

SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

GIOVANNI PRIORI POSADA (COORDINADOR)

CAMILO ZUFELATO · THAÍS ZERI NEGRÃO · MARTÍN SOTERO GARZÓN · MARIO FERNANDO DRAGO ALFARO · JOSÉ MARÍA DE LA JARA PLAZA · RENZO CAVANI · ÚRSULA INDACOCHEA PREVOST · LUIS MENDOZA LEGOAS · JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU · ELVIRA CASTAÑEDA VELÁSQUEZ · RAMÓN HUAPAYA TAPIA · HÉCTOR AUGUSTO CAMPOS GARCÍA · MARIO REGGIARDO · ENRIQUE PALACIOS PAREJA · CÉSAR CARLÍN RONQUILLO · MARTÍN MEJORADA C. · JULIO CÉSAR PÉREZ VARGAS · VLADIMIR PADILLA ALEGRE · CARLOS GLAVE · NICOLÁS DE LA FLOR · MARIO CASTILLO FREYRE · RITA SABROSO MINAYA · LAURA CASTRO ZAPATA · JHOEL CHIPANA CATALÁN · MARIANELLA LEDESMA · RENATA BREGAGLIO LAZARTE



EDITORIAL JURÍDICA THĒMIS

Editores Generales:

Eduardo Iñiguez Ortiz
Giacomo Montiel Ibarguren

Consejo Editorial:

Sandra Basurco García-Zapatero
Sergio Berrospi Vivar
Jimena De La Villa Bayona
Renzo Mayor Mayor
Miguel Ángel Pérez Caruajulca

El libro aquí presentado es uno de carácter arbitrado. Es arbitrado porque cada uno de los artículos es sometido a dos procesos de evaluación. El primero, a cargo de los editores generales y del consejo editorial de la Editorial Jurídica Thêmis, consiste en la selección de los artículos. El segundo, a cargo de dos especialistas en la materia, uno del ámbito nacional y otro del ámbito internacional, consiste en la lectura crítica del documento. Con el fin de garantizar la imparcialidad de los arbitrajes, se mantiene el anonimato de los autores y evaluadores.

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

THĒMIS
d e s d e 1 9 6 5

©THĒMIS, 2015

para su sello editorial Editorial Jurídica Thêmis
Segundo piso de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: 626-2000, anexo 5391
publicaciones@themis.pe
themis.pe

Diseño de Portada: Comisión de Imagen Institucional
Diagramación: Antomía de Red

El contenido publicado en THĒMIS es
responsabilidad exclusiva del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2015-16338
ISBN: 978-612-46950-1-8

Primera edición, noviembre 2015
Tiraje: 500 ejemplares.

Impreso en:
Editorial Tinco S.A.
Calle Arquímedes 114 – Chorrillos
Noviembre – 2015

AGRADECIMI

PRÓLOGO

Giovanni F. Pric

LA INSTRUME
PROCESAL BR

Camilo Zufelato
Thaís Zeri Negri

- I. LA ACCIÓN
DEL INSTR
- II. EL CÓDIGO
NES CAUTI
- III. LA INSTRU
NEA: EL PE
- IV. LA ANTICI
LA TUTELA
- V. NUEVO CÓ
Y EL FIN D
- VI. CONCLUS

EL SISTEMA C
RUANO

Martin Sotero G

- I. INTRODUC
- II. LA INSTRU
- III. LA ATIPICI
LAS ESPEC
 - A. La pol
Cristof
 1. I
 2. I
 - B. El siste
 1. I

PARTE V
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS
ESPECIALES

249	LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS COLECTIVOS: APUNTES FRENTE A LA AUSENCIA DE REGULACIÓN	291
	Carlos Glave	
259	Nicolás de la Flor	
	I. LOS PROCESOS COLECTIVOS Y LA REGULACIÓN PERUANA	292
260	II. EL TIPO DE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS COLECTIVOS	297
260	III. LA RELACIÓN CON EL TRÁMITE <i>INAUDITA PARS</i>	298
262	IV. LA VEROSIMILITUD EN EL DERECHO	301
263	V. EL PELIGRO EN LA DEMORA	303
264	VI. LA ADECUACIÓN	305
265	VII. CONTRACAUTELA	306
265	VIII. CONCLUSIONES	307
266		
267	LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE	309
269	Mario Castillo Freyre	
271	Rita Sabroso Minaya	
272	Laura Castro Zapata	
	Jhoel Chipana Catalán	
PRE- 273	I. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL ARBITRAJE	310
	II. EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL	318
	III. COMENTARIOS FINALES	324
274		
CTACIÓN 275	LA TUTELA URGENTE EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL	325
MO	Marianella Ledesma	
DERE-	I. EFICACIA DE LA TUTELA JUDICIAL EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL	326
	II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CAUTELA	328
UN-	III. ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA TUTELA CAUTELAR	329
	A. En cuanto a la apariencia o verosimilitud del derecho	330
279	B. Las justificaciones del tiempo	331
280	C. La adecuación de la medida	333
281	D. La proporcionalidad de la cautela	333
283	IV. LAS MEDIDAS ANTICIPADAS EN EL AMPARO	335
287	V. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO VIOLATORIO EN EL AMPARO CONTRA RESOLUCIÓN JUDICIAL	338
	VI. CONCLUSIONES	340

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

Mario Castillo Freyre¹
Rita Sabroso Minaya²
Laura Castro Zapata³
Jhoel Chipana Catalán⁴

Sumario: I. Las medidas cautelares y el arbitraje. II. Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral. III. Comentarios finales.

Sumilla: En el presente trabajo, los autores realizan un detallado análisis del concepto, regulación y funcionamiento de las medidas cautelares, así como la ejecución de las mismas, al interior de un proceso arbitral. Para tales efectos, examinan, fundamentalmente, el contenido y los alcances de los artículos 47 y 48 del Decreto Legislativo 1071 (norma que regula el arbitraje en el Perú).

1 Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho por la PUCP. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP, de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ) y de la Universidad de Lima. Director de las colecciones "Biblioteca de Arbitraje" y "Biblioteca de Derecho" del Estudio Mario Castillo Freyre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Socio del Estudio Mario Castillo Freyre.

2 Abogada. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesora de la Facultad de Derecho de la PUCP y de la Universidad de Lima. Miembro del Estudio Mario Castillo Freyre.

3 Abogada. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Miembro del Estudio Mario Castillo Freyre.

4 Abogado. Secretario Arbitral en procesos ad-hoc en el Estudio Mario Castillo Freyre.

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL ARBITRAJE

En primer lugar, corresponde tener en cuenta el contenido del artículo 47 del Decreto Legislativo 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje), precepto que establece lo siguiente:

Artículo 47.- Medidas cautelares

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
 - a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
 - b. Que adopte 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 daño o menoscabo al proceso arbitral;
 - c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
 - d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.
3. 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.
4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.
5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dicta-

da o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.

7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.

8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.

Este precepto reviste importantes semejanzas con el contenido de la Ley Modelo Uncitral⁵, así como con la Ley de Arbitraje española del año 2003⁶.

De otro lado, y de manera referencial, creemos importante citar los antecedentes que dicha norma posee en la legislación peruana.

5 Artículo 17.- Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

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

b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

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

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

6 Artículo 23.- Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares

1. 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.

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

Así, dentro de la normativa nacional, el artículo 47 del Decreto Legislativo 1071, bajo estudio, tiene como antecedente inmediato el numeral 81 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley 26572⁷.

Por otra parte, conviene citar como antecedente a la Ley General de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley 25935, la cual regulaba en su artículo 75 la misma materia⁸.

Ahora bien, el inciso 1 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje señala que una vez constituido el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes este podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime convenientes para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

Las medidas cautelares siempre deben tender a garantizar la eficacia del futuro laudo y, naturalmente, en caso los tribunales arbitrales las dicten deben exigir las garantías respectivas. Eso significa en Derecho Procesal la contracautela para garantizar la eficacia, para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran generarse para la parte que sufre o padece la medida cautelar, precisamente, si es que el laudo no termina dando la razón a aquella parte que solicita esa medida cautelar.

Madrid Horna⁹ señala que a través de todas las legislaciones que ha revisado, los fines de la tutela cautelar concluyen en tres ideas básicas, pero muy importantes: (i) asegurar

7 Artículo 81.- Medida cautelar en sede arbitral

En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera 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 para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir contracautela a quien solicita la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si su pretensión fuera declarada infundada en el laudo. Contra lo resuelto por los árbitros no procede recurso alguno. Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. El Juez por el sólo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

8 Artículo 75.- En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera 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 para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir contracautela a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si su pretensión fuera declarada infundada en el laudo. Contra lo resuelto por los árbitros sólo procede apelación sin efecto suspensivo directamente ante la Corte Superior dentro de los tres días siguientes a la notificación, o ante otra instancia arbitral si estuviera pactada y ya constituida. Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas. El Juez por el sólo (sic) mérito de la copia certificada del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

9 MADRID HORNA, Víctor. "Las medidas cautelares en la LGA: breves apuntes sobre su disponibilidad". En: AA.VV. "Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Segunda parte". Lima: Palestra Editores/Estudio Mario Castillo Freyre. 2008. p. 173.

que el objeto del litigio no se frustre en tanto se dicte y ejecute el laudo; (ii) para regular conductas y las relaciones entre las partes, cosa que ya es una innovación respecto de la teoría cautelar clásica; y, (iii) que sirva para conservar la evidencia y regular su administración, es decir, se trata de una facultad que finalmente va a ser concedida al tribunal arbitral para que este pueda, de manera amplia y discrecional, en los casos que le corresponde decidir, emitir una decisión que constituya una tutela para que las partes puedan lograr lo que tanto esperan en un arbitraje, es decir, un laudo ejecutable y eficaz¹⁰.

Por su parte, Monroy Gálvez¹¹ sostiene que la medida cautelar tiene una finalidad concreta y una abstracta. La finalidad concreta se encuentra destinada a impedir que el fallo definitivo devenga en inejecutable o ilusorio. La finalidad abstracta está referida a la consagración del valor justicia, del prestigio de la labor judicial.

Siendo que el trámite de una medida cautelar se da sin oír a la otra parte hasta que la medida haya sido ejecutada, su naturaleza hace que se suspenda la bilateralidad y el contradictorio, ya que ello podría traer consigo un eventual perjuicio para el afectado con la ejecución de la medida. Por ello, quien solicita una medida cautelar debe ofrecer garantía a fin de resarcir los probables daños que esta ocasione en el caso que la pretensión principal sea desamparada. A esa garantía se le denomina contracautela. Simons¹² menciona que la doctrina ha desarrollado tres tipos de contracautela:

- Personal: representada por la fianza judicial
- Real: representada a través de la obligación de bienes
- Juratoria: representada por la prestación de un juramento

De otro lado, el inciso 2 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje señala que por medida cautelar se entenderá toda medida temporal contenida en una decisión, tenga o no forma de laudo, por la que en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a cada una de las partes lo siguiente:

- a) Que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia.
- b) Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o en menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral.

10 Para mayor información, recomendamos la lectura de ARIANO DEHO, Eugenia. "Problemática de las medidas cautelares en sede arbitral". En: Actualidad Jurídica 151. 2006. pp. 87-93.

11 Citado por SIMONS PINO, Adrián. "Medidas cautelares especiales y poder general de cautela". En: Advocatus 7. 2002. p. 158.

12 Ídem. p. 162.

El literal a) puede comprender medidas cautelares de innovar o de no innovar. Debe entenderse que si esta se mantiene, es de innovar; si se restablece, es de no innovar.

El literal b) señala que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, en menoscabo del proceso arbitral o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo en el proceso arbitral.

Aquí también puede tratarse de medidas de innovar o de no innovar, pero lo que se busca es evitar que el curso de los acontecimientos haga inútil el desarrollo del proceso.

El literal c) del inciso 2 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje establece que proporciona algún medio para preservar bienes que permiten ejecutar el laudo subsiguiente y el literal d) preserva elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Entendemos que se busca evitar, de esta manera, que alguna de las partes pueda desaparecer esos medios de prueba o alterarlos en perjuicio de la dilucidación de dicha controversia.

Por su parte, el inciso 3 establece que 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 del tribunal arbitral.

Sobre este punto, es necesario recordar que en el ámbito del Derecho Procesal las características de una medida cautelar son las siguientes:

- Instrumental
- Variable
- Temporal o provisional
- Accesorio
- Implica un prejuzgamiento

Sin embargo, un rasgo que es importante resaltar en la regulación que hace la Ley de Arbitraje de las medidas cautelares, es que estas –como regla– no son *inaudita altera partes*. Decimos esto, debido a que la Ley señala que, en principio, se deberá correr traslado a la otra parte a efectos de que pueda ejercer su derecho de defensa, salvo (y con esta palabra

se entiende que el principio *inaudita altera partes* será la excepción) que el solicitante demuestre que el contradictorio podría determinar la ineficacia de la medida.

A su turno, el inciso 4 del artículo 47, bajo comentario, establece que las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho.

La Ley de Arbitraje distingue claramente tres momentos; es decir, la etapa pre arbitral, la etapa arbitral y la etapa post arbitral.

En la etapa pre arbitral, o sea, hasta antes del inicio del arbitraje, el órgano competente al que se debe solicitar una medida cautelar, por razones obvias, es el Poder Judicial y así lo establece el inciso bajo análisis, cuando señala que “las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él”.

De otro lado, los plazos establecidos en la Ley importan una salvaguarda para que no se cometan abusos en cuanto a la ejecución de la medida cautelar.

El inciso 5 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje señala que constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. Agrega que la autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

Esto resulta de mucha relevancia porque, independientemente de la discusión sobre el momento de constitución o instalación del tribunal arbitral, es importante que si la medida cautelar viene siendo tramitada por el Poder Judicial o viene siendo conocida en él (incluso, en apelación), cualquiera de las partes informe sobre la constitución del tribunal arbitral y pida al tribunal ordinario la remisión del expediente del proceso cautelar.

Aquí no hay alternativa para la autoridad judicial. La autoridad judicial no lo podrá cuestionar. A lo mucho, podrá pedir mayor información para la verificación de la constitución del tribunal arbitral.

Creemos, incluso, que sí estaría dentro de la potestad de los tribunales judiciales el cuestionar la remisión de un expediente cuando el tribunal arbitral está constituido pero aún no esté instalado, por cuanto, efectivamente, podría interpretar el tribunal judicial que habría un desamparo de la parte que solicita la medida cautelar, en la medida de que no tendría ante quién solicitarla. No hay tribunal arbitral porque no está constituido y no habría un tercero que solucione el tema de la medida cautelar solicitada.

Esto no está contemplado en la Ley, pero sería lógico que los tribunales judiciales sigan esta interpretación y que, efectivamente, el tribunal judicial se niegue a aportar el expediente, se rehúse a desprenderse del expediente hasta que se instale el tribunal arbitral. Sin instalación, aún no se habrían establecido todas las reglas del proceso.

Agrega la norma que todo ello es sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar, para que el tribunal esté informado y pueda tomar las medidas del caso que solicite cualquiera de las partes.

El precepto señala que la demora de la autoridad judicial en la remisión del expediente no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada y, en efecto, los tribunales arbitrales simplemente podrían proceder a tramitar cualquier solicitud de las partes con respecto a la variación de la medida cautelar ya dictada (o aún no dictada) por un tribunal ordinario. Si tal medida todavía no hubiese sido dictada, el tribunal arbitral será el encargado de dictarla, ante la solicitud formulada al tribunal ordinario que todavía no ha sido resuelta y que deberá ser reiterada al tribunal arbitral. Ahí no hay reconsideración alguna.

Si hubiese una medida cautelar denegada o aceptada por el tribunal ordinario, señala la última parte del inciso 5 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje, que en este caso el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar; ello, evidentemente, al tener ya jurisdicción ese tribunal arbitral. De esta manera, lo que este resuelva en cuanto a la medida cautelar, será lo que rija en el proceso.

De otro lado, el inciso 6 estipula que el tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.

Sin duda, este precepto resulta coherente con todo el articulado de la Ley de Arbitraje, en virtud de que, pese a que haya sido el órgano jurisdiccional quien hubiera dictado la medida cautelar y esta se encuentre firme, el único actor que tendrá protagonismo, en

tan
bur

Sob
arb
info
ten
adv
incl

El in
ra d
las c

Lo c
talm
moc

Para
sam

El in
resp
de l
cun:

En e
las a

Ese
facu
inde
por

Se d

Aquí
un p
dañ
resar
se de

13 A
d

tanto conoce a fondo el contenido del proceso arbitral, será precisamente el propio tribunal arbitral.

Sobre este punto, Ana María Arrarte¹³ sostiene que una vez adquirida la competencia arbitral, dicho órgano está en aptitud de actuar, incluso de oficio, solicitando a las partes información que permita verificar si amerita que la medida cautelar concedida se mantenga, atendiendo a la persistencia de los elementos que justificaron dicha decisión. De advertirse una variación en las circunstancias, la medida cautelar podrá ser modificada, e incluso dejarse sin efecto, aún cuando ello no haya sido solicitado por las partes.

El inciso 7 del artículo 47 de la Ley señala que el tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin demora todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicite o dicte.

Lo que ocurre es que, como ya hemos señalado, las medidas cautelares son, fundamentalmente, variables, de tal manera que los tribunales arbitrales podrían proceder a su modificación en cualquier estado del proceso.

Para ello, los tribunales arbitrales pueden solicitar esa información a las partes y, precisamente, esa información pudiera ser la que motive la variación de la medida cautelar.

El inciso 8 del artículo 47 de la Ley señala que el solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que en las circunstancias del caso no debería haberse otorgado la medida.

En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

Ese es un tema importante porque el inciso 8 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje está facultando al tribunal arbitral a, eventualmente, no solo establecer una multa, sino una indemnización por los daños y perjuicios que se hubiese ocasionado a una de las partes por el otorgamiento de una medida.

Se dice, además, que eso podrá ocurrir en cualquier momento de las actuaciones.

Aquí nos encontramos ante un problema serio, porque esa condena podría ser objeto de un pronunciamiento *ultra petita*. En buena cuenta, si la medida cautelar hubiese causado daños y perjuicios a la parte que se vio afectada por ella, servirá la contracautela para resarcir; y si no resultase suficiente el monto de la contracautela para resarcirse, pues se deberá seguir un proceso judicial o arbitral, según el caso, para reclamar los daños y

13 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Medidas cautelares". En AA.VV. "Comentarios a la ley peruana de arbitraje I". Lima: IPA. 2011. p. 556.

perjuicios a la parte que los ocasionó vía la solicitud y ulterior otorgamiento de dicha medida cautelar.

Además, resulta sumamente extraño que se pueda conceder un monto indemnizatorio que no ha sido pretendido, sin haberse dado derecho a contradicción en torno a su cuantía o procedencia, sin que se haya abierto a prueba, sin que se hayan ofrecido medios probatorios en cuanto a la misma, es decir, a entera discreción (o arbitrariedad) del tribunal arbitral.

Creemos que el inciso 8 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje es no solo inconstitucional y viola los principios básicos del Derecho Procesal, sino también constituye una norma que no se ajusta a los principios de contradicción y de equilibrio, que deben regir en todo proceso, otorgando a los tribunales arbitrales una facultad a todas luces excesiva.

Digamos, sin duda, que se trataría de una resolución muy exótica, porque en ella se ordenaría pagar una suma de dinero vía daños y perjuicios y costos, la misma que puede ser previa al laudo o puede definirse en el propio laudo y estaría yendo más allá de lo que significan el petitorio y la materia controvertida.

Lo allí señalado contradice todo principio de Derecho Procesal, y dentro de este ánimo del legislador de ampliar las facultades de los tribunales arbitrales, creemos que se está condenando a que se siembren determinados vicios que ulteriormente puedan ocasionar el menoscabo de la fuerza de los laudos, cuando se declare su anulación.

Finalmente, en el inciso 9 del artículo 47 de la Ley se señala que en el arbitraje internacional las partes, durante el transcurso de las actuaciones, pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.

El sentido del artículo 9 se basa en que muchas veces no bastará con la simple actuación del tribunal arbitral, sino que se requerirá de la actuación de las medidas cautelares por los tribunales ordinarios, en tanto el desarrollo del proceso se efectúe en un país distinto de aquel en cuyo territorio se va a solicitar la actuación de la medida cautelar.

Es importante aquí que se requiera, antes de recurrir a los tribunales judiciales u ordinarios, la aprobación o autorización del tribunal arbitral, como corresponde, puesto que el proceso ya se ha iniciado y el tribunal arbitral es competente para todos estos efectos.

II. EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

Teniendo en cuenta los alcances del artículo 47 de la Ley de Arbitraje, corresponde ahora analizar el tema de la ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbi-

tral. Para ello, resulta importante tener en cuenta el contenido del artículo 48 de la Ley de Arbitraje, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.
2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.
3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.
4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades:
 - a) Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 75 o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este numeral.
 - b) La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9.
 - c) Los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 76 serán de diez (10) días.
 - d) La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.
 - e) La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

En doctrina existen posiciones divididas con respecto a si los árbitros pueden ejecutar las medidas cautelares que dictan. Así, más allá de que está fuera de discusión que los árbitros carecen de *imperium* para hacer cumplir sus decisiones mediante *coertio*, un sector

considera que un órgano podría ejecutar sus decisiones, si para ello no fuera necesario el uso de la fuerza. Sin embargo, otro sector de la doctrina estima que en ningún caso los árbitros pueden hacer cumplir las decisiones cautelares que pudieran emitir, pues la *executio*, en cualquiera que fuera sus manifestaciones, no ha sido conferida a los árbitros, por tratarse de un atributo propio del *imperium* del Estado¹⁴.

En el inciso 1 del artículo 48 de la Ley de Arbitraje se señala que el tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

En realidad, el tribunal arbitral puede, y de hecho lo hace, ejecutar determinadas medidas cautelares frente a organismos públicos o privados que aceptan ejecutar dichas medidas a solo requerimiento del tribunal arbitral.

Esto ha sido parte de la evolución de un proceso en torno a la apreciación del tema por las entidades estatales, ya que en un inicio no se aceptaban las medidas cautelares ni los requerimientos de los tribunales arbitrales, por existir desconocimiento acerca de la fuerza que tenía la jurisdicción arbitral.

Por ejemplo, el Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución 126-2012-SUNARP/SN), a través del artículo 65, establece que es posible la anotación preventiva de demandas y medidas cautelares, así como de resoluciones judiciales. Aquí se puede observar que no existe limitación alguna para que se proceda a inscribir una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral.

Como se puede observar, la legislación en general ha ido evolucionando y respaldando la actuación de los tribunales arbitrales. Prueba de ello es el artículo 48 de la Ley de Arbitraje, bajo análisis, que no tiene antecedente legislativo comparable.

Así, la citada Ley, en su artículo 48, inciso 1, es consciente de que no siempre se va a contar con la colaboración de tales entidades. Es así que se prevé la posibilidad de que cuando el tribunal arbitral lo considere necesario o conveniente (en realidad debería ser solo cuando lo considere necesario), podrá acudir a los tribunales ordinarios, a fin de que se asista de la fuerza pública para el cumplimiento de la medida cautelar. Ello, en razón de que los tribunales arbitrales, como recordamos, no tienen la *coertio* que sí poseen los tribunales ordinarios.

El inciso 2 del artículo 48 de la Ley de Arbitraje, señala que en los casos de incumplimiento de la medida cautelar, o cuando se requiera ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del

14 Ídem. p. 559.

docu
ejec

En r
cual

Natu
nario
com

A est
orde

Esto
facu
orde
judic
caut
ser c

En r
rrog
func
man
en la

A su
com
quie
será

Esto

Si hi
debe
med

Lo s
con

El p
tribi

documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recurso ni oposición alguna.

En realidad existen dos escenarios que podrían presentarse. El primero será aquel en el cual el propio tribunal ordena la ejecución de la medida cautelar.

Naturalmente, si esa ejecución no se cumpliera, ya tendría que pasarse al segundo escenario, que es el de la ejecución de la medida cautelar por parte de la autoridad judicial competente.

A este efecto, se faculta a la parte interesada recurrir a esa autoridad judicial para que ella ordene la ejecución de la medida cautelar.

Esto es muy importante, debido a que no se está dejando a la autoridad judicial ninguna facultad, en el sentido de que pueda evaluar la pertinencia o no de la medida cautelar ordenada por el tribunal arbitral, sino simplemente que se presenten ante la autoridad judicial las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y la decisión cautelar, lo cual no debe ser objeto de recursos de oposición y, si los hubiere, estos deben ser desestimados por la autoridad judicial.

En realidad, y con acierto, en esta norma se están estableciendo –una vez más– las prerrogativas que tienen los tribunales arbitrales y la necesaria división que existe entre la función arbitral y la función de los tribunales ordinarios, la misma que en este caso se manifiesta en una complementariedad a efectos de ejecutar la medida cautelar, y no así en la posibilidad de cuestionar la decisión del tribunal arbitral.

A su turno, el inciso 3 del artículo 48 de la Ley señala que la autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será efectuada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral.

Esto es importante y reafirma lo que veníamos señalando.

Si hubiese alguna duda por parte de los tribunales ordinarios o las partes, quien la tenga deberá dirigirse al tribunal arbitral, solicitando una aclaración sobre los alcances de la medida cautelar.

Lo señalado en la norma tiene por objeto que el tribunal ordinario no confunda su labor con la del tribunal arbitral.

El precepto señala que una vez ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

El inciso 4 del artículo 48 de la Ley señala que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar (sede) se halle fuera del territorio peruano, podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77 de la propia Ley, con algunas particularidades.

Como se recuerda, los artículos mencionados forman parte del Título VIII de la Ley de Arbitraje, que es el relativo al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

El artículo 75 trata acerca de las causales de denegación, el numeral 76 acerca del reconocimiento y el artículo 77 sobre la ejecución.

El literal a) del inciso 4 del artículo 48, señala que se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, solo por las causales de los literales a), b), c) y d) del apartado 2 del artículo 75 de la propia Ley, o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el literal d) de este apartado. Estas causales son las siguientes:

Artículo 75.- Causales de denegación

(...)

2. Sólo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba:

a. Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

b. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos.

d. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje (...).

De otro lado, añade el citado literal a), en su última parte, que se podrá denegar la solicitud de reconocimiento cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso (literal d) de este apartado (se refiere al numeral 48, inciso 4), el cual señala que: la autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea

necesar
judicial

Por su p
noci mie
tribuna

Como s
lidad de
escrito
en espa
sentado
las ley
o consi
docum
este idi
debe p

Por otr
plazos

El artíc
la solíc
plazo c
mismo
para la
te Sup
del art

El liter
parte s
pronu
derech
solicit

Estim:
to sob
releva
ros, qu

El lite
cial qu
la mec

necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.

Por su parte, el literal b) del inciso 4 del artículo 48, señala que la parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9.

Como se recuerda, el artículo 9 de la Ley de Arbitraje es el que trata acerca de la formalidad de documentos en la colaboración y control judicial. Esa norma establece que todo escrito o petición dirigida a una autoridad judicial de la República deberá ser redactado en español. Agrega el artículo 9 que todo documento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial de la República deberá ser autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia del documento y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces. Finalmente, este artículo señala que si el documento no estuviera redactado en español, deberá acompañarse traducción simple a este idioma, salvo que la autoridad judicial considere, en razón de las circunstancias, que debe presentarse una traducción oficial en un plazo razonable.

Por otro lado, el literal c) del inciso 4 del artículo 48 de la Ley de Arbitraje, señala que los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 76, serán de diez (10) días.

El artículo 76, que será comentado oportunamente, señala en su apartado 2 que admitida la solicitud, la Corte Superior competente dará traslado a la otra parte para que en un plazo de veinte días exprese lo que estime conveniente. Por su parte, el apartado 3 del mismo numeral señala que vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá adoptar, de ser el caso, la decisión prevista en el apartado 8 del artículo 75. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte días siguientes.

El literal d) del inciso 4 del artículo 48 establece que la autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.

Estimamos que la citada norma es importante porque, independientemente de lo resuelto sobre este tema por el tribunal arbitral que emitió el laudo en el extranjero, puede ser relevante el establecimiento de esta garantía para la protección de los derechos de terceros, que no tendrían por qué verse afectados por este laudo arbitral.

El literal e) del inciso 4 del artículo 48 de la Ley, finalmente, señala que la autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular

la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

Esto también resulta importante, en tanto la medida cautelar, efectivamente, sea incompatible con las facultades del propio tribunal ordinario. Es decir, que escape a aquellas facultades que la ley peruana otorga a ese tribunal ordinario.

Sin embargo, la Ley de Arbitraje otorga una prerrogativa al tribunal ordinario, ya que puede reformular esa medida cautelar ordenada por el tribunal extranjero, a efectos de convertirla a alguna de las formas que la ley peruana establece en torno a las medidas cautelares o, tal vez, en una forma atípica, pero que no violente el ordenamiento jurídico nacional. Ello, sin duda, resulta muy valioso en aras de conservar lo que una medida cautelar persigue al haber sido otorgada.

III. COMENTARIOS FINALES

Las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar la eficacia de la pretensión planteada en un proceso, a fin de evitar que el tiempo que toma el proceso pueda generar que la tutela que se solicita a través de un proceso no sea efectiva.

En ese sentido, las medidas cautelares tienen la aptitud de proteger a quien acude a un proceso del tiempo que es necesario para dilucidar su derecho. La importancia de ellas para la tutela de los derechos es tal que incluso se les ha llegado a considerar como expresión de un auténtico derecho fundamental (derecho fundamental a la tutela cautelar). De ello se deriva que toda pretensión capaz de ser planteada en un proceso, es capaz de ser protegida a través de una medida cautelar.

En ese entender, la Ley de Arbitraje no podía ser ajena a dicha figura, y resulta importante cómo la regula, pues con ello salvaguarda el derecho de quien acude a dicha institución buscando que se le administre justicia.

LA

Sumari
de la cai
verosimi
proporci
violator

Sumilla
diciales,
suspens
la futur

El amp
suspens
constitu
pedido
parte o

1 A
(1
(1
P