

## **Medidas Precautorias en el Arbitraje Internacional**

**Miguel Ángel MURILLO GONZÁLEZ<sup>20</sup>**

**Sumario: Introducción. I. Regulación en el orden jurídico Mexicano. II. Las medidas precautorias en el arbitraje internacional a la luz de los convenios internacionales en materia de arbitraje suscritos por México III. Competencia de los árbitros en el proceso de arbitraje internacional para dictar medidas precautorias IV Tipos de medidas precautorias que se pueden ordenar en el arbitraje internacional. V. Conclusiones.**

### **Resumen**

Las medidas precautorias son un instrumento de impartición de justicia que ayuda a aplicar de acuerdo al derecho la ejecución eficaz y completa de una sentencia o laudo arbitral. El viejo debate sobre el régimen de distribución de competencia entre árbitros y jueces en materia de impugnaciones al acuerdo arbitral, (entre ellas la relacionada con la facultad de dictar medidas precautorias), se encuentra superado como consecuencia de la celebración de un convenio arbitral, el o los litigios que éste abarca ya no serán resueltos por los tribunales oficiales de ningún Estado sino por un tribunal arbitral. Así las partes, por su propia voluntad, excluyen la competencia judicial.

### **Abstract**

Precautionary measures are an instrument of Justice that helps apply according to the law the full and effective implementation of a judgment or an arbitral award.

The old debate about the scheme of distribution of competence between referees and judges about opposite acts to the arbitration agreement, it is exceeded as a result of the fulfillment, of an arbitration agreement, litigation covering this already will be unresolved by the official courts of any State but by an arbitral tribunal. Thus the parties, by their own volition, exclude jurisdiction.

## Introducción

De conocimiento generalizado es la existencia de múltiples problemas en la administración de justicia en México, en especial en lo que respecta al cumplimiento de los plazos por medio de los juzgadores, quienes como principal problema mencionan la sobrecarga de trabajo que tienen sus tribunales o juzgados, entre otras causas.<sup>21</sup> En nuestro país el principal inconveniente en cuanto a la solución de controversias se trata, es la lentitud de todo el proceso judicial, que hace que se debiliten y pierdan pruebas o circunstancias de hecho y jurídicas, llevando a las partes a través de un proceso largo y tardío. Es por eso que ha venido creciendo la tendencia, por parte de los particulares a buscar medios alternos de solución de controversias, ya sea mediante arbitrajes particulares o las mismas instituciones de conciliación y arbitraje que han implementado los estados para conseguir disminuir la carga de trabajo en los tribunales, buscando una solución rápida y menos costosa.

Las medidas precautorias juegan un papel importante en un la búsqueda de la solución de controversias, intentando vincular las medidas ya dictadas con el aseguramiento de los derechos reclamados en el proceso arbitral para evitar la imposibilidad de una posible resolución. Reconociendo entonces, que mayor demora es igual a mayor riesgo<sup>22</sup> de resolución eficaz que pueda llegar a su fase final de cumplimiento o ejecución.

En México, las medidas precautorias son definidas como: “Herramientas utilizadas por tribunales durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final”.<sup>23</sup>

Las medidas precautorias no son nuevas en la legislación mexicana y son utilizadas en todas las materias que se dirimen en los juzgados y tribunales. En cuanto a las medidas precautorias adoptadas en arbitraje internacional, la legislación mexicana adoptó y homologó en su Código de Comercio la Ley Modelo de la Comisión de la Naciones Unidas sobre el Arbitraje Comercial Internacional

aprobada en el año de 1985, en la cual se contempla la posibilidad de la adopción de medidas precautorias por parte de tribunales arbitrales, reconociendo así la importancia de dichas medidas así como la de la necesidad de su aplicación.

Dicha Ley Modelo, se creó y aprobó con la intención de lograr crear un marco jurídico uniforme entre las legislaciones de los diversos estados, la cual contemplara las necesidades y exigencias de las prácticas de comercio internacional en cuanto al arbitraje internacional y la solución de sus controversias derivadas de las relaciones comerciales. Si bien no es obligatoria su adopción literal, si es recomendado por dicha institución, solo un mínimo de cambios en cuanto a su homologación con el derecho interno del estado que la adopte, pero tan mínimos que tales no cambien el espíritu o intenciones que busca.

La Ley Modelo de la Comisión de la Naciones Unidas sobre el Arbitraje Comercial Internacional aprobada en el año de 1985, contempla en sus artículos 9 y 17 lo siguiente acerca de las medidas precautorias:

“Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal.

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 provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.”

Este artículo deja abierta la posibilidad de elección de una parte a elegir entre acudir ante un tribunal estatal para solicitar la adopción de medidas precautorias, o a realizar dicha petición directamente ante el tribunal arbitral al cual se sometieron voluntariamente. Igual contempla la aceptación de dichas medidas precautorias en caso de ser emitidas por un tribunal judicial sin contravenir el procedimiento arbitral al no ser necesario el estudio del fondo de asunto ni su resolución final.

La elección de la vía procedimental en la cual buscará la parte que cree necesaria la aplicación de dichas medidas para la salvaguarda de sus derechos, será a elección de la misma, tomando en consideración en la práctica que es lo que más convenga a su favor.

“Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares

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.”

En cuanto México en específico se trata, dicho reconocimiento se encuentran dentro del Código de Comercio en su Título Cuarto concerniente al Arbitraje Comercial, en sus artículos 1415 al 1463, articulado en el cual si bien no se homologó o adoptó literalmente la redacción de la Ley Modelo de la UNCITRAL (en sus siglas en inglés), si adoptó el espíritu y prácticamente en su totalidad lo dispuesto por dicha Ley Modelo.

En lo que concierne a lo relacionado con las medidas precautorias estas las podemos encontrar en los artículos 1425 y 1433 del mismo código en cuestión los cuales a la letra dicen:

“Artículo 1425.- Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.”

“Artículo 1433.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de las providencias precautorias

necesarias respecto del objeto de litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía suficiente en relación con esas medidas.”

El análisis de estos dos artículos puede derivar en diversos problemas teóricos y de aplicación que tienen a bien considerar su examen, y los cuales se centrarían sobre la posibilidad de la parte que, considera encontrarse legitimada para solicitar dichas medidas, en acudir en primera instancia con el juez o tribunal jurisdiccional correspondiente con el fin de solicitar la adopción de dichas medidas, sin haber iniciado el procedimiento arbitral al cual las partes se obligaron contractualmente.

La segunda sería sobre el reconocimiento expreso en el artículo 1433 del Código de Comercio sobre la facultad del tribunal arbitral a ordenar la adopción de dichas medidas cautelares, llevándonos de dicha forma a la suposición de que, si bien reconoce dicha facultad al tribunal arbitral, por ende debe de reconocer la obligatoriedad de su reconocimiento y ejecución por parte del órgano jurisdiccional correspondiente.

Cabe resaltar que si bien la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985 fue adoptada por el órgano legislativo de México, incorporándola en su normatividad interna, esta sufrió una serie de modificaciones en el año de 2006, modificaciones que fueron aprobadas, y que repercutieron en un importante cambio en lo concerniente a las medidas precautorias en el arbitraje internacional ya que en su forma original solo regulaba la posibilidad y facultad de un tribunal arbitral de emitir y ordenar dichas medidas precautorias. En cambio en las últimas modificaciones aprobadas sigue contemplando dicha posibilidad, pero incursiona más a detalle a las formas y tipos de medidas precautorias que puede dictar dicho tribunal arbitral, cambios que no han sido adoptados o modificados en nuestra legislación nacional.

Del mismo modo, debe acotarse también que las medidas precautorias en los procedimientos arbitrales están consagradas en varios reglamentos de arbitraje como por ejemplo: el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su artículo

23, el de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) en su artículo 21, y yendo al campo local en el reglamento de la Cámara de Comercio de México (CANACO) en su artículo 31, reglamento del Centro de Arbitraje de México (CAM) en su artículo 30, entre otros.

De acuerdo al artículo 30, de las Reglas de Arbitraje:<sup>24</sup>

1. "... el Tribunal Arbitral podrá ordenar cualquier providencia precautoria que estime apropiada siempre que se cumplan las siguientes condiciones:
  - a. que el Tribunal Arbitral haya recibido el expediente;
  - b. que medie petición de Parte; y
  - c. que la Parte que solicite la adopción de dichas providencias otorgue la garantía que, en su caso, fije el Tribunal Arbitral.
2. El Tribunal Arbitral podrá ordenar las providencias precautorias solicitadas ya sea mediante un mandamiento procesal o mediante un laudo.
3. Aún cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y, excepcionalmente, después, solicitar al juez competente la adopción de providencias precautorias. Dicha solicitud, así como las providencias adoptadas por la autoridad judicial, deberán ser notificadas sin dilación al Secretario General, quien las comunicará al Tribunal Arbitral".

## **II.II Órganos competentes en materia de medidas precautorias (ó cautelares), tanto en procesos ordinarios como arbitrales.**

La competencia de los árbitros, no deriva de un acto de autoridad, sino de la voluntad de las partes que coincidieron en la conveniencia de pactar una cláusula arbitral. Justamente porque el árbitro tiene la facultad de resolver la controversia a través de una decisión que gozará de carácter de cosa juzgada, es que el arbitraje se sostiene como una verdadera alternativa de impartición de justicia y, obviamente, esta condición sirve de fundamento o justificación para el uso de las medidas precautorias.

Por lo anterior, si el árbitro está facultado por las partes para resolver el fondo de la controversia, también está facultado para resolver situaciones incidentales, como en su caso sería el otorgamiento de medidas cautelares. En este tenor, si las partes al pactar una cláusula arbitral, lo que pretenden es evitar la intervención de los órganos judiciales, sería contradictorio, que tuvieran que acudir a un juez para dictar una medida cautelar.

En el caso mexicano debemos decir que la doctrina se inclina hacia a la facultad que tiene el tribunal arbitral de acordar las medidas cautelares, es decir, nuestro sistema jurídico se muestra a favor del arbitraje. La legislación mexicana contempla una jurisdicción concurrente, lo que significa que los tribunales mexicanos y los tribunales arbitrales son competentes para la emisión de las medidas precautorias,<sup>25</sup> a menos que las partes hayan pactado por anticipado lo contrario, lo que tiene como consecuencia que: Las partes pueden solicitar a los tribunales estatales la emisión de medidas precautorias a pesar de la existencia del compromiso arbitral, lo anterior no constituye "per se" una renuncia al derecho de las partes de acudir al arbitraje para la resolución de la controversia principal; y el tribunal arbitral tiene jurisdicción para emitir las medidas precautorias que le sean solicitadas; ahora bien es importante destacar, que dada la limitante del tribunal arbitral de poder ejecutar la medida que dicte, no tiene otra opción que acudir a los tribunales estatales para su ejecución. Esto sucede debido a que los árbitros carecen de la facultad de "imperium" propia de los jueces, sino que su competencia deriva del contrato firmado por las partes y en concreto de su voluntad. La carencia de "imperium" en el árbitro no impide la facultad de dictar la medida cautelar y la norma procesal citada tampoco constituye un obstáculo.

## **II. Las medidas precautorias en el arbitraje internacional a la luz de los convenios internacionales en materia de arbitraje suscritos por México**

El arbitraje como método apropiado de resolución de controversias se ha constituido, en la época actual, en la vía generalmente más utilizada para solucionar los litigios, particularmente de orden comercial, tanto a nivel nacional

como internacional. En la práctica, se vuelve cada vez más necesaria la aplicación de las medidas precautorias para el aseguramiento eficaz del cometido del litigio en cuestión. Las medidas cautelares contribuyen a crear un límite de seguridad para los participantes de un litigio, mientras dura el desarrollo del proceso arbitral, por que por medio de estas se aseguran los bienes materiales y/o se garantiza su resultado.

Es importante subrayar que el arbitraje es un método para resolución de controversias en el que, nadie accede o inicia el arbitraje sino es porque se toma la consideración previa de que se va a poder ejecutar y oponer lo que pretende, es decir, que la decisión dictada por los árbitros pondrá fin a la disputa en cuestión.

A pesar de la muy difundida idea de la brevedad de los litigios desarrollados por medio de procedimientos arbitrales, su duración es comúnmente mayor a la que se cree será. Es por eso que los actores quedan susceptibles a mayores riesgos entre más demore en dictarse una resolución al conflicto y se opta por usar las medidas precautorias o cautelares como una medida de prevención. Hoy en día, la mayor parte de los tribunales arbitrales internacionales recogen en sus reglamentos la posibilidad de adoptar dentro de sus procesos las medidas precautorias.<sup>26</sup> Asimismo, los Convenios internacionales en materia de arbitraje reconocen la posibilidad de adoptar tales medidas precautorias, y diversas legislaciones nacionales recogen expresamente dicha posibilidad.

La mayoría de todos los ordenamientos jurídicos y reglamentos de Arbitraje, aceptan la adopción de medidas precautorias dentro de sus procesos y que proceden a instancia de parte y bajo la responsabilidad de la parte solicitante quien, en la mayoría de los casos, estará obligado a prestar una caución para cubrir tal responsabilidad.<sup>27</sup> Esta solicitud es recogida por todos los sistemas así como dentro de la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional<sup>28</sup>. Y en lo que respecta a los Reglamentos Internacionales, encontramos que incluyen las medidas precautorias las Reglas de Arbitraje de la American Arbitration Association,<sup>29</sup> el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la Ley Modelo



de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, entre otras.

La ya mencionada Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en su artículo 9, menciona el Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal:

“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...”

De igual manera, en su artículo 17 establece que:

“... el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que estime necesarias...”<sup>30</sup>

Por su parte, La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en su artículo 23 también menciona las medidas precautorias ó cautelares y provisionales:

“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 la parte que las solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante auto motivado o Laudo, según el Tribunal Arbitral lo estime conveniente.

.... 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 éste 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”.<sup>31</sup>

### **III. Competencia de los árbitros en el proceso de arbitraje internacional para dictar medidas precautorias**

Aun cuando están influenciadas de manera directa por el reglamento de UNCITRAL, Las Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje, son de carácter más general y más amplias, ya que no limitan las posibles medidas a adoptar al objeto del litigio, e incluye entre ellas, todas las medidas que sean necesarias para la conservación y protección de la propiedad.

Por su parte, a pesar de que la Ley Federal de Arbitraje que rige en Estados Unidos no regula directamente los poderes de los árbitros en aspectos de medidas precautorias, las cortes norteamericanas sí han reconocido el poder con el que cuentan los tribunales arbitrales para poder decretar este tipo de medidas, a aquello que este contemplado –de alguna medida- en el asunto arbitral<sup>32</sup>.

El común denominador de estos reglamentos, es que todos coinciden en que a menos de que las partes involucradas pacten lo contrario, los árbitros están dotados de amplias facultades para dictar medidas precautorias, que de acuerdo a su criterio sean más convenientes, tomando en cuenta los derechos y los bienes involucrados en la controversia. Competencia de los árbitros en el proceso de arbitraje internacional para dictar medidas precautorias

En cuanto a la naturaleza internacional de los procedimientos arbitrales; al poder elegirse la sede del arbitraje, el régimen de medidas precautorias está sujeto a las variantes que impone el ya mencionado principio de *lex fori*. Es decir, en el

arbitraje internacional no existe un régimen uniforme de medidas precautorias, por el contrario, éste cambia de arbitraje a arbitraje, ó, siendo más preciso, de sede a sede según corresponda. La idea de acudir en la práctica a las medidas precautorias en los procesos de arbitraje internacional se ve opacada por ciertos obstáculos, por ejemplo, cuando el tribunal aun no se encuentra constituido, cuando la medida se solicita contra un tercero, o en el caso en que la facultad para ordenar medidas está limitada por la ley de la sede arbitral. Existe también por otro lado, resistencia por parte de tribunales arbitrales a dictar este tipo de medidas por temor a exceder sus facultades y, poner en riesgo la celeridad del procedimiento y la eventual ejecución del laudo.

El problema de las facultades y competencias fue explorado en 1999 por UNCITRAL, así como los beneficios y posibles problemas que podrían presentarse al utilizar las medidas precautorias, llegando a tres principales puntos:

- Inequidad procesal, argumentándose que las partes involucradas atentaban contra el principio de imparcialidad procesal, esto al permitir el contacto unilateral de una de las partes con el tribunal. Recalcando que, si bien estas medidas se aplicaban con regularidad por los tribunales estatales, el principio de imparcialidad se encontraba protegido por la existencia de una multiplicidad de jueces: uno conocería de la solicitud de las medidas cautelares y otro sería el que decidiera sobre el fondo de la controversia. El riesgo de inequidad por prejuzgar el fondo de la controversia o por asegurarse una “audiencia privada” en una etapa preliminar no existía. Por otro lado, no se podría decir lo mismo de un tribunal arbitral, donde el mismo órgano estaría obligado a conocer de ambos procedimientos y, por ende, el contacto previo de una de las partes podría influenciar peligrosamente la balanza a la hora de acordarse la decisión final.
- Ineficiencia práctica, argumentándose que simplemente no existe necesidad de solicitar medidas precautorias exparte de un tribunal arbitral, pues

son ineficaces. Aun en el caso de obtenerlas, requieren la intervención de un tribunal estatal para ejecutarse.

Referente a este punto, UNCITRAL respondió con el artículo 17 que concede fuerza ejecutoria a las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral.

- Alteración del sistema de cooperación, donde se argumentaba si el otorgamiento de poderes podría provocar cambios en la naturaleza del arbitraje – en cuanto a lo consensual se refiere- y de este modo, afectar a la dinámica de todo el proceso de arbitraje, al introducir desconfianza en las partes acerca de la actuación de los árbitros.

- 

En este respecto, UNCITRAL se apoyó en las bases del origen del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias, en las cual se menciona que el arbitraje era alternativo porque representaba la opción consciente de las partes de preferir este medio a la justicia estatal. Al proponer la atribución de facultades adicionales a los árbitros, UNCITRAL no hacía sino proveer los medios para que la decisión primaria de las partes al escoger el arbitraje se cumpliera: desplazar a los tribunales estatales, hasta el límite práctico, del conocimiento de sus controversias.

### **III.IV Tipos de medidas precautorias que se pueden ordenar en el arbitraje internacional**

El Tipo de medidas precautorias que se pueden ordenar en el arbitraje internacional, depende de que sea el juez o el árbitro quien sea el competente para ello. Si la competencia se atribuye al juez, éste sólo puede disponer las medidas cautelares previstas o admitidas por su *lex fori*<sup>33</sup>, esto es, por sus normas procesales expresas<sup>34</sup>.

### **IV. CONCLUSIONES**

El arbitraje es un procedimiento reconocido por el derecho internacional y por el mexicano, al cual pueden acogerse los particulares para resolver sus

controversias comerciales sin tener que acudir a los tribunales judiciales. Así, los particulares obtienen un laudo imparcial y definitivo, que tiene la misma fuerza legal que una sentencia judicial.

Las medias precautorias o cautelares son un conjunto de medidas de protección adoptadas por los tribunales arbitrales -antes de la iniciación de un proceso o durante- en beneficio de la parte que fundadamente cree que su demanda por actos u omisiones de la contraparte, se encuentra en grave riesgo; y que tienden a impedir que durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso en lo principal y el pronunciamiento de la resolución definitiva sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite, dificulte o torne inoperante la ejecución forzada o los efectos de la sentencia o del laudo firmes.

En el caso mexicano debemos decir que la doctrina es proclive a la facultad que tiene el tribunal arbitral de acordar las medidas precautorias, es decir, nuestro sistema jurídico está inclinado a favor del arbitraje e incluso proclive a él. La legislación mexicana contempla una jurisdicción concurrente, lo que significa que los tribunales judiciales mexicanos y los tribunales arbitrales son competentes para la emisión de las medidas precautorias, a menos que las partes hayan pactado por anticipado lo contrario, lo anterior tiene 3 consecuencias:

- 1) Las partes pueden solicitar a los tribunales estatales la emisión de medidas precautorias a pesar de la existencia del compromiso arbitral, lo anterior no constituye “per se” una renuncia al derecho de las partes de acudir al arbitraje para la resolución de la controversia principal; y
- 2) El tribunal arbitral tiene jurisdicción para emitir las medias precautorias que le sean solicitadas; ahora bien es importante destacar que dada la limitante del tribunal arbitral de poder ejecutar la medida que dicte, no tiene otra opción que acudir a los tribunales estatales para su ejecución. Esto sucede debido a que los árbitros no tienen la facultad de imperio que tienen los jueces, sino que su competencia deriva del contrato firmado por las partes y en concreto de su voluntad.

3) Debe acotarse finalmente, que las medidas precautorias en los procedimientos arbitrales están consagradas en varios reglamentos de arbitraje como por ejemplo: el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su artículo 23, el de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) en su artículo 21, y yendo al campo local en el reglamento de la Cámara de Comercio de México (CANACO) en su artículo 31, reglamento del Centro de Arbitraje de México (CAM) en su artículo 30 entre otros.

El común denominador de estos reglamentos, es que todos coinciden en que a menos de que las partes involucradas pacten lo contrario, los árbitros están dotados de amplias facultades para dictar medidas precautorias, que de acuerdo a su criterio sean más convenientes, tomando en cuenta los derechos y los bienes involucrados en la controversia. Competencia de los árbitros en el proceso de arbitraje internacional para dictar medidas precautorias

En cuanto a la naturaleza internacional de los procedimientos arbitrales; al poder elegirse la sede del arbitraje, el régimen de medidas precautorias está sujeto a las variantes que impone el ya mencionado principio de *lex fori*. Es decir, en el arbitraje internacional no existe un régimen uniforme de medidas precautorias, por el contrario, éste cambia de arbitraje a arbitraje, ó, siendo más preciso, de sede a sede según corresponda.

La idea de acudir en la práctica a las medidas precautorias en los procesos de arbitraje internacional se ve opacada por ciertos obstáculos, por ejemplo, cuando el tribunal aún no se encuentra constituido, cuando la medida se solicita contra un tercero, o en el caso en que la facultad para ordenar medidas está limitada por la ley de la sede arbitral. Ya que se advierte resistencia por parte de tribunales arbitrales a dictar este tipo de medidas por temor a exceder sus facultades y, poner en riesgo la celeridad del procedimiento y la eventual ejecución del laudo.

La evidencia obtenida del examen de resoluciones de casos relacionados con la aplicación de medidas precautorias en el arbitraje internacional nos lleva a ratificar que “la eficacia misma del arbitraje puede depender de la adopción reconocimiento y ejecución de una medida de protección adecuada a las exigencias del caso” Las medidas precautorias son un instrumento de impartición de justicia que sirve para aplicar de acuerdo al derecho la ejecución eficaz e íntegra de una sentencia o laudo arbitral.

El viejo debate sobre el régimen de distribución de competencia entre árbitros y jueces en materia de impugnaciones al acuerdo arbitral-entre ellas-, la relacionada con la facultad de dictar medidas precautorias, se encuentra superado como consecuencia de la celebración de un convenio arbitral, el o los litigios que éste abarca ya no serán resueltos por los tribunales oficiales de ningún Estado sino por un tribunal arbitral. Así las partes, por su propia voluntad, excluyen la competencia judicial.