

REGLAMENTOS Y MEDIDAS CAUTELARES **EN EL PROCESO ARBITRAL**

Por el Dr. Gualtiero Martin Marchesini

Clase Magistral dictada en la "Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios" de la Facultad de Derecho de la U.B.A. el 17/03/2008.

SUMARIO: **I.- Valoración Jurídica del Reglamento Arbitral. II Medidas cautelares en el proceso arbitral:** 1.- Fundamento y Normación legal. 2.- El dictado de la medida cautelar. Su cumplimiento.- 3.- Medida cautelar requerida en sede judicial previa al arbitraje.- **III.- En el derecho comparado:** 1. En la ley modelo de UNCITRAL; 2 En la ley española; 3. En la ley brasilera; 4. En la ley paraguaya; 5. En el Código General del Proceso de Uruguay; 6. En la ley boliviana; 7. En la ley peruana; 8. En la ley chilena.-

I.- VALORACIÓN JURÍDICA DEL REGLAMENTO ARBITRAL

a) Reglamentos Arbitrales

El Reglamento Arbitral es la normativa procedimental que las partes libremente escogen para regir la resolución de su conflicto a través de ese método.-

Las partes pueden dictarse su propio reglamento arbitral o elegir alguno de los existentes.-

Como ejemplos de los reglamentos arbitrales reconocidos internacionalmente tenemos entre otros:

- a) El de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL (United Nation Comision on Internacional Trade Law) aprobado por Res. 31/98 de la Asamblea General del 15/12/1976.
- b) El de la Cámara de Comercio Internacional de París (C.C.I.) vigente a partir del 1° de Enero de 1988
- c) Las Reglas de Arbitraje de la "Asociación Americana de Arbitraje". (reformadas en el 2000)
- d) El Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (1998)

En el orden local los Colegios de –Abogados que brindan el servicio de arbitraje dictaron su reglamento.-

Las instituciones privadas hicieron lo propio.-

El más utilizado es el de la UNCITRAL. Este Reglamento fue sugerido por la Comisión que desde fines de los años 70 tiene su sede en Viena y reitero fue aprobado por Res. 31/98 de la Asamblea General del 15/12/76 que no debemos confundir con la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional que es de 1985.-

La Comisión es un órgano de las UN dependiente de la Asamblea General y tiene a su cargo el seguimiento y estudio de la implementación de la Convención de Nueva York de 1958 s/reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Presume la validez del laudo y quién sospeche la nulidad y rechace la ejecución es quién deberá probarlo.-

El Reglamento de la Comisión o UNCITRAL es un cuerpo de normas autónomas que las partes pueden elegir, siendo ellas opcionales y podrán ser modificadas por los peticionantes como lo estimen más conveniente.-

Tiene 41 artículos divididos en 4 secciones. La primera se ocupa de las notificaciones en general, el cálculo de períodos de tiempo, notificación del arbitraje, de la representación y de la asistencia.-

La segunda regula el número de árbitros, el método de designación, recusación, reemplazo y la reiteración de audiencias en casos de sustitución de árbitros.-

La tercera incluye previsiones y reglas específicas concernientes al lugar de arbitraje, idioma a utilizar, escritos de petición y defensa, períodos de tiempo para prueba, audiencias y pérdida del derecho de objetar el laudo.-

La cuarta sección contiene reglas sobre la forma en que el tribunal toma sus decisiones, la forma y efectos del laudo, la ley aplicable (incluyendo las instancias donde el tribunal está autorizado a decidir como amigable componedor o ex aequo et bono) su interpretación y corrección, los laudos parciales y las costas.-

Estas reglas constituyen un marco estandarizado, diseñado para arbitrajes ad hoc. No obstante ciertas instituciones arbitrales las adoptaron y han influenciado la legislación sobre arbitraje de numerosos países. Fueron diseñadas para proveer un cuerpo de reglas internacionales para el arbitraje comercial internacional que pudieran ser aceptadas de manera opcional en Estados con sistemas legales y políticos diferentes, intentando servir a un doble propósito:

- a) como reglas de procedimiento de directa aplicación a disposición de las partes que firman un acuerdo de arbitraje;
- b) como modelo para los centros de arbitraje internacional y nacional.

Aunque el reglamento provee de una guía detallada de algunos aspectos del procedimiento arbitral una de sus ventajas substanciales es que permite **gran flexibilidad a los árbitros** a la hora de la conducción de los procedimientos. Esto, y la autonomía que reconoce a las partes, permite adecuar los procedimientos a la medida de cada caso particular, tomando en cuenta las expectativas de quienes arriban al arbitraje con diferente bagaje cultural y legal.-

La flexibilidad en el arbitraje: Una de las principales características del arbitraje es la flexibilidad que debe de ser amplias más nunca debe ser irrestricta pues se encuentra limitada por lo que algunos autores llaman la “**Carta Magna del Arbitraje**” que consiste en el **trato igualitario** de las partes dándole plena oportunidad de hacer valer sus derechos.-

El procedimiento arbitral puede ser flexible pero nunca debe de violar los derechos fundamentales de las partes de **igualdad y libertad de defensa** haciendo valer todos sus derechos, lo que da la garantía de debido proceso, por ello se le ha llamado la Carta Magna del Arbitraje desde los trabajos preparatorios de la Ley Modelo 1985).-

Dentro que el Tribunal Arbitral goza de mayor holgura que el Juez estadual para dirigir el procedimiento no puede hacerlo en forma caprichosa sino que siempre debe de respetar el **derecho de defensa y de prueba, el de alegar y el trato igualitario entre las partes.**-

El Reglamento (UNCITRAL) en su Art. 15 dice: *“Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el Tribunal Arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se de a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”*

Las Reglas del Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje en su Art. 16 dice: *“Con sujeción a éstas reglas, el tribunal podrá conducir el arbitraje de la manera que considere más apropiada, siempre que las partes sean tratadas con igualdad y se les otorgue la oportunidad de ser oídas y la oportunidad razonable para presentar su caso.”*

El Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en su Art. 14 dice: “Las partes podrán pactar la instrucción de su arbitraje respetando los principios generales que el Tribunal Arbitral deberá observar siempre: i) tratar **equitativa e imparcialmente** a todas las partes, concediendo a cada una la oportunidad razonable de oír y ser oída y
ii) dictar procedimientos adaptados para el arbitraje, evitando retrasos o gastos innecesarios procurando medios equitativos y eficientes para resolver la controversia entre las partes.-

Dejando un poco de lado los Reglamentos demos un vistazo a las legislaciones más modernas con respecto al tratamiento de las partes por el T.A.

La Ley Modelo de UNCITRAL (1985) en su art. 18 dice: “Deberá tratarse a las partes **con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos**. El 19 dice que las partes tendrán **libertad** para convenir el **procedimiento** a que se haya de ajustar el Tribunal Arbitral en sus actuaciones y a falta de acuerdo el T.A. con sujeción a la ley deberá dirigir el arbitraje del modo que considere más apropiado incluyéndose entre sus facultades la de determinar la admisibilidad, la pertenencia y el valor de las pruebas.-

La Ley Sueca de Arbitraje de abril de 1999 dice que los **árbitros** conducirán la **controversia** de una manera **imparcial, práctica y rápida**, darán a las partes igualdad de oportunidades para presentar sus argumentos y celebrarán audiencia con anterioridad a la resolución de un aspecto referido a los árbitros.-

La Ley de Arbitraje del Reino Unido: de diciembre de 1997 dice que el Tribunal deberá actuar frente a las partes de manera equitativa e imparcial, dando a cada una de ellas oportunidad razonable para presentar su caso y defenderse de su oponente; deberá adoptar procedimientos adecuados al caso, evitará retrasos y gastos innecesarios procurando un medio justo para la solución de controversias.-

La Ley Española (Ley 60/2003) entró en vigor el 26/3/2004 dice que el T.A. deberá tratar a las partes con igualdad y dar a cada una suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. El procedimiento podrán convenirlo libremente para que los árbitros actúen. En caso de falta de acuerdo los árbitros decidirán sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas y sobre su valoración.-

Es conveniente para evitar problemas posteriores por la violación de la carta magna del arbitraje, es decir de los principios de igualdad y libertad de defensa, que al cierre de las actuaciones el T.A. pregunte a las partes si fueron tratadas con igualdad y tuvieron oportunidad para hacer valer sus derechos y para presentar su caso, para subsanar la posible violación.-

Como derechos que se derivan de la Carta Magna del Arbitraje tenemos:

- a) Derecho a la celebración de audiencias.
- b) Derecho de las partes a interrogar a los peritos después de la presentación de su dictamen.
- c) Derecho al traslado a la contraparte de todo escrito o documento anexo a ellos.-
- d) Derecho a que ninguna de las partes sostenga comunicación sin la presencia de la otra con el T.A.-
- e) Derecho que en el curso del proceso cualquiera de las partes modifique o amplíe su demanda o contestación, salvo que sea improcedente por la demora.-

La violación de la Carta Magna puede traer aparejada la nulidad del laudo.-

II.- MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL COMERCIAL

2.1.- Fundamentos y Normación legal.-

Los jueces tienen la facultad y obligación de resolver todo asunto sometido a su jurisdicción como así también la de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, ejecutándolas de ser necesario con el empleo de la fuerza pública, atribución que emana del atributo de la soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter monopólico.-

Los árbitros carecen de esa potestad que llamamos “*imperium*” propia de los jueces, pero tienen al igual que éstos último el “*iudicium*” o sea, la jurisdicción suficiente para sustanciar y decidir las causas litigiosas.-

La inadecuada interpretación de la falta de “*imperium*” del árbitro llevó a la errada conclusión que no pueden dictar medidas cautelares y como apoyo legal se invoca el artículo 753 del Código de Procedimiento Nacional que entre las “medidas de ejecución” dispone: “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.-

La carencia de “*imperium*” en el árbitro no impide la facultad de dictar la medida cautelar y la norma procesal citada tampoco constituye un obstáculo.-

La medida cautelar es una decisión destinada a ser ejecutada y conlleva dos pasos necesarios y sucesivos a saber: la toma de la **decisión** y luego la **ejecución**. Una cosa es resolver la conveniencia de tomar una medida precautoria y otra llevarla a la práctica. Son dos operaciones diferentes y escindibles.-

Admitido que se trata de cuestiones separables, pueden ser efectuadas por sujetos u órganos diferentes. Hemos analizado ya que el laudo es dictado por los árbitros y ejecutado por los jueces, porque no las medidas cautelares que sólo tienen por fin asegurar que el laudo pueda cumplirse no puedan correr igual suerte. Quién puede lo más puede lo menos. Entremos entonces en el análisis jurídico de la posibilidad de la medida dentro del derecho positivo. Analizaremos separadamente “decisión” y “ejecución” y hasta donde incide el principio de la falta de “*imperium*” de los árbitros.-

2.2.- El dictado de la medida cautelar. La decisión.

Como dijimos ya en el acuerdo arbitral las partes, integrantes del soberano, reasumen la jurisdicción delegada por éste último en el Poder Judicial y la entregan a favor de los árbitros particulares que desplazan para ese caso concreto a los jueces del Estado y quedan investidos de sus mismas facultades a la sola excepción de la coerción, del uso de la fuerza, del “*imperium*” que es monopolio absoluto del Estado.-

El contenido de la jurisdicción delegada a los árbitros no sólo alcanza a la resolución del conflicto sino también a las accesorias de aquellas.- El dictado de una

medida cautelar es un accesorio de las cuestiones que las partes les sometieron pues su finalidad es asegurar los derechos a debatir, no tiene carácter autónomo sino que actúa como una garantía para que el resultado del proceso se pueda concretar y no quede en forma declarativa de derechos.-

Las medidas cautelares deben estar comprendidas dentro de aquellas cuestiones respecto de las cuales los árbitros tienen jurisdicción, siguiendo para dictarlas la regla que es competente “el que deba conocer en el proceso principal”.-

El juez estadual que no tiene competencia para conocer en el proceso principal porque las partes le han quitado la jurisdicción para dicho proceso y se la entregaron al árbitro, según el artículo 196 del C.P.C.C. Nacional e igual del de la Pcia. de Bs. As., deberá abstenerse de decretar medida precautoria alguna por no ser la causa de su competencia. No obstante, que la ley procesal a renglón seguido admite la validez de las que fueron decretadas en violación a ésta regla, el principio sigue incólume que si carece de competencia para resolver el fondo debe abstenerse de conocer y decidir sobre la cautelar.-

Si los árbitros son competentes con exclusividad para resolver sobre el fondo de la disputa, con el mismo grado de exclusividad deben resolver si se dan las condiciones que justifiquen la adopción de una medida cautelar . La falta de “*imperium*”, no perjudica la obligatoriedad de sus decisiones. Si el laudo indiscutiblemente es asimilado a una sentencia judicial idénticos efectos debe tener una resolución que revistirá el carácter de interlocutoria.-

Con lo dicho hasta aquí podemos sacar una primera conclusión que los árbitros tienen la potestad de evaluar la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares solicitadas por las partes en el proceso. Es atribución exclusiva de los árbitros examinar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, determinar la extensión de la medida y de la contracautela que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento o sustitución y los eventuales pedidos de ampliación o mejora. Esta dentro de las facultades de los árbitros disponer una medida distinta de la solicitada o limitarla teniendo en cuenta la importancia y la naturaleza del derecho que se intenta proteger.-

Los arts. 753 del C. Proc. Nacional y 791 del C.P.C.C. Pcia. Bs. As. no pueden producir el efecto de vedar a los árbitros la facultad de decidir, ya que son los verdaderos jueces de la causa, tanto para las cuestiones principales cuanto para las accesorias.-

Los Códigos Procesales prohíben a los árbitros dictar “medidas compulsorias”. **Compulsión** significa “apremio o fuerza que se hace para compeler a alguien a que ejecute una cosa” y **compeler** es “obligar a alguien, con fuerza o autoridad, a que haga lo que no quiere”.-

Las medidas cautelares no son compulsorias ya que antes de su ejecución requieren un proceso intelectual de decisión en nada compulsorio para después pasar al proceso de ejecución que si debe admitirse que es compulsorio sin olvidar que el ejecutor es un juez estadual investido del “*imperium*” quién puede ejercer la “*coertio*” propia de la soberanía del estado.-

La normativa procesal no debe verse como un impedimento al árbitro para “resolver sobre la procedencia de una medida cautelar” sino como la prohibición de ponerla en ejecución forzada por sí mismo, debiendo en tal caso recurrir al Juez según lo mandado por la norma que dice: “deberán requerirlas al Juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.-

La jurisprudencia al respecto no ha sido pacífica y como antecedente tenemos que la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata en 1998 confirma un fallo de Primera Instancia y sienta jurisprudencia manifestando que “nuestra legislación procesal, adscripta a que la función jurisdiccional sea exclusivamente ejercida por el Poder Judicial, impide que los árbitros las decreten (art. 791, Cód. Procesal)”. “La medida cautelar preventiva no puede ser decretada por un Tribunal Arbitral y, por ende, no es posible efectivizarla mediante una rogatoria a un Juzgado o Tribunal de Justicia Provincial u ordinario que no la ha decretado previamente” (según fallo de Primera Instancia).-

Tremenda mal interpretación del artículo 791 del C.P.C.C., Pcia. de Bs. As. era lapidaria para el arbitraje pues no podía dictarse o decidir medidas cautelares en el proceso arbitral.-

Ello levantó una gran polvadera en la doctrina que trajo nuevos vientos esclarecedores y pronto se vieron sus frutos. Conil Paz reflexiona como epílogo de su comentario al fallo sobre la causa o la razón de ésta jurisprudencia y dice: “No puedo dejar de anotar una superioridad lateral de los árbitros sobre los jueces. La selección de los primeros es decididamente democrática. Está en manos de sus justiciables no así los integrantes del Poder Judicial que son elegidos sin participación popular, advirtiéndose en su garantía de inamovilidad una perdurabilidad aristocratizante”. Por eso, dice más adelante, por ser diferente su procedimiento selectivo el árbitro está ligado al nivel de su tiempo respondiendo al requerimiento de prontas y artesanales respuestas jurídicas, comprensivas de la realidad cotidiana. Esto contrasta con la “insensibilidad de los jueces respecto de los cambios económicos o sociales; en fin su retardo en comprenderlos y aceptarlos”.-

El más profundo y prolífico investigador del arbitraje contemporáneo Caivano, hace un profundo análisis de éste fallo y después de estudiar la “**decisión**” sobre la procedencia de la medida cautelar y el dictado de la misma como propias y exclusivas de la competencia del árbitro y la “**ejecución**” como propia del juez, investido del “*imperium*” que el árbitro no tiene, concluye que éste último tiene facultades exclusivas y excluyentes para decidir sobre la procedencia o improcedencia de una medida cautelar, solicitada en un proceso arbitral y manifiesta la necesidad de un cambio cultural frente al arbitraje mejorando el ordenamiento legal, tomando ejemplo de las legislaciones peruana y boliviana, como así también difundir y enseñar sobre éste instituto para que los abogados decidan a utilizarlo como herramienta eficaz para dirimir los conflictos y los jueces no se sientan empequeñecidos ni disminuida su función ante el colega árbitro libremente elegido .-

Esta brillante doctrina dio sus frutos y el mismo Tribunal, aunque con composición parcialmente diferente, al año siguiente tuvo oportunidad de rectificarse admitiendo “que los tribunales arbitrales dicten medidas cautelares, a los fines de dotarlos de instrumentos necesarios para alcanzar una mejor y eficaz solución de los

conflictos y constituirse, de tal modo, en una opción real para los litigantes al margen de la solución jurisdiccional.-

Ya analizamos anteriormente que es atribución exclusiva de los árbitros examinar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, determinar la extensión de la medida y de la contracautela que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento o sustitución de eventuales pedidos de ampliación o mejora, sin perjuicio que en ciertos casos sea necesaria la intervención judicial a los fines de su ejecución forzada. Esta rectificación de la Cámara marplatense fue un importante paso a favor de la consolidación del arbitraje como alternativa jurisdiccional.-

Hasta aquí analizamos la decisión en la toma de la medida cautelar, la procedencia o improcedencia de la misma, nos toca ahora analizar:

2.3.- La ejecución de la medida cautelar. Su cumplimiento

El hacer cumplir la medida cautelar decidida por el árbitro en la substanciación del procedimiento arbitral sigue igual curso que las demás resoluciones. El árbitro tiene “*indicium*” pero no tiene “*imperium*” por tanto debe recurrirse al Juez que le da su fuerza coactiva que le viene de la soberanía del Estado haciendo cumplir con el uso de la fuerza de ser necesaria, lo decidido por el árbitro. El árbitro decide y el juez ejecuta sin analizar la decisión.

No siempre es necesaria la compulsión, ya que si se cumple voluntariamente la medida cautelar no es necesario ejecutarla forzosamente. Estas medidas tienen como destinatarios a quienes son parte en el proceso donde se dictan. El afectado por las consecuencias de la medida está sometido a la jurisdicción del árbitro que la dispuso.-

No obstante hay medidas que no se pueden cumplir con la voluntad sola de la parte, sino que necesitan inexorablemente de un tercero: el registro que toma razón de un embargo o una inhibición general de bienes; el tercero en poder de los bienes objeto del secuestro; el deudor a quién se le ordena abstenerse de pagarle a su acreedor, etc.-

Cuando coincide el destinatario de la medida y el encargado de realizar la conducta con una de las partes, por ejemplo cuando un árbitro decreta la prohibición de innovar ordenando al demandado que mantenga el “*status quo*” vigente, el juez notifica la medida directamente a la parte. Cuando avancemos con la cultura del arbitraje esa medida la podría notificar el mismo árbitro que la adoptó, pero en caso de no ser acatada no podría dar lugar al delito de desobediencia tipificado en el art. 239 del Código Penal que requiere la orden emane de funcionario público, pudiendo no obstante tipificarse en alguno de los supuestos del art. 173 del Código citado (defraudación).-

Situación distinta es cuando el encargado de realizar la conducta es un tercero, no alcanzado por la jurisdicción arbitral y por tanto no obligado a cumplir la medida dispuesta por el árbitro. Como tampoco está obligado a no cumplirla, si le da cumplimiento espontáneo, no incurre en responsabilidad alguna por no haber ilegitimidad o ilicitud de la acción.-

Si el destinatario no da cumplimiento a lo resuelto por el árbitro deberá requerirse la ejecución forzada del juez.-

Una consideración especial la merecen los registros que reciban una comunicación de un tribunal arbitral solicitándole que inscriba una medida cautelar sin intervención judicial. En principio deberían inscribirla si están satisfechos los requisitos que garanticen su autenticidad, caso contrario deberá solicitarse la ejecución forzada judicialmente en los términos del art. 753 del C.P.C.C.N. Los árbitros pueden disponer que la ejecución sea directamente solicitada por el interesado en sede judicial expidiendo el pertinente testimonio.-

El Juez no tiene jurisdicción para entender en la decisión de la medida cautelar ni para revisar su razonabilidad, extensión o alcance, ni le está permitido modificarla o limitarla. No podrá negarse a prestar el auxilio coactivo ya que la norma procesal que lo obliga es imperativa, pues dice “deberá” prestar el auxilio solicitado ordenando el cumplimiento de la medida dispuesta por el árbitro, salvo y por excepción, que la medida arbitral atente de manera ostensible a una norma de orden público.-

2.4.- Medida cautelar requerida en sede judicial previa al arbitraje

Es la situación que se plantea cuando existiendo una cláusula compromisoria o un acuerdo arbitral, el accionante quiera solicitar la traba de una medida cautelar antes de iniciar la demanda o postulación arbitral. El tribunal arbitral puede aún no estar siquiera constituido, si se tratare de un arbitraje “*ad hoc*”, no habría árbitros designados a quienes solicitar la medida.- En ese caso la parte puede requerir al juez estadual que la disponga, pues existe una imposibilidad de hecho que impide requerírsela a quién resulta competente para dirimir el conflicto que es el árbitro. El fundamento legal de esta medida lo encontramos en el segundo párrafo del artículo 196 del C.P.C.C.N.-

¿Qué incidencia tiene este pedido sobre la jurisdicción arbitral pactada?. ¿Puede considerarse que hay una renuncia a la jurisdicción arbitral y prorrogada a favor de los jueces estaduais?. La respuesta a ésta última pregunta es negativa, pues el pedido de una medida cautelar no significa la interposición de una demanda .-

En nuestro derecho no se corre ese riesgo o bien es muy remoto pues el Código de Procedimientos se encarga de legislar que siempre que la medida haya sido dispuesta de conformidad con el mismo ella será válida aunque el juez resultara incompetente “**pero no prorrogará su competencia**” hacia este magistrado. No obstante, en derecho comparado las más modernas legislaciones establecen en forma expresa que el hecho de haber pedido una medida cautelar en jurisdicción estadual no torna incompatible al arbitraje.-

Cuando la medida cautelar se solicitó ante el Juez del Estado con anterioridad al proceso arbitral para evitar su caducidad, la parte solicitante debe de interponer la demanda o postulación arbitral dentro de los diez días siguientes a su traba.-

La interposición de la acción se hará ante el tribunal arbitral con jurisdicción para resolverla por voluntad expresa de las partes y si éste no está constituido dentro del mencionado plazo de caducidad (diez días) la parte incoante deberá iniciar el procedimiento previsto para la designación de los árbitros o constitución del Tribunal.-

Algunas legislaciones establecen que tales medidas se pidan judicialmente, incluso iniciado ya el juicio arbitral, sin que afecte el arbitraje. En nuestro derecho también existe esa posibilidad, atento la excepción que habilita el párr. 2° del artículo 196 del C.P.C.C.N. La parte solicitante es la que debe decidir ante quién la pide.-

Más allá de las razones de practicidad o economía procesal que puedan haber inspirado a estas legislaciones determinar que la medida cautelar se solicite y ejecute ante el Juez estadual, en cualquier etapa del procedimiento arbitral, sin afectar a éste, no participamos de éste procedimiento pues es al árbitro que corresponde decidir sobre la conveniencia o no de adoptar la medida, ya que tiene el “*iudicium*” y el conocimiento cabal e íntegro de la causa recurriendo al Juez, que no está dentrado en la causa, a que le de su “*imperium*” para ejecutarla. Solo es admisible solicitarla al Juez cuando no esté constituido todavía el tribunal arbitral.-

III.- EN EL DERECHO COMPARADO

En las más modernas legislaciones en materia de arbitraje comercial, los árbitros tienen facultades suficientes para escoger aquellas pruebas que resulten piezas necesarias e importantes para el análisis y estudio de la causa y dejar de lado otra que podrían incluso, servir para confundir a las partes y a los propios árbitros por ser evidentemente improcedentes y no conducentes para arrojar luz sobre los hechos controvertidos. Los principios de celeridad y economía justifican ésta flexibilización en materia de prueba en el ámbito arbitral; y, aún más hacer posible que los árbitros, en aras de la búsqueda de la verdad material, sean capaces de producir pruebas de oficio para mejor proveer, respetando desde luego la igualdad de las partes y no sufriendo de este modo la negligencia o torpeza de ellas.-

3.1.- En La Ley Modelo de UNCITRAL

En su artículo 17 trata la facultad del tribunal de ordenar medidas provisionales cautelares, estableciendo que salvo acuerdo en contrario de las partes podrá, a petición de una de ellas, ordenar a las mismas, que adopte la intimada las medidas provisionales cautelares que considere necesarias el árbitro respecto del objeto en litigio, pudiendo

exigir de la requirente de la medida una garantía o contracautela apropiada en conexión con esa medida, y en caso de incumplimiento podrá requerir la asistencia de un juez estadual para la ejecución, según se establece en el artículo 27 que analizaremos más adelante.-

En su artículo 23 que legisla la incoación y traba de litis dice que las partes podrán (no dice deberán) aportar en la demanda y contestación todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los mismos u otras pruebas que vayan a presentar, quedándole la opción de presentarlas también en la audiencia que trataremos a continuación. Establece en el art. 24, inc. 1º que el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas y alegatos orales, o bien si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de los documentos ya agregados y pruebas presentadas. Salvo acuerdo en contrario de las partes (art. 24) el Tribunal arbitral celebrará las audiencias en el momento oportuno y a petición de una de ellas las que deberán notificarse con suficiente antelación ya sea para el examen de mercaderías, otros bienes o documentos. De todas las pruebas aportadas por una de las partes al tribunal se dará traslado a la otra, como así también a ambas, de las pericias y/o cualquier otro documento en los que el tribunal arbitral pueda basarse para adoptar su decisión. En caso de incomparecencia de una parte a las audiencias o no presentare pruebas documentales (art. 25, inc. c) el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas disponibles en el expediente.-

En cuanto a la prueba pericial, en el art. 26, siempre respetando la voluntad de las partes en caso que hubieran acordado lo contrario, el tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que le determinarán. Asimismo el tribunal podrá solicitar a las partes o a una cualquiera de ellas que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos. Si las partes no pactaron lo contrario, cuando una de ellas lo solicite o bien si el tribunal lo estima necesario una vez presentado el dictamen escrito u oral, se fijará una audiencia en que los requirentes tendrán oportunidad de hacer al perito preguntas y llevar otros expertos para que informen sobre los puntos controvertidos.-

En el artículo 27 se prevé también que el tribunal arbitral o las partes con la aprobación de aquel podrán pedir la asistencia de un juez del Estado investido de “*imperium*” para la ejecución de la prueba proveída en forma coactiva de ser necesario. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.-

3.2.- En la Ley española

España siempre demostró su preocupación por la armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, con el fin de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias no sólo domésticas sino también interestadales, comunitarias o entre particulares de distintos estados.-

Como antecedente de la actual ley 60/2003 tenemos la ley 36/1988-XII-5 que ya demuestra la vocación que mencionamos en el primer párrafo y explicitada aún antes en el Real Decreto 1094/1981-V-22 que abrió las puertas del arbitraje comercial internacional en la Madre Patria y la comunidad iberoamericana para evitar recurrir a otros tribunales con distinto idioma, diferente cultura jurídica, con derecho fundado en el “Common Law” y no en los Códigos, en fin extraños a nosotros.-

Esta ley fundada en sus antecedentes nacionales, se inspira en el régimen de la Ley Modelo de CNUDMI /UNICTRAL “teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional”, tomando en consideración los trabajos emprendidos por aquella Comisión para incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en cuanto a los requisitos del convenio y la *adopción de medidas cautelares*.-

Esta nueva ley española sintetiza y amalgama a la Ley Modelo de UNCITRAL con su sutil compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona producto de un cuidadoso estudio del derecho comparado; y, los cánones tradicionales del ordenamiento jurídico ibérico, con sus raigambres latinas, con antecedentes románicos y tintes napoleónicos. Por ello es muy recomendable que los estados latinoamericanos al reformar su legislación arbitral den un vistazo a esta ley

española tanto más cercana a nuestro derecho, a nuestra costumbre y tradición y no adopten en forma automática la Ley Modelo de UNCITRAL.-

En cuanto al tema que es objeto de estudio en este trabajo, la ley en su título IV, el artículo 23 incorpora una de las principales novedades, que es la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes directamente en el acuerdo o recurriendo al Juez, caso contrario se considera que la aceptan. El árbitro tiene “*iudicium*” más no tiene “*imperium*” por tanto para la ejecución de la medida cautelar se debe recurrir al Juez, al igual que si corresponde ejecutar el laudo. La ley reconoce a los árbitros la potestad **declarativa** de la medida cautelar, salvo acuerdo en contrario, reservando al juez la **ejecutiva**. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.-

La fase probatoria del arbitraje en la ley española está presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros con la mayor flexibilidad, pero es inexorable que se cumplan dos requisitos básicos **el derecho de defensa** y el **principio de equidad**.- Sólo establece normas sobre la prueba pericial, de singular importancia en el arbitraje contemporáneo, aplicables en defecto de la voluntad de las partes. Estas normas están encaminadas a permitir tanto los dictámenes emitidos por los peritos designados directamente por las partes como los emanados de peritos designados de oficio o a instancia de parte por los árbitros y a garantizar la debida contradicción respecto de la pericia.-

El artículo 32 de la ley española siguiendo el artículo 26 de la Ley Modelo de UNCITRAL regula el nombramiento de los peritos respetando siempre la voluntad de las partes; la completa información con la disponibilidad por el experto de toda la documentación o mercaderías en poder de los litigantes y agotan la prueba con la aportación de dictámenes de otros peritos designados por los requirentes del arbitraje.-

Se regula también en el artículo 33 la asistencia judicial para la práctica de pruebas, que es una de las tradicionales funciones de apoyo judicial al arbitraje, siguiendo el artículo 27 de la Ley Modelo de UNCITRAL.-

En los países latinoamericanos, en especial los integrantes y adherentes al MERCOSUR, encontramos legislaciones contemporáneas, más actualizadas que la de nuestro país y que son dignas de mención:

3.3.- La ley brasilera (43)

El arbitraje en el derecho brasileño es legislado desde mucho antes, ya en el Código de Comercio de 1850 llegó a ser obligatorio para ciertos conflictos. Sin embargo debemos reconocer fue un mecanismo de muy poca aplicación en este país hasta que con el advenimiento de esta ley se produjo un auténtico despertar por el interés de los mecanismos alternos de solución de controversias.-

En la ley brasileña actual no encontramos ninguna mención a pruebas establecida expresamente, salvo lo que determine el artículo 22, que expresa: *“Podrá el árbitro o el Tribunal Arbitral tomar las declaraciones de las partes, oír testimonios y determinar la realización de pericias u otras pruebas que juzguen necesarias mediante el pedido de partes o de oficio”*.-

No obstante, en forma general, en su artículo 25 menciona que el arbitraje se someterá al procedimiento establecido por las partes en el acuerdo arbitral institucional o entidad especializada y más aún, faculta a las partes a delegar en el propio árbitro o en el tribunal arbitral, la regulación del procedimiento. En el inciso 1° de este mismo artículo se menciona que no habiendo estipulación acerca del procedimiento, cabrá al árbitro o al tribunal arbitral establecerlo.-

En el procedimiento arbitral, se respetará los principios del contradictorio, de la igualdad de partes, de la imparcialidad de los árbitros y de la libre convicción.-

3.4.- La ley paraguaya

La ley paraguaya, que es una de las más modernas en la región, sigue los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL.-

En materia de prueba en el arbitraje comercial el artículo 27 que trata sobre Audiencias y actuaciones por escrito, sigue casi textualmente el artículo 24 de la Ley Modelo de UNCITRAL, a la sola excepción de los últimos párrafos de los inc. 1° y 3° de esta última, que no hacen a la esencia de la cuestión. Se respeta la voluntad e igualdad entre las partes.-

En cuanto al nombramiento de peritos el artículo 29 de la ley paraguaya sigue substancialmente al artículo 26 de la Ley Modelo de UNCITRAL, respetando la voluntad de las partes, el derecho del tribunal a nombrar uno o más peritos, la obligación de los recurrentes al arbitraje a dar al perito libre acceso a documentos y mercancías y la del experto de dar explicaciones en audiencia posterior (art. 30).-

Al igual que la ley modelo (art. 27) la paraguaya (art. 312) prevé que el tribunal o las partes con la anuencia de aquel, podrán pedir asistencia del juez competente para la ejecución de pruebas, emplazando a éste que resuelva en el término de siete días.-

En cuanto a la facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares el artículo 20 de la ley paraguaya sigue los lineamientos del artículo 17 de la ley modelo. Prevee que el Tribunal disponga sobre la adopción de medidas cautelares provisionales necesarias; dispone la obligación por parte del tribunal de exigir contracautela al peticionante de la medida y establece la efectivización de la medida por orden judicial “adoptada inaudita parte dentro del tercero día de solicitado por dicho tribunal”.-

3.5.- En el Código General del Proceso de Uruguay

No existe una ley de arbitraje específica en el Uruguay, las normas sobre la materia surgen del Título VIII del “Código General del Proceso” que no sigue a la Ley Modelo de UNCITRAL, no obstante analizaremos los artículos que hacen a la prueba en

razón de ser un país integrante del MERCOSUR y sede convenida en muchos arbitrajes internacionales.-

Establece que el arbitraje sólo se podrá convenir en cuestiones transables (art. 476); será voluntario o necesario, imponiéndose en éste último caso por la ley o por convención de las partes (art. 474.1); se pacta a través de una cláusula compromisoria (art. 473) o por un compromiso arbitral (art. 474.2); renunciando así a la jurisdicción ordinaria (art. 475) y no admitiéndose más recursos que el de nulidad (art. 499).-

En cuanto a la prueba en el proceso arbitral podemos decir que las anticipadas, las medidas cautelares y las necesarias para la formalización del compromiso arbitral se tramitarán ante el tribunal que habría intervenido en el asunto de no haber existido el compromiso (arts. 488 y 494).-

Establece que el arbitraje sólo se podrá convenir en cuestiones transables (art. 476); será voluntario o necesario, imponiéndose en éste último caso por la ley o por convención de las partes (art. 474.1); se pacta a través de una cláusula compromisoria escrita (art. 473) o por un compromiso arbitral (art. 474.2); renunciando así a la jurisdicción ordinaria (art. 475) y no admitiéndose más recursos que el de nulidad (art. 499).-

En cuanto a la prueba en el proceso arbitral podemos decir que las anticipadas, las medidas cautelares y las necesarias para la formalización del compromiso arbitral se tramitarán ante el tribunal que habría intervenido en el asunto de no haber existido el compromiso (arts. 488 y 494).-

El procedimiento en la etapa probatoria es totalmente libre, pudiendo convenir las partes el que consideren más conveniente; si nada convinieron, los árbitros aplicarán de oficio las disposiciones establecidas por el Código de la materia para el proceso ordinario, privilegiando siempre la conciliación a la que deberán convocar al inicio del proceso bajo pena de nulidad absoluta de las actuaciones posteriores, reiterándola toda vez que resulte oportuno (art. 490).-

En lo referente a la prueba testimonial, si las partes no convinieron otra cosa, se regirá por el Código del rito, no obstante los árbitros en caso de negativa del testigo a presentarse voluntariamente a declarar recabarán la colaboración de los tribunales ordinarios para que el Juez, investido del “*imperium*” y de la “*coercio*” necesaria, el testigo concorra con el auxilio de la fuerza pública (art. 492).-

También el árbitro recurrirá al juez en los casos de pruebas informativas que solo pueden darse por mandato judicial.-

Es de destacar en el procedimiento arbitral uruguayo el respeto a la libre voluntad de las partes y el uso solo supletorio del Código General del Proceso.-

3.6.- La ley boliviana

Esta legislación también sigue la ley modelo y en cuanto a las medidas precautorias establece en su artículo 35 que el tribunal, a petición de parte y salvo acuerdo en contrario, podrá ordenar las medidas que estime necesarias, solicitando a la peticionante una contracautela adecuada para asegurar la indemnización de daños y perjuicios a favor de la contraria en caso que la pretensión se declare infundada; prevee el auxilio judicial del Juez del lugar de ejecución de la medida precautoria en caso necesario (art. 36) a cuyo efecto el tribunal oficiará al juez competente y acompañará copia del convenio arbitral y de la resolución que dispone la medida; el juez dispondrá de un plazo máximo de cinco días para definir la solicitud sin sustanciación y se limitará a cumplirla, sin juzgar sobre la misma, salvo que contraríe el orden público (art. 37).-

3.7.- La ley peruana (48)

Al igual que la anterior sigue la ley modelo y en cuanto a medidas cautelares en sede arbitral que legisla en el artículo 81, establece que en cualquier estado del proceso, a petición de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o garantizar el resultado, podrá exigirse contracautela, contra esta resolución no procede recurso alguno, para su ejecución los árbitros pueden solicitar el

auxilio del juez quién con la copia del convenio arbitral y la resolución de los árbitros, sin meritar la medida, ni admitir recursos procederá a ejecutarla.

Una disposición importante en esta ley es la del artículo 34, numeral 5,6 y 7 que legislan la producción de los medios probatorios en una o más audiencias dentro de un plazo que no podrá exceder de quince días en vista a acotar el proceso arbitral.

Producida la prueba los árbitros pueden solicitar a las partes un resumen escrito de sus alegatos, dando a los árbitros como directores del proceso el deber de velar para que el mismo se desarrolle bajo los principios de celeridad, intermediación, privacidad, concentración y economía procesal, posibilitando la adecuada defensa de las partes.-

Los árbitros tienen la facultad legal para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. En cualquier etapa del proceso pueden pedir a las partes aclaraciones o informaciones, pueden ordenar de oficio la producción de pruebas que estimen necesarias, solicitar a los peritos explicaciones o ampliación del dictamen, prescindir fundadamente de pruebas no producidas, si se consideran suficientemente informado y probado mediante otras los hechos invocados. Contrariando el principio de inmediatez el tribunal podrá delegar en uno o más de sus miembros la realización de determinados actos procesales.- Por otra parte podrá también pedir el auxilio de la justicia estadual para la producción de las pruebas debiendo dar cumplimiento el juez a la solicitud en un plazo no mayor de cinco días, bajo responsabilidad.-

3.8- La ley chilena

Es la más nueva de las legislaciones americanas, pues fue publicada el 29 de Setiembre de 2004 y sigue casi textualmente a la llamada Ley de UNCITRAL que ya comentáramos en el apartado 4 numeral 1. En los artículos referentes a la prueba en el arbitraje comercial, no encontramos diferencias y nos remitimos a lo allí expresado. Debemos remarcar en cuanto a la prueba que se respeten claramente los principios de libertad de las partes; inmediatez del tribunal, imparcialidad de los árbitros y libre convicción de los mismos.-

Con éste trabajo esperamos dar al lector una visión panorámica de la prueba en el procedimiento arbitral indicando en las notas las fuentes del derecho en que podrá profundizar su estudio.-

El autor es Doctor en Ciencias Jurídicas; Abogado con diploma de honor y Escribano (USAL); Académico de Paestum, Salerno, Italia (1989) y de la Academia Argentina de la Paz (1990). Miembro Vitalicio de la “Federación Interamericana de Abogados” F.I.A.- Profesor Titular post grado de la Maestrías en “Sistemas de Resolución de Conflictos” de la Facultad de Derecho de la U.N.L.Z. y Profesor Invitado de Doctorado en la Facultad de Derecho de la U.C.E.S. y de la U.B.A: Árbitro Titular de las Salas de Derecho Comunitario y de la Integración de los Tribunales Arbitrales Institucionales de la F.A.C.A.; del C.A.L.Z., del C.I.A.M.” “Manuel Belgrano” en la “Asociación Dirigentes de Empresas” (A.D.E.) y de la Defensoria .del Pueblo de la C.A.B.A. Conjuez designado por la S.C.J. Pcia. Bs. As. Primer Premio al Mejor Trabajo sobre Arbitraje en el Mercosur de la F.I.A. (2000). Publicista.-

Prof. Dr. Gualtiero Martín Marchesini
Ramón L. Falcón 680
B1832JIL - LOMAS DE ZAMORA
Tel/Fax: (54-11) 4243-4721
E-Mail: martinmarchesini@ciudad.com.ar
Web: www.martinmarchesini.com.ar

BIBLIOGRAFIA

- 1.- **GOZAINI**, Osvaldo Alfredo; “*Medidas cautelares y arbitraje*” en JA, 1992-IV-878 a 883.-

- 2.- **AYLWIN AZOCAR**, Patricio; “*El juicio arbitral*”, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, N° 34, Ed. Jurídica de Chile, 2° ed. Santiago, 1958.-

- 3.- **ROJAS**, Jorge A.; “*Amparo al Arbitraje*” en especial recomendamos leer apartado 4 “*Los sistemas cautelares*” en ED, 205-87. Comentario a la jurisprudencia de la CN Fed. Civ. y Com., sala II, agosto 26-2003 en “Administ. N. de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c. Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A. s/acción meramente declarativa”. En igual sentido “A.N.U.T.E.U. c. Central Puerto S.A. s/acción meramente declarativa”, sentencias del 26/8/03 y 20/5/03 en ED, 205-84.-

- 4.- **CONIL PAZ**, Alberto; “*La lucha por el Arbitraje*” (El caso de las medidas cautelares) en ED, 181-238.-

- 5.- **CAIVANO**, Roque J.; Medidas cautelares en el arbitraje, JA 1998-IV-47, Comentario al fallo dictado por el C.A.C.C., Mar del Plata, S. 1° en “Sasso c. Neura”, cit. en 28, y del mismo autor “La Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje”, La Ley , 1994-A, 994.-

- 6.- **CAIVANO**, Roque J.; Causa 50.035 C. 1° C.C. Mar del Plata, sala I, diciembre 2 de 1999 Autos: “Pestaña Odilio Alberto c. Guerini, Oscar s/inscripción medidas cautelares” con comentario de CAIVANO, Roque J., “Medidas Cautelares en el Arbitraje: una saludable rectificación de la justicia marplatense”, en ED, 187-338.-

- 7.- **GARRO**, Alejandro M.; “*El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado. Un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central*”. Revista JUS, N° 41, ps. 6/50. Las legislaciones estatales de estas dos últimas décadas la adoptaron directamente como propia o bien la adaptaron a su derecho adoptando lo substancial de sus normas.

- 8.- **FELDSTEIN de CARDENAS**, Sara I. y **LEONARDI de HERBON**, Hebe M.; “*El arbitraje*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. La Ley Modelo podrá verse también en el “Apéndice”, p. 181 y su comentario en el Capítulo XV p.165.

- 9.- **ANAYA**, Jaime : “*El arbitraje en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires*” . Uncitral el Futuro Derecho Comercial, Depalma, ps. 98 y 99.-

- 10.- **MARTIN MARCHESINI**, Gualtiero, “*Los medios de prueba en el arbitraje comercial y sus contingencias*” Capítulo 3. Trabajo que integra la obra “Código de Comercio Comentado” coordinado y dirigido por el Prof. Dr. Raúl Aníbal Etcheverry, T. II en prensa Ed. Hammurabi, año 2006 y en “Servilex” publicado el 10/2/2005 (<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/estrado.php>) y; “*Las medidas cautelares en el proceso arbitral comercial*” publicado en “La Ley” del 19/5/2006 correspondiente al Tomo 2006-C, pág. 1208 y en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, del 10/5/2006, página web (www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/medidas-cautelares.html)