

## **Medidas cautelares: Algunas ideas en torno a su aplicación en el procedimiento seguido ante árbitros**

El arbitraje presenta numerosas ventajas teóricas frente a un procedimiento judicial, relacionadas principalmente con su celeridad y confidencialidad. Los conocimientos especializados del árbitro también son un incentivo a la hora de optar por este método de resolución de conflictos. Todo lo anterior -sin embargo- carece de sentido si en la práctica, el arbitraje no soluciona efectivamente la controversia.

Las medidas cautelares juegan un rol fundamental a la hora de preservar la utilidad del arbitraje. Sin perjuicio de ello, es usual que surjan dudas en torno a su utilización. En lo que sigue, me referiré a dos cuestiones que con frecuencia se plantean.

La primera de ellas se deriva de una falta de comprensión sobre la jurisdicción que ejercen los árbitros y las consecuencias de su falta de imperio.

La segunda, acerca de la implementación de medidas para asegurar el resultado de un arbitraje que se lleva fuera del territorio nacional.

### **1. El imperio y las medidas cautelares arbitrales.**

La falta de imperio de los árbitros se desprende del artículo 635 del Código de Procedimiento Civil, que reglamenta el rol del árbitro en el cumplimiento incidental de sus resoluciones. Dicha norma dispone que “para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá ocurrir al árbitro que la dictó”. Y en su inciso tercero “cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte del compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto”.

Hay consenso respecto a que -bajo el ordenamiento chileno- los árbitros son verdaderos jueces que ejercen jurisdicción, por lo que pueden ordenar medidas cautelares, siendo ellas un accesorio de la jurisdicción. Tal como los jueces ordinarios, los árbitros no pueden excusarse de ejercer su jurisdicción cautelar. Así se desprende del principio de inexcusabilidad recogido en el artículo 76 inciso 2º de la Constitución, como de la aplicación supletoria de los artículos 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil<sup>1</sup>.

De este modo, la jurisdicción de un árbitro, se desnaturalizaría al privarle de la potestad de dictar medidas cautelares. No tendría sentido entregar a un sujeto la posibilidad de conocer y resolver contiendas de relevancia jurídica, sin entregarle las herramientas necesarias para poder preservar la posibilidad de hacer cumplir lo fallado. Para ello tendríamos que dejar de considerar a los árbitros como jueces.<sup>2</sup>

Se ha discutido si la carencia de imperio limita la efectividad de las medidas cautelares, como si la jurisdicción y la facultad de acudir a la fuerza pública fuesen inseparables. Del mismo modo, suele decirse que los árbitros tienen una jurisdicción incompleta por carecer de imperio. Lo anterior es un error, por cuanto a nuestro juicio, los árbitros poseen jurisdicción completa. Simplemente carecen de una herramienta que posibilita su ejercicio efectivo en casos que se requieren medidas compulsivas.

---

<sup>1</sup> Vásquez Palma, María Fernanda. Tratado del Arbitraje en Chile. Legal Publishing año 2018. Pág. 290.

<sup>2</sup> Si bien hay países en que los árbitros carecen de esta facultad, ello es porque tampoco se les considera como agentes análogos a los tribunales de Justicia. En Chile, se les considera tribunales, ejercen jurisdicción, aunque incompleta encontrándose incluso sometidos a la superintendencia disciplinaria de la Corte Suprema en el caso de los árbitros nacionales.

Plantear el recurso a la fuerza como una cuestión excepcional y accesoria al ejercicio de jurisdicción, es una consecuencia lógica de la legitimación de la justicia arbitral en nuestro ordenamiento. Por regla general, el ejercicio de imperio debería ser la *ultima ratio* y entenderse separada de la jurisdicción. Son evidentes las razones por las que en un estado de derecho, el Estado debe conservar el monopolio de la fuerza, mas no de la jurisdicción (al menos en el ámbito estrictamente privado).

Una correcta interpretación del Código Orgánico de Tribunales y la Constitución Política, debiese guiarnos a diferenciar los distintos elementos que componen la jurisdicción, y a entender el imperio como una herramienta al servicio de esta última. De este modo, la jurisdicción en términos gruesos puede ser entendida como la facultad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo resuelto; mientras el imperio es solo una herramienta que *facilita* la ejecución. En otras palabras, podemos reconocer a los árbitros la facultad de “hacer ejecutar” sus resoluciones, sin reconocerles al mismo tiempo imperio, entendido este último como la facultad de recurrir a la fuerza pública.

Fuera del ámbito de las medidas cautelares, si estimamos que jurisdicción e imperio son inseparables, estaríamos desconociendo a los árbitros la facultad de tramitar el cumplimiento o ejecución de sus laudos, posibilidad que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 635 del Código de Procedimiento Civil. Lo mismo se produce a propósito de cualquier medida precautoria, en la medida que se pretenda hacerlas oponibles a un tercero, para que tengan efectos. Este tercero puede ser un Conservador de Bienes Raíces, para que inscriba una prohibición, hasta un Banco para que se abstenga de pagar una boleta de garantía.

Cuando el artículo 635 del Código de Procedimiento Civil exige recurrir al juez ordinario en el caso de los terceros, lo hace para el caso que la medida le “afecte”. Cuando la ley habla de una afectación, se refiere generalmente a un menoscabo o pérdida de derechos subjetivos. Los casos arriba referidos -el Conservador de Bienes Raíces, el Banco, etc.- no se ven “afectados” por las cautelares, pues sus derechos subjetivos no se ven -valga la redundancia- afectados.

Con todo, en estos casos es usual que se deba recurrir a los tribunales ordinarios mediante exhorto para que ordenen el cumplimiento de una medida, corriendo el riesgo de perder la inmediatez necesaria, para que la medida sea efectiva. Aunque parezca obvio recordarlo, el exhorto no es más que la comunicación de un tribunal a otro para que lleve a cabo una diligencia en el ámbito de su competencia; no estando facultado el tribunal exhortado para revisar los fundamentos de la solicitud (como si se tratase de un *exequatur*). De ahí que parezca carente de todo sentido, dirigir un exhorto a un tribunal para la ejecución de una medida que no requiere el auxilio de la fuerza pública.

Sin duda que cuando exijan el empleo de la fuerza pública, el árbitro no podrá ordenarlas por sí mismo, ya que en eso precisamente consiste el imperio. Sería el caso, por ejemplo, en el que un Conservador se niega a inscribir la medida, o el tenedor de la cosa objeto del juicio se niega a entregarla en secuestro, siendo necesaria la adopción de medidas urgentes para su preservación. En tales casos, la adopción de medidas compulsivas es necesaria, no bastando con la mera orden del árbitro, por más vinculante que en teoría sea.

Y es que las medidas cautelares que suponen el auxilio de la fuerza pública son las menos. En efecto, si uno revisa el catálogo de medidas “nominadas” del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, sólo el secuestro que implica la entrega física de un bien podría justificar el empleo de fuerza. Sin embargo, no todas las medidas cautelares suponen necesariamente el empleo de la fuerza para ser efectivas, bastando la constatación de su naturaleza vinculante por parte de quien le corresponda aplicarla.

Piénsese en el caso de una boleta de garantía cuyo cobro se quiere impedir. Al agente obligado al pago, debería bastarle con constatar la jurisdicción del árbitro que decretó la prohibición de cobro. La facultad de imperio es irrelevante, siendo necesaria únicamente ante un eventual desacato de la medida. En la práctica, dependerá de la política interna que tenga la empresa obligada al pago.

Lo preocupante es que en muchos casos como este, los agentes desconocen la jurisdicción arbitral, exigiendo un *pase regio* al validar la resolución a través de la justicia ordinaria (justicia que por lo demás se encuentra impedida de pronunciarse sobre el mérito de la medida). En tales casos, los árbitros terminan recurriendo a exhortos, con los que se retrasa la ejecución de la medida y se frustra su finalidad. Como se ve, se trata de exigencias que pueden resultar muy perniciosas ante la necesidad de asegurar el resultado de un arbitraje.

## **2. La implementación de medidas cautelares para asegurar el resultado de un arbitraje tramitado en el extranjero.**

Otra de las dudas que suele plantearse en torno a las medidas cautelares en el arbitraje, guarda relación con la factibilidad de ejecutar una medida precautoria decretada por un árbitro en el extranjero.

La Ley de Arbitraje Comercial Internacional N°19.971 (LACI) fue diseñada a partir de la Ley Modelo CNUDMI para aplicarse a arbitrajes sustanciados dentro del territorio de Chile. Una de las excepciones a lo anterior es su artículo 9 que se refiere precisamente a las medidas cautelares, confirmando la competencia de los tribunales de justicia para adoptarlas, ya sea durante el transcurso del arbitraje o con anterioridad a su tramitación. De ahí que no quepa ninguna duda que los tribunales chilenos son competentes para decretar medidas cautelares no obstante la tramitación de un procedimiento arbitral en el extranjero.

Pero la LACI no reguló en forma suficiente las medidas cautelares en el contexto de un arbitraje, por lo que subsisten dudas, siendo una de las más comunes si acaso es posible ejecutar en Chile una medida cautelar decretada por un árbitro desde el extranjero. El primer impulso es hacerlas cumplir vía *exequatur*, sin embargo ello no es posible, por cuanto dicho trámite se encuentra reservado para sentencias definitivas.

Luego, en cuanto al reconocimiento y ejecución regulado en el artículo 35 de la LACI, está claro que solo se refiere al laudo o sentencia definitiva arbitral, no así a las resoluciones incidentales o provisorias, como las cautelares.

En este orden de cosas, el camino conservador suele ser el más aconsejable: Solicitar la medida precautoria al juez que le hubiese tocado conocer la controversia en Chile, haciendo presente que un arbitraje se encuentra en curso en el extranjero. Con ello, se satisface la carga procesal de tramitar la demanda, para mantener la medida vigente.

## **3. Guías para el mejoramiento de las leyes procesales que regulan el arbitraje en Chile.**

Luego de la adopción de la Ley Modelo CNUDMI el año 2004, en nuestro país se dejó de lado la implementación de mejoras al procedimiento arbitral, sin perjuicio de seguirse discutiendo en el concierto internacional. En este sentido, el año 2006 se propusieron mejoras a la Ley Modelo, muchas de las cuales guardaron relación con el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares. En el capítulo IV A se regula en detalle la facultad de los árbitros para su otorgamiento, los requisitos que deben cumplirse, así como su régimen específico, regulando el reconocimiento y ejecución transfronteriza de aquellas resoluciones que decretan medidas cautelares. Queda claro así, que no reemplazan al laudo y se trata de decisiones preliminares, con lo que se solucionan muchas dudas interpretativas.

La incorporación de dicha regulación, que ya lleva más de diez años en la Ley Modelo, contribuiría a resolver una de las típicas dudas que se plantea en nuestro ordenamiento confirmando la validez y efectividad de las medidas cautelares decretadas en el extranjero.

CNUDMI ha continuado su labor y seguramente dentro de poco veremos mejoras adicionales a la Ley Modelo. De hecho, el año 2016, CNUDMI emitió una serie de recomendaciones o notas sobre la organización del proceso arbitral. Entre las cuestiones que han de considerar las partes y el tribunal arbitral en relación con la solicitud de medidas cautelares, figuran el derecho aplicable, el tipo de medidas que puede otorgar el tribunal arbitral, las condiciones para su otorgamiento, entre otras. La mayoría de ellas pueden ser objeto de convención, a través de la cláusula compromisoria, las reglas de procedimiento o incluso un reglamento en el caso del arbitraje institucional.

Sin embargo, hay cuestiones adicionales que escapan al natural alcance de la autonomía privada, tales como los mecanismos disponibles para la ejecución de las medidas cautelares, las limitaciones cuando éstas afectan a terceros, e incluso el posible conflicto entre una medida cautelar dispuesta por un tribunal arbitral y una medida cautelar ordenada por un órgano judicial.

Estas últimas encuentran un límite natural en normas de orden público y la afectación de derechos de terceros. Un buen punto de partida, sería clarificar -y sociabilizar- el efecto vinculante que por regla general debiese reconocerse a las medidas precautorias, al no requerirse el auxilio de la fuerza pública para su ejecución.

Es de esperar que en una futura modificación a la LACI, se extienda sobre estos puntos, a tono con la tendencia internacional. Por mientras, la clave de un arbitraje exitoso seguirá radicada en las propias partes y su voluntad de sujetarse a él, respetando lo que se decida.