

El régimen cautelar en el arbitraje comercial internacional argentino

Roque J. Caivano
(Argentina)

I.- Introducción [\[arriba\]](#)

A partir de la entrada en vigor de la Ley N° 27.449, en agosto de 2018, los arbitrajes con sede en la Argentina están sujetos a un régimen diferente, según sean comerciales e internacionales, o carezcan de alguna de las dos condiciones. Los primeros están regidos en forma exclusiva por la Ley N° 27.449 (art- 1°); a los segundos (genéricamente hablando, los arbitrajes domésticos) no se les aplica la citada ley, y están regidos por las normas sobre contrato de arbitraje del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1649 y siguientes) y las normas sobre arbitraje que contenga el Código Procesal Civil y Comercial de la sede del arbitraje. Ello significa que, según se trate de una u otra clase de arbitraje, son distintas las normas que los rigen, y distintas las soluciones respecto de muchos aspectos relacionados con las decisiones de los árbitros.[1]

El régimen cautelar es uno de aquellos aspectos en los cuales las diferencias son significativas. Porque, respecto de los arbitrajes domésticos, dos únicas cosas son claras: los árbitros pueden dictar medidas cautelares y a ellas se aplican, a falta de cualquier especificación, las pautas previstas para las medidas cautelares que dictan los jueces estatales. En cambio, respecto de los arbitrajes regidos por la Ley N° 27.449, la norma contiene una serie de disposiciones particulares para el dictado de medidas cautelares por parte de los árbitros (y para la ejecución, en la Argentina, de medidas cautelares dispuestas por tribunales arbitrales con sede en el extranjero), que constituyen un régimen cautelar completo.

Con todo lo extrañas que pueden ser para nuestras prácticas locales algunas de las normas de la Ley N° 27.449, el legislador argentino no las inventó: con muy pocas excepciones, la ley siguió el texto de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o, por sus siglas en inglés, UNCITRAL), con las enmiendas que se introdujeron en 2006,[2] que son reglas universalmente aceptadas para el arbitraje internacional, al haber sido recogidas por países con distintas culturas y tradición jurídica.[3] Y las normas sobre medidas cautelares son tan completas y detalladas porque la materia es una de aquellas que fue considerada prioritaria en la reforma de 2006 a la Ley Modelo.[4]

II.- Breve repaso del régimen cautelar en arbitrajes domésticos [\[arriba\]](#)

El tratamiento del régimen cautelar en arbitrajes no regidos por la Ley N° 27.449 no es objeto de este trabajo, por lo que únicamente haremos una breve referencia, al solo efecto de compararlo con el que se aplica a arbitrajes comerciales e internacionales.

Si bien históricamente se les había negado la facultad cautelar,[5] hoy ya no es objeto de discusión que los árbitros pueden dictar medidas cautelares: actualmente la doctrina,[6] y la jurisprudencia,[7] lo han reconocido. La certeza sobre esa conclusión se ha originado en dos fuentes; por un lado, se ha re-interpretado que el texto del art. 753 del CPCCN,[8] al contrario de lo que se le había hecho decir, no impide a los árbitros dictarlas sino, a lo sumo, ejecutarlas compulsivamente; y, por

el otro, el CCyCN lo autoriza de manera expresa y directa: su art. 1655 dispone que “excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio”. [9]

En consecuencia, para los arbitrajes domésticos, no hay más normas legales referidas a las medidas cautelares dispuestas por los árbitros que los arts. 753 del CPCCN y 1655 del CCyCN. Esas normas no hacen mucho más que reconocer que los árbitros pueden dictarlas y, en cualquier caso, establecen un régimen de concurrencia cautelar entre jueces y árbitros: ello se desprende implícitamente del art. 196 del CPCCN, [10] y es mucho más explícito en el art. 1655 del CCyCN. [11] Lo demás que surge de ellas es, o bien una obviedad, como el hecho de no poder los árbitros ejecutarlas compulsivamente, [12] o de poder exigir una contracautela; [13] o bien una confusa incongruencia, como el segundo párrafo del art. 1655 del CCyCN, conforme el cual “las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables”. [14]

En otras palabras, para arbitrajes domésticos, el régimen legal de las medidas cautelares en el arbitraje está apenas reglado en lo más evidente: los árbitros pueden dictarlas, aunque su facultad es concurrente con la de los tribunales judiciales. Como se verá en el capítulo siguiente, para los arbitrajes comerciales internacionales, la Ley N° 27.449 consagra un régimen completo y más detallado.

III.- El régimen cautelar en arbitrajes comerciales internacionales [\[arriba\]](#)

Hemos señalado que la Ley N° 27.449, en cuanto a las medidas cautelares respecta, ha reproducido literalmente la Ley Modelo en su versión 2006. Que es cuando se incorporó una regulación integral del régimen cautelar: la versión 1985 de la Ley Modelo apenas consagraba la facultad de los árbitros de dictarlas; [15] y el tema había sido calificado como uno de los prioritarios en la enmienda de 2006, [16] a raíz de la mayor utilización de las medidas cautelares en la práctica del arbitraje comercial internacional. [17]

La Ley N° 27.449, en los arts. 21 y 38 a 61, en consecuencia, (i) mantiene el principio de que los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, tienen la facultad de adoptar medidas provisionales cautelares, (ii) las define, (iii) consagra la concurrencia de facultades cautelares entre árbitros y jueces, (iv) ordena la previa sustanciación de las medidas cautelares, pero incorpora la facultad de dictar órdenes preliminares inaudita parte, y (v) regula una serie de aspectos operativos, tanto de las medidas cautelares como de las órdenes preliminares. [18]

Por su extensión, sólo examinaremos algunos aspectos del régimen cautelar de la Ley N° 27.449, concentrándonos en puntualizar los principales y más novedosos en el derecho argentino. [19]

(a) Algunas cuestiones generales

Del texto del art. 38 de la ley, [20] surgen dos cuestiones que, aunque evidentes, conviene puntualizar. Por un lado, la atribución de los árbitros para dictar medidas cautelares puede ser excluida por las partes: para hacerlo, se requerirá o bien un expreso e inequívoco pacto entre ellas, o bien que se sometan a un reglamento que prohíba a los árbitros hacerlo. [21] Por el otro, las medidas cautelares sólo pueden

dictarse a pedido de parte, es decir, no pueden ser dispuestas de oficio por el tribunal arbitral.

El art. 39, al definir en qué puede consistir el contenido de una medida cautelar, a las que tradicionalmente conocemos,[22] añade también la de preservar elementos de prueba relevantes y pertinentes para resolver la controversia. Lo que significa que, bajo el concepto de medida cautelar en el arbitraje se incluye aquello que, en el proceso judicial, se regula bajo el concepto de diligencias preliminares o medidas tendientes a preparar un proceso (arts. 323 y siguientes del CPCCN).

El art. 40 establece los requisitos esenciales para el dictado de una medida cautelar. Aunque la ley utiliza una terminología diferente,[23] no parece haber una diferencia sustancial entre las condiciones que debe satisfacer el solicitante de una medida cautelar ante un tribunal arbitral y las que deben satisfacerse frente a un tribunal judicial: verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. Y los arts. 50 a 55 reproducen lo que es usual en materia cautelar: que el tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado (art. 50); que el tribunal arbitral puede exigir del solicitante una garantía adecuada respecto de la medida solicitada (art. 51); que el tribunal arbitral podrá exigir a las partes que informen todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida cautelar (art. 53); y que el solicitante será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que la medida cautelar o la orden preliminar ocasionen (art. 55).

(b) La necesidad de sustanciar previamente la solicitud cautelar

En el proceso civil (y, por extensión, en el arbitraje doméstico) las medidas cautelares se dictan inaudita parte (art. 198, CPCCN).[24] Disposición cuya razonabilidad se ha sostenido, por la urgencia en que se fundamenta una solicitud cautelar y la necesidad de proteger un determinado estado fáctico o jurídico que aparece sujeto a riesgo.[25]

En sentido contrario, la Ley N° 27.449 exige la previa sustanciación de la solicitud de una medida cautelar. Ello se desprende no sólo del texto, sino de la génesis de las normas de la Ley Modelo, reproducidas por la Ley N° 27.449.

Por un lado, es una condición que surge del juego de los arts. 42, 43 y 45 de la ley. Según el primero, “salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada”. Conforme el segundo, “el tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada”. Y según el tercero, “inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello”.

Un breve análisis de dichas normas determina algunas cuestiones a puntualizar. En primer lugar, la expresión “sin dar aviso a ninguna otra parte”, contenida en el art. 42, sólo opera respecto de la orden preliminar, en el caso de que la medida cautelar se pida juntamente con ella (y, además se haga lugar a esta última). En segundo lugar, la necesidad de que el solicitante demuestre que la notificación previa de la solicitud cautelar entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada, según surge del art. 43, es un presupuesto de admisibilidad de la orden preliminar, no de la medida cautelar. Y, en tercer lugar, el art. 45 obliga a notificar la solicitud de una medida cautelar “inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar”. En otras palabras, se haya admitido o no la orden preliminar, la solicitud de una medida cautelar debe comunicarse siempre a la parte afectada, previo a la decisión del tribunal acerca de su otorgamiento o denegatoria. Lo único que un árbitro puede resolver sin sustanciación es una solicitud de orden preliminar; no una medida cautelar.

Por el otro lado, el tema fue objeto de arduo debate en el seno de la CNUDMI. Como se sabe, la comisión es un órgano de las Naciones Unidas, integrada por representantes de 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General, representativos de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas jurídicos y económicos del mundo,[26] a la cual suelen sumarse, en calidad de observadores, representantes de países que, siendo miembros de la ONU, no lo sean de la comisión, así como de las organizaciones internacionales y regionales especializadas en los temas de incumbencia de la CNUDMI. Con una composición realmente plural y universal, era esperable que en la comisión hubiese voces disonantes sobre el tema, porque hay culturas jurídicas en las cuales no es concebible el dictado de medidas cautelares sin previa sustanciación,[27] y connotados autores que participan de esa opinión.[28] Así fue cómo, mientras algunos miembros y observadores en la comisión apoyaban el reconocimiento de la facultad a los árbitros de dictar medidas cautelares ex parte, otros tantos abogaban por la necesidad de previa sustanciación.[29]

Con independencia de la razón que asista a unos y otros, lo cierto es que en la CNUDMI prevaleció la idea de que las solicitudes de medidas cautelares debían ser previamente sustanciadas, aunque se admitió -como veremos a continuación- que los árbitros dicten, inaudita parte, una medida transitoria (denominada orden preliminar), que permite mantener el status quo hasta tanto se sustancia y se decide sobre la procedencia de la medida cautelar.[30]

(c) Las órdenes preliminares

Como se mencionó en el párrafo anterior, la Comisión intentó compatibilizar la obligación de sustanciar la solicitud de una medida cautelar antes de concederla o denegarla, y la necesidad de buscar alguna solución práctica a la posibilidad de que el previo conocimiento de una solicitud cautelar por parte de su destinatario pueda frustrar la eficacia de la medida. Y encontró la solución en la creación de las órdenes preliminares que, dictadas inaudita parte, sólo preservan la situación mientras se sustancia y decide la solicitud de una medida cautelar. Así como la medida cautelar tiende a evitar que se frustre la efectividad del proceso o del laudo, la orden preliminar busca impedir que se frustre la efectividad de la medida cautelar que vaya a dictarse, tratando de balancear los derechos del solicitante de la medida, con los de la parte afectada por la orden emitida sin darle audiencia.[31]

En relación con las condiciones bajo las cuales se admite, es necesario subrayar que una orden preliminar sólo puede concederse a pedido de parte, pedido que debe

hacerse juntamente con la solicitud de una medida cautelar. La orden preliminar no funciona de manera autónoma, sino como una decisión que se requiere a los árbitros para impedir que el destinatario de una medida cautelar, al conocer de su pedido a raíz de la sustanciación, pueda realizar algún acto destinado a frustrar su finalidad. Sin embargo, aunque deben plantearse en forma conjunta, la fundamentación de la orden preliminar difiere de la fundamentación de la medida cautelar: como hemos visto, la última requiere que se convenza al tribunal arbitral acerca de la verosimilitud en el derecho y del peligro en la demora sobre el objeto de la medida cautelar; en la orden preliminar, la fundamentación debe dirigirse a convencer al tribunal arbitral de que la notificación previa de la solicitud cautelar apareja el riesgo de que su propósito se frustre. Es decir, el solicitante de una orden preliminar debe convencer al tribunal de la necesidad de proteger el status quo durante la sustanciación de la medida cautelar previo a su concesión, independientemente del riesgo que se quiere tutelar con la misma medida cautelar.

Recibidas por el tribunal arbitral ambas peticiones (la solicitud de una medida cautelar y la de una orden preliminar), pueden darse dos situaciones: que los árbitros consideren innecesaria la orden preliminar, o que la concedan. En el primer caso, además de justificar por qué desestiman la orden preliminar, deben ordenar la sustanciación de la medida cautelar, para oír al afectado antes de decidir sobre su procedencia. En el segundo, es decir, si la orden preliminar es concedida, deben comunicarla a ambas partes junto con el traslado de la solicitud cautelar.[32] En este último caso, el afectado puede objetar la orden preliminar, debiendo el tribunal arbitral resolver la objeción “sin tardanza” (art. 47). Ello, en otras palabras, si bien la medida cautelar se sustancia antes de decidirse, la orden preliminar se adopta inaudita parte, pero se sustancia una vez emitida, permitiendo al destinatario argumentar que ella no era necesaria o no era procedente y, aunque ex post, al tribunal arbitral reverla.

La orden procesal, en suma, es una decisión de los árbitros que pretende asegurar que la medida cautelar pueda ser efectiva; es una situación preprocesal que opera como una forma de evitar que el demandado frustre la efectividad de la medida.[33] Por ello, sus efectos son limitados, no sólo en cuanto a sus efectos, sino en el tiempo. En relación con lo primero, a pesar de ser vinculantes, no constituyen un laudo ni una medida cautelar, ni son ejecutables judicialmente como aquellos.[34] En relación con lo segundo, las órdenes procesales expiran con el dictado (o con el rechazo) de la medida cautelar, o a los veinte días de emitidas, sin perjuicio de la facultad del tribunal arbitral de renovarla por una sola vez.

Sólo para mencionar alguna experiencia comparada, otros países, no obstante haber basado su legislación en la Ley Modelo, no incluyeron el sistema de órdenes preliminares. Muchos de ellos sí adoptaron el principio general según el cual la solicitud cautelar debe ser previamente sustanciada, pero admitieron que, en circunstancias excepcionales, los árbitros puedan adoptar la decisión cautelar inaudita parte.[35]

(d) La concurrencia de facultades cautelares entre jueces y árbitros

La Ley N° 27.449, en los arts. 21 y 61, establece el carácter concurrente de facultades cautelares. Según el art. 21, “no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas”. [36] Según el art. 61, “el tribunal [judicial] gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de

actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales”.[37]

Aunque existen algunos países que ya han adoptado un régimen según el cual las facultades cautelares son exclusivas de los árbitros,[38] la ley argentina ha seguido el prudente régimen de la Ley Modelo, que conserva la concurrencia de atribuciones cautelares. Ello obedece tanto a razones de necesidad, antes de que el tribunal arbitral se hubiese constituido,[39] como a razones de practicidad, dándole a las partes la posibilidad de que las medidas sean decididas y ejecutadas por el mismo juez estatal.[40] A pesar de la concurrencia de facultades que surge de las normas mencionadas, la evolución natural del reconocimiento a los árbitros de la facultad de dictar medidas cautelares probablemente hará que los jueces sean reticentes a inmiscuirse en una cuestión que bien pueden resolver los árbitros.[41]

(e) Reconocimiento y ejecución (en Argentina) de medidas cautelares arbitrales extranjeras

La eficacia de las medidas cautelares depende de su posibilidad real de ser ejecutadas.[42] De lo contrario, son puramente nominales y nada útil proveen a favor de quien se dictan. Y, en arbitrajes internacionales, la tutela puede ser necesaria en un país distinto de aquel en el cual el arbitraje tiene sede. Por lo tanto, es preciso que las leyes o tratados prevean medios para hacer valer las medidas cautelares arbitrales, aun extraterritorialmente.

Para los laudos, el mundo ha adoptado la Convención de Nueva York de 1958, que favorece y facilita la ejecución de los laudos extranjeros e impide a los países miembros imponer condiciones más rigurosas (artículo III). Sin embargo, la posibilidad de aplicar la Convención para obtener el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares ha sido controvertida:[43] más allá de las opiniones doctrinarias,[44] los tribunales de distintos países han adoptado interpretaciones diversas sobre la aplicación de la Convención para ejecutar medidas cautelares.[45]

Ante tales dudas, el problema práctico se soluciona a través de la incorporación al derecho interno, de normas que sean compatibles con la Convención de Nueva York, pero específicamente aplicables a las medidas cautelares.[46] Porque, aun si se aplicara tal como existe, las causales contenidas en la Convención para denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia no han sido pensadas para las medidas cautelares, ni contemplan sus especificidades.[47] Por el contrario, las disposiciones contenidas en los arts. 56 a 60 de la Ley N° 27.449 obligan a los jueces argentinos a reconocer y ejecutar las medidas cautelares arbitrales extranjeras, salvo que se verifique alguna de las causales por las cuales el reconocimiento y ejecución pueden denegarse (art. 56); causales que de manera taxativa menciona el artículo 59, y que, sin perjuicio de seguir la Convención de Nueva York, han sido adaptadas a las características de las medidas cautelares.[48]

IV.- Conclusiones [\[arriba\]](#)

Como sucede en general, el carácter dualista de nuestra legislación sobre arbitraje ha generado, también en materia de medidas cautelares, una diferencia significativa entre los arbitrajes domésticos y los comerciales internacionales. En los primeros, aun cuando se ha superado la históricamente errónea interpretación del art. 753 del CPCCN y ya no se duda de que los árbitros pueden dictar medidas cautelares, no existe un verdadero régimen cautelar; apenas hay unas pocas normas que, además

de fragmentarias y parciales, incluyen algunas preocupantes, como la parte final del art. 1655 del CCyCN. En cambio, las normas que rigen el arbitraje comercial internacional, contenidas en la Ley N° 27.449, constituyen un sistema, y proporcionan un conjunto completo, homogéneo y coherente de reglas sobre la materia cautelar en el arbitraje.

Con ello, quedan mucho más en evidencia las asimetrías. La más notoria de las cuales es que, por aplicación analógica de lo que sucede en materia judicial, en arbitrajes domésticos es admisible (y hasta podría considerarse imperativo) que las medidas cautelares sean dictadas inaudita parte; mientras que la sustanciación previa es imprescindible para poder otorgar una medida cautelar en un arbitraje comercial internacional.

También, de la mano de la Ley N° 27.449, ha ingresado al derecho argentino la orden preliminar, una figura no regulada con anterioridad -y poco conocida en el derecho comparado- cuyos efectos no son fáciles de precisar y que habrán de ser objeto de estudio por la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Ver, con mayor detalle, CAIVANO, Roque J.: “Propuestas para mejorar la Legislación sobre arbitraje doméstico”, Revista Argentina de Arbitraje, N° 7, abril de 2021, IJ-MLVIII-253, accesible en <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7318d83aaf4730e68becd7aaaed15f7e8608688775eb>

[2] Para un análisis comparativo entre ambas, ver CAIVANO, Roque J. y SANDLER OBREGÓN, Verónica: “La nueva Ley argentina de arbitraje comercial internacional”, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. XI, N° 1, 2018, ps. 575 y siguientes.

[3] Sean de tradición romana continental o anglosajona, todos los países del mundo han tenido la Ley Modelo como fuente de sus normas sobre arbitraje, y algunos de ellos (para mencionar algunos, Canadá y Chile) adoptaron su texto sin alteraciones. Ver, CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo: “La política internacional sobre legislación arbitral: La Ley Modelo Uncitral/ Cnumudi”, Revista Foro Jurídico, vol. 11, 2010, ps. 81 y siguientes.

[4] Ver, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.: “La reforma de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional: una referencia para el Derecho Internacional Privado Argentino”, Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial, N° 2, marzo de 2013, IJ-LXVII-777, accesible en <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=ddf2a0f4e383aaf4730e68c071b6ecd8>

[5] Ver, por ejemplo, PODETTI, J. Ramiro y GUERRERO LECONTE, Víctor A.: Tratado de las medidas cautelares, ed. Ediar, 2ª edición, Buenos Aires, 1969, p. 94; FASSI, Santiago: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas vigentes. Comentado. Anotado y concordado, ed. Astrea, Buenos Aires, 1973, tomo III, p. 489; FENOCCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, tomo III, p. 500; FALCÓN, Enrique M.: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, tomo IV, p. 644; COLOMBO, Carlos J.: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, tomo 2, p. 434. En jurisprudencia, como ejemplo, pueden verse, C.Civ.Com.

y de Minas de Mendoza, 25/10/1961, “Turlan de Ringelman, Laura c. Eucaliptales Mendocinos”, Repertorio La Ley, XXV-888; C.Civ. y Com. de Mar del Plata, 16/11/1965, “Paolinelli, Dante c. Ricchiutto, Julio”, Rev. ED, 14-592; CNCiv., sala A, 13/06/1972, “Vialco S.A. c. El Fletero S.R.L.”, Rev. ED, 50-463; CNCom., sala C, 28/08/1974, “Ilvento, Alfredo c. Ilvento, Domingo”, Rev. La Ley, 1975-A, 794; C.Civ. y Com. de Mar del Plata, sala 1°, 7/07/1998, “Sasso, Nicolás c. Neyra, Osbelia”, Rev. JA, 1998-IV-46; CNCiv. y Com. Federal, sala de Feria, 1/08/2002, “Manuel Tienda León S.A. c. Aeropuertos Argentina 2000 S.A.”. Ver, asimismo, nuestra crítica a esa posición en CAIVANO, Roque J.: “Medidas cautelares en el arbitraje”, Rev. JA, 1998-IV-47.

[6] Ver, CAIVANO, Roque J.: “Sistemas cautelares en arbitraje”, Revista de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, vol. 2010-1, abril de 2010, ps. 255 y siguientes; TOPALIAN, Gustavo: “Arbitraje y medidas cautelares”, ELDial.com, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, 27/11/2009; CONIL PAZ, Alberto A.: “La lucha por el arbitraje (El caso de las medidas cautelares)”, Rev. ED, 181-238; RIVERA, Julio César: Arbitraje comercial internacional y doméstico, ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 392 y 393; ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A.: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado anotado y concordado con los códigos provinciales, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2ª edición, 2007, tomo III, ps. 692 y siguientes; MORELLO, Augusto M.: “Contribución a la reforma del juicio arbitral”, Rev. ED, 173-883; MORELLO, Augusto M.: “Arbitraje internacional. Superar puntos críticos y contribuir a su difusión”, Rev. ED, 185-1171; MARTIN MARCHESINI, Gualtieri: “Las medidas cautelares en el proceso arbitral comercial”, Rev. La Ley, 2006-C, 1208; GOLDCHER, Flavia y MURANO, Gustavo: “Respecto de las medidas cautelares en el arbitraje”, ELDial.com, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, 27/11/2009; ZINNY, Jorge H.: “Medidas cautelares en el arbitraje”, Revista de Derecho Procesal, N° 1, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 260; ROBILOLO, Jorge A.: Derecho Arbitral, ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 178; PEYRANO, Jorge W.: “Medidas cautelares en los procesos arbitrales”, Rev. JA, 2004-III-898. Inclusive Kielmanovich, originariamente enrolado en la tesis negativa, luego rectificó su opinión: ver, KIELMANOVICH, Jorge L.: “Medidas cautelares en el proceso arbitral (a propósito del art. 753, CPCCN)”, Suplemento Revista JA, 16/06/2010.

[7] CNCom., sala B, 20/11/02, “Soletanche Bachy Arg. S.A. c. Victorio Américo Gualtieri S.A.”, Rev. La Ley, 2003-D, 415; C.Civ. y Com. de Mar del Plata, sala 1°, 2/12/1999, “Pestaña, Odilio A. c. Guerini, Oscar”, Rev. ED, 187-338 (con nuestro comentario, “Medidas cautelares en el arbitraje: una saludable rectificación de la Justicia marplatense”); CNCom., sala C, 12/12/2000, “Pérez Companc, S.A. c. Enersis S.A.”, Rev. ED, 192-142; CNCom., sala C, 29/10/2002, “Saúl, Romay Argentino Alejandro c. Prime Argentina S.A.”; CNCom., sala B, 16/12/2005, “Dong Won S.A. c. Compañía Petrolera Petroleum World S.A.”, ELDial.com, 20/03/2006; CNCom., sala F, 15/07/2010, “Banco de Servicios y Transacciones S.A. c. Appiani Jorge H.”, expte. 016781/10, ELDial.com, 21/09/2011; CNCiv., sala B, 10/12/2018, “Fideicomiso Llerena Studio Aparts c. Bouwers's”, expte. 32212/2017.

[8] “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.

[9] Ver, GIANNINI, Leandro J.: “Las medidas cautelares en el arbitraje: impacto de su regulación en el Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho Procesal, 2017-1, ps. 387 y siguientes.

[10] En su párrafo segundo, la norma dispone que “la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo”. En un caso sometido a arbitraje, los tribunales judiciales son incompetentes, por ser ese uno de los efectos del acuerdo de arbitraje

(arg. artículo 1656, párrafo primero, CCyCN).

[11] “Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros”.

[12] Prohibición que surge implícitamente a contrario sensu del artículo 753 del CPCCN y explícitamente del artículo 1655 del CCyCN (“la ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial”).

[13] El artículo 1655 del CCyCN expresamente señala que “los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante”.

[14] Más allá de la poca razonabilidad de la norma, y de alguna duda que se ha expresado sobre su validez constitucional (Ver, GIANNINI, Leandro J.: “El arbitraje en el Código Civil y Comercial: Inconstitucionalidad del régimen de impugnación del laudo arbitral”, Rev. La Ley, 28/06/2017, ps. 1 y siguientes, AR/DOC/1582/2017), el artículo en mención reproduce, para las medidas cautelares, la fórmula que luego utiliza, para los laudos, en la parte final del artículo 1656. Y si bien no conocemos decisiones judiciales sobre el artículo 1655, sí existen varias respecto del artículo 1656 in fine, que han considerado que los laudos sólo están sujetos a la irrenunciable revisión por nulidad prevista en el CPCCN, siendo la apelación absolutamente renunciable. Ver, CNCom., sala E, 22/12/2015, “Olam Argentina S.A. c. Cubero, Alberto Martín”, Revista Argentina de Arbitraje, N° 1, octubre de 2017, IJ-XCVIII-341; CNCom., sala D, 12/04/2016, “Amarilla Automotores S.A. c. BMW Argentina S.A.”, Revista Argentina de Arbitraje, N° 1, octubre de 2017, IJ-CCCLXXVIII-514; CNCom., sala B, 12/04/2016, Diaz, Rubén Héctor c. Techint Cía. Técnica Internacional S.A.C.E.I.”, Revista Argentina de Arbitraje, N° 1, octubre de 2017, IJ-CCCLXXVIII-482, Ver, asimismo, SANDLER OBREGÓN, Verónica: “La impugnación de los laudos arbitrales”, Rev. La Ley, 10/05/2016, ps. 5 y siguientes.

[15] La Ley Modelo en 1985 solamente señalaba: “salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”.

[16] SANDERS, Pieter: “UNCITRAL's Model Law on international and commercial arbitration: Present situation and future”, Arbitration International, vol. 21, N° 4, 2005, ps. 443 y siguientes.

[17] Notas Explicativas de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo, parágrafo 4.

[18] Por ejemplo, las condiciones generales para conceder medidas cautelares y órdenes preliminares; el trámite de la solicitud de medidas cautelares; su modificación, suspensión o levantamiento; la contracautela que el tribunal arbitral puede exigir; la responsabilidad del solicitante por los costos y daños que pudieran resultar de ella; y el reconocimiento y ejecución extraterritorial de estas medidas.

[19] En forma más completa, puede verse, CAIVANO, Roque J. y CEBALLOS RÍOS, Natalia M.: Tratado de arbitraje comercial internacional argentino, ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, ps. 465 y siguientes.

[20] “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares”.

[21] Debe recordarse que, conforme la misma Ley N° 27.449, “cuando una disposición de la presente ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado” (artículo 7, inciso e).

[22] Mantener o restablecer un determinado status quo, adoptar alguna medida para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral,

o preservar bienes que permitan ejecutar el laudo.

[23] La ley 27.449 requiere que el solicitante de una medida cautelar debe convencer al tribunal arbitral de que: “(a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser ésta otorgada; y (b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere”.

[24] “Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte”.

[25] CAMPS, Carlos Enrique: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (Anotado - Comentado - Concordado), ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, comentario al artículo 198.

[26] Están representados en ella 14 estados africanos, 14 asiáticos, 8 de Europa oriental, 10 de América Latina y el Caribe, y 14 de Europa occidental y otros Estados.

[27] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que las medidas provisionales (aun judiciales) dictadas inaudita parte no son ejecutables en el ámbito de la Unión Europea (TJUE, 21/05/1980, “Bernard Denilauler c. SNC Couchet Frères”, causa 125/79).

[28] Ver, por ejemplo, DERAIS, Yves: “L’arbitre et l’octroi de mesures provisoires ex parte”, Les Cahiers de l’arbitrage, vol. II, julio de 2004, ps. 74 y siguientes; VAN HOUTTE, Hans: “Ten reasons against a proposal for ex-parte interim measures of protection in arbitration”, Arbitration International, vol. 20, N° 1, 2004, ps. 85 y siguientes; SILVA ROMERO, Eduardo: “Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro”, Ponencia presentada en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, El Arbitraje y la Jurisdicción, Madrid, 17 al 19 de junio de 2007.

[29] Entre los primeros estaban Alemania, Estados Unidos, España, México y Suiza; y entre los que se oponían a admitir la posibilidad de que los árbitros adoptasen medidas cautelares inaudita parte se encontraban Francia, Italia, el Reino Unido y la Cámara de Comercio Internacional (PERALES VISCASILLAS, Pilar: “Reforma sobre medidas cautelares en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI”, Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil, ed. Legis, Bogotá, N° 16, julio-septiembre de 2007, ps. 51 y siguientes).

[30] Aunque finalmente se adoptó el formato de las órdenes preliminares, también se discutieron otras propuestas o fórmulas tendientes a lograr un cierto consenso en la comisión (PERALES VISCASILLAS: op. cit.; BERAUDO, Jean-Paul: “Recognition and enforcement of interim measures of protection ordered by arbitral tribunals. A comparison with the Republic of Congo Pre-Arbitral Referee Case”, Journal of International Arbitration, vol. 22, N° 3, 2005, ps. 245 y siguientes).

[31] FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. y PERALES VISCASILLAS, Pilar: “Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva”, Revista de Derecho Comparado, N° 20, 2012, ps. 37 y siguientes.

[32] El artículo 45 establece que la comunicación debe hacerse en forma inmediata, y que debe incluirse no sólo la propia orden preliminar, sino también su solicitud, la solicitud de la medida cautelar, y todas las comunicaciones que hubiese habido al respecto entre el solicitante y el tribunal arbitral.

[33] BARONA VILAR, Silvia: Medidas cautelares en el arbitraje, ed. Thomson/Civitas, Madrid, 2006, ps. 93 y siguientes.

[34] Ello, unido que el texto de la CNUDMI no previó ningún tipo de sanción para quien incumpliera una orden preliminar, hizo que el debate pasara a centrarse en la verdadera utilidad práctica de esta figura (SÁNCHEZ POS, María Victoria: “Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación arbitral española y en otras legislaciones estatales”, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. XI, N°

2, 2018, ps. 403 y siguientes). Ver, asimismo, BORN, Gary B.: *International Arbitration. Law and Practice*, ed. Kluwer Law International, La Haya, 2012, p. 210.

[35] Por ejemplo, la Ley uruguaya de arbitraje comercial internacional N° 19.636 (artículo 17.5), o la Ley peruana de arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071/2008 (artículo 47.3).

[36] En las Notas Explicativas de la Secretaría de la CNUDMI al artículo 9 de la Ley Modelo (idéntico al artículo 21 de la ley argentina), se puntualiza: “En el artículo 9 se enuncia el principio de que ninguna medida cautelar que dicten los tribunales judiciales en virtud de su derecho procesal (por ejemplo, embargos previos al laudo) será incompatible con un acuerdo de arbitraje. Esta disposición se destina en última instancia, a los tribunales de cualquier Estado, en cuanto establece la compatibilidad del acuerdo de arbitraje con toda medida cautelar que se conceda, independientemente del lugar del arbitraje. Dondequiera que se pueda hacer una solicitud de medidas cautelares a un tribunal, no podrá invocarse, en virtud de la Ley Modelo, como una excepción con respecto a la existencia o eficacia del acuerdo de arbitraje” (parágrafo 22).

[37] Por su ubicación metodológica y según lo dispuesto en el artículo 2, el artículo 61 se aplica inclusive si la sede del arbitraje está fuera de la Argentina. Ello significa que los jueces argentinos podrán dictar medidas cautelares al servicio de arbitrajes cuya sede no sea la Argentina o, inclusive, cuando la sede no estuviera aún determinada.

[38] Tanto la Ley de Arbitraje de Perú de 2008 (únicamente para los arbitrajes domésticos, pues respecto de los internacionales adopta la misma solución de la Ley Modelo), como la de la ley brasileña luego de la reforma de 2015 (Ley N° 13.129/15), disponen que las partes podrán pedir medidas cautelares a una autoridad judicial sólo antes de la constitución del tribunal arbitral, y someten a revisión del tribunal arbitral las medidas adoptadas judicialmente. Una vez constituido el tribunal arbitral, las partes no podrán pedir las medidas cautelares judicialmente.

[39] Para subsanar la imposibilidad práctica de que las medidas cautelares deban resolverse judicialmente por la inexistencia de tribunal arbitral para adoptarlos, varios reglamentos han implementado el sistema del árbitro de emergencia, previendo la designación de un árbitro al solo y único efecto de dictar una medida cautelar, antes de que se constituya el tribunal arbitral que conocerá del caso. Ver, al respecto, FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo: “El arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras”, *Revista Argentina de Arbitraje*, N° 1, octubre de 2017, IJ-CCCLXXXVI-886, accesible en <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=367f08b93bba35e4869c03e853aab8d9>; GOMM SANTOS, Mauricio y DE OLIVEIRA FRANCO, Rodrigo: “El nuevo Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas”, *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 23, julio-diciembre de 2015, ps. 156 y siguientes; RIVERA, Irma I.: “El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento”, *Revista Arbitraje*, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 4, 2014, ps. 169 y siguientes.

[40] En comentario al artículo 17-J de la Ley Modelo (cuyo texto es recogido en el artículo 61 de la ley argentina), se señala que “este artículo se agregó en 2006 para no dejar lugar a dudas en cuanto a que la existencia de un acuerdo de arbitraje no menoscaba las facultades del tribunal judicial competente para dictar medidas cautelares y a que toda parte en un determinado acuerdo de arbitraje es libre de solicitar al tribunal su otorgamiento” (Notas Explicativas de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo, parágrafo 30).

[41] Así lo resolvió la justicia argentina: en un arbitraje con sede en Nueva York, bajo las reglas de la CCI, se denegó la medida cautelar solicitada, señalando que, al estar ya constituido el tribunal arbitral, la atribución cautelar de los jueces resulta excepcional y cualquier medida cautelar debe solicitarse a los árbitros (CNCom., sala D, 9/04/2015, “Methanex Chile Limited c. Petrobras Energía S.A.”).

[42] “La utilidad misma del laudo para la parte favorecida depende de que pueda ejecutarse la medida provisional destinada a facilitar la ejecución ulterior” (Informe del Grupo de Trabajo de la CNUDMI acerca de la labor realizada en su 32° período de sesiones (Viena, marzo de 2000), Documento A/CN. 9/468, p. 14).

[43] Ver, extensamente, CAIVANO, Roque J.: “La Convención de Nueva York y la ejecución de las medidas cautelares”, en SOTO COÁGUILA, Carlos A. (ed.): Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, ed. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2009, ps. 25 y siguientes.

[44] A favor, puede verse VAN DEN BERG, Albert J.: “The application of the New York Convention by the Courts”, ICCA Congress series, N° 9 (Paris/1999), ps. 25 y siguientes; YESILIRMAK, Ali: “Provisional measures”, en MISTELIS, Loukas y LEW, Julian D.M. (eds.): Pervasive problems in international arbitration, ed. Kluwer Law International, La Haya, 2006, ps. 186 y siguientes. En contra, BERGER, Klaus Peter: International economic arbitration, ed. Kluwer Law International, La Haya, 1993, p. 343; PINSOLLE, Philippe: “Observations - Cour d’appel de États-Unis (7e circuit) 14 mars 2000”, Revue de l’arbitrage, 2000, N° 4, ps. 657 y siguientes.

[45] Por ejemplo, los tribunales australianos (Supreme Court of Queensland, 29/10/1993, “Resort Condominiums International Inc. v. Bolwell”, Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XX, 1995, ps. 628 y siguientes) consideraron que una medida cautelar no es una decisión a la cual se pueda aplicar la Convención de Nueva York. En sentido contrario, los tribunales norteamericanos (US Court of Appeals for the Seventh Circuit, 14/03/2000, “Publicis Communication v. True North Communication”, 206 F.3d 725 (7th Cir. 2000)), juzgaron que una medida cautelar podía ser ejecutada por aplicación de la Convención.

[46] RIVERA (h), Julio César: “La ejecución de medidas cautelares y provisionales en un país distinto al de la sede del arbitraje”, Rev. La Ley, 14/02/2017, ps. 1 y siguientes.

[47] BRANSON, Cecil O.D.: “The enforcement of interim measures of protection awards”, ICCA Congress series, N° 11, 2003, ps. 163 y siguientes.

[48] Por un lado, que el ejecutado alegue y pruebe que el acuerdo arbitral no era válido, que se hubiese vulnerado el debido proceso, que el tribunal arbitral se haya excedido en la materia a resolver según el acuerdo arbitral, que la constitución del tribunal o el procedimiento arbitral no se hubiesen ajustado al acuerdo arbitral, que no se hubiese cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la contracautela, o que la medida cautelar haya sido revocada o suspendida. Por el otro, que la medida cautelar sea incompatible con las facultades del tribunal judicial, que el objeto de la controversia no haya sido susceptible de arbitraje, o que el reconocimiento o la ejecución de la medida sean contrarios al orden público internacional argentino.