

Artículos de interés

MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR ARBITROS. CONTRACAUTELA Y SUSTITUCION POR MEDIO DE SEGUROS DE CAUCION.

Por Mariela Virginia Luciani*, Flavia Andrea Medina** y Santiago Toribio***

El arbitraje, como forma alternativa de resolución de controversias, brinda a los operadores del comercio un método de resolver sus controversias de una forma ágil, más acorde con las particularidades de los negocios.

“Cuando las partes deciden el sometimiento de ciertos conflictos a arbitraje, tienen, en relación con la organización del arbitraje, la posibilidad de escoger entre dos modalidades: arbitraje ad hoc (también denominado libre) o arbitraje institucional (también denominado administrado).

En el primer caso, el arbitraje no está sometido a ningún mecanismo o dispositivo predeterminado; no existe un organismo o institución que se ocupe de conducir las actividades necesarias para que el arbitraje pueda llevarse a cabo, de manera que las propias partes deberán acordar las reglas y coordinar la constitución del tribunal arbitral, entre otras tareas. A modo de ejemplo, las partes, en tanto carecen de asistencia externa, deben elegir a los árbitros (o al menos prever los mecanismos para su designación), acordar el lugar donde se llevará a cabo y en su caso el idioma, pactar los procedimientos aplicables, convenir con los árbitros sus honorarios, fijar a los árbitros el plazo para laudo, establecer los recursos que cabrán contra el laudo, etc.

El arbitraje institucional se caracteriza por la existencia de una entidad cuya función primordial es servir de nexo entre los árbitros y las partes, organizando el arbitraje”.

En estos procedimientos, cuando las partes pactan el sometimiento de sus diferendos a un proceso arbitral, además de determinación de los árbitros o la forma de nombrarlos, pueden también establecer con que reglas o reglamentos habrá de llevarse a cabo. Al optar por un arbitraje institucional generalmente, entre otros motivos, lo hacen con la voluntad de someter el mismo a las reglas previstas por ese tribunal –más allá que algunos reglamentos permiten cierto ejercicio de la autonomía de la voluntad-.

En líneas generales, podemos afirmar que los árbitros en sus funciones se asemejan a los jueces estatales: *“Se llaman árbitros, a fin de distinguirlos de los jueces o magistrados. Los árbitros tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la notio, la vocatio y la iuditiuim, mientras que los jueces agregan a las anteriores la coertio y la executio”.* Así, dentro de sus facultades encontramos la posibilidad de dictar medidas cautelares, si bien carecen de la potestad de ejecutar las medidas que dictan.

Sobre esta cuestión, destacamos la utilidad y seguridad jurídica que implica para ellas el sometimiento a un reglamento que prevea todas las contingencias susceptibles de presentarse en un proceso arbitral, evitando así la aplicación de normas supletorias previstas en los Códigos Procesales que correspondan –en la mayoría de los casos, los del lugar sede del arbitraje-.

En particular consideramos esencial que el reglamento contenga en forma explícita la facultad de los de dictar medidas cautelares. De esa forma, tal medida tendrá menos margen de ser revista judicialmente, debiendo en cuanto a su procedencia, limitando así

la función del juez a su ejecución, en virtud de la falta de coertio de los árbitros para hacer cumplir sus laudos. En Argentina esta potestad no deja de ser resistida en nuestra doctrina y jurisprudencia.

A lo largo de este trabajo analizaremos la autoridad de los árbitros para dictar esta clase de medidas precautorias, y la utilidad que al respecto puede otorgar un instrumento tan utilizado en sede judicial como es el seguro de caución.

LA FACULTAD DE LOS ARBITROS DE DICTAR MEDIDAS CAUTELARES

Esta aptitud de los árbitros fue reconocida en diferentes reglamentos de centros dedicados al arbitraje comercial, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Como ejemplo podemos citar los siguientes:

El reglamento de arbitraje de la **Cámara de Comercio Internacional (ICC Arbitration Rules)**, en su artículo 23 establece:

“Medidas cautelares y provisionales:

1. Salvo acuerdo de las partes en contrario, el Tribunal Arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por las partes que las solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante auto motivado o Laudo, según el Tribunal Arbitral lo estime conveniente.

2. Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas aún después solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un Tribunal Arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a este y no afecta los poderes del Tribunal Arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría. Esta última informará de ello al Tribunal Arbitral.

Por su parte, en Argentina, el reglamento de la **Bolsa de Comercio de Buenos Aires**, en su artículo 33 instituye: “El Tribunal podrá disponer medidas cautelares bajo responsabilidad y otorgamiento de contracautela por el solicitante, y a satisfacción de aquél si las partes no han excluido tal facultad en el convenio de arbitraje. Su cumplimiento se requerirá judicialmente. Las partes podrán igualmente solicitar las medidas cautelares judicialmente, sin que ello implique contravenir el convenio de arbitraje.”

Quizás el más detallado sobre este punto en el país es el de la **Cámara Arbitral de Cereales y afines**, que dedica un capítulo entero al tema, delimitando la función de los árbitros y previendo expresamente la colaboración judicial para la efectivización de la medida. Veamos:

Capítulo 5:

Art. 40.- Atribución del tribunal: *A petición de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del juicio, el tribunal podrá decretar -con carácter provisorio y bajo la responsabilidad*

del solicitante- las medidas cautelares o precautorias que considere necesarias para conservar los bienes o valores que constituyan el objeto del arbitraje, o para asegurar el eventual resultado del juicio. El dictado de una medida de esta naturaleza no implicará en modo alguno anticipar opinión ni prejuzgar sobre las cuestiones a resolver en el laudo.

Art. 41.-. Modificación - Sustitución - Levantamiento: *Para evitar perjuicios innecesarios, el tribunal podrá disponer una medida diferente de la solicitada o limitarla, cuando el objetivo de aseguramiento pudiera ser cumplido en forma menos gravosa. También podrá, en las mismas circunstancias, resolver sobre el levantamiento de las medidas si hubiesen cesado las razones que dieron lugar a su dictado. A pedido de la parte interesada, resolverá acerca de su sustitución, ampliación o modificación.*

Art. 42.- Recaudos: *La parte que la solicite deberá acreditar suficientemente a juicio del tribunal la verosimilitud de su pretensión y el peligro en la demora que justifique la medida, debiendo otorgar la garantía que el tribunal le fije. De oficio o a petición de parte, podrá el tribunal exigir al solicitante que mejore la garantía otorgada, bajo apercibimiento de ordenar el levantamiento de la medida.*

Art. 43.- Notificación a la contraria: *La medida se dictará sin oír a la contraparte. Sin perjuicio de ello, la parte contra quien se dicta deberá ser notificada una vez que la medida haya sido hecha efectiva.*

Art. 44.- Ejecución - Auxilio judicial: *En los casos en que fuera necesario, el tribunal requerirá las diligencias pertinentes de la autoridad judicial competente; pudiendo asimismo expedir las constancias que correspondan, a fin de que el interesado las requiera.*

Art. 45.- Medidas solicitadas en sede judicial - Efectos: *Sin perjuicio de la facultad para requerir el dictado de medidas cautelares ante el tribunal, las partes podrán solicitar directamente de la autoridad judicial la adopción de dichas medidas. No será incompatible con el juicio arbitral ni podrá interpretarse como una renuncia a la jurisdicción arbitral, que una parte -con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su sustanciación- solicite judicialmente las medidas cautelares, ni que el juez las conceda. En este caso, la parte deberá comunicarlo inmediatamente al tribunal”.*

Entre los reglamentos de los diversos colegios de abogados encontramos, por ejemplo, el de los **Tribunales Arbitrales del Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires**, cuando establece que en cualquier estado del proceso podrán ordenarse medidas cautelares, encontrándose reunidos los requisitos establecidos en el Código de Procedimientos (art. 16).

La ley Modelo

También este poder de los árbitros fue reconocido en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) en el artículo 17 de la misma.

Este artículo, en su redacción original, resulta a todas luces más amplio que la legislación procesal argentina en materia de medidas cautelares (ej. Art. 209 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). La parte que requiera una de estas medidas deberá, en su caso, presentar – al igual que exige nuestra normativa interna- una contracautela suficiente (entre las cuales podemos encontrar al seguro de caución).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que la Ley Modelo no preveía ninguna reglamentación para la ejecución de las medidas cautelares dictadas por los árbitros, dejando a cada uno de los Estados la regulación al respecto.

En el año 2006 se introducen numerosas modificaciones sobre el particular, siendo quizás la más importante aquella que dispone la ejecución de las medidas cautelares mediante un procedimiento similar a la ejecución de los laudos definitivos (Sección 4).

Esta ley modelo, cuya finalidad es lograr la armonización legislativa en materia de arbitraje comercial, sirve como guía para los Estados a la hora de elaborar su ley en esta materia. Su data de 1985 y fue recientemente reformada por CNUDMI para su actualización. Existen numerosos países del mundo que ya han legislado en la materia: Armenia (2006), Alemania (1998), Australia (1991), Austria (2005), Azerbaiyán (1999), Bahrein (1994), Bangladesh (2001), Belarús (1999), Bulgaria (2002), Camboya (2006), el Canadá: Colombia Británica (2006), Chile (2004), China: Hong Kong (1996) y Macao (1998), regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia (2001), Dinamarca (2005), Egipto (1996), España (2003), Estonia (2006), la Federación de Rusia (1993), Filipinas (2004), Grecia (1999), Guatemala (1995), Hungría (1994), la India (1996), Irán (República Islámica del) (1997), Irlanda (1998), el Japón (2003), Jordania (2001), Kenia (1995), Lituania (1996), Madagascar (1998), Malta (1995), México (2005), Nicaragua (2005), Nigeria (1990), Noruega (2004), Nueva Zelanda (1996), Omán (1997), Paraguay (2002), Polonia (2005), la República de Corea (1995), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia (1990) y las Bermudas, territorio de ultramar, Serbia (2006), Singapur (2001), Sri Lanka (1995), Tailandia (2002), Túnez (1993), Turquía (2001), Ucrania (1994); los Estados Unidos de América: California (1996), Connecticut (2000), Illinois (1998), Louisiana, Oregón y Texas; Uganda (2000), Venezuela (República Bolivariana de) (1998), Zambia (2000) y Zimbabwe (1996). Asimismo, se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, con las enmiendas aprobadas en 2006 en: Irlanda (2008), Nueva Zelanda (2007), el Perú (2008) y Eslovenia (2008).

La situación del arbitraje en Argentina:

Nuestro país aun no tiene una legislación al respecto, si bien hubo varios proyectos, entre ellos uno del Dr. Vanossi que proclamaba lisa y llanamente la incorporación del texto de la ley modelo de la CNUDMI. Más allá de lo recomendable que resulta el dictado de una legislación en el tema y que ésta reconozca expresamente la facultad de los árbitros de dictar estas medidas, lo cierto es que la ambigüedad de nuestra legislación vigente originó fallos judiciales que negaron esta potestad a los árbitros.

En efecto, el art. 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prohíbe a los árbitros dictar medidas “compulsorias, ni de ejecución”. En principio, el texto de la norma no hace más que reconocer la carencia de los árbitros de las facultades de “coertio” y “executio” de los jueces.

Tal como afirma CONIL PAZ: *“el dictado de las medidas cautelares está ínsito no sólo en el pacto jurisdiccional arbitral sino en la jurisdicción que se le reconoce, lo que permite considerarla mera cuestión accesoria, tal cual lo señalan los art. 754, párr. 2° del cód. procesal de la Nación y el 792 de la provincia de Buenos Aires. Por cierto, como muy bien lo anota CAIVANO, las objeciones se dispararían definitivamente en los arbitrajes*

institucionales, cuyos reglamentos previeran la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares. Incluso que las partes incluyan o excluyan esa posibilidad y seleccionen a la autoridad judicial encargada de ello.

Sin embargo muchas veces los tribunales lo interpretaron en forma diferente. Un ejemplo de ello es el fallo “Sasso, Nicolás c/ Neyra, Osbelia” de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 1ª del 7/7/1998. En este caso se denegó la posibilidad de ejecutar una medida cautelar dictada por el tribunal arbitral de Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata, señalando que el Poder judicial no puede, de conformidad con el Código Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, ordenar el cumplimiento de una medida cautelar que no fue dictada por un juez. Cabe destacar, sin embargo, que menos de dos años después el mismo tribunal marplatense modificó su jurisprudencia al admitir la ejecución de una cautelar dictada por un tribunal arbitral conforme el mismo reglamento que fuera rechazado en el fallo citado.

Por otro lado, siendo las normas procesales una materia reservada a las provincias constitucionalmente, habrá que tener presente en el caso, el ordenamiento ritual que resulte aplicable teniendo siempre presente al juez de la sede del arbitraje y al del lugar donde se encuentran los bienes que se vieran involucrados en el dictado de la medida en cuestión.

LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS Y EL SEGURO DE CAUCION:

Admitida la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares a pedido de alguna de las partes para asegurar la ejecución del laudo, con las limitaciones apuntadas y su recepción en los distintos reglamentos, cabe avocarnos a la posibilidad de que tales medidas cautelares sean garantizadas por quien la solicita o sustituidas por quien la que sufre, por medio un seguro de caución.

Existen actualmente dos tipos de póliza de seguro de caución para garantizar medidas cautelares decretadas judicialmente, con condiciones generales aprobadas por Superintendencia de Seguros de la Nación, Resolución General 19356 del 30/10/1987. Las mismas resultan, por tanto, uniformes en el mercado asegurador argentino.

Una de ellas es al destinada a cubrir la contracautela que se exigirá a la parte que pretende obtener la medida, y la segunda es un medio de sustituir la medida cautelar ya decretada o trabada.

Este tipo de pólizas han tenido un gran desarrollo y fuerte acogida en América y Europa, fruto de su excelente resultado, incorporándose directamente en algunos códigos procesales en Latinoamérica, como una herramienta jurídica para la traba de medidas cautelares, ejecuciones de sentencia, arraigo, etc.

Someramente podemos decir que en todo contrato de seguro de caución intervienen tres sujetos: El **Asegurado**: que es el beneficiario del seguro, acreedor de una prestación determinada y a favor de quien se estipula la garantía; el **Tomador** que es el deudor de esa prestación y el **Asegurador**, quien presta la garantía estipulada en la póliza que emite y que se obliga generalmente en carácter de fiador solidario con renuncia al beneficio de

división y excusión frente al Asegurado -con las limitaciones indicadas en las condiciones de la póliza, que deberá contar con la previa autorización del organismo de control.

En el caso de las pólizas de seguro de caución en garantía de medidas cautelares decretadas judicialmente, el asegurado será según el caso, la parte que trabo la medida en la póliza prevista para sustitución de medidas cautelares, o quien las soporte en el caso de contracautela. Por el contrario revestirá la calidad de tomador quien pretenda la traba de la medida en el caso de la póliza que garantiza la contracautela o quien la sustituya, en la póliza prevista para sustitución de medidas cautelares.

Entre los operadores del comercio, el seguro de caución está ampliamente difundido, por ello resulta una herramienta útil como alternativa ante la necesidad de prestar una contracautela o sustituir una medida precautoria que causa un perjuicio excesivo al demandado. En gran medida tienden a evitar la desnaturalización de las medidas precautorias, cuando las mismas se solicitan con una finalidad que apunta a provocar una presión sobre el demandado, más que a la conservación de una situación de hecho con miras a la futura ejecución del fallo que se dicte en el proceso de que se trate.

Asimismo, teniendo en cuenta que quien presta la garantía será una compañía de seguros que se reputa solvente y sujeta al control de la Superintendencia de Seguros de la Nación, y que además contará con el correspondiente respaldo de uno o varios reaseguradores, la tarea de analizar la suficiencia de la contracautela exigida como condición de la traba de la medida cautelar o como medio de sustitución de la misma, resultara menos gravosa para el juzgador, ya se trate de un juez estatal o de un tribunal arbitral.

Un interesante fallo de la Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro reconoce la utilidad del seguro de caución como instrumento para sustituir las medidas precautorias dictadas judicialmente. En primer lugar establece que *“las medidas cautelares no deben operar como elementos extorsivos aun cuando este efecto no estuviera en la intención del embargante...”* y es más *“consideramos que los derechos de los embargantes y de la embargada deben ser conciliados, autorizándose a esta última a procurarse, por medio de la sustitución de los fondos embargados, el mínimo de perjuicios posibles.”* Entre estos medios, destaca al seguro de caución: *“En efecto, por Resolución General 19356 del 30/10/87 nació la reglamentación de las condiciones de cobertura para la “Sustitución de medidas cautelares dictadas judicialmente” siendo importante porque “...en el seguro de caución –cualquiera sea su tipo- el asegurado encuentra en el asegurador un nuevo responsable que añade su responsabilidad a la del obligado primigenio, que se supone solvente y fiel cumplidor de sus obligaciones por tratarse de una aseguradora... esta Sala aprecia que el bien ofrecido a cambio del embargo coloca a los demandantes-acreedores en mejor situación que la actual”.*

En igual sentido se expresa un tribunal del Trabajo de la Provincia de Tucumán. *“Dado que tanto el embargo preventivo como el seguro de caución previstos para el afianzamiento tienen en cuenta o protegen el mismo derecho, esto es, asegurar el pago del monto total de la sentencia condenatoria una vez que ésta pase a autoridad de cosa juzgada, corresponde la sustitución del embargo preventivo sobre una empresa industrial-comercial por el seguro de caución de fecha anterior a la traba del embargo si aquel resulta excesivamente gravoso para su funcionamiento en el período de producción, dentro del*

cual se concentran los costos y las necesidades financieras. Máxime si tampoco beneficia al embargante dado que no puede ser dispuesto por el mismo, manteniéndose en tal supuesto la suma embargada en depósito judicial de manera improductiva”.

Otro aspecto destacable de este instrumento se presenta al momento de la ejecución del fallo, toda vez que las condiciones de la póliza prevén un mecanismo ágil de pago al asegurado. Así lo pone de resalto un tribunal cordobés: *“El seguro de caución ofrecido por el demandado para garantizar el resultado del pleito en sustitución del embargo preventivo de sumas de dinero, tomado para los autos y con designación del tribunal, suple lo pretendido por el actor pues ante la falta de cumplimiento del demandado, sólo restará ordenar al asegurador que deposite el monto asegurado a la orden del juzgado”.*

COLOFON:

A modo de conclusión, entendemos que resulta de vital importancia la aprobación de una ley en materia de arbitraje comercial que refleje los principios fundamentales de este instituto reconocidos a nivel internacional, siendo importante al respecto tomar como guía la Ley Modelo de la CNUDMI.

En este orden de ideas, debe incluirse la facultad expresa de los árbitros de dictar medidas cautelares y especificarse la forma de la ejecución y traba de las mismas, con la intervención judicial, estableciendo un procedimiento semejante a la ejecución del laudo definitivo.

Tal reglamentación resulta aconsejable que incluya, asimismo, al seguro de caución como instrumento útil para brindar contracautelas como también para la sustitución de las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral. En este aspecto, deberá también fijarse las atribuciones del tribunal que deberá analizar esa sustitución, que a nuestro entender, debería ser el propio tribunal arbitral que dictó la medida.

*Abogada. Asesora especialista en seguros de caución.

** Abogada. Profesora de Derecho Internacional Privado (UBA). Profesora de Maestría de Derecho Internacional Privado (UBA) y MBA con orientación en Negocios Internacionales (Uces).

*** Abogado. Asesor especialista en garantías judiciales.