

Medidas cautelares en la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial

Por Ramón Ismael Comprés Hernández*

INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo de un arbitraje es muy frecuente observar cómo resulta necesaria la adopción de medidas de carácter puramente provisional en pos de garantizar, tanto el buen desenvolvimiento del proceso, como la eficacia en la eventual ejecución del laudo que resuelva la controversia. Son estas las llamadas medidas cautelares¹.

Las disposiciones contempladas en nuestra Ley No. 489-08 Sobre Arbitraje Comercial dejan atrás el viejo debate relativo a si el ordenamiento de tales medidas es atribución exclusiva de los jueces del sistema judicial, ya que, conforme su articulado, hoy, es una facultad expresamente reconocida, por igual, a los árbitros.

Parecería que la extensión de este poder en manos de los árbitros fuera un asunto sencillo de manejar; sin embargo, la realidad es que no deja de ser un supuesto bastante complejo en lo teórico y lo práctico, lo que se deriva, no sólo de la dualidad de competencia creada –sede judicial y arbitral– sino, frente a la efectividad de las órdenes de carácter obligatorio que emanan de un ente carente de poder de coacción, como lo es el tribunal arbitral.

Como veremos más adelante, la facultad para dictar medidas de corte cautelar a cargo de los árbitros no se limita a las llamadas nominadas o previstas expresamente por la ley, toda vez que

* El autor es profesor de la asignatura Resolución Alternativa de Conflictos en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM.

1. Las que igualmente se conocen como medidas provisionales o preventivas y designadas como *interim measures of protection*, en inglés, y *mesures provisoires ou conservatoires*, en francés.

éstos gozan de amplios poderes para dictar cualquier otra medida provisional entendida como pertinente a los fines de salvaguardar los derechos de las partes.

Valga la aclaración de que con el presente artículo tengo la intención de comentar, más que la justificación teórica de las medidas cautelares o provisionales como instituto jurídico, su aplicabilidad conforme las previsiones de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial.

I) MARCO TEÓRICO

Las medidas cautelares encuentran justificación y razón de ser, principalmente, en dos elementos que se complementan mutuamente, el *fumus boni iuris*² y el *periculum in mora*³, cuya prueba de su existencia se encuentran a cargo del persiguierte.

El fumus boni iuris supone la aparente verosimilitud de buen derecho que, en principio, hace procedente la medida solicitada, sin que ello signifique decidir sobre el fondo. De modo pues, que su aplicación no exige proveer al juzgador de pruebas irrefutables que sustenten el interés que persigue proteger la parte que se siente afectada⁴. Esta concepción de la figura queda claramente recogida en decisiones como las del Tribunal Supremo de Justicia de la República de Venezuela, el cual es del criterio siguiente:

“Con referencia al primero de los requisitos (fumus boni iuris), su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho, pues cuando se acuerda la tutela cautelar no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado. Puede comprenderse entonces como un preventivo cálculo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiéndole al juez analizar los recaudos o elementos presentados junto con el

2. Su traducción literal sería la de *humo de buen derecho*.

3. Su traducción literal sería la de *peligro en el retraso*.

4. Aunque las pruebas aportadas deben ser –en naturaleza y esencia– lo suficientemente convincentes, como para que el juzgador entienda, sin necesidad de llegar a una conclusión final y definitiva, que está en presencia de un derecho aparentemente legítimo. Llamémosle, realidad aparente del derecho argüido.

*libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama*⁵.”

De su parte, el *periculum in mora* lo conforma el riesgo inherente a toda resolución tardía de un proceso o a los derivados de las actuaciones de la contraparte que más tarde pudieren tornar en inútil, desde el punto de vista práctico, la decisión que eventualmente resuelva la controversia, sea porque la torne de imposible ejecución, sea porque el daño haya sido causado o no pueda ser reparado. Es pertinente resaltar el hecho de que, tal y como lo expresa Seguel–Villalobos citando a Rolando Aranzi, “*no basta el simple temor o aprehensión del solicitante, sino que debe tratarse de hechos apreciables objetivamente*”⁶.

En la misma decisión previamente citada, el criterio jurisprudencial así lo acoge, veamos:

“En cuanto al segundo de los requisitos mencionados (periculum in mora), ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada”⁷.

La procedencia de la orden de las medidas cautelares desaparece *ipso facto*, si uno de estos dos elementos no se encuentra presentes o si el persigiente no ha podido aportar elementos de prueba, sino concluyente, al menos suficientes, que permitan al juzgador apreciar el peso o seriedad de lo alegado y decidir en consecuencia, la pertinencia del pedimento cursado.

5. Sentencia dictada por el Tribunal Suprema de la República Bolivariana de Venezuela. JUZGADO TERCERO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, MERCANTIL Y DEL TRÁNSITO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO ZULIA. Maracaibo, treinta (30) de mayo de 2011. Exp. No.47.874/sc2. <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/514-30-47874-3387.html> **19.10.2013 a las 7:16 p.m.**
6. Alejandro Romero Seguel y José Ignacio Díaz Villalobos. El Arbitraje Interno y Comercial Internacional. Pág.211. Legal Publishing.
7. Ob. Cit.

1) Requisitos

Al analizar los elementos que deben reunirse para justificar que un árbitro esté en condiciones de emitir una orden cautelar, inmediatamente me viene a la mente el símil existente con la figura del Juez de los Referimientos, al que, dentro del orden judicial se le reconocen facultades semejantes, aunque no del todo coincidentes, en lo relativo procedimiento seguido y sus propósitos⁸.

Para establecer los requisitos exigidos para la emisión de medidas cautelares, tomaré como referencia el criterio del autor Francisco González de Cossío, aunque con algunas diferencias. En tal sentido, este autor es de la opinión de que deben ser los siguientes: “a) derecho; b) necesidad; c) urgencia; y d) que busquen evitar un daño irreparable⁹.”

De mi parte, me permito modificar este último requisito al eliminar “*irreparable*” para agregarle “*o se persiga hacer cesar una perturbación manifiestamente ilícita*”, los cuales paso a comentar a seguidas, en el mismo orden en que han sido presentados.

a) Derecho

Todo árbitro debe constatar, como cuestión de primer orden, que tiene frente a sí suficientes elementos como para poder presumir que se encuentra ante una situación en la que el derecho –al menos en apariencia– asista al persiguiendo de la medida, sin prejuzgar el fondo de la controversia y sin que su decisión tenga en forma alguna autoridad de cosa juzgada respecto del mismo.

Este aspecto genera una diversidad de criterios y discusiones, en razón de lo delgada que resulta ser la línea divisoria, entre verificar la sola apariencia de un derecho y la determinación de la

8. Los artículos 109 y 110 de la Ley 834 del 15 de julio de 1978 contemplan: “**Art.109.- En todos los casos de urgencia, el presidente del tribunal de primera instancia puede ordenar en referimiento todas las medidas que no colidan con ninguna contestación seria o que justifique la existencia de un diferendo.**” “**Art. 110.- El presidente puede siempre prescribir en referimiento las medidas conservatorias que se impongan, sea para prevenir un daño inminente, sea para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita. En los casos en que la existencia de la obligación no es seriamente discutible, puede acordar una garantía al acreedor.**”

9. Francisco González de Cossio. Arbitraje. Págs.371 y 372. Segunda Edición- Editorial Porrúa. México, 2008.

existencia misma del derecho, aspecto éste de extrema importancia, pues es precisamente lo que distingue y define lo provisional de lo definitivo.

Siempre surge la pregunta: ¿Cómo fallar lo aparente –provisional– sin considerar lo realmente existente –lo definitivo–? Tarea difícil, sino, casi imposible, que en sede judicial queda más o menos resuelto, en razón de que el juez estatal que decide sobre las medidas cautelares, en principio, no es el mismo apoderado de lo principal, lo que no ocurre en sede arbitral, porque el juzgador –en ambos casos– será por lo general el mismo¹⁰.

En definitiva, la determinación a *prima facie* de un buen derecho se traduce en la verificación de posibilidades de que el persigiente obtenga ganancia de causa, lo que necesariamente se traduce en un escrutinio –al menos superficial– de la seriedad en la obligación a cargo de la otra parte.

b) Necesidad

La necesidad debe ser entendida como la pertinencia de la medida, respecto de sus motivaciones y propósito. Existiendo motivaciones válidas para ser ordenada una medida cautelar, su arte consistirá en lograr el balance perfecto, entre lo ordenado y sus efectos, a fin de no quedarse corto en éstos, pero tampoco, excederse.

c) Urgencia

Creo que si hay un elemento que realmente justifica las medidas cautelares, lo es la urgencia. No contamos con texto alguno que la defina de forma puntual, aunque existen en nuestras leyes

10. Ley 834 del 15 de julio de 1978. “**Art. 101.- La ordenanza de referimiento es una decisión provisional rendida a solicitud de una parte, la otra presente o citada, en los casos en que la ley confiere a un juez que no esté apoderado de lo principal el poder de ordenar inmediatamente las medidas necesarias.**” Cabe destacar, que en nuestro país esta disposición solo encuentra aplicación en aquellas jurisdicciones donde los tribunales están divididos en Salas y en los que normalmente la Presidencia asume su conocimiento y no en aquellos donde aún se conserva plenitud de atribuciones. En adición, hago la salvedad de que existen arbitrajes donde el reglamento interno de la institución sí prevé la posibilidad de que un árbitro no apoderado del fondo pueda ordenar medidas precautorias, como es el caso específico de la Cámara de Comercio Internacional conocida por sus siglas como CCI.

numerosas referencias a ella¹¹. Por ello me contentaré con acoger el criterio jurisprudencial seguido por nuestro más alto tribunal, el cual, de forma reiterativa, ha sostenido:

*“Considerando, que son principios esenciales del referimiento su sumaridad, rapidez y provisionalidad, sobre cuestiones litigiosas, que sin perjuicio de lo principal, deben ser resueltos con urgencia; que es de doctrina y jurisprudencia que **hay urgencia, todas las veces que un retardo en la decisión que debe ser tomada pueda comprometer los intereses del demandante, dicho en otros términos, hay urgencia todas las veces que el retardo con que se adopta una solución provisional y no prejuzgue en nada el fondo, conlleve un peligro a los intereses de una de las partes, lo cual significa que el poder del juez de los referimientos de ordenar las medidas que se impongan está subordinado a la condición de que dichas medidas revistan un carácter de urgencia y provisionalidad**”¹²;*

La cuestión de saber cuándo nos encontramos ante una situación urgente es de puro hecho, razón por la cual quedará abonada al criterio del juzgador. Esta ha sido la posición invariable de nuestros tribunales del orden judicial¹³, aplicables *mutatis mutandis* a los procesos arbitrales.

d) Evitar un daño o hacer cesar una turbación ilícita

A mi juicio, más que un daño irreparable, se trata de evitar

11. Como lo es el artículo 109 de la Ley 834 del 15 de julio de 1978.
12. Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Sentencia del 09 de febrero del 2011. Centro Comercial Santo Domingo, C. por A. Vs Victor Manuel Peña Valentín. http://www.suprema.gov.do/PDF_2/fallos/Fallo_Centro_Comercial_Sto_Dgo_CporA_Vs_VM_Pena_Valentin.pdf 20 de octubre del 2013, 4:59 p.m. (El subrayado es nuestro).
13. Así nuestra Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado innumerables veces diciendo: **“Considerando**, que esta Suprema Corte de Casación ha sido del criterio reiterado, que la urgencia es una cuestión de hecho que queda abandonada a la apreciación del juez de los referimientos, salvo desnaturalización (. . .).” Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Sentencia No.1 del 03 de junio del 2009. <http://www.suprema.gov.do/sentscj/sentencia.asp?B1=VR&llave=118320001> 20 de octubre del 2013 5:04 p.m.

cualquier daño¹⁴. Sea este actual o inminente¹⁵, y con independencia de la licitud o ilicitud del hecho que lo origina. De su parte, la turbación ilícita se tipifica por vías de hecho en curso que sean manifiestamente contrarias al derecho.

La suma de ambos elementos –daño y turbación ilícita– hacen presuponer la existencia de la urgencia; pues, de una parte, si ocurre el daño, es irrefutable que una de sus consecuencias naturales lo sería comprometer los intereses de quien resulte agraviado con el mismo y por la otra, toda turbación ilícita constituye un atentado contra el estado de derecho, que por lo general tiene entre sus efectos, agravar el daño, generarlo de inmediato o crear un estado de inminencia de su ocurrencia.

2) Tipos de Medidas Cautelares

No tenemos texto de ley que nos ofrezca una clasificación de los tipos de medidas cautelares que podrían adoptarse, en ocasión de un procedimiento de arbitraje. De hecho, existen medidas que simplemente no se encuentran previstas ni reguladas por la ley, pero que nadie discute su existencia, utilidad y eficacia.

Es común observar cómo cada autor ofrece su propia clasificación, atendiendo a diversos factores. Siendo mi pretensión la de comentar los aspectos prácticos de las medidas cautelares de cara al avance de nuestra legislación y no el estudiar las medidas cautelares como instituto jurídico, me circunscribiré a tan solo dos clasificaciones sumamente básicas, como veremos a continuación.

-
14. A contrario, el autor citado para los *Requisitos*, Francisco González de Cossio, es del criterio de que el daño debe ser irreparable, porque: **"De estar en presencia de un daño o un perjuicio que puede resarcirse mediante daños y perjuicios, podría negarse en la medida en que, de tener razón el solicitante, los mismos serán abordados por el tribunal arbitral en el laudo final."** Ob. Cit., Pág.372. Soy del criterio de que lo reparable o no del daño no es determinante para activar el mecanismo de las medidas cautelares. Su ocurrencia, en combinación con lo substancial que pueda ser en sus efectos, independientemente de que más tarde pueda ser reparado, sí constituyen los elementos que, juntos, determinarán el grado de urgencia de la situación de hecho que se plantee.
 15. Para aquellos casos en que de mantenerse el estado de cosas la ocurrencia del daño sería un hecho.

a) Nominadas e innominadas

Esta primera clasificación considera la existencia o no de textos legales que de alguna manera contemplen y/o regulen las medidas de forma expresa. Así tenemos que podríamos considerar como nominadas, aquellas contempladas en algún texto de ley y que por lo general, las encontraremos de forma dispersa en la legislación¹⁶, e innominadas, las que no han sido previstas de forma expresa en nuestro Derecho positivo, pero cuya existencia nadie cuestiona¹⁷.

b) Conservativas e innovativas

Tomando prestada la clasificación propuesta por Seguel Villalobos, citando a Carnelutti¹⁸, la segunda clasificación atiende al objetivo perseguido con la medida, sea manteniendo el status quo, en cuyo caso serán *conservativas* (o *conservatorias*), sea alterando el estado de derecho, hipótesis en la cual serían *innovativas* (o *innovadoras*).

En uno y otro caso, nos atrevemos a declarar que las medidas cautelares, en su papel auxiliar como instrumento para garantía del derecho de las partes, van dirigidas a: 1° Asegurar bienes, 2° Preservar elementos de prueba y asegurar un proceso sano, 3° Prevenir daños, 4° Hacer cesar turbaciones manifiestamente ilícitas, y 5° Mantener un estado de cosas.

II) EMISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

El desplazamiento de la competencia natural para la resolución de conflictos de los tribunales del Estado a los árbitros no se limita a reconocerles la facultad de conocer y decidir sobre el fondo de la controversia, alcanzando –por igual– aquellos asuntos que pudieren serle considerados accesorios, como son las medidas cautelares.

A partir de esta premisa, es inevitable tener que distinguir el rol que juega una y otra jurisdicción, porque, en principio, lo natural

16. A título meramente enunciativo: embargos conservatorios, prestación de fianzas, etc.

17. Como lo serían aquellas que por lo general ordenan hacer o no hacer.

18. Alejandro Romero Seguel y José Ignacio Díaz Villalobos. Ob. Cit. Pág.212.

sería que el tribunal facultado para conocer y decidir de forma exclusiva el fondo del diferendo, fuera el único competente para dictar medidas cautelares; sin embargo, esto no aplica en nuestro Derecho, en razón de que existe una doble competencia.

1) Órganos competentes para dictarlas

Presentada la necesidad de solicitar una medida cautelar, de inmediato surge la interrogante de a quién dirigimos para que la ordene, seguida de cómo proceder para obtener su emisión.

La situación planteada puede presentarse, tanto antes de que el tribunal arbitral exista (luego de haberse conformado el mismo), como luego de haber cesado en sus funciones, lo cual, para un mejor entendimiento obliga a analizar la problemática en tres tiempos, que llamaremos fases pre arbitral, post arbitral y arbitral.

a) Fase pre y post arbitral

No habiéndose conformado aún el tribunal arbitral, las partes cuentan con el auxilio de los tribunales estatales para asistirles en todo cuanto necesiten. En esa virtud, el ordinal 3º del artículo 9 de la Ley 489-08 Sobre Arbitraje Comercial contempla lo siguiente:

“3º Para la adopción judicial de medidas cautelares es competente el tribunal del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, o donde se encontrasen los bienes sobre los que se tomarán las medidas, de conformidad con lo previsto en el Artículo 48 del Código de Procedimiento Civil.”

Esta disposición legal, a la vez que atribuye competencia a los tribunales del orden judicial para dictar medidas cautelares en ocasión de un arbitraje¹⁹, —específicamente al juez de primera

19. El art.48 del Código de Procedimiento Civil Dominicano indica: **“Art. 48.- (Mod. Por la Ley No.845 del 15 de julio de 1978). En caso de urgencia, y si el cobro del crédito parece estar en peligro, el juez de primera instancia del domicilio del deudor o del lugar donde estén situados los bienes a embargar podrá autorizar a cualquier acreedor**

instancia²⁰— establece una jerarquía territorial excluyente en cuanto a aquellos que pudieren intervenir.

En primer término, será competente el tribunal donde el laudo será ejecutado y en segundo término, el del lugar donde las medidas surtirán efecto o donde se encontraren los bienes a ser afectados, conforme fuere el caso²¹.

Por otra parte, la antigua discusión que versaba sobre la renuncia tácita del persiguiendo al foro arbitral, cuando previo a la conformación del tribunal arbitral acudía por ante el foro judicial para asistencia en asuntos provisionales²², ha quedado zanjada por completo por nuestra legislación, en tanto que el artículo 13 de la citada ley dispone:

“Art. 13.- Acuerdo de Arbitraje y adopción de Medidas Provisionales por un Tribunal Judicial. No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal del orden judicial, la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas, sin perjuicio de la facultad reconocida al tribunal arbitral de ordenar tales medidas de conformidad con las reglas establecidas en el Artículo 21 (. . .)”²³”

que tenga un crédito que parezca justificado en principio, a embargar conservatoriamente los bienes muebles pertenecientes a su deudor (. . .).” Dirijo la atención sobre dos aspectos. El primero es que mientras el art. 48 (antes transcrito) hace mención de la competencia del juez del domicilio del demandado, esta es, en principio, una situación no contemplada en la Ley 489-08 Sobre Arbitraje Comercial. El segundo, nuestro Código de Procedimiento Civil ofrece una solución facultativa al crear la posibilidad al persiguiendo de acudir —indistintamente— al juez de primera instancia, bien al del domicilio del deudor o al del lugar donde se encuentren los bienes a ser embargados; mientras que la ley de arbitraje establece una jerarquía de competencia territorial —a mi juicio excluyente la una de la otra— estableciendo primacía a la del lugar donde el laudo será ejecutado, y de no aplicar, entonces indistintamente, entre el lugar donde las medidas surtan efectos o donde se encuentren los bienes a ser afectados.

20. Jurisdicción que se deduce al remitir al art. 48 del Código de Procedimiento Civil.
21. Recordemos que el objetivo perseguido con la medida conservatoria puede ser de naturaleza tal, que no necesariamente envuelva una ejecución propiamente hablando, como lo sería una orden preventiva de no hacer.
22. Posición que planteaba que “*La Jurisdicción arbitral no es de orden público y puede renunciarse en forma expresa o tácita a la cláusula legal o contractual correspondiente.* (SC Bs. As., 27/2/45). JA. 1945-II-303; LL. 38-79. (Cto Civ. Y Com. Córdoba. 30/10/67). LL. 129-112 (C2o Civ. y Com. Y Minería San Juan. 15/4/84.” Marco A. Rufino. Proceso Arbitral, Pág.38.
23. Artículo 13 de la Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. El subrayado es nuestro.

Queda claro, entonces, que en la fase pre arbitral son los tribunales del orden judicial los únicos que conservan la facultad para dictar medidas cautelares, sin que las gestiones de las partes por ante éstos, genere consecuencia alguna respecto de la jurisdicción competente para conocer del fondo del diferendo (la arbitral).

Una vez ordenada la medida, y sin perjuicio de requerir prestación de fianza para garantía de cualquier daño que con ella se pudiese causar, se otorgará a la parte solicitante un plazo de hasta sesenta (60) días para la interposición de la demanda por ante la sede arbitral²⁴.

Esta facultad a cargo de los tribunales del orden judicial comprende, igualmente, la fase post arbitraje, o sea, la que transcurre durante el procedimiento de reconocimiento del laudo²⁵ o aquella que se encuentre en curso un proceso de nulidad contra un laudo dictado; puesto que, aún cuando sea ordenada la suspensión de la ejecución del laudo por parte del Presidente de la Corte de Apelación actuando como Juez de los Referimientos, el beneficiario de la medida estará obligado a prestar fianza en efectivo, a través de una compañía de seguros de la República Dominicana²⁶.

Lo antes expresado no ocurre con los tribunales arbitrales, pues una vez emitido el laudo, los árbitros quedan automáticamente despojados de su función de administradores de justicia —aún cuando se les reconozcan ciertos poderes residuales—²⁷ por no constituir tribunales permanentes. En su caso, la potestad de emisión de medidas provisionales queda confinada a la vida de éstos.

24. Así lo dispone el artículo 13 de la Ley 489-08, parcialmente transcrito, el cual expresa: "(...) En caso de que el tribunal del orden judicial las acuerde, debe requerir al solicitante la presentación de la demanda por ante la jurisdicción arbitral, en un plazo no mayor de sesenta (60) días de la fecha en que emita la autorización correspondiente⁴. El tribunal del orden judicial podrá requerir la prestación de fianza."

25. Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. "Artículo 41.- Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral.- (...) 2° Si apoderado del reconocimiento o la ejecución de cualquier medida adoptada en base a un laudo, el tribunal correspondiente determina que se encuentra presente uno de los casos indicados en el Párrafo 2 del artículo 38 de la presente ley, deberá remitir dicho laudo a la Corte competente para su ponderación, debiendo suspender el proceso de ejecución hasta tanto intervenga fallo definitivo. **En caso de que fuere necesario, podrá ordenar medidas conservatorias para la preservación de los bienes o derechos objeto de la ejecución, mientras dure el proceso de examen de la Corte.**" El subrayado es nuestro.

26. Por aplicación del ordinal 3° del artículo 40 de la ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial.

27. Como serían los de poder corregir e interpretar, aclarar y complementar el laudo, contemplados en el ordinal 1° del artículo 38 de la ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial.

b) Fase arbitral

La combinación del contenido de los artículos 13, 21 y 41, ordinal 2º de la Ley No. 489-08 Sobre Arbitraje Comercial no deja lugar a dudas, los tribunales arbitrales, una vez constituidos –y al igual que los tribunales de la sede judicial– son competentes para tomar medidas cautelares, salvo que de manera excepcional, inter venga pacto a contrario entre las partes²⁸.

Nótese, cómo en la parte inicial del artículo 13 arriba transcrito, al reconocerse la competencia de los tribunales de la sede judicial, igual lo hace para el tribunal arbitral; pero, supeditada la validez de las medidas dictadas por éstos últimos, al cumplimiento de las reglas establecidas en el Artículo 21 de la misma ley 489-08, en clara referencia al procedimiento de reconocimiento judicial de todo laudo dictado por un tribunal arbitral *ad hoc*.

Cabe destacar dos aspectos, a saber: a) Al igual que el tribunal judicial, el arbitral puede exigir al solicitante de toda medida cautelar la prestación de una fianza²⁹, y b) El Juez de los Referimientos no tiene facultad para suspender decisiones de tipo cautelar emitidas por un tribunal arbitral³⁰.

Partiendo de la premisa de que nos encontramos ante una doble competencia a cargo, tanto de los tribunales judiciales, como arbitrales, se genera la posibilidad de emisión de decisiones que puedan ser contradictorias entre sí. En ese caso, por disposición expresa de la ley, prevalecerá lo decidido por el tribunal arbitral,

28. "Artículo 21.- *Facultad del Tribunal Arbitral de Ordenar Medidas Provisionales Cautelares.* 1) *Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias, con respecto al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir al solicitante una garantía apropiada, en conexión con esas medidas.* 2) *A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les son aplicables las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos. Sin embargo, el Juez de los Referimientos no tendrá competencia para suspender decisiones arbitrales de este tipo.* 3) *El tribunal arbitral, si lo estima conveniente, puede hacer que la parte contra quien se solicita la medida comparezca por ante él. En ese caso, podrá ordenar a éste que se abstenga de realizar cualquier acción que pueda afectar su patrimonio o el asunto objeto de arbitraje. La violación a esta orden podrá resultar en daños y perjuicios.* 4) *Los oficiales públicos encargados de ejecutar o registrar una medida cautelar ordenada con arreglo a lo establecido por la presente ley, deberán hacerlo contra la presentación de un laudo dictado y reconocido en la forma establecida en la misma."*

29. Ordinal 1º del artículo 21 la Ley 489-08 Sobre Arbitraje Comercial.

30. Ordinal 2º del artículo 21 de la Ley 489-08 Sobre Arbitraje Comercial.

conforme se deriva de la aplicación del artículo 13 de la Ley No. 479-08 Sobre Arbitraje Comercial.

“Art. 13.- (. . .) En caso de que una decisión del tribunal arbitral ya constituido ordene la suspensión o levantamiento de las medidas ordenadas por el tribunal del orden judicial, la decisión del tribunal arbitral deberá ser reconocida e imponerse.”

Esta disposición legal crea, sin dudas, una situación un tanto engorrosa, pues coloca abiertamente al foro arbitral en posición dominante, respecto del judicial; cuando lo deseable es que en todo momento interactúen en modo complementario y no competitivo o de dominio.

2) Procedimientos

Las reflexiones que he hecho no estarían completas, si no me refiero a dos aspectos fundamentales: El procedimiento a ser seguido para obtener la emisión de una medida cautelar y las acciones contra éstas, una vez ordenadas.

a) Para la obtención de las medidas cautelares

Toda parte que persiga la imposición de medidas cautelares las solicitará mediante instancia elevada al efecto, al foro que considere más conveniente, el judicial o el arbitral.

Junto a su petición, incluirá todo medio de prueba –concluyente o indiciario– que ayude al juzgador a formarse el criterio de verosimilitud del derecho alegado y de la existencia de peligrosidad sobre éste, en caso de no actuar de inmediato, tomando provisionalmente dichas medidas.

Surge la interrogante de si las medidas cautelares pueden o no ser dictadas *ex-parte*³¹. Hay quienes de inmediato refieren que ser dictadas *ex parte* resulta violatorio de los principios de Igualdad y de Contradicción³², que rigen todo arbitraje, contenidos en el artículo

31. En ausencia de aquella parte contra quien se intenta la medida.

32. Entendidos -en esencia- como un trato igualitario, ofreciéndose siempre a cada una de las partes la posibilidad de alegar a su beneficio.

22 de la Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial, por cuanto una de las partes no ha tenido la oportunidad de ser escuchada.

No obstante, si bien es cierto que todo árbitro debe manejarse con cautela, observando en cada momento el debido proceso y tratando de que todo asunto que le sea sometido toma lugar de manera controvertida, no menos cierto es que existen medidas conservatorias que, en ausencia del elemento sorpresa, se tornan totalmente inútiles, en especial, las relacionadas a la conservación del patrimonio.

Nuestra ley de arbitraje ha reconocido esta situación y ha optado por permitir la posibilidad de que las medidas cautelares sean dictadas *ex parte*.

De la letra del ordinal 3º del artículo 21 de la Ley 489-08, se infiere, que la regla en la toma de decisiones de carácter provisional es que tales peticiones sean conocidas *ex parte*, y excepcionalmente, de forma controvertida, veamos:

*“3º El tribunal arbitral, si lo estima conveniente, puede hacer que la parte contra quien se solicita la medida comparezca por ante él (. . .)”*³³

Dictado el laudo, y debido a la falta de poder de coacción de los árbitros por carecer de *imperium*³⁴, es necesario someterlo al proceso de reconocimiento por ante la sede judicial³⁵, mediante procedimiento gracioso creado al efecto, consistente en el depósito

33. El subrayado es nuestro.

34. Con excepción de aquellos dictados por los Centros de Resolución Alternativos de Controversias que sea administrado por las Cámaras de Comercio y Producción, por aplicación del párrafo II del artículo 17 de la Ley 181-09 que introduce modificaciones a la Ley No. 50-87, de fecha 4 de junio de 1987, sobre Cámaras Oficiales de Comercio y Producción de la República, que contempla: “Artículo 17.- Ejecutoriedad. (. . .) “Párrafo II.- Los laudos de los Centros de Resolución Alternativa de Controversias de las Cámaras de Comercio no están sujetos, para su ejecutoriedad, al proceso de reconocimiento previsto en los Artículos 41 y siguientes de la Ley sobre Arbitraje Comercial, No.489-08, de fecha 19 de diciembre del año 2008 y tendrán la misma fuerza ejecutoria que las sentencias dictadas en segundo grado de jurisdicción.” Como se concluye de la mera lectura del texto transcrito, y quizás en una provisión legal sin precedentes, el Estado Dominicano ha cedido no solo la *jurisdicción* en este caso, sino, que además, el *imperium*.

35. Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. “Artículo 41.- Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral.- 1º Del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, conocen los tribunales indicados en el Artículo 9 de la presente ley, según fuere el caso. También deben ser sometidos a este proceso, aquellos laudos que acuerden medidas cautelares.”

de una instancia acompañada de un original del laudo y del convenio arbitral o el contrato que lo contenga³⁶, el cual culminará con la emisión de un auto de parte del tribunal estatal³⁷.

b) Para impugnar las medidas cautelares

Conforme el contenido de nuestra ley interna, los tribunales arbitrales están llamados a pronunciarse mediante la emisión de laudos³⁸. Estos laudos, como ya hemos visto, a su vez necesitan ser reconocidos por los tribunales del orden judicial, los cuales, al evaluar la procedencia o no de su reconocimiento, evacuarán a su vez un auto contentivo de su decisión, conforme lo prevé el artículo 44, previamente transcrito.

La propia Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial, en el ordinal 3º de su artículo 9 indica que cuando se trate de medidas conservatorias dictadas por los tribunales del orden judicial, lo harán conforme lo previsto por el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil, o sea, mediante Auto dictado al efecto³⁹.

Tratándose de autos y ambos dictados por la sede judicial, podríamos sentirnos tentados a pensar que el recurso de apelación se encuentra abierto como vía de impugnación a los mismos –al igual que las demandas en revisión y levantamiento de lo ordenado– por ante el mismo Juez que dictó la medida, actuando como Juez de los Referimientos⁴⁰.

36. Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. "Artículo 43.- Forma de la Solicitud de Ejecución. La parte que solicite la obtención de un exequátur para la ejecución de un laudo, debe depositar mediante instancia, por ante el tribunal correspondiente, un original del laudo y del convenio arbitral o el contrato que lo contenga."

37. Ley 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. "Artículo 9.- Tribunal para el Cumplimiento de Determinadas Funciones de Asistencia y Supervisión durante el Arbitraje. (. . .) 7º Las decisiones para el nombramiento de árbitros y el exequátur serán otorgadas en jurisdicción graciosa, mediante auto del tribunal."

38. Aunque no existe contestación al reconocimiento de la facultad de dictar órdenes procesales que en sí mismas no resuelven contestación alguna entre las partes y que más bien se relacionan con cuestiones de orden, tramitación e impulso del expediente y el proceso.

39. "Art. 48.- El crédito se considerará en peligro y por tanto habrá urgencia cuando se aporten elementos de prueba de naturaleza tal que permitan suponer o temer la insolvencia inminente del deudor, lo cual se hará constar en el auto que dicte el juez (. . .)."

40. Nuestra Suprema Corte de Justicia es del criterio de que los autos dictados en ocasión de medidas conservatorias son recurribles en apelación e igualmente atacables por ante el Juez de los Referimientos, como se concluye de la siguiente decisión: "Considerando, que esta Suprema Corte de Justicia, como Corte de Casación, entiende que la Corte a-qua ha hecho una correcta aplicación de la ley al rechazar el medio de inadmisión que le fuera

Antes que nada, debemos distinguir entre una acción en impugnación contra el laudo cuya homologación se persigue, de aquella que ataca el auto que lo homologa.

En el primer caso, sólo se tendría como opción una demanda principal en nulidad del laudo por ante la Corte de Apelación correspondiente a la jurisdicción por ante la cual fue dictado el laudo, decisión ésta que a su vez podrá ser recurrida en casación⁴¹.

En la segunda situación planteada, y es la que verdaderamente nos ocupa, aunque distinta, se seguirá el mismo procedimiento de demanda principal en nulidad, *mutatis mutandis*, por disposición expresa de la parte *in fine* del artículo 44 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial⁴².

Nada dice la ley respecto de la situación existente cuando la medida cautelar es solicitada y el auto dictado por ante la sede judicial. Surge la duda, de si en contra de quien ha sido dictada la medida puede recurrirla en apelación, como lo reconoce nuestro más alto tribunal⁴³ para los autos dictados por los tribunales estatales al conocer asuntos ordinarios y en aplicación del artículo 48 del Código de Procedimiento Civil; o si, por el contrario, al dictarse en ocasión de un procedimiento arbitral, deberán hacerse los ajustes procedimentales necesarios para adaptarse a esta materia dada su

planteado y admitir como bueno y válido el recurso de apelación del auto dado por el juez presidente del tribunal a-quo, por ante dicha alzada, ya que aunque el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil expresa que "la parte interesada podrá recurrir en referimiento ante el mismo juez que dictó el auto", ésta, ni ninguna otra disposición legal prohíbe que ese auto sea recurrido en apelación, y como está consagrado constitucionalmente que lo que no está prohibido está permitido, es procedente que este medio sea desestimado por no padecer el fallo atacado del vicio planteado por la recurrente;" Sentencia del 17 de diciembre del 2008, No.39. Goldentail Limited, Inc. Vs. Hotelera Rancho Romana, C. por A.

41. Ley No. 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. "Artículo 39.- Acción en Nulidad contra Laudo Arbitral. 1° Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad, conforme los párrafo 2) y 3) del presente artículo." "Artículo 40.- Procedimiento.- 1° Si las partes no han renunciado previamente a ejercer todo recurso contra los laudos, el tribunal competente para conocer de la nulidad de un laudo arbitral dictado en la República Dominicana es la Corte de Apelación del Departamento correspondiente al lugar donde se dictó el mismo. (. . .) 4° Las sentencias sobre la nulidad del laudo pueden ser recurridas en casación, sin embargo, aquellas ordenanzas dictadas por el Presidente de la Corte sobre la suspensión no pueden ser objeto de dicho recurso."
42. " Ley No. 479-08 Sobre Arbitraje Comercial. "Artículo 44.- Examen del Laudo.- (. . .) Si hubiere contestación sobre el auto que se dictare, la misma será conocida y fallada conforme establece la presente ley para el caso de anulación, por la Corte de Apelación competente, en única y última instancia y según establezca la convención internacional correspondiente."
43. Ver jurisprudencia citada en la nota al pie No.35. Eventualmente podría por igual recurrirse en casación.

especialidad y consecuentemente, por analogía, seguirse el procedimiento previsto en el artículo 44 de la Ley No. 489-08 Sobre Arbitraje Comercial.

Asumo la posición de que, siendo esta una materia especializada y tratándose las medidas cautelares de un accesorio de lo principal constituido por el proceso arbitral, este último será quien determine el camino a seguirse, y en consecuencia, el procedimiento aplicable lo será aquel establecido para el caso de la anulación del laudo.

Bajo esa premisa, el auto dictado por un tribunal estatal —en ocasión de la solicitud de una medida cautelar— solo podrá atacarse mediante la interposición de una acción principal incoada por ante la Corte de Apelación del Departamento Judicial al que pertenezca el tribunal que lo dictó, la que conocerá del asunto en única y última instancia.

CONCLUSIÓN

La justificación para el reconocimiento de la facultad de dictar medidas cautelares a los árbitros, no difiere de aquella reconocida y aceptada para los jueces de los tribunales del Estado. Nuestra legislación distingue —con meridiana claridad— las atribuciones de una y otra jurisdicción, conforme el estado de desarrollo del proceso.

La imposibilidad de coacción directa de los árbitros por falta de *imperium*, no resta en forma alguna eficacia a esta facultad legal, pues sus decisiones se tornan ejecutorias, una vez seguido el procedimiento establecido para la homologación.

Invito a recordar la ventaja que supone para el árbitro, no sólo conocer cada etapa del procedimiento, sino, entrar en contacto con todas las pruebas suplidas, sin importar roles —demandante o demandado—, a la hora de tomar una sana decisión.

Hay que presumir que el tribunal arbitral se encontrará en una situación de ventaja sobre el tribunal estatal por precisamente tener un conocimiento más acabado de los hechos, amén de la primacía de su decisión sobre la que pudiese ser tomada por la sede judicial.

Obviamente, a estas ventajas se contraponen las de que goza la sede judicial al poder dictar medidas y hacerlas cumplir forzosamente, sin trámite adicional.

En definitiva, el valor de las medidas cautelares –como instrumento jurídico accesorio para garantía de una efectiva protección de los derechos del peticionario– no acepta discusión. No obstante lo expresado, acudir a una u otra jurisdicción en búsqueda de esta salvaguardia, no es un asunto automático por las implicaciones de orden práctico que pueden generarse.

Reconozco es necesario, entonces, ponderar detenidamente la conveniencia de acudir a uno u otro foro, a partir de la medida a ser solicitada y las situaciones de hecho que rodeen cada caso en particular.

BIBLIOGRAFÍA

- Alejandro Romero Seguel y José Ignacio Díaz Villalobos. El Arbitraje Interno y Comercial Internacional. Legal Publishing.
- Héctor Arquímedes Cordero Frías. Competencia del Juez en Atribuciones de Referimiento. Santo Domingo, República Dominicana. 1991.
- Francisco González de Cossio. Arbitraje. Segunda Edición- Editorial Porrúa. México, 2008.
- Froilán Tavares (hijo). Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano. 8va edición, revisada y puesta al día por Froilán J. R. Tavares y Margarita A. Tavares. Santo Domingo. 1995.
- Ley No. 181-09 que introduce modificaciones a la Ley No. 50-87, de fecha 4 de junio de 1987, sobre Cámaras Oficiales de Comercio y Producción de la República.
- Ley 834 del 15 de julio de 1978 que modifica y abroga ciertas disposiciones en materia de procedimiento civil.
- Ley 489-08 Sobre Arbitraje Comercial.
- Marco A. Rufino. El Proceso Arbitral. 1º edición. Buenos Aires. 1992. Talleres Gráficos Alfa Beta, S. A.
- Redfern-Hunter-Blackaby-Partaside. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4º Edición. 2006. Edición en español revisada y adaptada por Noina Marigo y Felipe Ossa. Thomson – Aranzadi.
- Roque J. Caivano. Arbitraje. 2º edición actualizada y ampliada. Villela Editor. Buenos Aires. 2000.
- <http://www.suprema.gov.do/sentscj/sentencia.asp?B1=VR&lave=118320001> 20 de octubre del 2013 5:04 p.m.
- <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2011/mayo/514-30-47874-3387.html> 19 de octubre del 2013, 7:16 p.m.
- http://www.suprema.gov.do/PDF_2/fallos/Fallo_Centro_Comercial_Sto_Dgo_CporA_Vs_VM_Pena_Valentin.pdf 20 de octubre del 2013, 4:44 p.m.