

LA MEDIDA CAUTELAR Y EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

1. JUSTIFICACIONES PARA LA CAUTELA

Una de las ventajas que opone el arbitraje al proceso judicial es la celeridad en sus respuestas. Hoy en día esto es bastante saludable pues las relaciones económicas se desarrollan a un ritmo tan rápido que los instrumentos jurídicos no siempre aciertan a seguirlos a la misma velocidad. El informe PUCP-MINJUS¹ señala que el proceso arbitral suele durar —en Lima— entre tres a nueve meses en promedio. Este dato refleja una ventaja comparativa del arbitraje respecto de la justicia estatal si tenemos cuenta que —en promedio— los procesos judiciales superan los dos años de duración².

En ese sentido, podemos afirmar que el proceso arbitral, como todo proceso en general, no se agota en un instante. Requiere de tiempo para que se desarrollen los diversos actos orientados a definir la controversia. Esto lleva a buscar respuestas urgentes para conservar o para innovar la situación de hecho existente, prohibiendo su transformación o imponiendo la mutación de ese estado. Pero también puede orientarse a lograr medidas para asegurar a futuro la ejecución forzada del laudo, como sería el caso del secuestro, que busca inmovilizar los bienes de propiedad del obligado. Cuando se declaran derechos que no han sido anteladamente asegurados, podría conducirnos a la posibilidad de encontrarnos ante pronunciamientos ineficaces, pues la situación de hecho sobre la que se ha definido el derecho se ha alterado. Véase el caso del cobro de alguna acreencia en la que no se traba ninguna medida cautelar, situación que aprovecha el deudor para transferir sus bienes registrados, de tal manera que cuando se tiene que ejecutar la medida no hay bienes que afectar. Esta situación nos lleva a preocuparnos por los mecanismos de aseguramiento que no se

¹ Investigación sobre el desarrollo y difusión del arbitraje en el Perú, realizada por la Pontificia Universidad Católica del Perú por encargo MINJUS, noviembre de 2007, pp. 70.

² La investigación empírica realizada para la cuantificación del tiempo en los procesos que giran en los juzgados civiles de Lima aparece reproducida en Ledesma (2000: 191-211).

invocaron a tiempo, pues ellos persiguen facilitar la sustanciación de un procedimiento arbitral, preservar cierto estado de las cosas hasta que se resuelva la controversia o evitar cierta pérdida o daño y facilitar la ejecución ulterior del laudo³.

Puede suceder que antes de iniciarse el proceso arbitral se requiera asegurar pruebas o intervenir bienes del futuro demandado que se encuentren expuestos al peligro de desaparecer o, en general, de ser sustraídos a la disponibilidad de la justicia; más genéricamente, que el derecho cuyo reconocimiento se pide resulte amenazado por un perjuicio inminente e irreparable. La tutela urgente hace posible obtener aquel resultado que normalmente se consigue al final del mismo. En aras de la rapidez y la urgencia del caso se permite anticipar la ejecución, a reserva de lo que luego se decida en el proceso principal. Se hace primar, dentro de ciertos límites, el factor rapidez sobre el factor seguridad, a sabiendas que en muchos casos una resolución tardía, aun siendo favorable, equivale a una denegación de justicia. Como señala Ramos, «la medida cautelar es el instrumento creado para resolver el conflicto entre la exigencia de rapidez y la tardanza en resolverse el proceso principal» (1987: 185).

La acción cautelar está siempre vinculada por una relación de instrumentalidad respecto de la pretensión principal ya propuesta o por proponerse. Tiene como fin garantizar el resultado de la pretensión principal. No obstante, la acción cautelar es autónoma y puede ser aceptada o rechazada según su contenido y urgencia alegada.

Con la cautela se orienta a otro tipo de respuestas, ya no la dirimente de un conflicto, sino la que busque asegurar, conservar o anticipar los efectos del derecho en discusión. Se pide el aseguramiento no para que la jurisdicción resuelva el conflicto, sino para que genere otro tipo de respuestas, otras situaciones que proporcionen una real efectividad del derecho. Sin embargo, existen otras medidas que buscan conservar alguna situación de hecho en discusión o anticipar los efectos de lo que se busca.

Para Ortells Ramos, el aseguramiento se caracteriza por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente pueda desarrollarse los efectos de la sentencia principal, pueda efectivamente hacerlo sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud (1995: 2701). El aseguramiento no produce una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal. Es decir, no significa que el actor perciba la cantidad reclamada, sino que la afectación de determinados bienes para la futura ejecución forzada y una cierta preferencia a percibir el producto resultante de su realización forzosa; por citar, «en la anotación preventiva de la demanda, que no es inscripción a favor del actor, permitirá que esta se produzca con

³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Documento A/CN.9/WG.H/WP. 108, pp. 15-16.

plena efectividad a pesar de inscripciones a favor de terceros realizadas en el ínterin» (Ortells Ramos 1995: 2702).

Otras opiniones consideran que traspasar los límites del aseguramiento es tolerar una ejecución sin título, sin embargo, dice Ortells que «se olvida que mantenerse en esos límites supone, en algunos casos, algo más grave: permitir que el conflicto se resuelva interinamente mediante autotutela de alguna de las partes, que altere por sí y ante sí el *statuo quo* previo al conflicto» (1995: 2703).

Los árbitros no solo están facultados para dirimir el conflicto sino que además tienen la posibilidad de dictar medidas cautelares orientadas a que se mantenga o restablezca el *statu quo* mientras se dirime la controversia; se adopte medidas para impedir algún «daño actual o inminente o menoscabo del propio procedimiento arbitral o se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían»; se ofrezca algún medio de preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o se preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser de interés o de importancia para resolver la controversia.

El tema se complica cuando se requiere de una tutela urgente sin que se haya constituido el tribunal arbitral. Surge entonces la pregunta ¿dónde buscar esa respuesta urgente? La legislación especial permite que las medidas cautelares puedan ser solicitadas a una autoridad judicial, antes de la iniciación del arbitraje, sin que ello implique una renuncia al arbitraje pactado. Sin embargo, frente a esta tutela concurren diversos criterios disímiles que justifican la intervención o no del juez estatal.

Hay quienes sostienen, bajo una tesis restrictiva, que la naturaleza de las medidas cautelares es la de preparar el proceso para su culminación en un laudo, en ese sentido, corresponde a los propios árbitros dictar u ordenar las medidas cautelares sin el auxilio judicial, pues esto último supondría la violación del acuerdo arbitral que dispone que los árbitros decidirán la controversia. Es decir, ven al órgano judicial como una entidad totalmente ajena al arbitraje y, por ende, inhabilitada para participar del proceso arbitral.

Otras opiniones consideran que las medidas cautelares crean derechos y obligaciones privadas entre las partes o como anticipo de la ejecución de un laudo y que su real naturaleza es la de ser otra clase de medida, un tanto distinta de aquella que resuelve la disputa. De ahí que el poder del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares no es el ejercicio de su poder de decidir la controversia, poder que no incluye dictar medidas cautelares. Esto último justifica que la petición al juez estatal para que ordene medidas cautelares no sea una violación al convenio arbitral o una renuncia al mismo. La cautela se orienta a otro tipo de respuestas, ya no la dirimente de un conflicto, sino la que busca asegurar, conservar o anticipar los efectos del derecho en discusión. Se pide el aseguramiento, no para que la jurisdicción resuelva el conflicto,

sino para que genere otro tipo de respuestas, otras situaciones que proporcionen una real efectividad del derecho.

Como se aprecia hay dos posturas que concurren a la posibilidad de dictar medidas cautelares bajo la existencia de un convenio arbitral. Una considera que ellas son exclusividad de los jueces estatales, y por tanto las medidas dictadas por los tribunales arbitrales no son admisibles. La otra postura considera que el tribunal arbitral podrá, a petición de parte, ordenar medidas cautelares cuando lo considere necesario en relación a la materia de la controversia. El D. Leg. 1071 asume la última postura, con la salvedad que los jueces estatales también pueden dictarla, en la medida que no se haya constituido el tribunal arbitral.

2. *TERCERA VINCULACIÓN: LA TUTELA CAUTELAR EN SEDE JUDICIAL*

El poder jurídico que tiene toda persona de recurrir a la jurisdicción a buscar tutela no se materializa a través de la demanda, sino que sin necesidad de ella se puede ejercer el derecho de acción, a través de otros mecanismos como la prueba anticipada y la medida cautelar fuera de proceso.

Técnicamente no pueden ser calificadas como una demanda, pero acuden al órgano judicial en busca de tutela, materializando de esta manera el derecho de acción. Aquí se da inicio a una instancia pero no al proceso, porque se acude al órgano judicial sin demanda bajo la justificación de pretender iniciar luego un proceso en sede arbitral. Como señala el artículo 47.4 del D. Leg. 1071, «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 [...]». Véase los siguientes casos, fuera de proceso, presentados ante los juzgados de Lima para asegurar la eficacia del futuro laudo arbitral:

En el expediente No 2003-67508, 15 JCL, en los seguidos por Sociedad Nacional de Criadores de Vicuña / Incapalca TXP S.A. se dictó la medida cautelar fuera de proceso de retención, bajo el argumento que no obstante haber cumplido la Sociedad con su obligación de exportar el pelo de vicuña hace ya muchos meses, el Consorcio no ha cumplido con cancelar el precio de venta pactado, por lo que se ordenó la retención a efectos de evitar que el ocultamiento de bienes o ingresos que impidan hacer efectivo la ejecución del crédito.

En los seguidos por CC y Corporation S.A. con el Sindicato de Trabajadores Mineros de Compañía Minera Millotingo, ante el 4 JCL, en el expediente 1999-4540 se ADMITIO las siguientes medidas fuera de proceso: embargo en forma de depósito

hasta por la suma [...] sobre los de Un millón quinientos mil toneladas métricas de relaves de propiedad de las emplazadas que se encuentran en el local que conducen la planta concentradora Millotingo, ubicada en el distrito de San Mateo, provincia de Huarochiri; la inscripción hasta por la suma [...] sobre los derechos y acciones mineras que tengan registrados a favor de los demandados; la medida cautelar en forma de administración sobre la planta concentradora Millotingo hasta por la suma de [...] designándose como órgano de auxilio judicial al ingeniero [...]

En los seguidos por Profit Consultoria e inversiones sobre medida cautelar fuera de proceso, expediente 3910-06, 16 JCL, resolución de fecha 12 de mayo del 2006: La demandante solicita la medida cautelar de anotación de la resolución No 2 que admite a trámite la solicitud de nombramiento de árbitro. Con la medida pretenden evitar que cambie el estado de la empresa KRAVET quien tiene como único bien en el Perú unas acreencias reconocidas en la Sala Concursal de Indecopi. Agrega que es impostergable la necesidad de otorgar medida cautelar, pues, en tanto se tramite la solicitud de nombramiento de árbitro y se inicie el procedimiento arbitral, se encuentran expuestos los únicos bienes de Kravet en el Perú frente a cualquier transferencia de un terreno. De igual modo expresa que “mediante la anotación tenemos como intención hacer de público conocimiento el inicio de un procedimiento arbitral de dar suma de dinero, de tal forma, que los terceros estén prevenidos de la existencia de una situación controversial sobre las acreencia de KRAVET.

El juzgado declaró la improcedencia de la medida porque los fundamentos que la contienen no guardan relación alguna con la naturaleza de la pretensión solicitada (nombramiento de árbitro) por el contrario, la medida cautelar que se pretende obtener tiene por finalidad proteger el pago que en todo caso deberá realizar la empresa KRAVET a favor de la demandante (pretensión que no constituye objeto de la demanda incoada ante este juzgado)⁴.

⁴ En el Exp. N° 1556-2006, mediante resolución de fecha 19 de setiembre de 2006, la 1° Sala Civil con sub-especialidad en lo Comercial derivó la solicitud cautelar al 57 Juzgado Civil de Lima, por considerarse incompetente en atención a que la futura pretensión a demandar no deriva de un contrato mercantil de distribución o suministro. Se solicitó la concesión de una medida cautelar de no innovar, a fin que se ordene al Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional que en lo sucesivo y hasta que se expida el laudo en el proceso arbitral, los retiros de electricidad —potencia y energía— que vienen efectuando las empresas distribuidoras de electricidad, destinados a atender el servicio público, sin contratos de suministro de electricidad que los respalden, continúen siendo atribuidos a las empresas generadoras solicitantes, únicamente en proporción directa a sus ingresos por potencia de los meses de enero y febrero de 2006. Todo ello con el objeto de asegurar el cumplimiento del laudo arbitral que se dicte en el futuro proceso arbitral que se interpondrá con la finalidad que se revisen las valorizaciones de transferencias de potencia y energía entre empresas generadoras integradas del COES - SINAC, realizadas en el mes de enero y febrero de 2006 y se determine el criterio definido que el COES - SINAC debe seguir para la atribución de retiros de electricidad, sin contrato, en tanto no exista solución normativa.

Un elemento a contemplar en la cautela es el tiempo, ya que para que se conforme el tribunal arbitral podría tardar algunas semanas o meses, lo que afectaría en gran manera a la parte que pretende asegurar su derecho. En ese sentido, la legislación en materia arbitral prevé que ante la situación de peligro en la demora se deberá de acudir al juez estatal, a fin que este lo dicte. Ramos considera que la medida cautelar viene justificada por la presumible tardanza en la resolución final del proceso principal (1987: 192); esa tardanza se toma como un riesgo que crea una situación de peligro. En cada medida concreta, el *periculum in mora* es perfectamente identificable, ya que no en vano la medida se arbitra específicamente para paliar un determinado peligro; sin embargo, considera que «no habría inconveniente en generalizar el *periculum in mora*, identificándolo con el simple riesgo de la inevitable duración del proceso principal y sin ningún otro tipo de connotación de peligro. Ello exigiría tan solo la necesaria contracautela». Véase a continuación el siguiente pronunciamiento en relación al peligro en la demora:

La accionante solicita medida cautelar genérica con el fin que COFIDE cumpla con poner a disposición del juzgado las sumas de dinero y otros bienes retenidos a la Compañía Distribuidora S.A., en virtud al mandato de retención ordenados por el Tribunal Arbitral; que de lo afirmado por el peticionante y de los documentos que se acompaña, se aprecia que lo que es objeto del pedido, ha sido materia de disposición cautelar por el Tribunal arbitral, el que, además ha solicitado el auxilio judicial para ejecutar las medidas dispuestas; en tal sentido no concurre el requisito del peligro en la demora, lo cual desvirtúa el pedido⁵.

La medida cautelar se solicita y ejecuta en sede judicial antes del inicio del arbitraje en atención al derecho de acción y a la tutela jurisdiccional; iniciado este, corresponderá al tribunal arbitral continuar con el conocimiento de las incidencias que pueda derivar de dichas medidas, como la variación o sustitución de la medida cautelar.

No compartimos la opinión que sea el juez estatal el que continúe con el conocimiento del proceso cautelar, pues su intervención concluye con la constitución del tribunal arbitral, que inclusive podrá modificar las medidas cautelares dictadas por este.

El hecho de que se peticione medidas cautelares en sede judicial no significa desconocer el convenio arbitral, lo que implica que el fondo de la cuestión sea ventilada ante el tribunal arbitral. Una vez constituido dicho tribunal puede variar u

⁵ En los seguidos por COFIDE con Compañía Distribuidora S.A. CODISA, sobre ejecución de resolución judicial, Exp. N° 7081-04, resolución de fecha 14 de febrero de 2005.

modificar la resolución cautelar expedida por el juez estatal si las condiciones así lo justifican⁶.

Como se ha señalado, se busca obtener una medida cautelar antes del proceso. Ella se dicta con la condición de que luego de 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, esta caduca de pleno derecho (ver inciso 4 del artículo 47 del D. Leg. 1071).

Esta exigencia del inicio del proceso justifica el carácter instrumental de la cautela, pues ella se subordina siempre a un proceso principal, existente o futuro. Si bien las partes han optado por recurrir a la vía arbitral para dilucidar sus diferencias, ello no implica una renuncia al derecho de acción que tiene toda persona para recurrir a los órganos judiciales en busca de una tutela que le permita asegurar a futuro, el éxito del derecho a declarar en el laudo. Sobre el particular apréciase el siguiente pronunciamiento que dispone la caducidad de la medida fuera del proceso⁷:

[...] cuantificado el plazo de la materialización de la medida cautelar ejecutada el día 27 de enero del año en curso a la fecha de solicitud de la caducidad de la medida cautelar, esto es, el día 14 de febrero del 2003 han transcurrido 18 días por lo que es evidente que ha vencido en exceso el plazo de los diez días, que es de rigor para requerir el nombramiento de la cantidad de árbitros respecto al caso o en su defecto para la instalación del arbitraje, por lo que es eminente que la medida cautelar ha caducado de pleno derecho.

⁶ Artículo 47 del D. Leg. 1071:

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, dictada 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 Resolución emitida por el 8 JCL, Exp. N° 3173-2003, el 20 de febrero de 2003. En los seguidos por Buschmills Ltda. S.A. con Rich & Cía S.A.C. sobre medida cautelar fuera de proceso.

En cuanto a la competencia de los jueces estatales para dictar la medida cautelar fuera de proceso arbitral, esta se encuentra definida en el artículo 33 del CPC, que dice: «es competente para dictar medida cautelar antes de la iniciación del proceso y para la actuación de la prueba anticipada, el Juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse». La gran pregunta que surge de la lectura del artículo 33 del CPC es cómo determinar la competencia del juez para la medida cautelar fuera de proceso si la futura demanda a interponerse no será en la jurisdicción ordinaria sino ante el tribunal arbitral, cuya sede o lugar del arbitraje todavía estaría por establecerse. Como dice el artículo 35.1 del D. Leg. 1071, «Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes».

A pesar que el artículo 33 del CPC fija una competencia territorial especial para las medidas cautelares fuera de proceso, no se debe dejar de reconocer que el 608 del CPC señala que «todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso». Para Rivas, el artículo mencionado no significa sino atribuir al juez el poder jurídico de dictar tales medidas, pero no que por su sola adopción puede fijarse definitivamente la competencia, alterándose la regla fundamental prevista al efecto. No obstante ello, el artículo 608 tiene otro significado, ya que sirve para posibilitar que aún siendo incompetente, en caso de urgencia o de necesidad, el magistrado requerido puede dictar la medida cautelar sin perjuicio de la ulterior radicación ante el juez competente (Rivas 2000: 82); por tanto, sin ingresar a la definición sobre la competencia territorial del juez que conoce la medida cautelar fuera de proceso, bajo las reglas del artículo 33 del CPC, nos remitiremos a las que señala el artículo 8.2 del D. Leg. 1071, que dice: «para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable».

Como se aprecia, encontramos un mismo objeto regulado por dos referentes legales, el CPC y el D. Leg. 1071, cuya determinación en el caso del arbitraje se regirá por la ley especial, esto es, bajo los efectos del D. Leg. 1071 y no por las reglas del Código Procesal Civil.

El punto límite de la intervención judicial en la actividad cautelar se define con la constitución del tribunal arbitral. Una vez que se constituye este, los árbitros asumen competencia para conocer la medida cautelar ya dictada. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya

dictado el juez ordinario, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes, para lo cual no requerirá tener a la vista el expediente judicial que hubiere dado motivo al mandato cautelar; pues, como señala el propio texto legal, a pesar de la demora de la autoridad judicial para remitir el expediente cautelar nada impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar ya dictada; aun sin tener a la vista el expediente judicial, pues podrá trabajar su decisión con las copias de los actuados que presenten las partes al tribunal arbitral.

Un aspecto interesante que reafirmar en la actividad de los árbitros frente a la tutela cautelar dictada y ejecutada por el juez ordinario es la facultad de variar dichos mandatos cautelares, a pesar que se encuentren firmes. Esa alteración puede ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa de los propios árbitros, previa notificación a ellas. Este enunciado altera las decisiones firmes dictadas en sede judicial en materia cautelar y ello es justificable, en atención a la naturaleza provisoria y variable de las medidas cautelares.

La constitución del tribunal arbitral genera el deber de información de las partes hacia el juez, a fin de solicitar la remisión de los actuados judiciales a dicho tribunal. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral una copia de los actuados del proceso cautelar.

Si el juez ordinario dicta y ejecuta la medida cautelar, la apelación que se proponga contra ella será conocida por el juez estatal; sin embargo, si en el transcurso se constituye el tribunal arbitral, será este último el competente para conocer de dicha apelación, pero en sede arbitral. La autoridad judicial deberá remitir el expediente cautelar, en el estado en que se encuentre, al tribunal arbitral. Como señala expresamente el texto legal, «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»⁸. Es importante precisar que será la reconsideración el medio que permita al tribunal arbitral el conocimiento de los actos realizados en sede judicial en materia cautelar, ello porque el citado D. Leg. 1071 no contempla el recurso de apelación como medio de impugnación, sino la posibilidad de la reconsideración. Esto significa que, si habiendo logrado una medida cautelar fuera de proceso y estando esta apelada por la parte afectada, en el ínterin del procedimiento revisorio se instala el tribunal arbitral, y corresponderá a este último conocer las resultas de la apelación —bajo

⁸ Ver inciso 5 del artículo 47 del D. Leg. 1071.

los términos de una reconsideración—, así como todas las incidencias relacionadas con la medida dictada, como la variación —entiéndase como la ampliación, mejora o reducción de la medida— vinculada con las garantías otorgadas para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios por la ejecución cautelar. Cualquiera de las partes puede señalarle a la autoridad judicial de la constitución del tribunal arbitral a fin que remita el expediente cautelar a dicho tribunal. Como textualmente señala la norma, «la autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad a remitirlo en el estado en que se encuentre».

3. CUARTA VINCULACIÓN: LA EJECUCIÓN DEL MANDATO CAUTELAR DICTADO EN SEDE ARBITRAL

Una de las debilidades que presenta la actividad arbitral es la ausencia del poder de ejecución de sus mandatos. A diferencia del juez estatal, cuyo poder deriva de la fuerza del Estado, el árbitro no tiene más fuerza que la voluntad contractual delegada. Por ello, para garantizar la eficacia de la futura decisión arbitral, tiene que recurrir a solicitar la cooperación judicial, pues la ejecución de las medidas cautelares escapan a las posibilidades del árbitro. Precisamente, uno de los cuestionamientos se orienta a dilucidar si al árbitro le correspondía dictar las medidas cautelares por carecer de la *executio*. Para un sector, al árbitro le corresponde decidir sobre la conveniencia de adoptar la medida, ya que tiene el conocimiento de la causa y el poder para definir el derecho, a pesar que no tenga el *imperium* para la ejecución de ella.

Los árbitros carecen de esa potestad que llamamos *imperium* propia de los jueces, pero tienen al igual que estos últimos el *iudicium*, es decir, 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 ellos no pueden dictar medidas cautelares. Estas deben ser requeridas al juez, quien deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral, con el riesgo que implica el desconocimiento de los pormenores de la causa, pero con la posibilidad de ejercer el *ius imperium* para su ejecución.

Nuestra legislación asume la posición que la carencia de *imperiu* en el árbitro no impide la facultad de dictar la medida cautelar. Como señala el inciso 2 del artículo 48 del D. Leg. 1071, «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». El árbitro decide y el juez ejecuta sin analizar la decisión. Esta es una alternativa válida, sin embargo, se debe tener en consideración que

no siempre es necesaria la compulsión para ejecutar la medida, pues bajo el supuesto que esta sea dirigida a una de las partes sometida al procedimiento arbitral, la medida podría ser notificada por el mismo árbitro que la adoptó. De ahí que la legislación especial sostenga la posibilidad que sea «el propio tribunal arbitral quién esté 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»⁹.

La medida cautelar es una decisión destinada a ser ejecutada y conlleva dos pasos necesarios y sucesivos: la toma de la decisión y 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.

Se puede presentar el hecho de que se haya previsto una cláusula arbitral mediante la cual las partes acuerdan que antes que se constituya el tribunal arbitral se designan a los árbitros ante quienes se interpondrá la medida cautelar. Pero, puede darse el caso que el tribunal arbitral no esté siquiera constituido. Ante tal situación las partes podrán igualmente solicitar las medidas cautelares judicialmente sin que ello implique contravenir el convenio del arbitraje. En efecto, si bien el tribunal tiene facultades para disponer medidas cautelares, tal circunstancia no excluye la posibilidad de que las partes opten por requerirlas judicialmente, por tanto, no resulta procedente declarar la incompetencia del juez estatal para conocer la medida cautelar a pesar del convenio arbitral.

Para algunos autores es un problema que no se cuente con un órgano arbitral permanente, ante el cual se interponga la medida cautelar antes de que se constituya el tribunal arbitral. Esto implica que se tenga que recurrir necesariamente al juez estatal, además de los altos costos que significaría la constitución y permanencia del tribunal arbitral¹⁰. Al respecto consideramos que no es necesario la permanencia de un tribunal arbitral porque el hecho de que se haya optado por el camino arbitral no implica la renuncia al derecho de acción que tiene todo sujeto de derecho; en tal sentido, aun sin la instalación del tribunal arbitral, el Estado tiene el deber de brindar tutela urgente cuando se le solicite. El tema no pasa por la permanencia de un tribunal arbitral sino por los atributos que se requiere contar para la ejecución de la medida. Como ya se ha señalado, el hacer cumplir la medida cautelar decidida

⁹ Ver inciso 1 del artículo 48 del D. Leg. 1071.

¹⁰ Hay otras opiniones que consideran que cuando los conflictos son de menor cuantía, para la medida cautelar se debe acudir necesariamente al órgano Jurisdiccional, para que este sea quien ordene la medida cautelar. Se considera importante que en las Instituciones arbitrables de nuestro país se cree un Tribunal Arbitral Permanente, que permita viabilizar la interposición de las medidas cautelares, antes de que se inicie el proceso arbitral, con la finalidad que el arbitraje sea casi totalmente independiente del órgano jurisdiccional, pero los altos costos que implica su permanencia, podría ser considerada como una causa de su no implementación.

por el árbitro en la substanciación del procedimiento arbitral nos lleva a mostrar que este tiene el poder de *iudicium*, pero no tiene *imperium*, por tanto necesariamente tiene que recurrir al juez estatal para que le brinde la fuerza coactiva, que le viene de la soberanía del Estado, para hacer cumplir, con el uso de la fuerza —de ser necesario—, lo decidido por el árbitro¹¹. La LGA derogada contemplaba también la posibilidad del auxilio judicial para la ejecución cautelar bajo la siguiente redacción: «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 solo 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»¹². La actual redacción no contempla la posibilidad de que sean los árbitros los que soliciten el apoyo judicial para la ejecución, sino que la propia parte interesada sea quien lo solicite. Solo los árbitros se limitarán a definir, a su sola discreción, si la medida cautelar dictada requiere para su ejecución la asistencia de la fuerza pública; si no fuere así, y estando el tribunal arbitral facultado para ejecutarla, procederá a ello, pero siempre a pedido de parte.

El viejo texto legal hacía especial hincapié en los momentos de la cautela: el juez competente para emitirla y el juez competente para ejecutar el mandato cautelar dictado en sede arbitral. El nuevo texto acoge la adopción de las medidas cautelares y deja en ambigüedad la competencia del juez para la ejecución de la resolución cautelar dictada por los árbitros. Hace referencia al juez competente para la adopción de las medidas, pero no precisa la competencia del juez executor de dichas medidas cautelares. Léase en ese sentido el texto contenido en el inciso 2 del artículo 8 del D. Leg. 1071: «para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia». Como se aprecia, las reglas para determinar la competencia, frente a las alternativas que acoge el texto legal, se orientan a la emisión del mandato cautelar, mas no a la ejecución de la resolución arbitral. La redacción del texto legal debió señalar: «para la adopción y ejecución judicial de medidas cautelares será competente el juez [...]». Es importante que el nuevo texto legal que se redacte —para superar la redacción actual— no solo brinde la posibilidad de la ejecución cautelar a los jueces especializados, en lo civil o comercial, sino que ella sea extensiva

¹¹ «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» (inciso 2 del artículo 48 del D. Leg. 1071).

¹² Ver artículo 81 de la LGA derogada.

al juez de paz y al juez de paz letrado del lugar donde sea necesario ejecutar las medidas, pues, como señalan Cantuarias y Aramburu, «obligar a las partes a ejecutar una medida cautelar utilizando únicamente el auxilio de los jueces de primera instancia implica generar graves costos en aquellas personas que arbitran pequeñas materias; por ello, consideramos que debería permitirse que por lo menos en aquellas materias que por razón de su competencia hubiera podido conocer un juez de paz, este proceda al auxilio en la ejecución de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros» (1993: 355).

Una consideración especial la merecen los registradores a los que un tribunal arbitral les solicite que inscriban una medida cautelar sin intervención judicial. En principio deberían inscribirla si están satisfechos los requisitos que garantizan su autenticidad, siempre y cuando las partes hayan pactado facultades de ejecución a los árbitros para dichos mandatos cautelares y no se afecte derechos de terceros con la inscripción, caso contrario deberá solicitarse la ejecución judicial. Es también permisible que las partes pacten la ejecución de las medidas cautelares —a solicitud de parte— ante el juez estatal; en tal caso, los árbitros pueden disponer que la ejecución sea directamente solicitada por el interesado en sede judicial expidiendo el pertinente testimonio con el mandato cautelar.

Hay que precisar que el juez no está facultado para revisar su razonabilidad, extensión o alcance de la medida, ni le está permitido modificarla o limitarla. «El Juez por el solo 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»¹³. Tampoco podrá negarse a prestar el auxilio coactivo, ya que la norma procesal que lo obliga es imperativa; sin embargo, si se el juez aprecia que la medida arbitral atenta de manera ostensible contra una norma de orden público, afecta bienes inembargables o se refiere a una materia inarbitrable, podría resistirse a la ejecución de la medida.

Hay algunas opiniones que sostienen que el juez no puede ingresar a controlar el mandato cautelar por más que considere desatinada las prestaciones ordenadas, pues el TC ha definido que la jurisdicción ejerce su función de supervigilancia sobre la actividad arbitral, poslaudo, a través del recurso de anulación. Por tanto, las resoluciones cautelares, al ser emitidas antes del laudo, no pueden ser controladas sino simplemente ejecutadas sin mayor cuestionamiento. En ese sentido, el nuevo texto

¹³ En los seguidos por Importaciones Pharma Cielo S.A.C., Exp. N° 23476 – 2007 41, juzgado civil, la parte afectada con la ejecución cautelar interpone contra el juez ejecutor, la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y nulidad de todo lo actuado (ver escrito de fecha 2 de julio de 2007). La idea es que toda articulación o cuestionamiento se haga valer directamente ante los árbitros que dictaron la medida y no ante el juez que la ejecuta. El juez es un ejecutor del mandato del árbitro.

legal contenido en el D. Leg. 1071 dice: «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»¹⁴.

Otras opiniones sostienen lo contrario. Si bien parten por reconocer que no existe expresa regulación para la supervigilancia de las medidas cautelares por la jurisdicción, se podría entender que ellas jamás serían controladas; sin embargo, el apoyo de la jurisdicción no implica la ejecución a ciegas del mandato arbitral, requiere de una apreciación —no al fondo de lo decidido porque ello es competencia exclusiva de los árbitros— a la validez formal de lo decretado; por citar, ¿un juez estatal podría negarse a ejecutar el secuestro sobre los bienes muebles de un templo religioso o negarse a afectar un sepulcro bajo la justificación que dichos bienes son inembargables por ley?, ¿se podría ejecutar una medida cautelar cuyo convenio arbitral ha sido suscrito por un incapaz absoluto o se refiera el objeto del arbitraje a una materia inarbitrable?

Atribuir a los jueces estatales dicha potestad convertiría a estos, tácitamente, en una instancia de revisión en sede judicial. Sin embargo, hay razones de orden público que justifican ese control previo a la ejecución de la medida. En la casuística encontramos el siguiente pronunciamiento en relación al pedido arbitral de embargar en forma de retención los fondos que existan o se depositen en la cuenta del «fondo de compensación municipal» (FONCOMUN) de la Municipalidad de Huaura-Huacho, destinados a gastos corrientes, así como los montos de las partidas de gasto corriente que mantenga la municipalidad demandada que no provengan del FONCOMUN y que se encuentren depositados en los bancos e instituciones financieras del país o de la propia municipalidad. El juez ante dicho pedido de ejecución cautelar señaló¹⁵:

[...] para prestar auxilio con fines de ejecución, el juez necesita tener la convicción si la materia de donde emerge la medida cautelar concedida por el Tribunal arbitral es

¹⁴ Ver artículo 48.3 del D. Leg. 1071.

¹⁵ Exp. N° 32113-2006. Resolución emitida en el 17 JCL el 23 de agosto de 2006. En los seguidos por Traffic Engineering & Control Corporation S.A. contra Municipalidad Provincial de Huaura – Huacho. La controversia refiere que el contrato de concesión suscrito por la municipalidad con la empresa demandante prohíbe que aquella cobre en las ventanillas las papeletas de infracción de tránsito detectadas e impuestas dentro de los alcances del contrato de concesión para la administración, gestión del tránsito, detección de las infracciones y control de pagos; sin embargo, afirma la demandante que la municipalidad ha desconocido dicha obligación contractual y ha venido cobrando las papeletas de tránsito impuestas, generando perjuicio económico a la demandante, ya que la retribución y contraprestación estaba constituida por un porcentaje de dichos pagos, los cuales nunca fueron entregados.

legalmente arbitrable o no, pues en caso negativo no se puede convalidar y auxiliar para la ejecución de la referida medida cautelar, ya que se colisionaría con una norma fundamental de orden público [...].

El artículo 1 LGA establece cuales son las materias inarbitrables, una de las cuales es “las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entidades de derecho público”, lo cual, debe ser concordado con el artículo 192 de la Constitución que establece como competencia de las Municipalidades la de “organizar, reglamentar y administrar servicios públicos locales de su responsabilidad.” La Ley Orgánica de Municipalidades en su artículo 73 especifica como servicios públicos “el tránsito, circulación y transporte público”, de lo que se concluye con una interpretación concordada (sistemática) que el conflicto surgido entre las partes es inarbitrable [...] no cabe la ejecución de la medida cautelar dispuesta por razones de orden público, estimándose que por voluntad de la Ley e interés público (de los ciudadanos residentes en el ámbito territorial de la Municipalidad) no cabe someter los conflictos que se susciten por estas materias con entidades privadas, a conocimiento y decisión de los árbitros, siendo obvio que el convenio arbitral celebrado contraviniendo normas de orden público resulta inválido a criterio de esta judicatura porque las autoridades municipales están prohibidos de celebrarlos, y que si bien esta judicatura no resulta ser la entidad competente para declarar la nulidad del laudo, por lo menos puede inexecutar una decisión cautelar por el criterio jurisdiccional de considerarse contrario al orden público y al sistema legal, pues lo contrario sería aceptar que el juez debe ser para este tipo de casos un mero espectador que deba convalidar cualquier decisión ilegal, sin ninguna posibilidad de ejercer el control inherente a su función [...].

A pesar que el control de la jurisdicción se orientó a cuestionar su ejecución bajo el argumento de la materia inarbitrable, y no por los bienes inembargables, encontramos la presencia de un control jurisdiccional previo a la ejecución cautelar.

4. LA ADECUACIÓN EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

Toda medida cautelar se sustenta en la existencia de una apariencia de derecho y en la urgencia del reclamo, elementos que aparecen recogidos en el artículo 611 del CPC, sin embargo, hay algunas opiniones que consideran a la adecuación como un elemento adicional de la cautela¹⁶. Precisamente el artículo 611 del CPC señala que

¹⁶ Véase sobre el particular el trabajo de Monroy (2002: 186). Además sobre este mismo tema debe apreciarse la STC 01209-2006-AA, fundamento 5. Caso Ambev con Backus. En especial, léase el voto singular Alva Orlandini y Landa Arroyo en el que se hace hincapié que «para determinar la invalidez constitucional de una medida cautelar, no basta con evidenciar la falta de adecuación formal entre el petitorio principal y la orden cautelar, sino que es necesario acreditar de modo fehaciente, la afectación constitucional a la que dicha inadecuación da lugar».

«el juez dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal».

La adecuación exige que la medida cautelar sea congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento. Como señala el artículo 611 del CPC, el juez dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal. Ello se puede justificar bajo un sistema publicístico que rige el Código Procesal, donde el juez está dotado de facultades, orientadas a hacer realidad la tutela efectiva, pero ¿al procedimiento cautelar arbitral se le puede extender los alcances de este principio? En el proceso judicial, la adecuación permite que si la medida de no innovar tiene como finalidad asegurar la pretensión principal dineraria, ella no resulta adecuada para tal fin sino las medidas para futura ejecución forzada —embargo—. El aseguramiento de un bien, con el solo objetivo de la posterior ejecución forzada, no conlleva a la necesidad de la inmutabilidad del bien o de la cosa, ya que incluso pueden ser sustituidos por otros bienes en cuanto puedan responder a la eventual y posterior ejecución. Si bien la medida cautelar debe ser adecuada a la naturaleza de la pretensión principal, también debe estar premunida de razonabilidad y utilidad, pues la actividad cautelar responde al principio de la mínima injerencia, que impone evitar los perjuicios innecesarios al presunto deudor u obligado. Léase a continuación un pronunciamiento judicial que muestra la incongruencia de la medida solicitada con la pretensión que se busca asegurar señala lo siguiente:

Con la medida pretenden evitar que cambie el estado de la empresa [...] quien tiene como único bien en el Perú unas acreencias reconocidas en la Sala Concursal de Indecopi. Agregando que es impostergable la necesidad de otorgar medida cautelar, pues, en tanto se tramite la solicitud de nombramiento de árbitro y se inicie el procedimiento arbitral, se encuentran expuestos los únicos bienes de Kravet en el Perú frente a cualquier transferencia de un terreno. De igual modo expresa que “mediante la anotación tenemos como intención hacer de público conocimiento el inicio de un procedimiento arbitral de dar suma de dinero, de tal forma, que los terceros estén prevenidos de la existencia de una situación controversial sobre las acreencia de Kravet. Siendo ello así, se tiene que la medida cautelar solicitada y los fundamentos que la contienen no guardan relación alguna con la naturaleza de la pretensión solicitada (nombramiento de árbitro) por el contrario, la medida cautelar que se pretende obtener tiene por finalidad proteger el pago que en todo caso deberá realizar la empresa Kravet a favor de la demandante (pretensión que no constituye objeto de la demanda incoada ante este juzgado); por estas consideraciones se declara improcedente la medida cautelar¹⁷.

¹⁷ En los seguidos por Centros Comerciales del Perú con Le Goumert Internacional S.A.C., Exp. N° 23140-2004, el 8 JCL se solicitó la medida cautelar fuera de proceso de anotación de la resolución N° 2 que admite a trámite la solicitud de nombramiento de árbitro.

La adecuación cuida que la medida solicitada garantice de la mejor forma posible tal aseguramiento y, a la vez, cuida que esta cause «la menor afectación posible». Para Raffo, a través de la adecuación el juez puede frenar casos de uso abusivo del derecho, haciendo un análisis de congruencia y proporcionalidad (2004: 27). El juez está obligado a mantener la igualdad de las partes en el proceso y evitar perjuicios innecesarios por un abuso del derecho del demandante a la medida cautelar. En la búsqueda de la congruencia, el juez hace una calificación cualitativa de la correlación lógica entre la medida que va a dictar y el objeto de su aseguramiento; mientras que en la búsqueda de proporcionalidad el juez hace una calificación cuantitativa entre la medida a dictar y el objeto que se busca asegurar. Señala Raffo que «Si el juez tiene la convicción que la solicitud amerita ser amparada pero considera que el tipo de medida solicitada es abusiva o incongruente o desproporcionada, puede perfectamente variar la medida sin denegarla. Al variarla debe cuidar, por un lado, que el objeto que se pretende cautelar esté garantizado, y por otro, producir la menor afectación posible al afectado y a terceros, esto último es lo que la doctrina denomina el principio de injerencia mínima en materia cautelar» (2004: 27).

El Tribunal Constitucional, en la STC N° 01209-2006-AA, señala en el fundamento 62 que:

[...] desde una perspectiva procesal se conoce como principio de congruencia o, en la teoría cautelar como “principio de adecuación” o principio de mínima injerencia, sirve para delimitar las potestades cautelares del juez, ya que permite que la medida adoptada sea no solo idónea a la finalidad que persigue, sino que al mismo tiempo no sea tan dañina que incluso cause mayores estragos al peligro de daño irreparable al que se intenta garantizar al adoptarla. En síntesis, el juez que adopta una medida cautelar, sabiendo de la omnipotencia de sus facultades, debe tratar de que la medida adoptada, no solo se restrinja al ámbito del proceso principal, sino que dentro de las posibles alternativas que se presente (por ejemplo, entre varios tipos de bienes posibles de afectar), debe optar por aquella fórmula que lesione menos los derechos de la persona o personas sobre las que va a recaer la medida. Desde una perspectiva constitucional, tales principios de las medidas cautelares son protegidas a través del principio de proporcionalidad y, en concreto, a través de los sub principios de idoneidad y necesidad. Se trata de optimizar las técnicas procesales de tutela de los derechos a efectos de garantizar la vigencia de los derechos no solo de quien solicita una medida cautelar, sino también y con mayor rigor aún, de quien los va a sufrir.

Bajo este contexto encontramos el siguiente pronunciamiento judicial que reafirma lo expresado líneas arriba:

[...] el objeto que se pretende garantizar con la medida es el pago de la obligación de dar suma de dinero contenida en el laudo arbitral materia de ejecución, por lo que resulta evidente que lo que debe buscar la recurrente es procurar el cobro de dicha

obligación; estando a ello, ahora es el momento de evaluar si la medida cautelar solicitada garantiza de la mejor forma posible el pago de su acreencia.

La medida de embargo sobre la autorización de uso de la Frecuencia OAY-4Y, otorgada a favor de la empresa Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. [...] no es posible aseverar que la medida solicitada garantice de la mejor forma posible el pago de la acreencia, tanto mas la ejecutada solo ostenta una autorización, debiendo pagar por ella las tasas y canon que corresponda, pero al Estado; la afectación no obliga al pago de renta al ejecutado, pero debe conservar la posesión inmediata. [...] resulta claro que, la frecuencia es del Estado y que solo la ejecutada cuenta con la autorización de uso, que es otorgada únicamente por el Estado; en tal sentido ¿de qué sirve un embargo sobre dicho mueble? Si, de darse la transferencia, el contrato sería entre el ejecutado y un tercero, previa autorización del Estado. No encontrándose el tiempo y modo que se haría ejecutable la medida; tanto mas cuando, la Ley y el reglamento no prevé, el remate de autorizaciones de frecuencias. [...] la medida solicitada no mantiene congruencia con el objeto materia de aseguramiento, pudiendo mas bien perjudicar derechos del Estado quien no es parte en este proceso¹⁸.

La medida cautelar hace posible al principio del proceso aquel resultado que normalmente se consigue al final del mismo. La medida cautelar, en aras de la rapidez y la urgencia del caso, permite anticipar la ejecución, a la reserva de lo que luego se decida en el proceso principal. Se hace primar, dentro de ciertos límites, el factor rapidez sobre el factor seguridad, a sabiendas que en muchos casos una resolución tardía, aun siendo favorable, equivale a una denegación de justicia. Para Ramos, es en esta correlación de la medida cautelar con ejecución futura donde reside su verdadero carácter distintivo frente a otras medidas de aseguramiento (1987: 186). Esto explica también los límites de su propia eficacia. La medida cautelar no es el premio a la carrera de caballos, en que gana el que llega primero a la meta. La medida cautelar no atribuye por sí misma y por lo general un determinado rango, ni supone la constitución de un derecho real a favor del que la obtiene. Garantiza de forma individual la ejecución futura, pero no excluye otras ejecuciones preferentes o concurrentes.

En el tema arbitral es motivo de reflexión si la adecuación, como facultad de los jueces estatales, es extensiva también al momento de ejecutar las resoluciones cautelares dictadas en sede arbitral. Esto es, cuando un árbitro dicta una medida cautelar y posteriormente recurre a la jurisdicción para su ejecución, ¿el juez estatal, antes de ejecutar la medida cautelar, podría invocar la adecuación para modificar la

¹⁸ Resolución emitida por el 1º Juzgado Comercial de Lima, Exp N° 2005-02327-87-1801-JR-CI-01, en los seguidos por Alomi Producciones S.A.C. con Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., Res. N° 23 del 18 de octubre de 2005.

resolución cautelar dictada en sede arbitral? Sobre el particular, véase el pedido de ejecución cautelar formulado por el propio árbitro ante la jurisdicción¹⁹. El mandato arbitral ordenaba la retención de fondos dinerarios por determinada suma y además la «medida cautelar en forma de fiscalización, control de administración y retención de ingresos hasta determinada suma de la demandada para lo cual se nombra [...] para que ingrese a la sede de la empresa y tome conocimiento de las operaciones comerciales con terceros». Frente al pedido cautelar el juez señaló lo siguiente:

[...] la resolución no esta muy clara, pues al dictarse y ejecutarse dicha medida traería confusión; en tal sentido, el juez está facultado a dictar la medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a las circunstancias; se resuelve [...] adécuese la medida cautelar solicitada por la de embargo en forma de intervención en información sobre los ingresos propios de la demandada hasta por la suma [...] en su negocio ubicado en [...] nombrándose como interventor en información a [...] quien deberá cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 666 CPC, siendo la duración de treinta días hábiles para la verificación directa de la situación económica del negocio afectado; informando al juzgado con una periodicidad de cada diez días hábiles²⁰.

La reflexión que surge a partir de dicho pronunciamiento se orienta a dilucidar si el juez estatal puede modificar los mandatos cautelares dictados en sede arbitral. La facultad de adecuación solo debe recaer en los procesos cautelares iniciados en la jurisdicción o puede ser extensiva también a las resoluciones dictadas en sede arbitral y que ingresan a la jurisdicción para su ejecución.

¹⁹ En los seguidos por Berlin Group E.I.R.L. con Importaciones Pharma Cielo S.A.C. sobre pago de dinero ante el Centro de Arbitraje Financiero Inmobiliario, el árbitro solicita la ejecución de medida cautelar, Exp. N° 23476-2007, 41 JCL, resolución del 15 de junio de 2007.

²⁰ Definitivamente la intervención en información difiere de la intervención en recaudación, a tal punto que autores como Rivas señalan que la medida no constituye embargo, ya que no produce la individualización de bien alguno a los fines de su ulterior realización. La medida no tiene una duración ilimitada, sino la necesaria para que se pueda saber el estado y situación de la unidad respectiva. La tarea del informador tiene dos vertientes: una es la satisfacción de la tarea encomendada haciendo saber al juez en tiempo oportuno según lo ordenado, aquello que el auxilio pudo comprobar sobre los requerimientos formulados; estos, estarán apuntados a los aspectos económicos en base a los que podrán disponerse otras medidas cautelares concretas; una segunda, está constituida por el deber del interventor en asumir por propia iniciativa, la labor de informar sobre todo hecho que pueda observar y que a su criterio pueda producir perjuicio a quien pidió la medida, por ejemplo, enajenación, ocultamiento de bienes, destrucción intencional de maquinarias, etcétera (Rivas 2000: 158). Resulta incongruente decretar la intervención en información y fijar un monto para dicha afectación. Aquí no hay dinero que recaudar sino se privilegia la información que se puede obtener sobre el movimiento económico o financiero de la persona afectada. En la intervención en recaudación el recaudador tiene una misión fundamental: reunir los fondos que ingresen hasta cubrir el monto del embargo dispuesto.

Al respecto concurren opiniones diversas, como las que sostienen que la facultad de adecuación puede ingresar aun sobre lo decidido en el mandato cautelar; generando con ello una especie de supervigilancia o control tácito a las resoluciones arbitrales; otras opiniones sostienen lo contrario, pues consideran que dichas atribuciones solo le corresponden al juez estatal para que opere dentro de la esfera de los procesos judiciales, no siendo extensiva a los mandatos arbitrales, debido a que se estaría vulnerando la competencia delegada por voluntad de las partes a los árbitros. Los que sostienen la primera posición señalan que el juez, al advertir no solo incoherencias en los mandatos cautelares sino incongruencias con el objeto que pretende asegurar, debe limitarse a devolver el pedido de ejecución cautelar a los árbitros, manifestándole sus observaciones para el éxito de su ejecución. Apreciése que dicho criterio solo se limita a la validez formal del mandato cautelar, pero no compulsa el grado de probabilidad del derecho en discusión ni la justificación de la urgencia; solo se orienta a verificar la coherencia entre lo que se decide y la forma como se pretende ejecutar. Por ejemplo, se decide la intervención en información y se ordena un monto para dicha afectación. Criterios en contra sostienen que el juez estatal asumiría un rol de colaboración, de complemento para el éxito de la tutela urgente que se busca materializar, sobreponiéndose inclusive a la voluntad de las partes, de ahí que el juez podría variar u alterar el mandato arbitral. El tema no es pacífico. Hay quienes asumen la posición ortodoxa de no permitir la adecuación del mandato arbitral. Otros asumen una justificación basada en la tutela eficiente y oportuna. La propia legislación especial señala, en un sentido adverso a esta última posición 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 solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral»²¹. Sin embargo, cuando se trata de una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar esté fuera del territorio peruano, esta podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional con la particularidad que la autoridad judicial que conoce de la ejecución rechaza 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»²².

²¹ Ver inciso 3 del artículo 48 del D. Leg. 1071.

²² Ver acápite «e» del inciso 4 del artículo 48 del D. Leg. 1071.

5. EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR EN SEDE ARBITRAL A PARTIR DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1071

El procedimiento cautelar en sede arbitral está regido por las reglas del artículo 47 del D. Leg. 1071. Este escenario supone la constitución de un tribunal arbitral quien, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo. Véase que la medida cautelar no está limitada al futuro actor de la pretensión a discutir en el procedimiento arbitral, sino que ella puede ser provocada por cualquiera de las partes involucradas en el procedimiento arbitral.

Clásicamente, el procedimiento cautelar en sede arbitral estaba sujeto a la reserva. Este operaba en todo momento, sea que se ampare o rechace la pretensión. La reserva en el procedimiento va a producir que el principio de contradicción se suspenda. Esta reserva cesa luego que se ejecuta la medida. Recién allí se deja sin efecto la suspensión del contradictorio, para dar paso a la posibilidad de recurrir ante el superior en grado. Esta especial situación que opera en la medida cautelar no significa desconocer el contradictorio en ella, sino como señala Monroy Palacios, «una reformulación, un acondicionamiento de su función a las particularidades que encierra la fase cautelar en la búsqueda por asegurar la eficacia del proceso, disponiendo actos materiales que neutralicen la amenaza eminente que se disminuya o afecte en su totalidad el derecho reclamado por el actor. Tal necesidad se concreta en una postergación del traslado del pedido cautelar hacia un momento de mayor pertinencia» (2002: 134). Bajo ese contexto, un aspecto importante en el modelo del nuevo procedimiento arbitral es la concurrencia del contradictorio previo al dictado de la medida cautelar; a diferencia de la tutela ordinaria y de lo regulado en la derogada LGA, donde se privilegia el *inaudita pars*; hoy en el arbitraje se torna excepcional, salvo que la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar la eficacia de la medida²³.

Otro aspecto a considerar en la resolución cautelar es el tipo de tutela que se busca alcanzar. Los tipos que podríamos citar son dos: tutelas cautelares y tutelas anticipadas, a tenor de lo regulado en el artículo 47.2 del D. Leg. 1071. En el primer caso, ubicamos las que proporcionan algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; la tutela anticipada busca mantener o restablecer el

²³ Artículo 47.3. del D. Leg. 1071: «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».

statu quo en espera de que se resuelva la controversia, se 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.

También forma parte de esta tutela la llamada prueba anticipada, que busca preservar los elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia. En este último extremo, la prueba anticipada, si bien es una expresión de tutela urgente, no tiene la connotación de una medida cautelar ni anticipada, pues su naturaleza no es provisoria ni variable, todo lo contrario, busca dar permanencia a elementos de prueba que puedan ser alterados por razones del tiempo o por la voluntad humana; por tanto, debemos colegir que si bien hay razones de urgencia que justifican la actuación de una prueba fuera de su escenario natural, como es el procedimiento arbitral, su naturaleza no se puede asimilar a la medida cautelar pues no es una medida temporal, sino que busca la permanencia en el tiempo de un elemento probatorio. Se puede invocar la urgencia para asegurar un medio de prueba, a pesar que no se inicie un futuro proceso arbitral o judicial.

Especial situación se advierte cuando, habiéndose dictado una medida cautelar fuera de proceso ante la jurisdicción ordinaria, se logra en el camino procesal la constitución del tribunal arbitral. Aquí, el órgano competente para seguir conociendo de dicha medida será el tribunal arbitral recientemente constituido y no la autoridad judicial, que en un inicio dictó la medida.

Como señala el texto legal, «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»; en tal sentido, si la medida cautelar se dictó en sede judicial y se solicita luego una variación de esta, dicha variación le corresponderá conocer al tribunal arbitral, si en el transcurso del proceso se ha constituido este. El órgano judicial no tendrá mayor alternativa que entregar los actuados judiciales al tribunal arbitral, bajo responsabilidad, en el estado en que se encuentre.

Atendiendo a la urgencia que encierra el tratamiento de estas medidas, sea para dictarlas o modificarlas, cualquiera de las partes puede presentar al tribunal arbitral una copia de los actuados del proceso cautelar. Como dice la norma, «la demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada».

En el supuesto en que la medida cautelar dictada en sede judicial esté pendiente de impugnación, la apelación será de conocimiento del propio tribunal arbitral. El recurso de la apelación, evidentemente, no está contemplado dentro del actual modelo arbitral, por tanto, en dichas circunstancias, la impugnación será apreciada en los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que hayan 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 las partes.

Cuando se solicita tutela cautelar para asegurar la satisfacción del derecho en discusión se debe mostrar una simple apariencia del derecho que invoca —y sobre todo justifica— la urgencia de la medida. La resolución cautelar no solo contiene una medida cautelar a favor de quien la invoca sino que necesariamente contiene una medida cautelar a favor del ejecutado para asegurar, no el derecho en debate, sino los daños que le pueda generar la ejecución de dicha medida. En otras palabras, la resolución cautelar contiene medidas precautorias a favor del actor y a favor del ejecutado para asegurar objetos diversos. Así pues, el actor persigue la satisfacción del derecho en discusión y el ejecutado el aseguramiento del daño provocado por la ejecución cautelar; de ahí que cuando se regula el tema de las medidas cautelares en la ley especial no solo se pone énfasis en mirar el interés de la parte que solicite adoptar la medida necesaria para garantizar la eficacia del laudo, sino que también se exige que el beneficiado con la medida entregue las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la misma. 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 medida²⁴.

Estas cautelas mutuas, tanto para el actor como para el ejecutado, se justifican por la incertidumbre de la relación jurídica en debate. Se emite un pronunciamiento sin tener la certeza del derecho que asegura; solo la mera apariencia de ese derecho le lleva a aproximarse a una tutela cautelar, justificada por la urgencia de la medida. Por ello, ante la ausencia de certeza, el árbitro tiene que voltear la mirada hacia el ejecutado y brindarle otro tipo de tutela cautelar frente al daño que le pudiere generar dicha decisión. Definitivamente, la medida cautelar encierra riesgos, debido a que no opera con la certeza del derecho, sino con la mera apariencia de este; y ese riesgo debe ser asumido por quien se beneficia con la medida. El riesgo no debe ser trasladado al demandado sino a quien afecte de forma jurídica, de manera anticipada, sin haberse definido aún el derecho en cuestionamiento. La contracautela opera como una garantía por la realización de la medida cautelar. Se funda en el principio de igualdad

²⁴ Ver artículo 47.8 del D. Leg. 1071.

pues no solo se debe pretender asegurar al actor un derecho no actuado, sino que también debe preverse la posibilidad de asegurar al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños generados por la medida cautelar. Como señala Coniglio, la contracautela tiene una gran aplicación en las providencias cautelares, «como el solo medio que pueda servir para asegurar preventivamente el eventualmente crédito de resarcimiento de aquellos daños que podrían resultar de la ejecución de la medida provisoria, si en el proceso definitivo se revela como infundada. De allí que se pueda hablar con propiedad de una condición impuesta por el juez para conseguir la providencia cautelar» (Coniglio 1949).

Como la medida cautelar nace para una función asegurativa, la misma puede cumplir satisfactoriamente con su objetivo o puede ser inútil y provocar perjuicio. El carácter contingente participa del riesgo. Si no se ampara la demanda, hay la obligación de indemnizar al perjudicado con la ejecución. Pero, la obligación de indemnizar no surge porque la medida cautelar dictada sea injusta, sino por el hecho de que su expedición y ejecución importa un riesgo que debe ser asumido por quien se beneficia con él.

Algunos autores, cuando se refieren a la contingencia, señalan dos exigencias: la necesidad de hacer las cosas pronto y la necesidad de hacerlas bien. La medida cautelar junta los supuestos citados para tener como respuesta celeridad y ponderación, para no hacer las cosas pronto pero mal o bien pero tarde. La medida cautelar tiende a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien o mal se resuelva más tarde en el laudo arbitral.

6. IMPLICANCIAS DE LA CONCURRENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES

Al abordar el tema de las medidas cautelares dictadas, tanto en sede arbitral como sede judicial, no debe dejarse de tomar en cuenta la posibilidad de la concurrencia de medidas cautelares, al margen del escenario del que provenga. Señala el Código Procesal, «cuando dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión»²⁵.

Al respecto debemos precisar que el proceso es una herramienta para satisfacer derechos materiales. Sin embargo, frente a la tutela de ellos existe un criterio selectivo de preponderancia de derechos sobre otros. Por ejemplo, los derechos fundamentales operan en primer orden frente a los derechos patrimoniales, al punto que la urgencia

²⁵ Ver artículo 639 del CPC.

en su tutela hace que se diseñen procesos especiales para una respuesta casi inmediata, como en el caso de las acciones de garantía.

Por otro lado, tenemos que reconocer que la medida cautelar es una herramienta para ayudar a la eficacia del proceso. Y, como todo proceso, encierra una suma de tiempos para contrarrestar los efectos del tiempo frente a la declaración final, por lo que es vital recurrir de manera previsoramente a la tutela cautelar. En atención a ello, el juez puede ir afectando provisionalmente bienes u ordenando realizar o no determinadas conductas, de tal manera que en un futuro permitan que su decisión final sea eficaz.

Puede darse el caso que un bien no solo sea vea afectado por una medida cautelar, sino por varias provenientes de diversos procesos. Aquí nos ubicamos ante el supuesto de la concurrencia concentrada de medidas cautelares en la que un mismo bien es afectado por varias medidas. Por citar, el juez del 1º Juzgado Civil dispone el embargo de un monto determinado —en forma de inscripción— sobre un inmueble X por una pretensión dineraria y el juez del 3º Juzgado Civil dispone otro embargo —en forma inscripción— sobre el mismo bien por un monto diverso. Otro ejemplo, el tribunal arbitral dispone el embargo por un determinado monto en forma de inscripción. Sin embargo, con antelación a este, el juzgado había ya dispuesto una afectación sobre el mismo bien. En ambos casos opera una concurrencia concentrada de medidas que tendrán que ser sometidas a futuro a las reglas de la prelación material y temporal, según el caso.

Cuando estamos ante la concurrencia de medidas cautelares que afectan un mismo bien existe un criterio de prelación temporal para decidir el orden de prioridad entre las medidas cautelares que concurren sobre el bien, pero, nótese que este criterio solo va a operar cuando se discuten derechos patrimoniales provenientes de créditos ordinarios. Aquí se tendrá que privilegiar la medida cautelar que se inscribió primero, como lo establece el artículo 639 del CPC: «Cuando dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución [...]»

Otro aspecto que se presenta en la concurrencia de medidas cautelares es cuando ellas cautelan un derecho fundamental frente a otra que cautela un derecho patrimonial. Aquí no podemos hablar de prelación temporal porque ella es aplicable cuando ambas medidas se orientan a cautelar pretensiones patrimoniales. Incluso cuando existe concurrencia de pretensiones que cautelan derechos fundamentales, estas tendrán una prelación sobre lo patrimonial, no por un criterio de temporalidad sino por una prelación material. Esto lleva a sostener que en el caso que se hubiere trabado varios embargos en forma de inscripción, el primero proveniente del incumplimiento de pago de unas mejoras y el otro de unas deudas laborales por beneficios sociales, esta última medida tendrá prevalencia sobre el anterior embargo, por más que se

hubiere ejecutado con posterioridad. Hay una prelación material donde la medida cautelar que se orienta a garantizar la eficacia de la deuda laboral tendrá preferencia frente a la dictada para asegurar el pago de mejoras. Sin embargo, debemos precisar que ese derecho que se cautela de manera privilegiada debe provenir de un proceso regular, pues por más que su esencia se oriente a satisfacer derechos laborales, ellos deben ser producto de un debido proceso

De la misma manera, puede darse el caso que una medida cautelar concorra sobre un mismo bien y que esta provenga de un mandato dictado en sede arbitral y otro en sede judicial. Esa concurrencia de medidas tendrá que ser apreciada en su oportunidad según las reglas de la prelación. Una situación distinta se da cuando un proceso desarrollado en sede arbitral, en el que jamás se trabó medida cautelar alguna, pretenda extender los efectos del laudo sobre un bien registrado sobre el cual existan otras afectaciones cautelares dictadas en sede judicial con antelación a la medida de ejecución. Francisco Ramos grafica de mejor manera lo que se sostiene líneas arriba: «la medida cautelar no es el premio a la carrera de caballos, en la que gana el que llega primero a la meta. La medida cautelar no atribuye por sí misma y por lo general un determinado rango, ni supone la constitución de un derecho real a favor del que la obtiene. Garantiza de forma individual la ejecución futura, pero no excluye otras ejecuciones preferentes o concurrentes» (1987: 186).

Otro supuesto a contemplar es la ausencia de medidas cautelares —en sede arbitral— y su implicancia a futuro en otro proceso judicial. Véase el caso de un estipendio en sede judicial en el que se obtiene un embargo en forma de inscripción por un monto sobre un determinado inmueble de propiedad de la deudora; posteriormente dicho bien —en un proceso de ejecución arbitral— es rematado y adjudicado a un tercero. El nuevo adquirente solicita que se levante la medida cautelar, sin embargo, dicho pedido fue desestimado bajo los siguientes argumentos:

[...] de conformidad con el artículo 539 CPC, el perjudicado con una medida cautelar dictada en un proceso que no es parte, puede pedir su suspensión, sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado; que sin embargo, conforme a lo estipulado en el artículo 656 CPC, el embargo en forma de inscripción no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito; que de autos se aprecia que la medida cautelar dispuesta en el presente proceso, la cual solicita la suspensión, ha sido inscrita con fecha 06 de agosto del 2003, siendo que el bloqueo registral y adjudicación a favor de [...] ha sido inscrita el 3 de mayo del 2004, es decir con fecha posterior, por lo que conforme al principio de publicidad registral, al momento de adjudicarse el inmueble el solicitante, este ya tenía conocimiento de la medida cautelar ordenada sobre el inmueble, por lo que al adquirir el inmueble lo adquiere con todos los gravámenes, cargas y/o afectaciones ocurridas, máxime si el laudo arbitral por el cual se dispone la adjudicación ha sido

emitido el 16 de diciembre del 2003, es decir, con fecha posterior a la inscripción de la medida dispuesta en autos, por lo que no procede la suspensión de la medida cautelar solicitada²⁶.

Una respuesta interesante pudo ser materializar la traba de una medida cautelar en forma de inscripción sobre dicho inmueble, desde el mismo proceso arbitral; más aún si como señala el artículo 656 del CPC, el embargo en forma de inscripción no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. No hay que olvidar —en el caso de los bienes registrados— que estos pueden ser afectados indefinidamente, por tanto, dicha afectación puede provenir por diversos mandatos cautelares derivados de procesos judiciales o arbitrales. La concurrencia de medidas sobre un mismo bien se definirá por la prelación temporal.

7. LA CADUCIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR

El artículo 79 de la LGA derogada y el vigente artículo 47.4 del D. Leg. 1071 acogen uno de los pocos casos de «demanda forzada», a fin de salvaguardar la medida urgente dictada sin proceso. La tendencia es a que las demandas sean actos procesales voluntarios, y en atención a ello, el pretendiente decide el momento de materializar su derecho de acción a través de la demanda. Sin embargo, en el caso de las pretensiones aseguradas con medidas cautelares fuera de proceso —para preservar los efectos de la cautela ejecutada— se condiciona a que el beneficiado interponga la demanda oportunamente y no sea rechazada liminarmente. Ello se explica por el carácter instrumental de la medida cautelar, esto es, que ella se subordina siempre a un proceso principal existente o que va a incoarse de inmediato. Este último supuesto sirve a la vez como convalidación de la medida. Aquí también concurre un criterio de flexibilidad de la medida cautelar que se revela en el momento adecuado para su solicitud. Se puede pedir con anterioridad a la demanda de arbitraje, durante la demanda o en el proceso arbitral. Cuando se solicita con antelación al arbitraje, la demanda principal debe seguir en un plazo relativamente corto. La solicitud de la medida cautelar no interrumpe el proceso arbitral, sino que se tramita simultáneamente al mismo.

La medida cautelar que se promueve fuera del proceso arbitral está condicionada a la promoción de este bajo un plazo de caducidad que la propia norma establece (ver artículo 47.4 del D. Leg. 1071). Dicho plazo empieza a computarse a partir de la ejecución de la medida y si estamos ante la concurrencia de varias medidas, el cómputo de la caducidad se inicia a partir de la última ejecución.

²⁶ En los seguidos por Negocios del Perú S.A.C. con DICREA Contratistas Generales, Exp. N° 3671-2007, ante el 50 Juzgado Civil de Lima sobre pago de suma de dinero.

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 ese plazo o habiendo cumplido con hacerlo no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho.

Como se aprecia de la redacción legal citada, la medida cautelar está sujeta a caducidad. Ello implica el cese del derecho a ejercitar una acción, debido a venci6 del plazo legal para hacerlo. Véase que la norma hace referencia a la caducidad y no a la preclusi6n. La caducidad implica que ciertos actos o facultades que no se ejercen dentro de cierto tiempo se pierden; en cambio, la preclusi6n es el efecto que sigue por haber realizado determinado acto, esto es, con su realizaci6n se agota una actividad para dar paso a otra.

La caducidad recae sobre la medida cautelar y opera bajo dos supuestos: cuando la demanda no se ha interpuesto oportunamente, es decir, dentro de los diez d6as posteriores a la ejecuci6n de esta y cuando no se ha gestionado la iniciaci6n del arbitraje de conformidad con el reglamento de la instituci6n arbitral encargada de administrar el arbitraje.

Es importante precisar que este acoge el supuesto de la resistencia t6cita del afectado a iniciar el proceso arbitral. En esas circunstancias, regula un plazo de caducidad distinto al sealado y bajo la condici6n que cumplida la exigencia de haber gestionado la iniciaci6n del arbitraje, este no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida. Aqu6 tambi6n operar6a la caducidad de pleno derecho.

En ese sentido véase el pronunciamiento reca6do en la causa seguida por Baracco & Asociados S.C.R.L. con el Colegio M6dico del Per6 sobre una medida cautelar fuera de proceso arbitral²⁷.

Si se prueba que la solicitante de la medida cautelar cumpli6 con requerir a la emplazada el nombramiento de sus 6rbitros dentro del plazo de diez d6as de ejecutada, no se da el supuesto de caducidad de la medida. El propio incumplimiento de la parte emplazada no puede sustentar una decisi6n liberatoria favorable a su parte. Las imputaciones que la solicitante no gestion6 el proceso arbitral ni design6 sus 6rbitros, no son supuestos de caducidad para la medida cautelar.

El fundamento de la caducidad dispuesto en estas normas es doble. Por un lado se presume el desinter6s ante la inactividad procesal del beneficiario de la medida, quien no deduce oportunamente la demanda principal; y por otro lado, en la necesidad de evitar perjuicios al destinatario o afectado por la medida. Tambi6n se sealaa como fundamento del instituto el de evitar que una de las partes pueda ejercer presi6n sobre la otra utilizando el poder jurisdiccional en violaci6n del principio de

²⁷ Exp. N6 7846-98-Sala de Procesos Ejecutivos, publicado en Ledesma (2002: 543).

igualdad, ya que al decretarse y cumplirse la medida cautelar, sin audiencia de la contraria, no puede esta quedar indefinidamente trabada —sin poder hacer uso del contradictorio— a través de la impugnación recursiva. Una de las articulaciones que no podría admitirse, ante la concurrencia de varias medidas cautelares, es solicitar la variación de algunos elementos de la resolución cautelar, como el almacén, el monto cautelar, el modo de afectación, entre otros, a fin de dilatar la ejecución de la cautela y postergar como consecuencia de ello el apersonamiento y ejercicio de la defensa del afectado con las ejecuciones ya iniciadas.

8. PROCESO DE AMPARO CONTRA MEDIDAS CAUTELARES

En el procedimiento de adopción de una medida cautelar por un árbitro, este debe extremar las garantías fundamentales en dicho procedimiento, en especial, el contradictorio.

La tendencia en la legislación procesal nacional es recurrir al *inaudita parte* para dictar la medida, manteniendo en reserva el mandato cautelar hasta cuando se concluya la ejecución; sin embargo, bajo las reglas del D. Leg 1071, ello se torna excepcional, pues «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 [...]»²⁸.

La decisión arbitral adopta la forma de un laudo interlocutorio o provisional legítimamente susceptible de ejecución. Cuando frente al mandato cautelar firme se pretendía interponer amparo constitucional, el argumento que se invocaba desde la jurisdicción ordinaria para desestimarlo era el carácter provisorio y variable de la medida cautelar, negando de esta manera el control constitucional sobre ellas. El argumento que «solo procede la demanda de amparo contra resoluciones judiciales firmes y definitivas», pues resultaría inconstitucional que el juez constitucional se inmiscuya en un proceso en trámite, fue trastocado a partir de la STC N° 1209-2006-AA, en la que el Tribunal Constitucional analiza la falta de congruencia entre la medida cautelar y el proceso principal, así como la aplicación del principio de proporcionalidad para declarar fundada la demanda de amparo. Sin embargo, en dicha STC es importante resaltar las ideas que contienen los votos singulares de los magistrados Alva Orlandini y Landa Arroyo. Sostienen que una cosa es que una decisión expresada en una resolución judicial tenga carácter firme en tanto reviste la calidad

²⁸ Ver artículo 47.3 D. Leg. 1071

de inatacable mediante los recursos procesales previstos, y otra, que la medida cautelar pueda variar en el futuro²⁹. Además, a juicio de los citados magistrados:

[...] la sola falta de correspondencia entre lo ordenado a través de una resolución cautelar y la pretensión en el proceso principal, no es mérito suficiente para declarar la nulidad de aquella, puesto que ello supondría una inaceptable intromisión de la jurisdicción constitucional en el marco de las amplias competencias que ejerce la jurisdicción ordinaria al momento de determinar las medidas que, a su criterio, y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, corresponden dictarse para asegurar el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales. [...] Dicho de otro modo, para que se pueda determinar la invalidez constitucional de una medida cautelar, no basta con evidenciar la falta de adecuación formal entre el petitorio principal y la orden cautelar, sino que es necesario acreditar de modo *fehaciente*, la afectación constitucional a la que dicha inadecuación da lugar. Y como ha quedado establecido en el presente auto, la recurrente ha incumplido una serie de presupuestos procesales inherentes a la excepcional naturaleza de los procesos constitucionales, lo que ha impedido ingresar a valorar si las resoluciones judiciales cuestionadas afectan o no sus derechos constitucionales.

9. LA EJECUCIÓN POSLAUDO DE LA «MEDIDA CAUTELAR»

Un aspecto que se debe apreciar en la ejecución «cautelar» poslaudo es la participación de la parte interesada para solicitar esta medida ante la jurisdicción. A diferencia de las medidas cautelares que dictan los árbitros y de la legitimidad de estos para recurrir a la jurisdicción a fin de solicitar al juez estatal el auxilio para la ejecución de sus mandatos, al emitirse el laudo —y no contar los árbitros con las facultades de ejecución— ya no serán los propios árbitros los que recurran a la jurisdicción para solicitar las medidas conducentes al aseguramiento del laudo. Esa legitimación se traslada a la

²⁹ «La categoría de resolución firme, en nuestra opinión debe ser comprendida al margen del trámite integral del proceso cautelar, pues ello permite que incluso un auto, y no solo la sentencia que pone fin al proceso, pueda merecer control por parte de la jurisdicción constitucional. La condición es que en dicho proceso se haya generado una decisión firme, esto es, una situación procesal en la que ya no es posible hacer prosperar ningún otro recurso o remedio procesal para revertirla. [...]. Una interpretación contraria llevaría al absurdo de que, por ejemplo, una medida cautelar como la detención preventiva en los procesos penales, no pueda ser controlada por el juez constitucional a través del proceso de hábeas corpus o incluso, dependiendo de la naturaleza del agravio, a través de cualquier otro proceso constitucional que tenga por finalidad preservar el derecho fundamental en cuestión. No es, pues, la naturaleza provisional o transitoria de la medida cautelar lo que determina que prospere o no una demanda planteada en su contra en un proceso constitucional, sino la constatación de que se ha afectado de modo manifiesto algún derecho fundamental, y que el afectado haya agotado los medios procesales de defensa o impugnación, de modo que la decisión, o resolución judicial, sea una que haya adquirido firmeza en su trámite procesal» (STC N° 1209-2006-AA).

parte interesada en asegurar la plena efectividad del laudo. En caso se hubiese delegado facultades de ejecución a los árbitros, la legitimación cambia, pues estos no podrán recurrir a la jurisdicción a pedir que dicten medidas asegurativas, ya que ellos están facultados para hacerlas, sino para que los apoyen con la ejecución de estas. Aquí la discusión del juez competente, a pesar que no está enunciado expresamente en la ley, se debe asumir bajo las reglas del artículo 8.2 del D. Leg. 1071, que dicen que «será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia». Además, este asume la misma competencia para la ejecución forzada del laudo (véase artículo 8.3 del D. Leg. 1071).

En los diversos pronunciamientos judiciales que sobre el particular se han emitido se aprecia una situación constante: otorgar la connotación de una medida cautelar al aseguramiento poslaudo. Ello se podría explicar por la influencia de la redacción del artículo 615 del CPC que dice: «Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada [...]». Véase que por el contexto en el que se dicta la medida —tras obtener una sentencia favorable— no cabe referirse a una medida cautelar, como indebidamente aparece calificado en el artículo 615 del CPC, pues no hay nada que asegurar sino que prepararse para la satisfacción de ese derecho ya declarado en la sentencia, la misma que su ejecución aparece suspendida a la espera del resultado de la impugnación.

Esta medida ya no se otorga en atención a una verosimilitud del derecho, sino a una certeza ya declarada en la sentencia, o en todo caso en el laudo arbitral, la misma que en tanto no se torne firme, no podrá ingresar al proceso de ejecución. El rol ya no es de aseguramiento, sino de preparar la satisfacción —futura ejecución forzada— del derecho ya declarado. Como refieren algunos autores, «la medida ejecutiva no constituye, por sí misma, un acto definitorio respecto de algún tipo de tutela procesal, sino más bien, tiene una eficacia intermedia, es un acto preparatorio que, concatenado con otros, busca la satisfacción procesal»³⁰.

Otro referente que ha venido contribuyendo a esa distorsión es la redacción que tenía el artículo 716 del CPC³¹. Ella ha sido modificada, de manera que hoy se lee así: «si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se concederán a solicitud de parte, medidas de ejecución con arreglo al Subcapítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada. Si ya hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, se procederá con arreglo al Capítulo V de este Título».

³⁰ Cfr. Fernández Rozas (2007: 35), Ramos (1987: 193), Chocrón (2000: 204-210).

³¹ El artículo 716 del CPC dice: «si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se procederá con arreglo al sub-capítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada [...]».

Aquí ya no podemos hablar de la medida cautelar propiamente dicha sino de la medida ejecutoria. Ambas se diferencian en los siguientes extremos: la medida cautelar se adopta —por lo general— en la fase inicial del proceso de cognición, mientras que la medida ejecutoria es el primer acto del proceso de ejecución. La primera de ellas se basa para su adopción en la existencia del *fumus boni iuris*, mientras que la segunda se apoya en la existencia de un título de ejecución, jurisdiccional o extrajurisdiccional.

La medida cautelar tiene un carácter instrumental y fungible, subordinado a la pendencia del proceso principal y de la cuestión en él discutida, mientras que la medida ejecutoria es un acto autónomo del proceso de ejecución. La medida cautelar se funda en la apreciación del *periculum in mora* y es facultativa para el juez, según las circunstancias del caso; en cambio, medida ejecutoria se funda en la necesidad de incoar la ejecución forzosa de un título de ejecución y por lo mismo es un acto obligado de selección y elección de bienes para afectarlos a la ejecución. A continuación presentamos algunos pronunciamientos que precisamente hacen referencia a la medida cautelar poslaudo:

Tomando en cuenta los argumentos del recurrente y *la verosimilitud del derecho de la solicitante acreditada con el laudo arbitral* que se le reconoce el pago de una acreencia ascendente a la cantidad de 85,000 dólares americanos, así como el monto de 347,287.50 dólares, es admisible la medida cautelar solicitada de embargo en forma de retención [...] se resuelve: admitir *la medida cautelar de embargo en forma de retención* sobre la tercera parte del exceso de cinco unidades de referencia procesal de los haberes (gratificaciones, liquidaciones, bonificaciones y asignaciones) que perciba don Cruz Gerardo Saavedra Mesones, en su labor como Congresista de la República, hasta por la suma de doscientos mil dólares americanos, oficiándose al Director General de Recursos Humanos del Congreso³².

En medida cautelar fuera de proceso, solicita embargo en forma de retención, *a efectos de garantizar el pago determinado en el laudo arbitral emitido por resolución* [...] en el que se detalla que Alomi Producciones S.A.C. tiene a cobrar las siguientes acreencias [...], teniendo en cuenta que la futura pretensión principal es apreciable en dinero, resultaría *procedente la medida cautelar solicitada*³³.

Los hechos expuestos por el recurrente y pruebas anexas a su demanda cautelar, se advierte la verosimilitud del derecho invocado y necesaria la decisión preventiva, toda vez que *existiendo un laudo arbitral a favor de la empresa demandante que obliga a la emplazada a efectuar un pago del monto indicado en dicho laudo* a favor de aquella,

³² En los seguidos por Peruana de Petróleo S.R.L. con Cruz Gerardo Saavedra Mesones y Leslie Colmenares de Saavedra, Exp. N° 2005-05122 sobre ejecución de laudo.

³³ En los seguidos por Alomi Producciones S.A.C. con Compañía Latinoamericana de Radiodifusión, Exp. N° 2005-02327-87-1JCL, resolución de fecha 1 de agosto de 2005.

dicho pago no estaría garantizada en evidente perjuicio de la recurrente, resultando procedente dictarse *la medida cautelar de embargo en forma retención*³⁴.

De la solicitud cautelar y anexos se desprende que la pretensión que se procura garantizar es una ejecución de laudo arbitral en la que se ha ordenado el pago a favor del actor de una indemnización ascendente [...], por lo que siendo así, el actor se haya facultado por nuestro ordenamiento sustantivo y procesal a *solicitar las medidas cautelares* que considere idóneas y adecuadas a efecto de salvaguardar el pago de su acreencia [...][el énfasis es nuestro]³⁵.

Por otro lado, podría darse la posibilidad de ingresar a una doble afectación cautelar. En un primer momento, a través de la medida dictada por los propios árbitros y un segundo, poslaudo, bajo los alcances del artículo 82 de la LGA.

Lo solicitado, no consiste que se ordene trabar embargo en forma de retención, sino que se ordene poner a disposición del juzgado los fondos retenidos por mandato del Tribunal arbitral; [...] en el cuaderno cautelar se resolvió embargar en forma de retención hasta por la suma de [...] sobre las acreencias que el FONAFE debe pagar a CODISA, para lo cual FONAFE debía proceder a retener los adeudos pendientes a favor de COFIDE, ejecución que se llevó a cabo [...]; que la solicitud cautelar planteada ante esta sede judicial debe ser rechazada por cuando no se advierte peligro en la demora al encontrarse garantizado el cumplimiento de lo laudado con la medida cautelar en mención, esto es, existe una medida que asegura la plena efectividad del laudo; lo contrario implicaría acceder a la ejecución definitiva de un laudo cuya validez aún se discute al haberse interpuesto recurso de anulación [...]³⁶.

10. REFLEXIONES PRELIMINARES

La tutela cautelar puede desarrollarse tanto en sede judicial como arbitral. En el primer caso, se justifica la intervención por no haberse instalado el tribunal arbitral y según la urgencia de la medida. Esta intervención no implica la renuncia al convenio arbitral y es transitoria, pues tras iniciarse el procedimiento arbitral, corresponderá al tribunal arbitral continuar con la discusión acerca de todas las incidencias de la medida ejecutada, como la sustitución o variación de la cautela dictada, dejando sentado que la demanda por el fondo de la cuestión debe ser ventilada ante dicho tribunal.

³⁴ En los seguidos por César Bustamante García con Hospital Manuel Higa Arakaki, Exp. N° 2005-10, resolución emitida en Satipo por el 1° Juzgado Mixto el 23 de febrero de 2005.

³⁵ En los seguidos por Carlos Márquez de la Torre con OHB del Perú S.A.C. sobre ejecución de laudo arbitral, Exp. N° 1449-2007, resolución de fecha 12 de noviembre de 2007.

³⁶ En los seguidos por Corporación Financiera Desarrollo COFIDE con Compañía Distribuidora S.A. CODISA sobre medida cautelar, Exp. N° 195-2006, 1° Sala Comercial de Lima, resolución del 21 de julio de 2006.

En otras palabras, las partes deben acudir a los jueces estatales a solicitar cualquier medida cautelar e informar posteriormente al árbitro. La solicitud de medida cautelar ante el juez estatal no excluye la competencia arbitral sobre el fondo del asunto.

En cuanto a la medida cautelar dictada en sede arbitral, esta opera en atención al poder que tienen los árbitros para definir el derecho en conflicto. Si bien funcionalmente el objeto de la cautela difiere de la razón de ser de los árbitros, nuestra legislación acoge la posibilidad de que los árbitros ejerzan ambas funciones: la cautelar y la cognoscitiva. Sin embargo, la gran debilidad en esta propuesta se aprecia en el aspecto de la ejecución. Al carecer de la *executio* para lograr eficacia a la cautela decretada, se tendrá que recurrir al juez estatal para que sea este quien proceda a la ejecución de lo ordenado por el árbitro, pues la ejecución y el uso de la fuerza coactiva está reservada a los jueces. Sea en una u otra forma, coincidimos con la opinión de Muñoz Sabate, al considerar que «sin medidas cautelares la opción arbitral es una opción moribunda» (en Lorca Navarrete y Silguero 1994: 460).

La tutela cautelar en sede judicial se rige por el Código Procesal Civil, por tanto, resulta aplicable la prelación temporal y material en el caso de la concurrencia de medidas cautelares sobre un mismo bien, al margen que estas provengan de un proceso arbitral o judicial.

Resulta de especial preocupación los efectos de la ejecución parcial al mandato cautelar cuando contiene diferentes afectaciones. Puede ocurrir que se coloque al ejecutado en estado de indefensión cuando se somete a la espera de la buena voluntad del ejecutante para culminar con la ejecución del mandato cautelar y así poder recién apersonarse al proceso y poder impugnar. Sin embargo, la modificación al artículo 637 del CPC (D. Leg. 1069) pareciera atenuar lo expuesto.

En conclusión, las medidas cautelares serían uno de los campos típicos de colaboración y auxilio mutuo de los jueces estatales a la actividad privada de los árbitros.

