionado desde una concepción estricta, dominada por un análisis exclusivamente técnico, hacia una tutela más a tono con las necesidades económicas de las partes y más orientada a la función tuitiva¹⁴⁰. Lógico es

139 Vid. Decreto-Legislativo 1071 Que Norma el Arbitraje, Diario Oficial El Peruano, 28 de junio de 2008. Disponible en <http://www.minjus.gob.pe/ley%20de%20conci-2008%20-%20LEY%201071.pdf>.

140 En apoyo de la idea expuesta vale traer a colación y de modo muy elocuente una vez más a García de Enterría en ocasión de sus contribuciones en torno a la tutela cautelar del derecho administrativo. El profesor español menciona al menos un estudio, particularmente belga, sobre el tema en que se ha notado y puesto de manifiesto la tendencia cada vez más extensiva y laxa de la tutela cautelar en el mundo, contrario a la visión restringida y estrictamente técnica a mediados del siglo XX: “En menos de veinte años las medidas cautelares se han metamorfoseado. En primer lugar, cuantitativamente, la expansión ha sido considerable, por no decir espectacular...Esta jurisdicción (cautelar), que en otro tiempo fue calificada de excepcional, puede preguntarse si no está a punto de suplantar a la jurisdicción ordinaria...Es sobre todo cualitativamente como las medidas cautelares se han transformado...El tribunal de casación (belga) sí ha mantenido la prohibición al juez cautelar de dictar una declarativa o constitutiva del derecho discutido, pero ha entendido que la ley procesal no le prohíbe fundar su decisión sobre el derecho propio de una parte o sobre una situación jurídica cuando el derecho o esta situación son evidentes o no pueden ser contradichos seriamente. Dado que el fallo no es ni declarativo ni constitutivo del derecho, el juez cautelar puede ordenar cualquier medida apropiada en función de las circunstancias, bien sean medidas conservatorias, creando una situación de espera que salvaguarde los intereses en conflicto, bien medidas que aseguren, a título de anticipación, el respeto de derechos que parecen no discutibles seriamente: el demandado será en este caso “condenado” provisionalmente, por vía de orden positiva de

alegar que la adopción de medidas cautelares ex parte por el árbitro más que puro capricho es una mínima licencia a la realidad del arbitraje comercial internacional.

6.5. ADOPCIÓN EN CUBA DE MEDIDAS CAUTELARES DIRECTAS Ó EX PARTE.

Es imposible mayor claridad en el tema que nos ocupa: la rotunda y absoluta negación de la ley arbitral cubana, o al menos para los tribunales al amparo de la Corte Cubana, a la adopción de medidas cautelares ex parte por el árbitro. El artículo 23 párrafo 2 de las Reglas de Procedimiento de la Corte impone al tribunal arbitral la convocatoria a la parte afectada por la medida para comunicarle plazos de ejecución. Las partes que requieran la adopción de una medida cautelar en condiciones inaudita altera pars, solo tienen a su disposición a los jueces de las salas de lo económico de los tribunales provinciales populares quienes están facultados para ello por expresa virtud del artículo 805 párrafo 2 LPCALE¹⁴¹.

hacer, de no hacer o de pagar...La expansión espectacular de estas medidas ha dado lugar a una jurisprudencia extraordinariamente diversificada y abundante...Esta expansión –por no decir explosión- de esta jurisdicción cautelar es uno de los fenómenos mayores que, en el curso de los últimos años, caracteriza la función de juzgar asumida por el poder judicial".

Vid. J. Van Campenhoudt, Crise du juge et du contentieux judiciaire en Droit belge en J. Lenoble, La Crise de juge, Bruxelles, 1996 en referencia de García de Enterría, E., Aún Sobre la Reforma..., op. cit., p. 309.

141 Artículo 805 LPCALE: "El tribunal que conozca de la solicitud de medida cautelar, dará traslado de la misma por tres días a la parte demandada, contados a partir de su notificación y citará a las partes a vista para dentro de los diez días siguientes a su solicitud, en las que éstas serán oídas y resuelto, sin más trámite, lo que en derecho proceda.

No obstante, cuando concurren razones de urgencia u otra que así lo justifique, la parte actora podrá solicitar del tribunal la adopción de la medida cautelar con antelación a la vista".

Vid., ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR. Ley 7 de 19 de agosto de 1977, del Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Gaceta Oficial de la República de Cuba, 20 de

No obstante lo anterior, en términos generales la regulación en Cuba de la cuestión objeto de análisis es insuficiente, con ausencia de un auténtico régimen aplicable a la medida cautelar ex parte por el árbitro partiendo de su importancia y necesidad. Debe considerarse una idea básica: la prohibición de tutela cautelar de este tipo para árbitros solo opera para la Corte Cubana, no alcanza a los procedimientos arbitrales fuera de la misma, léase el arbitraje ad hoc, los procedimientos al amparo de cortes extranjeras, etc.

La práctica judicial cubana en la materia es caracterizable en términos de negación de solicitud por insuficiencia probatoria: comúnmente no resultan suficientes los elementos de prueba aportados por los solicitantes de medida cautelar directa como para justificar razones de urgencia u otra. Resultan ilustrativos en este sentido los autos recaídos en el expediente 146/08, el expediente 217/08, el expediente 33/09, el expediente 34/09, y el expediente 409/09 de la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana. Caracterizan igualmente nuestra operatoria judicial en la materia, ante la negación de adopción directa de la medida cautelar solicitada, la automática convocatoria a las partes a vista para resolver la cuestión cautelar¹⁴².

agosto de 1977, edición ordinaria, num. 34, p. 417; modificaciones en CONSEJO DE ESTADO. Decreto-Ley # 241 de 26 de septiembre de 2006, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, núm. 33, 2006, ISSN 0864-0793. Disponible en http://www.gacetaoficial.cu/pdf/ano_2006/extraordinaria/GO_X_033_2006.zip, [consulta de 30/8/2010].

142 Los autos mencionados disponen, todos de manera análoga, lo siguiente:

“CONSIDERANDO: Que para que proceda la adopción directa de la medida cautelar solicitada, dado el carácter excepcional que le otorga el artículo ochocientos cinco de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico es necesaria la concurrencia de razones de urgencia u otras justificativas, las que deben configurarse para que pueda ser decretada esta medida con antelación a la vista correspondiente, concerniéndole a la parte

En razón de lo anterior, se propone configurar un posible régimen jurídico aplicable a la adopción de medidas cautelares ex parte por el árbitro en apoyo a su propio procedimiento. En primer lugar, debe suprimirse la prohibición de tutela cautelar ex parte por el árbitro dispuesta por el artículo 23.2 de las Reglas de Procedimiento de la Corte, abriendo de este modo a la única institución arbitral para el comercio internacional en Cuba a este tipo de medidas.

En segundo lugar, debe incluirse una disposición relativa al rol de la autonomía privada de las partes en materia de adopción de este tipo de medidas, permitiendo a los usuarios del arbitraje incluir o excluir la posible adopción de medidas ex parte tanto por el juez como por el árbitro y configurar su régimen de adopción. Si bien no parece haber controversia en cuanto a la disponibilidad de las segundas, en el caso de las medidas adoptables por el juez, a pesar de formar parte de la potestad e imperium judicial debe recordarse que la misma al operar en el ámbito de un procedimiento privado como el arbitral, debe echar mano de las disposiciones de las partes al respecto. Sirva como modelo para tal propuesta el artículo 17B párrafo 1 de la Ley Modelo¹⁴³.

actora ilustrar al órgano jurisdiccional en este sentido, sin que de los documentos acompañados a este Tribunal quedara probada fehacientemente [la razón de urgencia alegada], por todo lo cual, resulta procedente resolver en los términos que se dirán:

ACORDAMOS: No haber lugar a admitir la adopción directa de las medidas cautelares solicitadas y se dispone dar traslado a la demandada para que en término de tres días hábiles a partir de la notificación de la presente resolución, se pronuncie al respecto, debiendo citarse a ambas partes para la celebración de la vista correspondiente que tendrá lugar el próximo 4 de febrero del año dos mil nueve a las 10:00 AM en la sede de esta Sala todo lo cual se resuelve en mérito de los fundamentos expuestos en el cuerpo de esta resolución. Notifíquese a la entidad promovente en la forma legal establecida y, dése cuenta oportunamente”.

143 Artículo 17B párrafo 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 [...]”.

Vid., NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. Documento A/61/17..., op. cit.

En tercer lugar, debe incluirse una disposición relativa a notificación urgente a la contraparte de cualquier actuación cautelar ex parte con posterioridad a su adopción. Tómesese en cuenta que a pesar de tratarse de un procedimiento sin escuchar a la parte afectada, no significa que discurra sin su participación. La tutela cautelar directa o ex parte busca aprovechar el factor sorpresa adoptando y ejecutando la medida sin conocimiento previo por la parte afectada, pero en ningún momento supone eludir la participación de la parte interesada, en razón de lo cual resulta imprescindible disponer la notificación urgente de la decisión judicial adoptada y ejecutada. Vale igualmente mencionar que tal propuesta va más allá de la solución aportada por la Ley Modelo, la cual dispone la notificación justo al adoptarse la orden preliminar¹⁴⁴. Esto no es suficiente, no logra conservar el factor sorpresa cuando al momento de notificarse no se ha ejecutado la medida adoptada.

En cuarto lugar, debe incluirse una disposición relativa a la celebración de audiencia posterior inter partes a la mayor brevedad. Tal derecho puede incluso formularse en términos más sencillos: otorgar a la parte afectada la posibilidad de hacer valer sus alegaciones. Más que disponer un encuentro formal entre las partes ante el tribunal, lo que exige y requiere la equidad procesal es que el demandado tenga oportunidad de comunicar su alegato en relación con la medida adoptada.

144 Artículo 17C1: "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".

Vid., *ibidem*.

En quinto lugar, debe incluirse una disposición relativa a la actuación con celeridad por parte del tribunal. Esto constituye un mecanismo de defensa contra los probables abusos e irregularidades de un procedimiento en que por disposición de la ley se ha postergado el principio contradictorio para potenciar la efectividad de la sentencia. Debe considerarse igualmente justo que la parte afectada disfrute un procedimiento rápido, con cargo al solicitante, en función de no agravar el establecimiento del debate más allá de lo estrictamente necesario para dar cumplimiento a la necesidad de conservar la efectividad del laudo final.

En sexto lugar, debe incluirse una disposición relativa a la obligación a cuenta del solicitante, de informar y revelar cualquier género de circunstancia a su cargo o descargo que resulten relevantes para la decisión de adoptar y ejecutar la medida cautelar solicitada. Esta resulta ser una de las disposiciones más importantes en un régimen jurídico para tutela cautelar directa dado que garantiza el mayor nivel de conocimiento del asunto sujeto a debate a pesar de la ausencia de la parte afectada en la fase de exposición de argumentos previo a la adopción. La ausencia de un verdadero contradictorio debe suplirse con un deber de revelación -disclosure- de hechos que serían objeto de alegato por la parte afectada si estuviese presente en el debate, cuyo cumplimiento permitiría un conocimiento más completo de la cuestión cautelar por el tribunal. Resulta interesante aquí tener a mano la Ley Modelo y la forma en que dispuso esta obligación¹⁴⁵.

145 Artículo 17F de la Ley Modelo:

"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 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".

En séptimo y último lugar, vinculada con la propuesta anterior, debe incluirse una disposición relativa a la responsabilidad del solicitante por la adopción de una medida cautelar injustificada ante incumplimiento del deber de información antes expuesto. Tal disposición tendría un primer e importantísimo efecto disuasorio del incumplimiento del deber de informar, al pender sobre el solicitante la espada de la responsabilidad por daños y perjuicios si el tribunal adopta la medida y la parte afectada logra a posteriori convencer al propio tribunal acerca del carácter injustificado de la misma y que el solicitante conoció el o los factores en detrimento de la adopción de la misma y no los comunicó. Resulta igualmente relevante y paradigmática en este caso la solución aportada por la Ley Modelo¹⁴⁶.

7. CUARTA Y ¿ÚLTIMA CUESTIÓN?: ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DIRIGIDAS A TERCEROS.

Una de las cuestiones a debate es la relativa a la adopción de medidas cautelares dirigidas a terceras personas ajenas al acuerdo arbitral. Esta cuestión no plantea ningún inconveniente en el marco de la tutela cautelar judicial, donde el imperium del juez alcanza válidamente a toda la comunidad humana. Diferente resulta la adopción de medida cautelar dirigida a bienes en poder de tercero o que impone determinada conducta a tales personas, por parte de un tribunal arbitral.

Vid., ibidem.

146 Artículo 17G Ley Modelo: "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".

Vid., ibidem.

Holtzmann y Neuhaus llaman la atención sobre la distinción entre medidas personales y reales en relación con la autoridad que puede emitir las, haciendo corresponder las primeras con el árbitro y las segundas con el juez, a tono con los caracteres de cada cual. Tal proposición fue puesta sobre la mesa de deliberaciones de la CNUDMI para la modificación del artículo 17 de la Ley Modelo aprobada en 1985 de la mano de la delegación de Noruega e incluye distinción en las denominaciones incluso, para diferenciar aquellas medidas que pueden dirigirse a terceros y aquellas que no¹⁴⁷.

El rechazo a las medidas del árbitro dirigidas a terceros es extendido. La objeción más recurrida es aquella por la cual el árbitro carece del imperium del juez para alcanzar en sus decisiones a personas ajenas al acuerdo arbitral. En el campo de la práctica arbitral internacional, cuentan varios laudos y órdenes denegando la adopción de las mismas bajo este criterio¹⁴⁸. Otra de las objeciones se ha levantado a partir de la redacción del artículo 17 de la Ley Modelo previo a las modificaciones aprobadas en 2006. La redacción en cuestión llegó a las legislaciones de un número importante de países y en la

147 Vid., Holtzmann, H. et Neuhaus, J.E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law & Taxation Publishers, Deventer, 1989, p. 542.

148 A modo de ejemplo y como muestra de la enorme reticencia, más allá de la ley aplicable: Un tribunal arbitral CCI en sentencia final de abril de 1998 –recaída en el asunto 9324- y bajo el imperio del Reglamento vigente desde 1988, denegó una solicitud de extensión temporal de una orden cautelar emitida por un tribunal judicial sobre los fondos de una de las partes depositados en un Banco ajeno al acuerdo arbitral. Entendió el tribunal que no le corresponde juzgar la orden judicial emitida pero que la extensión de la validez temporal de la misma es tanto como emitir por sí misma una orden análoga, lo cual no resulta procedente dado que carece, como tribunal arbitral, de imperium para adoptar medidas cautelares dirigidas a terceros ajenos al acuerdo.

Vid. *Bulletin de la Cour...*, op. cit., p. 106.

“En segundo lugar, desde un punto de vista estrictamente legal, la medida cautelar solicitada excede la jurisdicción del tribunal arbitral dado que concierne a un tercero, el banco que debió emitir la carta de crédito”. Vid. laudo parcial de octubre de 1995 recaído en el asunto 8113 bajo la vigencia del Reglamento CCI de 1998 en *Bulletin de la Cour...*, op. cit., p. 68.

misma se hace referencia a la adopción de medidas cautelares “[...] que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio”. En razón de lo anterior se ha sostenido que tales medidas están restringidas a la pretensión del solicitante y consecuentemente no procede dirigirlas a terceros ajenos al acuerdo arbitral¹⁴⁹. Pierde de vista este autor al menos, el hecho de que el objeto del proceso, la res de qua agitur et in iudicio deducta a la que hace referencia puede estar ubicada en poder de un tercero tributando aún al patrimonio del demandado, razón que no impide que le alcance la determinación cautelar del árbitro, la cual recae solamente sobre el objeto del litigio¹⁵⁰.

Quienes sostienen la negativa a la tutela cautelar arbitral frente a terceros, presentan dos alternativas o paliativos a la cuestión, conocidos como “instrumentos de coerción indirecta del árbitro”¹⁵¹. Tratándose de una institución arbitral de prestigio, debe confiarse en el cumplimiento voluntario de la medida por parte del tercero quien pudiera verse sometido a responsabilidad por haber dispuesto de bienes o incumplido la medida y con ello haber ocasionado daño al solicitante en el procedimiento arbitral¹⁵². No se toma en consideración que no se puede sostener la responsabilidad de una entidad por no haber cumplido una

149 González Carvajal, J.I., op. cit., p. 283.

150 “Con términos clásicos, el objeto del proceso es la cosa (en sentido amplio y, a la vez, propio) de la que el proceso se trata: la res de qua agitur, la cosa de que se trata, que en los procesos regidos por el denominado principio dispositivo, es, a su vez, la res in iudicio deducta, la cosa llevada a juicio. Sobre el objeto del proceso recaerá la actividad del árbitro, y con base a este juzgará. Es ésta su actividad principal, por lo que la función aseguradora de aquella debe obedecer también al objeto del proceso [...] Por otro lado, esta forma de ver la norma permite a su vez fijar límites subjetivos a la tutela cautelar, pues deberá recaer o afectar exclusivamente a los sujetos de la pretensión y no a terceros”.

Vid. González Carvajal, J.I., op. cit., p. 283.

151 Vid., LaPiedra Alcamí, R., op. cit., p. 275.

152 Vid., LaPiedra Alcamí, R., op. cit., p. 266.

orden a la cual no está obligada, así tenga conocimiento de la misma; el ejemplo dispuesto por la autora, relativo a un Banco que dispone de la cuenta bancaria a solicitud de su cliente, no puede culparse de tal actuación si conforme la ley vigente no está obligado a obedecer la orden y por demás sí se le puede exigir responsabilidad al no cumplir sus obligaciones de depositario de cuentacorrente y disponer de la misma a la orden de su titular.

Otro de los remedios dispuestos es ordenar una medida cautelar dirigida al afectado directamente, imponiéndole una conducta determinada hacia sus activos en poder de terceras personas¹⁵³. Ni qué decir que la eficacia de tal tipo de medida no se compara con aquella medida cautelar de índole real que gravite directamente sobre el tercero. Por último, queda el recurso a la sanción pecuniaria del tribunal contra la parte reticente a cumplir la medida cautelar. Todos estos remedios tienen el gran defecto en que todos juntos no alcanzan la eficacia de una sola y única medida cautelar válidamente ejecutable y dirigida a tercero.

En apoyo a este tipo de medidas se han pronunciado no solo autores sino incluso organizaciones internacionales como la Asociación de Derecho Internacional. El 5to. de sus Principios sobre las Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales hace referencia a la prohibición al demandado de desaparecer u ocultar bienes en una sociedad o fideicomiso reteniendo la propiedad de los mismos de hecho o por usufructo¹⁵⁴. Reconoce de este modo la ILA, la necesidad e importancia de instrumentar formas de

153 Vid., *ibidem*.

154 Vid. Principios sobre Medidas Provisionales y Cautelares en Litigios Internacionales, "Principios de la ILA", aprobados en la 67ma Conferencia de la Asociación en 1996. Reseñados en documento de Naciones Unidas A/CN.9/WG.II/WP.119, parr. 56; en igual sentido, documento de Naciones Unidas A/CN.9/WG.II/WP.111, parr. 18.

Vid., NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Documento A/CN.9/WG.II/WP.119 y A/CN.9/WG.II/WP.111, disponibles en www.uncitral.org, consulta de 12/8/2010.

evitar el uso de la personalidad jurídica para frustrar la eficaz ejecución de un laudo.

Por otra parte, parece ser que en las deliberaciones para modificar el artículo 17 de la Ley Modelo en el seno de la CNUDMI hay más claridad en torno al tema. Parecen haber formulado la cuestión en términos muy claros y estrictos, al hablar de los derechos de un tercero y no de la medida dirigida a un tercero en específico¹⁵⁵. Con esto la CNUDMI aclara que la cuestión reside esencialmente en la titularidad del bien objeto de tutela y no en su poseedor o detentor, cual pudiera ser un Banco o depositario especializado.

En el contexto cubano, la ley es igualmente clara: el artículo 34 DL 250 dispone que el tribunal arbitral “[...] puede ordenar directamente la adopción de medidas cautelares cuando las mismas recaigan sobre bienes que se encuentren en posesión de las partes [...]”. Tal disposición, aunque no lo parezca, entra en franca contradicción con su similar en las Reglas de Procedimiento de la Corte Cubana que en su artículo 23 dispone: “[...] el tribunal dispondrá las medidas cautelares que, admitidas en Derecho, puedan recaer sobre la actividad o los medios de la otra parte”. La disonancia es evidente, si bien es cierto que el Decreto-Ley impide alcanzar en cautela los bienes en poder de terceros al limitar la actuación cautelar a aquellos en posesión de las partes, el Reglamento extiende el ámbito objetivo sencillamente a los medios de la otra parte, sin distinguir quien es su poseedor.

155 Ver la referencia en la Nota de la Secretaría al 36 período de sesiones del Grupo de Trabajo II en la cual se menciona como limitación a la tutela cautelar, “[...] el hecho de estar en juego los derechos de un tercero [...]”.

Vid. documento de Naciones Unidas, A/CN.9/WG.II/WP.119, parr. 30.

La situación legal antes expuesta ha merecido comentarios todos en el sentido de dejar clara la oscuridad de la norma¹⁵⁶. No obstante lo anterior, debe entenderse que nada obsta para que un tribunal arbitral dirija una orden cautelar con plena eficacia y coercibilidad a una entidad cuando el objeto de la orden sea relevante al procedimiento arbitral en cuestión y se trate de bienes que, a pesar de estar en posesión del tercero, sean de la titularidad de una de las partes. Así ocurre con las cuentas bancarias o los buques, e incluso las anotaciones en registro público. Cada una de las circunstancias mencionadas, si bien obran al cuidado de una entidad pública o privada, ajena al acuerdo arbitral, no ostentan titularidad alguna: ni el Banco sobre la cuenta bancaria, ni la Terminal portuaria sobre el buque, ni el Registro Mercantil sobre las anotaciones e inscripciones de rigor¹⁵⁷. Lo anterior es más que válido en una realidad que se caracteriza por una altísima proporción de medidas cautelares

156 Vid. Cobo Roura, N.A. El Arbitraje Internacional ante el Tribunal Cubano, en Dávalos Fernández, R., Cobo Roura, N.A., Victoria-Andreu, F. (coord), Arbitraje Internacional y Medios Alternativos de Solución de Litigios: Retos y Realidades, Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains-UNJC, s.l., s.d., p. 35., p. 45; Mendoza Díaz, J., Notas sobre el Arbitraje Comercial Internacional en Cuba, inédito, La Habana, 2009.

Para un análisis adicional de la norma en la materia, con especial énfasis en los vínculos entre el juez y el árbitro: vid., Cobo Roura, N., Procedimientos, Métodos y Técnicas de la Mediación en la Contratación Internacional. Visión Crítica, Revista Iberoamericana de Mediación y Arbitraje, disponible en <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-09.php>, consulta de marzo, 2009; Cobo Roura, N., ¿De Cara a un Cambio en el Conflicto? en Colectivo de Autores, Temas de Derecho Económico, Félix Varela, La Habana, 2005; Cobo Roura, N., **Arbitraje Comercial y Tutela Judicial** en Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, vol. 62, num. 3-4; oct-dic. 2001.

157 "Nada tendría por qué impedir que, dispuesta una medida cautelar por el tribunal arbitral cubano, cuya ejecución dependa de un tercero –como pudiera corresponder a una terminal portuaria o a una casa financiera-, éste se encuentre obligado a dar cumplimiento a la misma por corresponder a una decisión dictada dentro del marco de las facultades que le están expresamente reconocidas por ley. Sin perjuicio, por supuesto, de la exigibilidad de su cumplimiento por la vía del tribunal estatal".

Vid. Cobo Roura, N.A., El Arbitraje Internacional ante el Tribunal Cubano ..., op. cit., p. 45.

dirigidas a bancos y terminales portuarias como terceros depositarios, como es el caso en Cuba. Es por ello que no debe faltar en la configuración legal cubana del régimen jurídico aplicable a este tipo de medidas, una disposición que admita la adopción de las mismas por el árbitro mientras que tengan por objeto bienes o circunstancias cuya titularidad ostentan las partes arbitrales aún cuando figuren bajo custodia o depósito por otra entidad, como pueden ser bancos y terminales portuarias.

8. CONCLUSIONES.

Llegado a este punto y en virtud de lo expuesto anteriormente, deben sostenerse las siguientes conclusiones:

1. La adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje comercial internacional resulta de una necesidad e importancia insoslayable para lograr el objetivo de garantizar la satisfacción de las legítimas expectativas procesales de ejecución eficaz del laudo.
2. El régimen cautelar, como conjunto de disposiciones que ordenan el procedimiento y las condiciones de adopción de estas medidas, ha de revisarse en sede arbitral teniendo en cuenta las especificidades de este medio de solución de conflictos en relación con la jurisdicción ordinaria.
3. Una revisión del régimen cautelar para la jurisdicción ordinaria en vista de su aplicación al arbitraje, arroja como resultado la necesidad de redefinir legalmente cuatro cuestiones: el carácter jurisdiccional de la adopción de la medida cautelar en el sentido de configurar reglas que atribuyan facultad a jueces y árbitros

para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje; la clasificación de medidas cautelares dispuestas por ley para las partes y autoridad que emite la medidas; el carácter bilateral del procedimiento arbitral en función de admitir la posible adopción de medidas cautelares ex parte; y por último, el alcance universal de la función cautelar con el propósito de permitir la adopción por el árbitro de medidas cautelares dirigidas a terceros ajenos al acuerdo arbitral.

4. La Ley Modelo de la CNUDMI constituye el referente doctrinal más importante a nivel universal para orientar las reformas legislativas en materia de arbitraje en sentido general, y de su tutela cautelar de modo particular. Tal cualidad la otorga el hecho de haber sido redactada y posteriormente modificada bajo los auspicios de la CNUDMI como órgano aglutinador del pensamiento doctrinal y tendencias más importantes en arbitraje comercial.
5. En materia de atribución de facultad a jueces y árbitros para adoptar medidas cautelares en apoyo al arbitraje, el legislador cubano eligió por la solución típica de la CNUDMI en su Ley Modelo, lo cual constituye un avance considerable en la configuración legal del arbitraje en Cuba y particularmente del régimen cautelar a él asociado, al conceder a las partes la oportunidad de dirigirse indistintamente al juez o al árbitro para obtener una resolución cautelar determinada.
6. Deben contarse dos desaciertos en la atribución legal de facultad a jueces y árbitros cubanos para adoptar estas medidas. El primero y más importante de ellos es la exclusión de dicha facultad a jueces para adoptar medidas cautelares en

apoyo a procedimientos arbitrales no administrados por la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, a pesar de los criterios en contra de la doctrina y de algún fallo de la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana. Por último, y no por ello menos importante, la ley no aclara el rol de la autonomía privada de las partes arbitrales para disponer sobre la facultad cautelar a jueces y árbitros en apoyo a su propio procedimiento, ya sea en el sentido de otorgarla o en el sentido de suprimirla.

7. Lo anterior impone formular la necesidad de extender legalmente el ámbito de protección cautelar al arbitraje no administrado por la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, lo cual procedería por vía de modificación expresa de los preceptos relevantes o inclusión de nueva disposición al efecto; y por otra parte, de incluir referencia legal expresa al rol de la autonomía privada en materia de atribución de facultad a jueces y árbitros para emitir estas medidas en apoyo al procedimiento arbitral, sea negando sea aceptando que las partes puedan convenir, por vía de acuerdo expreso o salvo pacto en contrario, la atribución de la facultad en cuestión.
8. En lo relativo a los tipos de medidas cautelares en apoyo al arbitraje, difieren ostensiblemente de aquellas que se adoptan en apoyo a procedimientos ante la jurisdicción ordinaria, sean civiles o en materia económica. Varios autores han intentado sistematizar los tipos de medidas propias del arbitraje comercial, sin embargo, el esfuerzo más notable en este sentido ha sido el desarrollado por la CNUDMI en sus deliberaciones para la modificación del artículo 17 de la Ley Modelo.

9. Se propone un criterio clasificatorio que incluye las medidas encaminadas a mantener o restablecer el statu quo mientras dura la controversia, entre las cuales deben contarse las órdenes para revelar contraseñas informáticas, de confidencialidad, nombramiento de administrador del negocio conjunto, de no ejecución de garantías bancarias y de prohibición de ventas de productos, entre otras. En segundo lugar, las medidas encaminadas a evitar o impedir daño actual o inminente y para evitar menoscabo al procedimiento arbitral o dirigidas a prohibir la realización de actos que probablemente ocasionarían tal daño, entre las cuales deben mencionarse aquellas que prohíben a las partes iniciar o continuar acciones legales ya iniciadas en paralelo al procedimiento arbitral –anti-suit injunctions-. En tercer lugar, las medidas encaminadas a la preservación de bienes en función de garantizar la ejecución del eventual laudo arbitral favorable al demandante, siendo las más comunes entre las que se solicitan y se conceden, incluyendo en este rubro todas aquellas con efecto reipersecutorio: embargo, secuestro, anotaciones registrales, las cuales pueden recaer sobre tangibles o intangibles. En cuarto lugar, las medidas encaminadas a la preservación del material probatorio relevante para el procedimiento y por último, las medidas encaminadas al otorgamiento de garantía efectiva de la ejecución futura del eventual laudo favorable, que incluyen las provisiones de fondos, anticipo de costas procesales, ejecución anticipada del fallo y los pagos provisionales en cuenta escrow.
10. En cuanto a Cuba, no hay reconocimiento legal de los tipos de medidas cautelares propios del arbitraje comercial. En tal

sentido, solo queda la solicitud de tales medidas formulándolas en función de aquellas que están enunciadas para la litigación ordinaria en el artículo 803 LPCALE. Si bien no hay diferencias esenciales entre unas y otras, resulta un desacierto importante de la legislación cubana no ser reconocidas o incluidas en la norma arbitral, como ya ha sido practicado en las más recientes modificaciones legislativas sobre arbitraje en Perú y Ecuador.

11. En razón de lo anterior, se sostiene la necesidad e importancia de que se incluya referencia a los tipos de medidas cautelares propias del arbitraje comercial internacional a modo de motivar a los usuarios del arbitraje la solicitud y correspondiente adopción de medidas que mejor se ajusten a la complejidad de sus conflictos y lograr un deseado y necesario efecto de asociación de nuestra ley arbitral a los postulados más recientes de la CNUDMI sobre el tema.
12. En lo concerniente a la adopción de medidas en condiciones ex parte, debe señalarse que se tratan de medidas cuya adopción y ejecución se requieren realizar sin notificar previamente a la parte afectada, con el propósito de conservar el factor sorpresa. Tales medidas no presentan ninguna controversia para la adopción judicial, al contar el juez con imperium para forzar a cualquier entidad a someterse a procedimientos de este tipo. Sin embargo, en el contexto del arbitraje la controversia surge a partir de la aparente contradicción entre la base consensual del procedimiento arbitral y la nota de coercibilidad que implica la adopción de una medida de este tipo contra el empresario afectado, cuya voluntad no parece haber sido emitida para

autorizar procedimientos contrarios al pleno ejercicio de los derechos de contradicción en el proceso arbitral.

13. No debe considerarse seriamente la objeción en virtud de la cual la adopción de tal medida solamente le corresponde al juez, puesto que varias razones pueden motivar a que el solicitante se dirija al árbitro para obtener una medida cautelar en estas condiciones, de modo que la ley debe otorgar tal posibilidad a las partes. Entre tales razones cabe contar: el riesgo de litigar ante un foro judicial prejuiciado o con fuerte tendencia a la defensa de intereses nacionales en el país donde pretender obtenerse la adopción o ejecución de la medida en ocasión de una controversia relativa a inversiones, el desconocimiento o poca familiaridad de una de las partes con la legislación procesal cautelar del foro lo cual podría dar al traste con un resultado favorable en materia cautelar, el interés de una de las partes en la búsqueda de un pronunciamiento previo y urgente del tribunal arbitral con el objetivo de viciar mediáticamente el conflicto con antelación a la solución definitiva del mismo o para mejorar las posiciones de negociación fuera de la mesa arbitral frente a la contraparte proveniente del país del foro o para crear expectativas de adjudicación futura del conflicto ante determinada autoridad o propuesta de negocios.
14. Tres argumentos se han sostenido contra la adopción de medidas en condiciones ex parte: resulta una actuación en franca inequidad procesal, afectada de ineficacia práctica y provoca alteración en el sistema de cooperación juez-árbitro. Todos ellos sucumben ante la necesidad de conservar en

ciertos casos el factor sorpresa para evitar la frustración en la ejecución del laudo.

15. Nuestra legislación prohíbe la adopción de medidas en estas condiciones por el árbitro, con lo cual niega una importante cuota de eficacia a la protección cautelar al arbitraje. En cuanto a la adopción por parte del juez, carece la ley de un régimen jurídico mínimamente satisfactorio para atender las necesidades de regulación que este tipo de actuación procesal exige. En consecuencia se propone que se admita la adopción de medidas en estas condiciones por el árbitro e incluir un régimen jurídico mínimo que atienda las siguientes cuestiones: rol de la autonomía privada de las partes con posibilidad de inclusión y exclusión convencional de este proceder y la definición de su régimen, notificación urgente a la contraparte posterior a su adopción, celebración de audiencia posterior, actuación con celeridad, obligación a cargo del solicitante de revelar e informar cualquier género de circunstancia relevante y por último, la determinación de responsabilidad por adopción de medida cautelar injustificada ante el incumplimiento del deber de información enunciado.

16. En cuanto a las medidas cautelares dirigidas contra terceros, las mismas sufren iguales objeciones que aquellas otorgadas en condiciones ex parte, vinculadas esencialmente a la aparente contradicción entre el imperium requerido para dirigir una acción cautelar de este tipo y la ausencia de consentimiento por los sujetos contra los cuales van dirigidas estas acciones, al no ser suscriptores del acuerdo arbitral. La ley cubana no arroja claridad sobre la posibilidad de adopción

de este tipo de medidas por el árbitro. No obstante, nada debe obstar a que el árbitro pueda emitir orden cautelar dirigida a bienes cuya titularidad ostenten las partes pero que estén dirigidas a terceros depositarios.

©