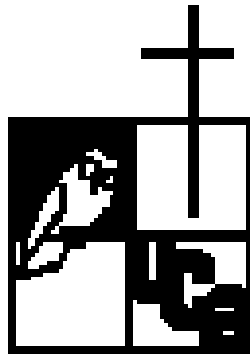


**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA  
JOSÉ SIMEÓN CAÑAS**



**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE**

**TESIS PREPARADA PARA LA  
FACULTAD DE POSTGRADOS**

**PARA OPTAR AL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO DE EMPRESA**

**POR  
MARIO ENRIQUE SÁENZ**

**MAYO, 2010  
ANTIGUO CUSCATLÁN, EL SALVADOR, C.A.**

RECTOR  
**JOSÉ MARÍA TOJEIRA, S.J.**

SECRETARIO GENERAL  
**RENÉ ALBERTO ZELAYA**

DECANA  
FACULTAD DE POSTGRADOS  
**LIDIA SALAMANCA**

DIRECTOR DE MAESTRÍA EN DERECHO DE  
EMPRESA  
**SALVADOR FONSECA, S. J.**

DIRECTOR DE TESIS  
**MTRO. MARIO ANTONIO SÁENZ MARINERO**

Este sencillo trabajo lo dedico,  
con todo mi sentimiento:  
A mi esposa, Lupita, por su  
paciente apoyo; y a mis hijos Lupita y  
Mario Enrique, con el mensaje de que,  
en la vida, lo que se comienza por  
voluntad, se termina con esfuerzo. Así:  
no hay frustración.



## INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes pilares en que debe descansar el estado de derecho, es la seguridad jurídica, la cual se logra, mediante el respeto a las leyes en su doble faceta: la prevención de la violación a las mismas y, por supuesto, en el correcto y ágil conocimiento y decisión de los conflictos surgidos como consecuencia de alguna violación a la ley. En este último aspecto cobra relevancia la administración de justicia, es decir, esa potestad del Estado de decidir, con fuerza de ley, algún conflicto preexistente entre sujetos de derecho, mediante la utilización del proceso, como una serie ordenada de actos, de las partes y del juez, que terminan con una sentencia que al estar firme, es susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada. Dicho esto es fácil expresar que la administración de justicia como poder, le corresponde con exclusividad a los jueces estatales, de donde para los legos se encuentra cierta resistencia a entender sobre la posibilidad de que jueces “particulares” puedan decidir aquellos conflictos también mediante un acto de autoridad, igualmente susceptible de quedar firme y de pasar en la misma autoridad de cosa juzgada. La doctrina y la legislación, en este sentido, ha reconocido la existencia del arbitraje, esto es, el sometimiento voluntario de las partes involucradas en una controversia sobre derechos disponibles, a la decisión de jueces privados, árbitros, quienes designados por las mismas partes o por un tercero previamente determinado por estipulación expresa o por disposición de la ley, después de conocer el conflicto lo deciden mediante una resolución definitiva llamada laudo arbitral.

En ese orden de ideas, cabe expresar que el arbitraje no obstante su origen privado, puesto en funcionamiento adquiere la jurisdiccionalidad necesaria para que la decisión del conflicto de que se trate, lo sea cual si ésta hubiere sido adoptada por un juez estatal. Por tal razón, las partes en el arbitraje tienen todos los derechos que las mismas tuvieron en un proceso judicial, especialmente el derecho configurado constitucionalmente como el derecho a la protección jurisdiccional. Así, pues, de la misma forma en que en un proceso judicial el justiciable busca la reparación o satisfacción de un derecho, en el arbitraje es igual; por consiguiente, esta última institución debe tener todos los instrumentos convenientes para que aquel que obtenga una sentencia estimatoria de sus pretensiones pueda asegurar que tal sentencia sea eficaz, esto es, que efectivamente se cumpla por el obligado; y en ese marco es que surge el tema de las medidas cautelares. Que las medidas cautelares las pueden adoptar los jueces es dogmático afirmarlo, pero que los árbitros puedan hacerlo, no ha sido pacífica la afirmación. Todavía hay cierto sector

doctrinario y algunas legislaciones que niegan esa posibilidad. En este trabajo, precisamente partiendo de las concepciones teóricas de las medidas cautelares, a la luz sobre todo de la legislación y jurisprudencia salvadoreña, pretendemos abordar el tema con el propósito de determinar si los árbitros tienen o no la potestad de adoptar medidas cautelares.

Para esos efectos, en el Capítulo I, que constituye una especie de marco teórico conceptual del instituto que estudiamos, se trata de las medidas cautelares, como expresión de la función jurisdiccional, pasando por analizar la naturaleza jurídica y fines de las mismas, sus características, los requisitos de procedencia y el procedimiento para su adopción.

En el Capítulo II, nos referimos a las medidas cautelares en el proceso arbitral salvadoreño, lo que nos lleva a hacer una breve referencia constitucional y legislativa del arbitraje en nuestro medio y a plantear posición sobre si el tribunal arbitral, en nuestro medio, tiene facultades suficientes para la adopción de medidas cautelares; abordar el tema de la naturaleza de la decisión arbitral que la adopta, y los requisitos y procedimientos que el dicho tribunal debe llevar adelante para tales fines; sin dejar de examinar el complejo tema de las medidas cautelares adoptadas *inaudita parte*, es decir, sin audiencia a la parte contraria. De igual forma nos referimos a la clase de medidas que se pueden adoptar y la forma de ejecutarlas.

Y, finalmente en el Capítulo III, presentamos una perspectiva del tratamiento de las medidas cautelares en el arbitraje internacional, haciendo relación de algunas de las regulaciones más conocidas y utilizadas internacionalmente y, quizás, más conocidas en nuestro medio, todo con el objetivo de poner en perspectiva la evolución de esta figura, como un horizonte donde debe apuntar nuestra legislación y nuestra práctica arbitral.

Debemos de expresar, como una cuestión circunstancialmente importante para el desarrollo de nuestro trabajo, que al haberse promulgado el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, y dejar su vigencia a partir del 1º de junio de 2010, nos encontramos con una tríada legislativa que enriqueció nuestro campo de análisis: todavía en este momento nos rige el Código de Procedimientos Civiles de 1860 y la Ley de Arbitraje del año 2002; esto nos obligó a tratar el tema bajo una perspectiva total, lo cual nos llevó a examinar algunos aspectos que podrían significar deficiencias en el tratamiento de las medidas cautelares en el ámbito arbitral, que nos llevan a concluir sobre la necesidad de hacer rápidamente algunas reformas a la nueva normativa procesal, a fin de evitar inconsecuencias prácticas en el futuro.

Finalmente, presentamos nuestras conclusiones, sobre la base de las consideraciones que exponemos a lo largo de nuestro trabajo.

## CAPÍTULO I. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

### 1.1 Las medidas cautelares como expresión de la función jurisdiccional

El vocablo “jurisdicción” ha sido utilizado para significar varios conceptos en el derecho procesal. En nuestra legislación procesal puede advertirse que el vocablo es utilizado indistintamente para significar el ámbito territorial en que un juez o tribunal ejerce su autoridad<sup>1</sup>; o para referirse a la competencia de los juzgadores<sup>2</sup>; como poder de autoridad<sup>3</sup>; o bien como una función pública de administrar justicia.<sup>4</sup> Por eso es que, como bien lo ha puntualizado Couture, “en el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia”<sup>5</sup>

Interesa entonces destacar para los propósitos de este trabajo la jurisdicción como función Estatal. En este sentido es indiscutible que en el estado actual de la civilización resulta inconcebible la posibilidad de que los particulares, por decirlo así, puedan impartirse justicia por sus propias manos; no cabe en la organización jurídico-político que constituye el Estado, el que frente a la violación, obstáculo o impedimento en el ejercicio de un derecho, el sujeto perjudicado pueda reaccionar de conformidad a sus propias fuerzas, deseo de defensa e, incluso, intención de venganza.

Se ha dicho<sup>6</sup>, y con sobrada razón, que el estado moderno es Estado Constitucional que se estructura en un sistema de órganos, mediante los cuales exterioriza una voluntad concreta y realiza las funciones encaminadas al cumplimiento de sus finalidades esenciales; el estado moderno es estado de derecho que funcionalmente somete a una disciplina jurídica la relación de su actividad con los habitantes de su territorio, en interés de éstos y con la

---

<sup>1</sup> Vid. el Art. 22 Pr.C.

<sup>2</sup> Vid. el Art. 32 Pr.C.

<sup>3</sup> Vid. el Art. 20 Pr.C.

<sup>4</sup> El mismo Art. 20 Pr.C., si bien, como ya se invocó para la acepción de jurisdicción como poder hace mención específica a la actividad de administrar justicia, aunque como ha sido siempre reconocido no necesariamente toda función judicial es necesariamente función jurisdiccional, desde luego que ésta última siempre supone la presencia de un conflicto jurídico que será resuelto por un acto de autoridad que será la sentencia definitiva, susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada.

<sup>5</sup> E.J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, pág. 27.

<sup>6</sup> J. GALLARDO MIRAVAL, *Cautela y contracautela en el proceso civil*, págs. 14 y 15.

necesidad de protegerlos contra las arbitrariedades. En El Salvador, el Órgano Judicial es el ente encargado de ejercer la función jurisdiccional, esto significa, la declaración del derecho en casos concretos de controversia entre partes vinculadas por una relación jurídica determinada<sup>7</sup>. Los Jueces y Magistrados son independientes en cuanto al ejercicio de la potestad jurisdiccional se refiere y sus fallos sólo pueden ser modificados por los tribunales superiores cuando éstos quedan habilitados para conocer en grado. Las decisiones de los jueces sólo tienen valor *inter partes* y por consiguiente, únicamente vinculan a ellos mismos y a los demás tribunales que hayan intervenido en el proceso.

En opinión del procesalista Eduardo J. Couture<sup>8</sup> la función jurisdiccional, o simplemente jurisdicción es “función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.”

En ese sentido, el propósito de la función jurisdiccional se hace consistir en la actuación de la voluntad concreta de la ley, como función del Estado, mediante la sustitución, por la actividad de los particulares o de otros órganos públicos ya sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley o al hacerla prácticamente efectiva.<sup>9</sup>

De lo que va dicho se infiere, que cuando un sujeto de derecho pretende de otro la reclamación, restablecimiento o definición o determinación de un derecho, la declaración de una situación o la interpretación del correcto sentido de la relación jurídica que los vincula, y desea que lo que se decida entre ellos tenga fuerza de ley, por así decirlo, requiere recurrir a los tribunales competentes para que emitan su pronunciamiento por medio del acto de autoridad, que se denomina sentencia; de donde surge indiscutiblemente el instrumento del cual se sirve la función jurisdiccional para el cumplimiento de tales fines, esto es, el proceso, o lo que es lo mismo, la sucesión ordenada de actos del juez y de las partes, que se emiten o ejecutan en forma ordenada y progresiva

y

que

<sup>7</sup> El Art. 172 Cn. inc.1º, dispone: “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Organó Judicial. Corresponde exclusivamente a este Organó la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley.”

<sup>8</sup> E.J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, , pág. 40

<sup>9</sup> G. CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, pág. 23

tienen como final la decisión del conflicto jurídico, por medio de la emisión de un genuino acto del juzgador, que es la sentencia definitiva<sup>10</sup>.

Vista la importancia de la función jurisdiccional, en nuestro medio se ha hablado de que para que los derechos derivados, por ejemplo de una sentencia judicial no se reduzcan a un reconocimiento abstracto y tengan posibilidades de eficacia, es también imperiosa la consagración, en el ámbito supremo, de un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta. En virtud de ello, la Constitución salvadoreña ha consagrado en el art. 2, inc. 1º, última frase, el derecho a la protección de las categorías jurídicas subjetivas establecidas en favor de toda persona, es decir, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos. Ese derecho llamado “derecho a la protección jurisdiccional” reconoce de manera expresa la posibilidad que tiene todo ciudadano de acudir al órgano estatal competente para plantearle, vía pretensión procesal, cualquier vulneración a sus derechos –lo que en doctrina procesal se conoce como derecho de acción–. Y la mencionada disposición constitucional obliga al Estado salvadoreño a proporcionar protección jurisdiccional a todas las personas, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten su esfera jurídica, a través del instrumento heterocompositivo –también creado constitucionalmente– diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento. En tal sentido, puede afirmarse que el proceso, como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia; o, desde otra perspectiva –la de los sujetos pasivos de dichas pretensiones–, dicho proceso es el único instrumento a través del cual se puede, cuando se realice adecuado a la Constitución, privar a una persona de algún o algunos de los derechos consagrados en su favor. A partir del derecho a la protección jurisdiccional, se hace necesaria la creación de una serie de categorías jurídicas subjetivas activas e integrantes de la esfera jurídica del individuo, cuya naturaleza jurídica corresponde principalmente a garantías y que se engloban bajo la rúbrica "debido proceso", o "proceso

---

<sup>10</sup> Es importante destacar que la función jurisdiccional se caracteriza por tener implícitos ciertos poderes, como el **poder de decisión**, ya que resuelve con fuerza obligatoria los conflictos jurídicos, incluyendo entonces la potestad de decretar u ordenar todo lo que se requiere para que el proceso avance y concluya; **poder de coerción**, que permite darle a sus resoluciones la categoría de “ejecutorias”, es decir de ser susceptibles de ejecución; por lo que también hay presencia de un **poder de ejecución**, desde luego que los jueces pueden ejecutar lo juzgado.

constitucionalmente configurado"; categorías que además posibilitan de forma efectiva aquella protección<sup>11</sup>.

Creado o concebido jurisprudencialmente el derecho a la protección jurisdiccional, debe hacerse un reconocimiento de la realidad de la justicia, que ha presentado históricamente un endémico y preocupante retraso, como consecuencia de la lentitud con que se tramitan y desarrollan los procesos, que en mucho casos, llega a significar un mentís a la contemporánea elaboración de la categoría jurídica de ese derecho de protección jurisdiccional. Y de aquí es donde surge ya de manera concreta la necesidad de hablar de las medidas cautelares, como una forma instrumental de garantizar ese derecho.

En efecto, como la Constitución pretende asegurar una administración de justicia diligente y eficaz, desde luego que el Estado de Derecho supone una pronta y cumplida justicia<sup>12</sup>, sin duda alguna que los jueces no solo deberían de adoptar sus decisiones en los términos establecidos por la ley, sino que, además, sus decisiones deberían de ser ejecutadas y cumplidas oportunamente, ya que poco sentido tiene que los jueces resuelvan las controversias, pero que sus decisiones resulten inocuas en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutadas. Sin embargo, el inevitable tiempo que dura un proceso puede a veces provocar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante. Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Entre esos dispositivo se encuentran las medidas cautelares.

Como se debe recordar suelen distinguirse tres momentos o manifestaciones de la potestad jurisdiccional<sup>13</sup>: la de cognición o declaración, la de ejecución y la cautelar. "Pese al silencio normativo – ha dicho Javier Vecina Cifuentes- la doctrina científica reconoce mayoritariamente a la potestad cautelar como la tercera manifestación de la potestad jurisdiccional, y le asigna una función instrumental, aunque autónoma, al servicio de las otras dos y de los procesos en que aquéllas se ejercitan –proceso declarativo o de ejecución-. No se trata con ella de juzgar ni de hacer ejecutar lo juzgado, sino de servir a fin distinto, pero instrumental a ambos, cual es el de asegurar preventivamente que tanto la decisión definitiva del conflicto –que el juzgador

---

<sup>11</sup> Para un mejor entendimiento de la configuración del derecho a la protección jurisdiccional, ver las sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 15 de febrero de 2002, Ref. Inc. 9-97, y del 22 de octubre de 2004, Ref. Inc. 9-2003.

<sup>12</sup> Vid. Art. 182, 5ª Cn.

<sup>13</sup> P. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, Vol. I, págs. 159 y sig.

implica-, como las actuaciones materiales –en que la ejecución consiste-, podrán tener en la práctica la misma eficacia que hubiera tenido de poder haber sido, la una dictada, y las otras realizadas, de una manera inmediata, sin necesidad de sustanciar proceso alguno”.<sup>14</sup>

Entonces, pues, las medidas cautelares, y lógicamente la potestad cautelar de las que emanan, más que el interés de los sujetos privados está prevista en el interés de la Administración de Justicia, de la que garantizan su buen funcionamiento y también, se podría decir, su buen nombre.

En fin, si como hemos dicho existe un derecho a la protección de la jurisdicción y la Constitución pretende asegurar un principio de pronta y cumplida y justicia, es obvio que el acceso a la jurisdicción no debe ser solo formal. Las personas tienen entonces derecho a que el ordenamiento establezca mecanismos para asegurar la efectividad de las decisiones judiciales que les son favorables. La tutela cautelar constituye entonces una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no solo porque garantiza la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuye a una mayor equilibrio procesal, en la medida en que asegura que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejantes al que existía cuando recurrió a los jueces.

Ya alguna jurisprudencia latinoamericana se ha referido muy particularmente a las medidas cautelares como expresión de la función jurisdiccional, diciendo que la tutela jurisdiccional preventiva ha surgido como principal garantía de efectividad y eficacia de los derechos de orden constitucional; tratase –dice la jurisprudencia-, no de reparar, sino de prevenir cualquier situación que pueda causar agravio. La prevención se ha erigido como el nuevo paradigma para la obtención de la “justicia”, y en este sentido constituye un verdadero mandato constitucional, dirigido no sólo a los órganos de la jurisdicción, sino a todos los órganos del Poder Público. Por ello las medidas preventivas varían dependiendo de su causa y su objeto; así las cautelares se dan cuando se tiende a evitar que la futura ejecución del fallo sea ilusorio o tiende a garantizar la efectividad del proceso judicial mismo; su finalidad inmediata es precaver un daño en los derechos subjetivos de los intervinientes en un proceso, y mediatamente, la futura ejecución y efectividad de un fallo a dictarse en un proceso jurisdiccional; en este sentido son

---

<sup>14</sup> J. VECINA CIFUENTES, “La Potestad cautelar: contenido y límites”, en *Estudios Jurídicos*, pág. 5301

instrumentales de los procesos judiciales y, en consecuencia, sólo pueden dictarse por órganos de la función jurisdiccional<sup>15</sup>.

Finalmente, también la jurisprudencia española ha puesto en evidencia a la función cautelar como manifestación de la función jurisdiccional. El AAP de Valencia de 27 de abril de 2002 (JUR 2002,168205), ha dicho que “la jurisdicción tiene asignado como contenido no solamente la satisfacción del derecho a la justicia mediante el ejercicio de las funciones de declaración y de ejecución del derecho, sirviéndose del proceso declarativo y del de ejecución, tanto singular como general, sino que también cumple la función que se conoce como cautelar o preventiva: el proceso declarativo y el de ejecución no es suficiente para que se pueda decir que se ha otorgado satisfacción cumplida al derecho o a la justicia reconocidos a los ciudadanos, sino que es preciso que las decisiones que se producen en uno u otro ámbito queden garantizadas, cuando ello sea necesario, no solamente en cuanto a su cumplimiento o efectividad, sino también en cuanto a la forma o modo de esta efectividad y a la utilidad pública.”

### *1.2 Naturaleza jurídica y función de las medidas cautelares*

Ya hemos establecido que el proceso, como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia; o, desde otra perspectiva –la de los sujetos pasivos de dichas pretensiones–, dicho proceso es el único instrumento a través del cual se puede, cuando se realice adecuado a la Constitución, privar a una persona de algún o algunos de los derechos consagrados en su favor. Pero obviamente que, como ha podido deducirse de la exposición anterior, por una necesidad jurídica, de justicia y práctica los jueces no sólo deben adoptar sus decisiones en los términos establecidos por la ley, sino que, además, sus decisiones deben de ser ejecutadas y cumplidas oportunamente; pero el inevitable tiempo que dura un proceso puede a veces provocar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante. De ahí que la doctrina jurídica, como ha quedado enseñado en párrafos precedentes, ha creado ciertos dispositivos, entre los que cabe mencionar a las medidas cautelares, que tienden a prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana.

---

<sup>15</sup> Vid. Sentencia del Juzgado Superior de la Coordinación del Trabajo de la circunscripción Judicial del estado de Lara, Barquisimeto, República Bolivariana de Venezuela, del 21 de abril del 2005, 195º y 146, Asunto: KP02-R-2004-0001968, en

Cabe preguntarse entonces ¿qué son las medidas cautelares?<sup>16</sup>

Calamandrei<sup>17</sup> ha sostenido que son una “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma.”

Couture<sup>18</sup> dice que las medidas cautelares son “aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo.”

González de Cossío<sup>19</sup>, conceptualiza las medidas cautelares, llamándolas medidas precautorias, como “herramientas utilizadas por los tribunales (estatales o arbitrales) 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 final o laudo”.

De los anteriores conceptos, bien puede afirmarse que la nota fundamental que distingue a la medida cautelar y que la convierte en un fenómeno inconfundible e irreplicable en el mundo del derecho, es la *instrumentalidad*, desde luego que cumple una finalidad eminentemente instrumental, puesto que no se agota en sí misma ni es un fin en sí misma, sino que está destinada a lograr el buen fin de un proceso al cual accede o le sirve de complemento<sup>20</sup>.

Lo que se acaba de afirmar cobra relevancia para introducirse en el tema de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares el cual ha sido debatido ampliamente por la doctrina<sup>21</sup>. Y es que efectivamente de lo que se trata en

---

<sup>16</sup> Debemos dejar aclarado, a estas alturas de nuestro trabajo, que como lo están haciendo la doctrina, legislaciones y jurisprudencia más recientes, y más específicamente el nuevo “Código Procesal Civil y Mercantil”, en el TÍTULO CUARTO del Libro Segundo (Artos del 431 al 456), estamos adoptando la denominación de “medidas cautelares”, aunque no ignoramos que hay legislaciones, doctrina e incluso sentencias de tribunales, que pretenden referirse de manera genérica al mismo instituto jurídico, bajo las indistintas denominaciones de “providencias cautelares”, “medidas precautorias”, “medidas de aseguramiento”, “medidas urgentes”, “medidas preventivas”, “medidas provisionales”, etc., aún cuando en muchos casos, al analizar cuidadosamente a qué se han querido referir al utilizar algunos de tales términos, ciertamente no se trata de las medidas cautelares en sentido técnico, como más adelante se ve en este trabajo.

<sup>17</sup> P CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, pág. 45.

<sup>18</sup> E.J. COUTURE,., *Vocabulario Jurídico*, pág. 405.

<sup>19</sup> F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, pág. 323.

<sup>20</sup> S.I CROSKEY, *Medidas cautelares*, Ponencia presentada en el Encuentro XX Panamericano de Derecho Procesal, pág. 7.

<sup>21</sup> Vid. S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, 2006, quien hace una excelente exposición para el planteamiento del tema; y E. SALCEDO VERDUGA, *Las*

esta discusión es dilucidar si las medidas cautelares son el producto o resultado de un proceso autónomo e independiente del proceso principal en que se discute los asuntos de fondo; o si se puede considerar nada más un proceso funcional y accesoriamente ligado a aquel proceso principal.

Para Barona Vilar, el legislador<sup>22</sup> ha optado por desarrollar y especificar de forma concreta los elementos que componen la tutela cautelar y su configuración procesal, y ha desarrollado una serie de reglas específicas que, claramente suponen una configuración procesal diferente de la del proceso de declaración, y quizás menos respecto del proceso de ejecución, ya que en este último caso se suele optar por remitirse, cuando hay suerte, y así se hace, a las normas propias de la ejecución forzosa; lo cual le permite concluir que el proceso cautelar es el medio o instrumento a través del cual se reclama, solicita y, en su caso, se alcanza la tutela cautelar pedida<sup>23</sup>. Es decir, se trata de un proceso nuevo, autónomo –diferente del de declaración y de ejecución–, que siendo instrumento de esos dos, y pese a su ligazón tiene esa característica de autonomía que lo singulariza<sup>24</sup>.

Sin embargo, como también lo reconoce con rectitud científica Barona Vilar<sup>25</sup>, existen autores que niegan autonomía procesal al cautelar, y lo convierten en un incidente del proceso principal; se argumenta, a este respecto, que como el desarrollo de la actividad cautelar se compone de dos tipos de actuaciones, la declaración cautelar y la ejecución cautelar, ambas se van a subsumir sistemáticamente en los dos tipos de procesos –el proceso de

---

*medidas cautelares en el arbitraje*, quien de igual forma hace un planteamiento similar para abordar el tema de que se trata.

<sup>22</sup> Obviamente se refiere al legislador español, haciendo referencia concreta a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

<sup>23</sup> No obstante utilizar los vocablos “tutela cautelar”, debemos reconocer que no siempre ha sido reconocido un “derecho a la tutela cautelar”. F. RAMOS ROMEU, “Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico”, analizando algunas sentencias y autos del Tribunal Constitucional español, sostiene que existen pasajes en la jurisprudencia constitucional que parece negar dicho derecho; que el derecho a la tutela judicial efectiva se predica únicamente del fondo del asunto, y no de las medidas cautelares que pretendan asegurarlo; que más bien, en esa jurisprudencia constitucional, no se habla de la tutela cautelar como un derecho, sino como una potestad jurisdiccional.

<sup>24</sup> Vid. S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, págs. 77 y 78. Esta tesis de la autonomía del proceso cautelar ya había tenido por supuesto adeptos, entre los que cabe mencionar a E.T LIEBMAN, “Unidad del Procedimiento Cautelar”, *Rev. de Derecho Procesal*, pág. 248 y sig.; E. ALLORIO, Enrico, “Por una noción del proceso cautelar”, *Rev. de Derecho Procesal*, pag. 18 y sig.

SATTA, *Derecho Procesal Civil*, págs. 630 y sig.; y H. ROCCO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Vol. V, página 59, entre otros.

<sup>25</sup> Vid. S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 77.

declaración y el proceso de ejecución-. Serra Domínguez<sup>26</sup>, en España, por ejemplo, defiende, por decirlo así, la no autonomía de las medidas cautelares y la considera un incidente, ya sea del proceso declarativo o ya del proceso de ejecución y basado en el carácter sistemático de las medidas cautelares y en la instrumentalidad de las mismas como nota esencial, hecho que las vuelve incompatible con la autonomía.

Para pronunciarnos sobre esta discusión doctrinaria y adoptar una posición, consideramos conveniente hacer una breve referencia al desarrollo legislativo que se ha tenido en El Salvador sobre este particular.

En nuestro país, desde la época de los Códigos de Procedimientos y de Fórmulas Judiciales<sup>27</sup> no se ha advertido que haya habido una sistematización sobre las medidas o procesos cautelares; de hecho en el Informe de Presentación de tales Códigos, únicamente se hace referencia a que “no se habla con especificación y claridad ni en las leyes ni en los autores, sobre los actos previos a la demanda, y como debe prepararse un juicio; habla la Comisión circunstancialmente del arraigo, del depósito, el embargo y el secuestro: cosas todas en que las leyes están muy diminutas, en que los autores opinan con variedad, y en que dejan muchos vacíos y hay muchas disputas”<sup>28</sup> Y es así que las regulaciones “De los actos previos a la demanda” se contienen en el TITULO 5., del Libro Primero del Código de Procedimientos. Ahí aparecen el secuestro y el depósito de la cosa<sup>29</sup>; y la retención de las rentas, frutos o efectos del deudor, prohibiéndole que los transporte, enajene o disponga de ellos, sin licencia del Juez<sup>30</sup>. Esa estructura del Código de Procedimientos de Fórmulas, con algunas variantes se ha mantenido en las sucesivas ediciones del Código de Procedimientos Civiles, el cual regula los “Actos previos a la demanda”, en el TITULO III, Capítulo I, del Libro Primero, en cuyas regulación se destaca el secuestro preventivo de bienes, el cual se puede pedir antes o durante el procedimiento principal<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> M. SERRA DOMÍNGUEZ, “Teoría General de las Medidas Cautelares”, en *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, págs. 11 y sig.

<sup>27</sup> Reproducción hecha por el entonces Ministerio de Justicia, Imprenta nacional, 1960.

<sup>28</sup> Ese Informe está contenido en la misma reproducción de los Códigos de Formulas, a que se refiere el pie de nota anterior, el cual fue presentado al Sr. Ministro del Interior y de Relaciones Exteriores, en Ahuachapán, el 15 de octubre de 1857, por los juristas Isidro Menéndez, Ignacio Gómez y Eustaquio Cuellar; quien por cierto no firmó el Informe por haberse separado antes de la Comisión.

<sup>29</sup> Vid. el Art 156 de dicho Código.

<sup>30</sup> Vid. el Art. 157 ibidem.

<sup>31</sup> Vid. el Art. 142 Pr. C. La Sala de lo Constitucional, en sentencia de las 10 horas 21 minutos del 6 de octubre de 2005 (Ref. 480-2005), ha calificado expresamente al secuestro

Sin perjuicio de lo anterior, cabe expresar que hay diseminadas en la legislación patria una serie de medidas con las características propias de las medidas cautelares. Por ejemplo, el embargo de bienes<sup>32</sup>, el caso de la anotación preventiva de la demanda, cuando se trata de la discusión del dominio de inmuebles o derechos reales<sup>33</sup>; la misma anotación preventiva e incluso el secuestro de bienes muebles, en el caso de la adquisición de derechos que por el beneficio de separación adquieran los acreedores hereditarios y testamentarios<sup>34</sup>; las medidas que se pueden solicitar en el caso del ejercicio de una acción por infracción de un derecho de propiedad intelectual<sup>35</sup>; la orden judicial de cese de los actos de competencia desleal<sup>36</sup>; las que se pueden dictar con base en la Sección Tercera del Capítulo II del Título III de la Ley Procesal de Familia, entre otros.

Pero al observar todos esos ejemplos de “medidas cautelares”, aunque algunas propiamente sean tales, puede advertirse que ellas sólo existen en función de un proceso principal, esto es, de un proceso en donde se está discutiendo el asunto de fondo y cuya eficacia y ejecución se quiere garantizar. Es más, el caso más paradigmático es el de la anotación preventiva de la demanda, puesta podría caducar, es decir, dejar de surtir efectos de pleno derecho, si no presenta su demanda, en el caso previsto en el numeral 4º del Art. 719 C., o las que se dicten en los procesos de familia, como actos previos a la demanda, según lo establece el Art. 75 inc. 2º de la L. Pr. Fam.

En vista de lo anterior se puede afirmar que, al momento en que se escribe este trabajo, las medidas cautelares o medidas precautorias, como a veces se les llama en el lenguaje del foro, en nuestro procedimiento civil, mercantil y familiar, adoptan la forma de incidentes dentro de un proceso

---

preventivo de bienes que regula el Art. 142 Pr., como una medida cautelar adoptada por el juez de la causa para garantizar una eventual y futura decisión sobre el fondo.

<sup>32</sup> La Sala de lo Constitucional, en sentencia de las 14 horas y 45 minutos del 3 de diciembre de 2003 (Ref. 512-2001), ha dicho que el embargo se justifica como medida cautelar que contiene un mandato del Juez para asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia, decisión que no implica en si una privación de derecho, porque el titular del dominio, continúa siendo propietario.

<sup>33</sup> Vid. los Arts. 719 y sig. C. La Cámara de Familia de la Sección del Centro, en sentencia de las 11 horas del 12 de agosto de 1997 (Ref. 38-97), ha expresado que se justifica la medida cautelar de la anotación preventiva de la demanda, ya sea en los Libros del Registro de la Propiedad Raíz o en el de vehículos o de Registro de Sociedades, para prevenir o anular cualquier traspaso o gravamen posterior a la presentación de la anotación preventiva y [ ] tienen fundamento suficiente.

<sup>34</sup> Vid. el Art. 1264 C.

<sup>35</sup> Vid. Art. 174 Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>36</sup> Vid. Art. 493 inc. 2º Com.

principal, y aunque cabe la posibilidad de pedir las antes del inicio de tal proceso principal, no pueden vivir por sí mismas, sino esperar en los tiempos previsto por la ley que tal proceso se haya iniciado; o como diríase en otros países de la región, como en Nicaragua, que tales medidas cautelares se hayan oportunamente abonado.

Pero a estas alturas resulta oportuno examinar, aunque sea someramente, la nueva regulación contenida en el Código Procesal y Mercantil<sup>37</sup>. Este nuevo cuerpo legal recoge una regulación integrada de las medidas cautelares en el Título Cuarto de su Libro Segundo (Arts. 431 a 456). Según este nuevo cuerpo legal, en cualquier proceso civil o mercantil el demandante podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias y apropiadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria<sup>38</sup>. Y tales medidas se podrán solicitar y adoptar en cualquier estado del proceso, y también como diligencia preliminar a la interposición de la demanda. En este caso, dichas medidas caducarán de pleno derecho sino se presentare la demanda dentro del mes siguiente a su adopción, sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales vigentes; y en este caso el peticionario será condenado al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados<sup>39</sup>.

Así las cosas, resulta indubitable que en nuestro país no se puede hablar de un proceso cautelar autónomo, y aun cuando cabe, como se acaba de expresar, la posibilidad de que puedan pedirse en diligencias preliminares, las que materialmente formarán un expediente separado, su vida esencial seguirá dependiendo de la existencia de un proceso principal. En otras palabras, aquí debe negarse la autonomía que una parte importante de la doctrina, como vimos, le atribuye al proceso cautelar, ya que es innegable su dependencia de otro proceso principal.

Las medidas cautelares, pues, son de naturaleza procesal e instrumental; existen mientras exista o se espera que exista un proceso principal; tienen su fuente en la ley y en la rogación de parte interesada.

Ahora bien, con base en todo lo hasta aquí expuesto, es del caso arribar a la conclusión que las medidas cautelares tienen como función preservar el derecho de las partes mientras se resuelve la litis, o como dice la doctrina, de “mantener el *status quo*”, permiten asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia o del laudo que se dicte, cuando se trate de un juicio arbitral; y

---

<sup>37</sup> Publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, del 27 de noviembre de 2008, y que entrará en vigencia el 1º de junio de 2010.

<sup>38</sup> Vid. el Art. 431 C.Pr. C. y Merc.

<sup>39</sup> Vid. el Art. 434 C. Pr..C y Merc.

pretenden defender los derechos subjetivos garantizando su eficacia, y consolidar la seriedad de la función jurisdiccional<sup>40</sup>.

### *1.3. Características de las medidas cautelares*

La doctrina<sup>41</sup> y la jurisprudencia nacional<sup>42</sup> y extranjera<sup>43</sup> se han ocupado abundantemente de delimitar las características de las medidas cautelares<sup>44</sup>. Debe expresarse que en el estado actual de la legislación salvadoreña vigente no hay criterio expreso que asigne a las medidas cautelares una caracterización, y tampoco lo hace el Código Procesal Civil y Mercantil, que entrará en vigencia el 1 de junio de 2010. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España sí lo hace, atribuyendo a dichas medidas, características, tales como (a) ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria; (b) no ser susceptible de sustitución por otra medida

---

<sup>40</sup> Vid. E. SALCEDO VERDUGA, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 11; y J.Ma. TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA, *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, Tomo 5, pág. 479. Este autor dice que “El ordenamiento jurídico ha reaccionado tradicionalmente a través de la instauración de las “medidas cautelares”, concepto por el que cabe entender aquellos mecanismos procesales tendentes a garantizar o preordenar la viabilidad o efectividad de los efectos de la cosa juzgada que haya de producir la resolución judicial que se pronuncie definitivamente sobre el objeto procesal y, como intrínseca finalidad, evitar que cristalice una posible vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, [...] anticipando provisionalmente algunos de los efectos característicos de la decisión definitiva..”

<sup>41</sup> Vid. S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 105; E. SALCEDO VERDUGA, Ernesto, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 22; R. LAPIEDRA ALCAMI, *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, págs. 62 a 71; S.D BETCHAKJIAN-C. CAPUANO TOMEY, y otros, *Medidas cautelares*, págs. 3 y 4; E.N. DE LAZZARI, *Medidas Cautelares*, pág.8 a 10. Debe destacarse que en las dos últimas obras citadas como característica de las medidas cautelares se menciona el hecho que se ordenan sin oír previamente a la parte contraria (“inaudita parte”), lo cual en nuestra opinión más que una característica de la medida en sí, es una característica general del procedimiento para su adopción, como se estudiará más adelante.

<sup>42</sup> Sentencia de la Sala de lo Constitucional, de las 10 horas del 12 de julio de 2005, Ref. I-59-2003.

<sup>43</sup> Sentencia de AAP de Baleares, España, de 22 de noviembre de 2004 (JUR 2004, 247304).

<sup>44</sup> Las medidas cautelares, por su propia naturaleza jurídica, presentan una serie de características que son las mismas, tanto si hacen referencia a un procedimiento arbitral, como judicial.

igualmente eficaz, a los efectos de la característica anterior; (c) con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación<sup>45</sup>. De ahí que pueda afirmarse que la caracterización de las medidas cautelares en El Salvador, descansa en una construcción doctrinaria y jurisprudencial<sup>46</sup>.

El aporte entonces de esa doctrina y jurisprudencia permite afirmar que se ha establecido, dentro de la dogmática procesal, los caracteres de las medidas cautelares, lo cual hace difícil apartarse de esos lineamientos. Por tanto, es dable expresar que las características de las medidas cautelares son esencialmente la instrumentalidad, la provisionalidad, la variabilidad, la proporcionalidad y la urgencia.

### ***a) Instrumentalidad***

La instrumentalidad es la característica por excelencia, la que le otorga *per se* su naturaleza y la que impregna carácter a las mismas<sup>47</sup>. Son medidas instrumentales porque dependen de un proceso principal al cual sirven de

---

<sup>45</sup> Vid. Art. 726 Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

<sup>46</sup> Vid. sentencias de la Sala de lo Constitucional de las 10 horas 18 minutos del 9 de febrero de 1999 (Ref. 337-99). En dicha sentencia, la referida Sala dice: "Las medidas cautelares se caracterizan por lo siguiente: (a) tienen carácter instrumental; es decir, que están preordenadas, en general, a una decisión definitiva, de la cual aseguran su fructuosidad. Más que el objetivo de actuar el derecho en su satisfacción, lo tiene en asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que, a su vez, actúa el derecho; en ese sentido, tal como lo señala Fairén Guillén, "el proceso cautelar mas que hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Es un instrumento del instrumento que a su vez es el proceso..."; (b) son provisionales, o sea, sus efectos tienen duración limitada, es decir, no aspiran a transformarse nunca en definitiva, sino que por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia o resolución sobre el fondo del asunto; (c) son urgentes, pues no basta para su pronunciamiento, la idea de peligro, sino que precisa que exista urgencia en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad; (d) son susceptibles de alteración, son variables y aun revocables, siempre de acuerdo al principio "rebus sic stantibus"; esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó (aumento o disminución del "periculum in mora", desaparición del mismo; disminución del "fumus boni iuris"); o tal como lo señala el profesor Fairén Guillén, "de como se manifieste el principio rebus sic stantibus, depende el que, denegada una medida cautelar, ello no pueda evitar que se inste y conceda (esta vez sí) en torno al mismo asunto, siempre que el estado de los hechos se hubiese modificado."; (e) se extinguen a término o plazo, es decir, que sus efectos se extinguen en el momento en que emana, con fuerza de cosa juzgada, la resolución del asunto principal; (f) las resoluciones cautelares no surten efectos de cosa juzgada; su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y su especial provisionalidad, excluyen la duración de los efectos de una decisión en que consiste la cosa juzgada.

<sup>47</sup> Vid. S. BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 106.

ayuda y que es motivo de su existencia. En este sentido cabe expresar que carecen de un fin en sí mismas, desde luego que para existir dependen de la existencia de un proceso principal, cuyo resultado es el que pretenden asegurar, procurando la no existencia de obstáculos para el efectivo cumplimiento de una futura sentencia estimatoria<sup>48</sup>.

La Sala de lo Constitucional, al referirse a esta característica, literalmente ha dicho: “*instrumentalidad*, es decir, las medidas cautelares están predeterminadas, en general, al aseguramiento de una decisión definitiva, es decir, debe atender a la eficacia práctica de la resolución definitiva que pretende asegurar.”<sup>49</sup>

Por su parte la jurisprudencia española, sobre este mismo particular, ha enseñando que “la instrumentalidad en la medida cautelar, analizada la institución en la generalidad de los casos, significa, como lo ha puesto de relieve la moderna doctrina procesalista, que la tutela cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal por la función de asegurar su efectividad práctica. Según la doctrina de los autores, si tal sentencia puede considerarse como el instrumento mediante el cual se actúa el Derecho en el caso concreto, la tutela cautelar es, a su vez, el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de ineffectividad a causa de la necesaria demora en la sentencia.”<sup>50</sup>

Esta instrumentalidad que se atribuye a las medidas cautelares, al menos desde el punto de vista doctrinario, dio lugar a discutir si siendo instrumentales, esto es, dependientes de la existencia de un proceso principal, era posible que se pudieran pedir antes que ese proceso principal existiera. Sin embargo, esa discusión, a estas alturas, ha sido superada por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. En efecto, “la dependencia incluso existe aun cuando la tutela cautelar se pretenda con carácter previo al proceso principal. La instrumentalidad permanece, pese a que se canaliza con carácter posterior. De maneras que si bien es cierto que las medidas cautelares penden de un

---

<sup>48</sup> Se ha sostenido que en la doctrina clásica, ha sido Calamendrei, quien sentó las bases de la instrumentalidad de las medida precautorias, al afirmar que “las providencias cautelares nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito.” Vid. P. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, pág. 44.

<sup>49</sup> Sentencia de la Sala de lo Constitucional, de las 10 horas del 12 de julio de 2005, Ref. I-59-2003.

<sup>50</sup> SAP de Barcelona, España, de 15 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 307057).

proceso, nada obsta que se defiendan la permisibilidad de una tutela cautelar desarrollada antes de que comience el proceso principal, si bien condicionada, en todo caso, a la existencia de dicho proceso.”<sup>51</sup>

En el sistema procesal español, esta cuestión ha sido decidida por el legislador en forma expresa al establecer, por una parte, que también podrán solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pida alega y acredita razones de urgencia o necesidad; y, por otra, que en este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción<sup>52</sup>.

En el derecho procesal civil patrio vigente, puede afirmarse que se sigue el mismo criterio de la legislación española, al menos en lo que al secuestro preventivo se refiere, como un acto previo a la demanda, desde luego que puede también preceder al juicio el secuestro de bienes muebles o inmuebles, a petición de parte, en los casos previstos en el Art. 142 Pr.; estableciendo, además, que practicado el secuestro, el actor deberá entablar su demanda dentro de ocho días, y si no lo verificare, se levantará el secuestro a solicitud del demandado, sin otro procedimiento. Art. 154 Pr.<sup>53</sup>

En el Código Procesal Civil y Mercantil, a entrar en vigencia en junio de 2010, al igual que la ley española, expresamente, el Art. 434 dice: “las medidas cautelares se podrán solicitar y adoptar en cualquier estado del proceso, y también como diligencia preliminar a la interposición de la demanda. En este caso, dichas medidas caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro del mes siguiente a su adopción, sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales vigentes; y en este caso, el peticionario será condenado al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.”

---

<sup>51</sup> Vid. S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 108. Esta autora, con meridiana claridad, en su obra también dice: “Si la medida cautelar es instrumental respecto de un proceso pendiente, sólo será posible decretar medidas cautelares cuando el proceso esté efectivamente iniciado. Pese a esta consecuencia evidente, cierto es que excepcionalmente los sistemas procesales permiten la posibilidad de adoptar medidas cautelares *ante causam*, si bien bajo las condiciones legalmente establecidas y con la debida vinculación ulterior al proceso principal, que consistirá en la exigencia de la interposición de la demanda, normalmente en un plazo legalmente previsto.” En el mismo sentido, Ernesto Salcedo Verduga, Vid. E. SALCEDO VERDUGA, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 23.

<sup>52</sup> Vid. Art. 730 Ley de Enjuiciamiento Civil

<sup>53</sup> Este criterio viene desde el Código de Procedimientos Judiciales y el de Fórmulas, dado en Cojutepeque, a 20 de Noviembre de 1857, en su Art. 156.

### ***b) Provisionalidad***

Estas medidas cautelares son esencialmente provisionales, esto es temporales<sup>54</sup>, como una consecuencia de su instrumentalidad; en primer lugar, sólo surten efectos en la medida en que exista un proceso principal. Es decir, o existen hasta que no se introdujo la demanda en el tiempo previsto por la ley, cuando su adopción ha sido como un acto previo al proceso principal, o cuando en éste se ha dictado la sentencia definitiva que resuelve la cuestión debatida por las partes y ha quedado ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada. Si la sentencia ha sido estimatoria porque entonces se pasa al propio proceso de ejecución y, si por el contrario, ha sido desestimatoria, la medida también desaparece pues ya no hay posible cumplimiento que cautelar<sup>55</sup>.

Como bien lo ha dicho la jurisprudencia española<sup>56</sup>, “las medidas cautelares se caracterizan, en esencia, por su provisionalidad e instrumentalidad, pues su razón de existencia ha de relacionarse, en todo caso, con los avatares por los que discursa el proceso principal.” En nuestro medio, la jurisprudencia dice que estas medidas se caracterizan por su “*provisionalidad*, pues sus efectos tienen duración limitada, es decir, no aspiran a transformarse en definitivas, sino que por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que se dicte la resolución sobre el fondo del asunto o desaparezca las razones que la motivaron.”<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Vid. J. MONROY GALVEZ, Temas de Proceso Civil, en *Introducción al Estudio de la Medida Cautelar*, págs. 35 y 36. Para este autor, lo provisional comprende la temporalidad de las medidas cautelares. Dice al explicar la provisoriedad: “La entenderemos mejor si distinguimos los conceptos de temporalidad y provisoriedad. El primero es aquello que no dura siempre, que tiene una duración limitada; en cambio lo provisorio, es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado. Es este sentido, el vocablo provisorio incluye lo temporal, precisamente es temporal en cuanto asume las características de una cláusula *rebus sic stantibus*, dado que en cualquier momento pueden presentarse (probarse) hechos que persuadan al juez de la sustitución o desaparición de la medida cautelar”.

<sup>55</sup> Sobre este particular, Calamandrei, ha enseñado que “ la providencia cautelar tiene efectos provisorios no porque (o no necesariamente porque) la cognición sobre la cual se basa sea menos plena que la ordinaria y deba, por consiguiente, ir acompañada de una menor estabilidad de efectos, sino porque la relación que la providencia cautelar constituye está, *por su naturaleza*, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la providencia sobre el mérito de la controversia.” Vid. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, pág. 40.

<sup>56</sup> AAP de las Palmas, España, de 19 de abril de 2004 (JUR 2004, 151764).

<sup>57</sup> Sentencia de la Sala de lo Constitucional, de las 10 horas del 12 de julio de 2005, Ref. I-59-2003

Cuestión importante que debe expresarse en este respecto, es que la provisionalidad de la medida, significa una solución temporal y no suponen una ejecución anticipada ni un prejuzgamiento del fondo del asunto<sup>58</sup>.

En fin, pues, la provisionalidad de esta clase de medidas deriva de su función instrumental ligada a la protección de la sentencia de mérito, por lo cual pierde su vigencia, al no ser ya necesaria, con el dictado de aquélla.

### ***c) Variabilidad***

Esta característica, conocida también conocida como flexibilidad o mutabilidad, se refiere al hecho de que las medidas cautelares pueden ser variadas a pedido del demandante o titular de la medida, o sustituidas a solicitud del afectado<sup>59</sup>. Las medidas cautelares pueden alterarse, variarse e incluso revocarse, de conformidad con el principio *rebus sic stantibus*, es decir, que cabe su modificación en tanto y en cuanto haya cambiado el estado sustancial de los datos tomados en cuenta para decretar y practicar inicialmente la cautela<sup>60</sup>. La Sala de lo Constitucional ha dicho que estas medidas cautelares se rigen por el principio *rebus sic stantibus*, en virtud del cual es posible su alteración, variación y aún su revocación, siempre que se altere el estado sustancial de los datos sobre los cuales se adoptó, y por ello calificar tal modificación y tomar la consecuente decisión de mantener o no la providencia aseguratoria corresponde a la autoridad que la adoptó, por su

---

<sup>58</sup> En el sistema británico existen medidas cautelares que carecen de esta provisionalidad. Las “*interlocutory injunctions*” son medidas cautelares que se solicitan durante el trámite del proceso y por lo general, suelen poner fin al litigio porque son indicativas de que las partes han alcanzado una transacción. Vid. F. GASCON INCHAUSTI, “Medidas cautelares del proceso civil extranjero”, pág. 140. En estos casos su adopción implica, en definitiva, la terminación del conflicto, pues la tutela provisional sustituye a la definitiva, es decir, deja de ser una tutela temporal para convertirse en la solución al fondo de la controversia.

<sup>59</sup> La Sala de lo Constitucional, en la sentencia citada de las 10 horas del 12 de julio de 2005, Ref. I-59-2003, sobre este particular, dice: “*alterabilidad*, es decir, son variables y aun revocables, siempre de acuerdo al principio “*rebus sic stantibus*”, esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó –aumento o disminución del periculum in mora, desaparición del mismo o disminución del fons boni iuris.”

<sup>60</sup> “Ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse.” Vid. R. PODETTI, “*Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral*” Tomo IV, *Tratado de las Medidas Cautelares*, pág. 25.

necesaria intermediación con el caso llevado a su conocimiento y con los presupuestos que particularmente le condicionaron a decretarla<sup>61</sup>.

En España, el legislador expresamente ha indicado que las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro de plazo para oponerse a ellas<sup>62</sup>. Y en El Salvador, en el Código Procesal Civil y Mercantil, se ha regulado que si luego de adoptadas las medidas cautelares sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento, podrá el tribunal, a instancia de parte, modificar el contenido de la medida acordada<sup>63</sup>.

#### ***d) Proporcionalidad***

La medida cautelar tiene que ser acorde con el fin perseguido, esto es, garantizar la decisión que en su día se dicte, así como asegurar los derechos de las partes en el proceso y sus bienes<sup>64</sup>. Barona Vilar<sup>65</sup> enseña que en función de esta característica es necesario ponderar los intereses del actor, a quien beneficia la adopción de las medidas cautelares como mecanismo de garantía de la tutela judicial pretendida, y los intereses del demandado, que no ha sido condenado en el proceso y, por ello, no se ha dictado sentencia o título ejecutivo que permita proceder a la intromisión, por ejemplo, en el patrimonio del deudor o a la limitación del ejercicio de un derecho del mismo. El equilibrio entre los intereses de ambos sujetos –dice Barona Vilar– es precisamente lo que se pretende mediante la exigencia de la proporcionalidad.

La jurisprudencia española ha entendido que para dictarse una medida cautelar debe exigirse, además de los presupuestos para su adopción<sup>66</sup>, la concurrencia de la proporcionalidad de la medida, esto es, que la misma esté justificada en función de la necesidad de tutelar cumplidamente intereses jurídicos prevalentes, debiendo aquélla ser adecuada y necesaria al fin reseñado<sup>67</sup>, y que es necesaria la proporcionalidad de la medida cautelar, a fin de que la invasión de la esfera jurídica de la parte contraria se realice sólo

---

<sup>61</sup> Vid. sentencia interlocutoria de las 10 horas y 32 minutos del 22 de mayo de 2003. Ref. 255-2003. En igual sentido, se puede ver la sentencia interlocutoria de la misma Sala de lo Constitucional, de las 8 horas 42 minutos del 5 de septiembre de 2007. Ref. 522-2006.

<sup>62</sup> Vid. Art. 743 Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>63</sup> Vid. Art. 455.

<sup>64</sup> Vid. R. LAPIEDRA ALCAMI, “*La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*”, pág. 70.

<sup>65</sup> Vid. S. BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 115

<sup>66</sup> *Periculum in mora* y *Fomus boni iuris*

<sup>67</sup> Audiencia Provincial de Toledo, España, Auto de 17 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 76764).

cuando fuere estrictamente inevitable para la tutela jurídica de intereses prevalentes<sup>68</sup>.

Esa característica de proporcionalidad es reconocida en forma implícita por la Ley de Enjuiciamiento Civil española, según la cual una medida cautelar se adoptará cuando no sea susceptible de “sustitución por otra medida igualmente eficaz y menos gravosa o perjudicial para el demandado.”<sup>69</sup> Y el Código Procesal Civil y Mercantil, de igual forma, implícitamente reconoce la característica en comento, al decir que las medidas cautelares deberán ser efectivas y conducentes a su fin, y resultar lo menos gravosas o perjudiciales para el demandado, sin que por ello obtenga el demandante más de lo que obtendría como consecuencia de la ejecución de la sentencia<sup>70</sup>.

#### *e) Urgencia*

Si como hemos dicho la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria, sin duda alguna que la celeridad con que se adopten puede propiciar la consecución de tal fin. Nuestra jurisprudencia ha reconocido a la urgencia como característica de estas medidas, “pues no basta para su pronunciamiento la idea del peligro, sino que se precisa que exista en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad”.<sup>71</sup> La urgencia deberá ser valorada en cada caso por el tribunal ante quien se ha solicitado la medida, teniendo cuidado de advertir si hay un perjuicio inminente e irreparable que se puede producir por el retraso en tramitar el proceso principal.

### *1.4. Requisitos de procedencia de las medidas cautelares*

Debe exponerse de manera previa, como una cuestión metodológica, que la adopción de las medidas cautelares implica necesariamente la previa petición de la parte interesada y legítima en el proceso de que se trate. En estos momentos, es decir, con el todavía vigente Código de Procedimientos Civiles, puede afirmarse que para la adopción de una medida de esta naturaleza es necesario que se de la petición de la parte legítima, puesto que a ese cuerpo legal le informa, en general, el principio de justicia rogada, es

---

<sup>68</sup> AAP de Madrid, España, de 31 de marzo de 2005 (JUR 2005, 106970).

<sup>69</sup> Vid. Art. 726.1, 2º.

<sup>70</sup> Vid. Art. 445 inc. 1º.

<sup>71</sup> Vid. sentencia citada de la Sala de lo Constitucional, de las 10 horas del 12 de julio de 2005, Ref. I-59-2003

decir, que el juzgador debe esperar la petición de parte para expedirse.<sup>72</sup> Este criterio no se modifica en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, según el cual en cualquier proceso civil o mercantil el demandante podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias y apropiadas<sup>73</sup>, estableciendo, además, que las medidas cautelares sólo se decretarán a petición de parte, bajo la responsabilidad del que las solicita<sup>74</sup>.

La indiscutible adopción de la petición de parte, como antecedente indispensable para abrir el procedimiento cautelar, por decirlo así, descansa en la circunstancia de que quien asume la responsabilidad por los daños que se pudieran causar por la imposición de una medida cautelar infundada, es el solicitante de la medida. Así lo confirma el contenido del Art. 432 del Código Procesal Civil y Mercantil. Por tal razón, aunque en algún momento podría pensarse en la expedición oficiosa de una medida cautelar, sobre la base de que ellas lo que pretenden o persiguen es asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria, y que una de las obligaciones del juzgador es propiciar o garantizar al justiciable una efectiva tutela jurisdiccional, ello no es posible porque se debe atribuir a alguien la responsabilidad de un posible perjuicio con los efectos de la medida cautelar de que se trate, y ese alguien ha sido el solicitante de tal medida<sup>75</sup>. Por lo que, en todo caso entonces, la petición de parte debe mediar para que un juez decrete una medida cautelar.

Dicho lo anterior, cabe plantear que después de la petición del solicitante, no basta que haya una norma legal que autorice en un caso concreto la expedición de una medida cautelar, sino que será necesario que concurren algunos elementos fundamentales, que la doctrina llama “presupuestos”; o dicho de otro modo, será necesario que se acredite la concurrencia de ciertos requisitos que justifiquen la expedición de la medida, que sin duda tiene un gran impacto en el interés jurídico de aquella parte contra quien se dirige la misma. Y en tal sentido, la doctrina y la jurisprudencia<sup>76</sup>, de forma unánime admiten que tales presupuestos o

---

<sup>72</sup> El Art. 1299 Pr. dice: “Ninguna providencia judicial se dictará de oficio, por los Jueces y tribunales, sino a solicitud de parte, excepto aquellas que la ley ordene expresamente....”

<sup>73</sup> Vid. Art. 431.

<sup>74</sup> Vid. Art. 432 inc. 1º.

<sup>75</sup> Vid. M.P. CALDERON CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, pág. 205.

<sup>76</sup> La Sala de lo Constitucional, entre otras sentencias, en resolución de las 8 horas y 31 minutos del 11 de septiembre de 2006 (Ref. 604-2006), ha dicho: “Es menester indicar que para la adopción de una medida cautelar deben concurrir al menos dos presupuestos básicos, a saber: la probable existencia de un derecho amenazado *-fomus boni iuris-* y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso *-periculum in mora-*.”

requisitos son: por una parte, la apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*); y, por otra, el peligro en la demora (*periculum in mora*)<sup>77</sup>.

En este respecto cabe decir que lo que hasta ahora ha sido una construcción jurisprudencial lo que ha privado para conceptualizar el tema de los presupuestos para la adopción de estas medidas, ahora con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, tales conceptos tienen carta legislativa, por así decirlo, en el Art. 433 inc. 1° de dicho cuerpo legal, el cual, en lo pertinente, establece: “Las medidas cautelares sólo podrán adoptarse cuando el solicitante justifique debidamente que son indispensables para la protección de su derecho, por existir peligro de lesión o frustración del mismo a causa de la demora en el proceso...”

Y ¿cuál es la razón de ser de exigir esos presupuestos para adoptar una medida cautelar? Barona Vilar<sup>78</sup> plantea: “La razón de ser de la exigencia de estos presupuestos o fundamentos para adoptar la medida cautelar descansa en la presencia en todo lo que concierne a la tutela cautelar de una tensión evidente entre intereses contrapuestos: los de quien reclama la adopción de medidas cautelares como instrumentos de efectividad de la posible resolución que, en su día, se dicte (sea ésta una sentencia en el proceso judicial o sea un laudo dictado en el proceso arbitral) –en suma una garantía de satisfacción en el supuesto de vencer en el proceso principal-, y los intereses de quien se ve constreñido a soportar una ingerencia en su esfera jurídica, aun cuando todavía no existe un título ejecutivo que la sustente.”<sup>79</sup>

#### **a) La verosimilitud del derecho o fomis boni iuris**

Este presupuesto está referido a la cualidad de verosímil del derecho de quien solicita la medida cautelar, o sea, que este presupuesto concurre cuando,

<sup>77</sup> Alguna parte de la doctrina también considera como presupuesto de la adopción de una medida cautelar el depósito de una caución o contracautela. Vid. R. LAPIEDRA ALCAMI, *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, pág. 83. En igual sentido, J. Ma.TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA, *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, Tomo 5, pág. 486, quien dice que a los dos presupuestos aceptados por la doctrina debe sumarse ahora un tercero, relativo a la *prestación de una caución* por parte del beneficiario por la adopción de las medidas cautelares. En nuestro criterio, la exigencia en algunos casos de la contra cautela es un requisito de procedimiento, pero no de configuración de la necesidad de la medida cautelar pretendida.

<sup>78</sup> Vid. S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 208

<sup>79</sup> De alguna forma, en nuestro medio, la Sala de lo Constitucional se ha referido implícitamente a este planteamiento que hace Barona Vilar. Vid. Resolución de dicha Sala, de las 15 horas 40 minutos del 6 de marzo de 2001 (Ref. 560-99): “Cabe apuntar que las medidas cautelares parten de una base común, la probable existencia de un derecho amenazado -*fumus boni iuris*- y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso -*periculum in mora*-. Sobre este punto se ha esbozado que la razón de la existencia de la función cautelar, radica en que no sirve para procurar a uno de los litigantes una posición favorable en el proceso de cognición o de ejecución; al contrario, evita que la duración del proceso altere el equilibrio entre las partes; se trata pues, del factor tiempo y del hecho, en relación con las variaciones de una situación determinada.

en principio, ese derecho del solicitante tenga apariencia de verdadero y que sea creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad. “La ley requiere que se acredite ‘prima facie’ que el derecho de quien solicita la medida cautelar es verosímil, creíble, aparentemente cierto (humo de buen derecho)... Verosimilitud no es sinónimo de certeza. Verosímil significa que el derecho que se invoca tiene apariencia de verdadero, que existe la posibilidad de que efectivamente exista”<sup>80</sup>. O sea, pues, que el derecho que se pretende tutelar en la sentencia definitiva del proceso en concreto debe presentar un alto grado de probabilidad de éxito, o como dice SERRA DOMÍNGUEZ<sup>81</sup> “...con una probabilidad cualificada; es decir, en cuanto aparezca como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante.”

Para la jurisprudencia española, para la adopción de una medida cautelar, además de otros requisitos, ha de existir un cierto juicio positivo por parte del Juez de que el resultado de tal proceso principal será probablemente favorable al actor; es lo que se denomina apariencia de buen derecho; sin que ello suponga un convencimiento absoluto de que esa pretensión del demandante será estimada en todo caso, sino que es suficiente con la mera probabilidad de que tal resultado se puede producir efectivamente<sup>82</sup>. Para esa jurisprudencia –la española- el “*fomus boni iuris* o apariencia jurídica o de prevalencia jurídica, implica la existencia de un derecho o interés jurídico que ha de parecer verosímil, o sea suficiente para que pueda preverse que la resolución principal pueda declarar el derecho en sentido favorable al que solicita la medida cautelar. Se trata en definitiva de que el solicitante aporte datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión.”<sup>83</sup>

La Jurisprudencia venezolana acomoda su concepto del *fomus boni iuris*, a la tendencia generalizada de la doctrina, al afirmar que en lo que respecta al primero de los requisitos mencionados (*fumus boni iuris*), su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho, como un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiéndole al Juez analizar los recaudos o elementos

---

<sup>80</sup> Vid. H. CASCO PAGANO, *Código Procesal Civil anotado y concordado*, pág. 1076.

<sup>81</sup> Vid. M. SERRA DOMINGUEZ, “Teoría General de las medidas Cautelares”, en *Las medidas Cautelares en el proceso civil*, pág. 36.

<sup>82</sup> Vid. SAP de Navarra de 15 de mayo de 1998.

<sup>83</sup> Vid. AAP de Castellón de 18 de febrero de 2005 (JUR 2005, 104409).

presentados junto con el libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama<sup>84</sup>.

Así, pues, cabe expresar que tratándose de la apariencia de buen derecho –*fomus boni iuris*–, a los efectos de decretar una medida cautelar, la solicitud de mérito debe de fundarse en cierto grado de probabilidad que la pretensión de la demanda principal es fundada o seria, esto es, que aparentemente va a ser admitida en sentencia<sup>85</sup>. En este sentido, la indagación del *fomus boni iuris*, se reduce a un juicio o cálculo de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la situación jurídica sustancial tutelada, basta con que el juez compruebe y llegue al convencimiento, en virtud de la prueba disponible, que el derecho o interés legítimo invocado por el solicitante, probable o presumiblemente, será reconocido en la sentencia definitiva. Esto es, la situación jurídica sustancial debe presentar *prima facie* una razonable apariencia de que puede ser acogida; o si quiere, en un sentido negativo, que los motivos de la pretensión no sean manifiestamente infundados, por lo que el solicitante tiene probabilidad de salir vencedor en la contienda<sup>86</sup>.

Ese concepto de apariencia de buen derecho y la forma de acreditarlo no ha dejado de generar discusión respecto a si el despacho de la medida cautelar constituye o no prejuzgamiento acerca del asunto discutido en el proceso principal por así decirlo. Nosotros pensamos, como MARTÍNEZ BOTOS, “que en las resoluciones que aprecian *prima facie* una situación jurídica a fin de dictar una medida precautoria no se da el innecesario e inadecuado anticipo de criterio que es configurativo del prejuzgamiento.”<sup>87</sup> Se ha afirmado que el Juez debe juzgar sobre la procedencia de la medida cautelaren en sí misma,

---

<sup>84</sup> Sentencia del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Los Andes, 1 de febrero de 2008, Expediente. N°. 6911.07.

<sup>85</sup> Debemos reconocer que el criterio de “probabilidad” ha sido expuesto por Calamandrei. Vid. P. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, pág. 63.

<sup>86</sup> “Las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva a recaer en otro proceso, de modo tal que la fundabilidad de la pretensión invocada en el proceso principal, por parte de quien solicita dicha medida, no puede ser objeto de un detenido análisis; no puede pretenderse un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino sólo un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido”. DIAZ SOLIMINE, *Medidas cautelares sobre automotores*, pág. 20.

<sup>87</sup> Vid. R. MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas cautelares*, pág. 129. En este mismo sentido, E. GARCIA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, pág. 188.

mas no prejuzgar sobre el fondo del asunto, lo que es correcto, pues el juicio de verosimilitud carece de repercusiones en orden a la sentencia final, que será dictada una vez efectuada la indagación a fondo. Nunca el procedimiento cautelar valora el fondo de las cosas sino tan sólo la aparente atendibilidad. Todas las acciones dependen necesariamente de una sentencia previa que las reconozca y declare su exigibilidad, pero en el trayecto hacia su obtención, a los efectos cautelares, puede hurgarse en el material y alegaciones que presenta el requirente para establecer con grado de probabilidad su posible andamio. Que emerja o no de ese análisis la verosimilitud del derecho, es cosa distinta de tener que abordar el fondo de las cosas<sup>88</sup>.

En este mismo sentido, los Tribunales españoles han sostenido pacíficamente que la apreciación *prima facie* de la apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*– no implica un prejuzgamiento: “La adopción de la medida cautelar no podrá en ningún caso interferir o adelantar un prejuicio sobre el fondo del asunto principal, de modo que tan solo podrá procederse a la adopción de la medida si el solicitante consigue provocar en el Juzgador un juicio provisional o indiciario favorable a la pretensión suscitada.”<sup>89</sup>

En el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, de forma expresa encontramos, incluso, la prohibición para el juzgador de prejuzgar el fondo. En efecto, el Art. 433 inc. 2º, dice: “El solicitante deberá acreditar, en forma adecuada, la buena apariencia de su derecho, y para ello deberá proporcionar al juez elementos que le permitan, sin prejuzgar el fondo, considerar que la existencia del derecho, tal como lo afirma el solicitante, es más probable que su inexistencia.”

### ***b) Peligro en la demora o periculum in mora***

Este segundo presupuesto –peligro en la demora o *periculum in mora*–, para la adopción de las medidas cautelares, que hasta ahora, al menos en nuestro medio, salvo la legislación de familia, únicamente había sido requerido jurisprudencialmente, como antes lo hemos afirmado, se hace consistir en el temor fundado en la configuración de un daño a los derechos del demandante, que puede darse como consecuencia de que la tutela jurídica que éste persigue y espera de la sentencia a expedirse en el juicio principal, no pueda en los hechos hacerse efectiva, porque en función del transcurso del tiempo en el trámite del juicio, los efectos del fallo definitivo resulten

---

<sup>88</sup> Vid. E.N. DE LAZZARI, *Medidas Cautelares*, págs. 25 y 26.

<sup>89</sup> AP de Valencia, sentencia de 16 de mayo de 2002 (JUR 2002, 231463).

inoperantes o de cumplimiento imposible<sup>90</sup>. La doctrina clásica ya ha enseñado que la expedición de una medida cautelar responde a la necesidad de evitar aquellas circunstancias que en todo caso o en parte impiden o hacen más difícil o gravosa la consecución del bien pretendido, o en cuya virtud el daño temido se transforma en daño efectivo<sup>91</sup>. Por estas razones, es que resulta lógico entender que el *periculum in mora*, vendrá a configurar en una doble cualidad de los peligros que incorpora: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza, o bien peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria.

“El presupuesto del *periculum in mora* se circunscribe, por tanto, a la posibilidad de que la irremediable duración del proceso provoque situaciones por dañosas para la persona que reclama jurisdiccionalmente su derecho, hasta el punto que la eventual reparación de ese perjuicio se presente desde el punto de vista jurídico como muy costosa o tácticamente imposible.”<sup>92</sup>

Para los tribunales españoles el presupuesto del *periculum in mora* se fundamenta en el riesgo del daño que recae sobre el actor por la dilación temporal que el desarrollo de un proceso contradictorio con todas las garantías conlleva, y en la necesaria respuesta que deben otorgar los organismos jurisdiccionales, a instancias de parte, en aquellos supuestos en los que la mera interpretación de la demanda pueda llevar actuaciones voluntarias tendentes a evitar la ejecución de una eventual sentencia de condena<sup>93</sup>. Pero esos tribunales españoles han tenido el cuidado y la prudencia de advertir que el presupuesto que se comenta, se configura con carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro<sup>94</sup>; de manera que ellos –los tribunales españoles- exigen, para la configuración del *periculum in mora*, que el riesgo que se invoque sea específico, no bastando un riesgo abstracto<sup>95</sup>.

De nuevo cabe expresar, que la jurisprudencia venezolana, sobre este particular, ha reseñado que en cuanto al segundo de los requisitos (*periculum in mora*), ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia,

---

<sup>90</sup> Vid. E. SALCEDO VERDUGA, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 39.

<sup>91</sup> Vid. G. CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, v. I, pág. 278; y también P. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, pág. 17.

<sup>92</sup> Vid. J. Ma. TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA, *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, pág. 485.

<sup>93</sup> Vid. AP de Castellón, Auto de 18 de febrero de 2005 (JUR 2005, 104409).

<sup>94</sup> TRIBUNAL SUPREMO de España, resolución de 3 de marzo de 2002.

<sup>95</sup> SAP de Málaga, 16 de julio de 2002 (JUR 2003, 27723).

que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada<sup>96</sup>.

Consecuente con lo expuesto, en relación al peligro en la demora o *periculum in mora*, puede indicarse que, cuando se inicia un proceso y se prevé que el resultado de la sentencia firme va a tardar cierto tiempo, el cual puede poner en peligro el derecho reclamado o la efectividad de la sentencia, es mejor cautelar ese derecho, es decir, asegurarlo para que la futura sentencia no vaya a resultar inoperante e inútil; de todo lo cual se infiere que el *periculum in mora* consiste en el temor fundado de que la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada, grave o irreparablemente, durante el transcurso del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal<sup>97</sup>.

Para el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, el concepto del *periculum in mora* se recoge expresamente en el sentido que este presupuesto concurre, para la adopción de la medida cautelar, cuando el solicitante justifique debidamente, además del humo del buen derecho, que existe un peligro de lesión o frustración del mismo, a causa de la demora del proceso; y esto en el sentido de que, sin la inmediata adopción de la medida, la sentencia que eventualmente estime la pretensión sería de imposible o muy difícil ejecución. Art. 433 inc. 2°.

### ***1.5 Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares***

Hemos establecido *ut supra* que hasta antes de la promulgación del nuevo Pr.C.M., no había una sistematización legislativa sobre las medidas cautelares o precautorias; que generalmente su adopción se pide como una cuestión incidental dentro del proceso principal, y que si bien es cierto se pueden solicitar como un acto previo a la demanda, formando un expediente separado, ello no ha significado que se haya podido hablar de un proceso cautelar autónomo. Sin embargo, es indiscutible que aunque sea en forma

---

<sup>96</sup> Sentencia del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Los Andes, 1 de febrero de 2008, Expediente. N°. 6911.07

<sup>97</sup> “Peligro —explica el profesor Hugo Rocco— en el derecho procesal, no puede ser otra cosa que la potencia o idoneidad de uno de tales hechos de ocasionar el sacrificio o la restricción, o de un derecho o interés de derecho sustancial o de un derecho o interés de derecho procesal”. H. ROCCO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo V, pág. 48.

particular para cada clase de medida cautelar, el legislador ha ido estableciendo una particular manera de proceder<sup>98</sup>.

Ahora bien, estando a las puertas de la vigencia del nuevo Pr.C.M., resulta conveniente abordar los principales puntos del procedimiento cautelar, a la luz de esa nueva normativa; destacando como cuestiones fundamentales, entre otras, la determinación del tribunal competente, el contenido de la solicitud, el requerimiento de una garantía al solicitante para responder por posible daños y perjuicios, la necesidad o no de oír a la parte contraria para la adopción de la misma, la prueba de la necesidad de la medida, la resolución del juzgador, la ejecución de las medidas adoptadas, la posibilidad de recurrir de la misma, y la modificación o caducidad de las medidas decretadas. Pero debe destacarse desde ya que para la sustanciación de la solicitud de medida cautelar se formará pieza separada, que en ningún caso suspenderá el proceso principal. Art. 451 Pr. C.M.

#### *a) Tribunal competente*

Sin importar que la solicitud de la medida cautelar se haga con la demanda o estando pendiente el proceso principal, será competente para la adopción de las medidas cautelares el juez que deba conocer o esté conociendo, en la instancia o recurso, del procedimiento en el que se han de acordar. Art. 449 Pr.C.M.<sup>99</sup> Pero a este respecto vale la pena comentar algunas circunstancias que se pueden presentar, bajo el tema de la competencia para conocer de la solicitud de una medida cautelar. Veamos:

Una de las obligaciones que tiene el tribunal que recibe una demanda es examinar su competencia y, si entiende que carece de ella, la declarará improponible y pondrá fin al proceso<sup>100</sup>. Lo lógico entonces sería que el tribunal incompetente no pueda formar la pieza separada para darle trámite al proceso cautelar. Sin embargo, con base en la nueva legislación procesal, pareciera que cabe la posibilidad de que ese tribunal, no obstante no reconocer jurisdicción y competencia para conocer de la demanda que le ha sido

---

<sup>98</sup> Baste citar algunos casos: para el secuestro preventivo de bienes, ver los Arts.143 al 154 Pr.; para la anotación preventiva de la demanda, ver Art. 727 C.; para la suspensión de la ejecución de acuerdos tomados por una Junta General de Accionistas de una sociedad anónima, ver Art. 251 Com.; para la orden provisional de cese de actos de competencia desleal, ver Art. 493 Com.; para los casos de infracción de los derechos marcarios derivados de un registro, ver Art. 92 Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, etc.

<sup>99</sup> Hay que comentar que el Art. 451 Pr. M.C. sólo atribuye la competencia “al juez...”, pero del mismo texto se advierte que puede ser una Cámara de Segunda Instancia, conociendo en apelación, o la Sala de lo Civil de la CSJ, conociendo en casación, la que reciba la solicitud para adoptar la medida cautelar.

<sup>100</sup> Vid. Art. 24 inc. 1º Pr. M y C.

presentada, pueda expedirse para el conocimiento sólo de la petición de la medida cautelar, ya que estaría habilitado procesalmente para practicar, a instancia de parte, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba y adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para evitar perjuicios irreparables que pudiera ocasionarle al demandante la suspensión del procedimiento<sup>101</sup>.

No obstante lo anterior, el mismo cuerpo legal entra en contradicción con aquellas normas generales, al ordenarle al tribunal que reciba una solicitud de medidas precautorias, por una parte, que examine de oficio su jurisdicción y competencia para conocer de esa solicitud; y, por otra que rechace su intervención si considera que carece de alguna de aquéllas, debiendo remitir al solicitante al tribunal que corresponde. Art. 450 Pr.C. M. En esta virtud, lo más probable es que los tribunales serán muy prudentes en usar aquellas autorizaciones de los artículos 25 y 44 y conociendo de su responsabilidad se van a abstener de expedirse. Pensamos que este problema se origina porque no se adaptó bien la regulación de la LEC, que fue más clara en este respecto. En efecto, en esa legislación de España, ha quedado claro<sup>102</sup>:

- 1) que cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial;
- 2) que cuando el tribunal considerara que carece de jurisdicción o de competencia objetiva, dictará auto absteniéndose de conocer y remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda si la abstención no se fundara en la falta de jurisdicción de los tribunales españoles;
- 3) que lo mismo que dice el párrafo precedente se acordará cuando la competencia territorial del tribunal no pueda fundarse en ninguno de los fueros legales, imperativos o no, que resulten aplicables en atención a lo

---

<sup>101</sup> Los Arts 25 y 44 del Pr. M yC. dicen:

“Art. 25.- La suspensión del procedimiento producida por la alegación de falta de jurisdicción no obstará a que el tribunal que conoce de la pretensión practique, a instancia de parte, cualquier actuación de aseguramiento de prueba y adopte las medidas cautelares que considere necesarias para evitar perjuicios irreparables que pudiere ocasionarle al demandante la suspensión del procedimiento.”

“Art. 44.- La suspensión del procedimiento producida por la alegación de falta de competencia, en los casos en que procede, no obstará a que el tribunal que conoce de la pretensión practique, a instancia de parte, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba y adopte las medidas cautelares que considere necesarias para evitar perjuicios irreparables que pudiere ocasionarle al demandante la suspensión del procedimiento.”

<sup>102</sup> Vid. Art. 725 LEC.

que el solicitante pretenda reclamar en el juicio principal. No obstante cuando el fuero legal aplicable sea dispositivo, el tribunal no declinará su competencia si las partes se hubieran sometido expresamente a su jurisdicción para el asunto principal; y

- 4) que si el tribunal en los casos anteriores, se considerara territorialmente incompetente, podrá no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejaren, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten muy urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente.

Si la medida cautelar se solicita estando pendiente un recurso – apelación o casación-, será el tribunal que se encuentre conociendo de tal recurso el competente para conocer del proceso cautelar, lo cual se deduce de los vocablos “instancia o recurso”, que ocupa el Art. 449 Pr.C.M.

Finalmente, debe señalarse que cuando la medida cautelar se solicita en relación a un proceso arbitral o cuando se solicita para procesos jurisdiccionales o arbitrales extranjeros, el tribunal competente para conocer de la solicitud será el juez de primera instancia del lugar donde se deba ejecutar la sentencia arbitral o donde deban surtir efectos las medidas, salvo que dispongan otra cosa distinta los tratados aplicables. Art. 449 inc. 2º Pr. C. M.

#### ***b) la solicitud para la adopción de la medida cautelar***

Para la adopción de la medida cautelar es necesario que le preceda una expresa petición de parte, es decir, que no habrá medidas adoptadas *ex officio*. Las medidas cautelares –dice el Art. 432 Pr.C.M.- sólo se decretarán a petición de parte, bajo la responsabilidad del que las solicita. Y estará legitimado para presentar esa solicitud únicamente el demandante, no el demandado, a menos que éste reconvenga al contestar la demanda<sup>103</sup>, puesto que en este caso entonces el demandado también asume la calidad de demandante. Esa regulación que reserva legitimación para pedir que ha sólo al demandante originario o por reconvención, “algunos han llegado a tachar de discriminatoria y, por ende, inconstitucional por lesionar el derecho constitucional a la igualdad de armas en el proceso [ ] es, sin embargo perfecta y absolutamente lógica. Basta con pensar que, en principio, en un proceso civil sólo se encuentran comprometidos o en tela de juicio los derechos civiles de la parte demandada, no los del actor, y que son tales derechos del

---

<sup>103</sup> De conformidad con el Art. 286 inc. 1º Pr. C. y M., “Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvención, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante.”

demandado los que se perderán o restringirán si la pretensión del actor llegase a ser estimada, para comprender a simple vista que el aseguramiento de la efectividad de la sentencia tan solo debe ponerse en práctica para evitar el riesgo de que eventuales comportamientos del demandado acaecidos durante la litispendencia puedan dar al traste con la posibilidad de ejecutar un pronunciamiento estimatorio de la pretensión actora.”<sup>104</sup>

La solicitud de que se trata adoptará la forma de demanda<sup>105</sup> y se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, y con ella se deberán acompañar los instrumentos que la apoyen y se deberá pedir, bajo pena de preclusión, la práctica de otros medios de prueba para la acreditación de los presupuestos que sustentan la adopción de medidas cautelares. Art. 451 incs. 1º y 2º Pr.C.M.<sup>106</sup> Sin duda, entonces que el peticionario debe expresar en concreto cuál es la medida cautelar que propone dentro de las contenidas en el catálogo que provee el Art. 436 Pr. C.M., sin perjuicio de que pueda solicitar la adopción de otras medidas, no contempladas en el catálogo, que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria, así como la de aquellas que estén expresamente previstas por las leyes para la salvaguarda de ciertos derechos. Art. 437 *ibidem*. Por lo tanto, si el solicitante pide al juez que sea él quien determine la medida cautelar que considere apropiada, sobre la base de las justificaciones expuestas en su solicitud, ésta deberá ser rechazada, en primer lugar, porque habría un claro incumplimiento de un requisito formal, el de que esa solicitud deba formularse con claridad y precisión; y, en segundo lugar, porque no tendría el juez el parámetro comparativo, a los efectos de no ordenar otras

---

<sup>104</sup> Vid. J. Ma.TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA, *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, pág. 491.

<sup>105</sup> La LEC de España no exige que la solicitud adopte la forma de demanda, sino que se formule con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción. En cambio, nuestra nueva legislación procesal, sí exige expresamente que esa solicitud adopte la forma de una demanda; y, por lo tanto, deberá cumplirse con lo preceptuado en el Art. 276 Pr. C. y M., que regula los elementos que debe contener la demanda.

<sup>106</sup> Vid. J.F. VALLS GOMBAU, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coords: M.A. FERNÁNDEZ –BALLESTEROS y otros), quien expresa que la preclusión por la proposición de prueba por parte del actor responde a la finalidad de proteger la defensa del demandado, resguardándole de peticiones sorpresivas que pudieran alterar el contenido de la medida solicitada, así como evitar suspensiones de la vista que dilaten el proceso cautelar.

medidas cautelares más gravosas que las solicitadas, cual lo establece el inciso segundo del Art. 432 de ese mismo Código.

*c) Prestación de caución*

Los tradicionales presupuestos de las medidas cautelares, exigibles indiferentemente en cualesquiera ámbitos procesales, son los dos examinados hasta ahora, es decir, la apariencia de buen derecho y el peligro por la mora procesal. Pero en algunas ocasiones, los distintos sistemas normativos que configuran la tutela procesal cautelar configuran, junto a los dos anteriores, un tercer presupuesto determinante de la adopción de las mismas, que es de la *prestación de una caución* por parte del solicitante y beneficiario de las medidas cautelares, la cual tiene por exclusiva finalidad la de garantizar la satisfacción de los posibles daños y perjuicios que al sujeto pasivo de dichas medidas pueda ocasionar su adopción si, con posterioridad, se revela la improcedencia de las mismas.<sup>107</sup>

En esa línea, en el régimen cautelar que trae el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, la regla general es que el solicitante de la medida cautelar debe prestar caución suficiente para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran causar al patrimonio del demandado, su adopción y cumplimiento y debe hacerlo en forma previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada<sup>108</sup>. Y en esta virtud, el ofrecimiento de la caución por parte del solicitante de la medida, viene a constituir un requisito adicional del libelo de la solicitud. Así lo confirma el inciso final del Art. 451 Pr.C.M., al decir que “... en el escrito en que se soliciten (las medidas cautelares) habrá de ofrecerse caución, especificando de qué tipo o tipos es la que propone, con justificación del importe propuesto.”<sup>109</sup> Pero ese ofrecimiento no es vinculante para el juez, desde luego que éste puede no aceptar la que precisamente el solicitante ofreció, sino que puede graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente,

---

<sup>107</sup> Vid. J. Ma.TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA, *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, pág. 486.

<sup>108</sup> Vid. Art. 446 Pr. C. y M.

<sup>109</sup> Sobre este particular, debe tomarse en cuenta el Art. 447 del mismo Código, que dice: “Art. 447.- La forma y cuantía de la caución deberá indicarse en la solicitud de la medida cautelar, y podrá ofrecerse en dinero en efectivo, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones afianzadoras, o en cualquier otra forma admitida en derecho, siempre que, a juicio del juez, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate.-- El juez podrá aceptar la caución ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o cambiarla por la que considere pertinente, con apego a la proporcionalidad respecto de la capacidad patrimonial del solicitante y del objeto del proceso.”

con apego a la proporcionalidad respecto de la capacidad patrimonial del solicitante y del objeto del proceso<sup>110</sup>.

Finalmente, en este respecto, cabe expresar que en algunos casos excepcionales el juez podrá eximir de la prestación de caución al solicitante, cuando la capacidad económica y potencial patrimonio del solicitante es sensiblemente inferior al de la parte contraria, en especial en aquellos casos en que la pretensión planteada implique, junto a la defensa de un interés particular, la defensa de intereses generales, colectivos o difusos, como los de los consumidores o los de la protección del medio ambiente. Art. 448 inc. 1° Pr.C.M.

#### ***d) Audiencia a la parte contraria***

En cuanto a si para la adopción de una medida cautelar se requiere o no que previamente oiga a la parte contraria, las legislaciones no son unánimes; algunas como la Ley de Enjuiciamiento Civil española requiere de la intervención de la parte que sufrirá la medida<sup>111</sup>, y solamente como excepción a esa regla general, prevé la posibilidad de que el juez pueda acordar la adopción de la medida cautelar sin necesidad de la participación de la parte contraria, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar<sup>112</sup>. En igual sentido, en Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dispone que la resolución por la cual se adopte o se pretenda adoptar una medida cautelar, se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias. Martínez Botos<sup>113</sup>, citando jurisprudencia argentina, señala que el precepto ha sido ratificado por la jurisprudencia: De mediar sustitución de una medida cautelar se requiere la pertinente sustanciación, siendo improcedente la pretensión de que se lleve a cabo *inaudita altera pars* y sin más trámite. Otras legislaciones, en cambio se han decidido porque para la sustanciación del proceso cautelar no se oiga a la parte contraria<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> Vid. Art. 447 inc. 2° Pr. C y M.

<sup>111</sup> El Art. 733, 1. LEC, dice: “Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado”.

<sup>112</sup> Vid. el Art. 733, 2. LEC.

<sup>113</sup> R. MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas Cautelares*, pág.79.

<sup>114</sup> Entre estas legislaciones, además de la española, cabe citar, el Código de Procedimientos de Ecuador y el propio de Paraguay.

En el estado actual de las cosas, en El Salvador, la adopción de medidas cautelares, generalmente, se hace sin necesidad de oír a la contraria<sup>115</sup>; y en la nuevas regulaciones procesales, el Pr.C.M., claramente establece, en el Art. 453 inc. 1º, que las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la contraparte. Aquí resulta ilustrativo contar que la Comisión Redactora del Proyecto de Código, hizo pronunciamiento expreso sobre este aspecto en particular: “...En esta parte del proyecto del Código Procesal Civil y Mercantil, el equipo técnico, al referirse cómo deberían adoptarse las medidas cautelares, hizo un cambio a lo establecido en el proyecto en el sentido de que las medidas cautelares deben decretarse siempre sin audiencia de la parte contraria; en cambio, tal como estaba en el proyecto, para dictar una medida cautelar era necesario fijar una audiencia y en ella las partes tenían que hacer sus respectivos alegatos. El equipo técnico, tomando en cuenta nuestras realidades y sobre todo considerando que en la mayoría de casos el deudor lo que hace es esconder sus bienes para que no se los embarguen, consideró que, en el caso de que la medida cautelar se decretara con audiencia de la parte contraria, ello la volvería una ilusión, ya que el demandado de inmediato procedería a trasladar sus bienes a otra persona, lo cual prácticamente volvería nugatoria la medida cautelar solicitada.”<sup>116</sup>

Vale la pena mencionar que para aquellas legislaciones que adoptan, la regla general de que es necesaria la participación de la parte contraria, lo hacen sobre el criterio de que, además de cumplir con el principio de contradicción del proceso el cual, además de instrumento eficaz para garantizar la exacta aplicación de la ley y la imparcialidad del juzgador, el que se le oiga es un derecho fundamental de todo ciudadano que interviene en el proceso. “Por ello también cuando se trata de adoptar una medida cautelar, que va a suponer un gravamen o una limitación en la persona o bienes de una de las partes, es necesaria la contradicción.”<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> En muchos procesos o procedimientos, sean estos administrativos o jurisdiccionales -y tal, es precisamente el supuesto contemplado en los artículos 91 de la Ley de Propiedad Intelectual, 92 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, y 6 bis del Convenio de París- el legislador da la posibilidad de decretar medidas cautelares como instrumentos para garantizar la eficacia de una posterior decisión judicial, sin que esto signifique una privación de derechos previa al juzgamiento, y sin que sea indispensable en consecuencia, la audiencia consagrada en el artículo 11 de la Constitución.

<sup>116</sup> Vid. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS del Pr. C. y M. Publicación del Código, Corte Suprema de Justicia, terminada de imprimir el 24 de marzo de 2009.

<sup>117</sup> Vid. S. BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 280.

En nuestro medio, ya se ha abordado el tema, desde el punto de vista constitucional<sup>118</sup>. La Sala de lo Constitucional, en esencia, en sus resoluciones sostiene, que si las medidas cautelares no adquieren calidad de cosa juzgada, pues son provisionales y a la vez variables, la situación procesal favorable que alega la demandante que se configuró al decretarse la suspensión antes relacionada no constituye, en modo alguno, una situación consolidada cuya variación implicaría una privación de derechos que pertenezcan a la esfera jurídica de la pretensora que justifique la concesión de una audiencia previa a su modificación. Igualmente la Sala de lo Constitucional, en ese mismo orden, ha explicado que las medidas cautelares no constituyen por sí mismas actos de privación de derechos constitucionales, no implican una declaración respecto de la pretensión y resistencias planteadas en el proceso y están destinadas a asegurar la eficacia de una posterior decisión –la sentencia definitiva–, por lo que no es necesario que exista audiencia que las preceda. Y agrega la Sala que "el legislador da la posibilidad de decretar medidas cautelares como instrumentos para garantizar la eficacia de una posterior decisión judicial, sin que esto signifique una privación de derechos previa al juzgamiento, y sin que sea indispensable en consecuencia, la audiencia consagrada en el artículo 11 de la Constitución". En tal sentido, si no es exigible la concesión de una audiencia para decretar las medidas cautelares, tampoco lo es el que ella se otorgue previo a decretar alguna modificación o revocación de dichos medios aseguratorios, pues se parte del mismo presupuesto: dichos mecanismos no constituyen actos de privación o de otorgamiento de derechos en contra o a favor de sujeto alguno. Simplemente constituyen medios que están destinados a asegurar una decisión que habrá de satisfacer una pretensión específica, que pueden ser modificados en el transcurso del proceso sin que se requiera audiencia que preceda la variación. Por consiguiente, es dable concluir que en nuestro país, será muy remoto que se pueda hablar de que la norma contenida en el Art. 453 inc. 1º del nuevo Pr.C.M., sea inconstitucional.

***e) Prueba de la necesidad de la medida***

Actualmente, es decir, bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles y de algunas leyes especiales, no ha habido una regulación expresa sobre el régimen de prueba tendiente a demostrar la necesidad de la medida

---

<sup>118</sup> Vid. Entre otras, resolución pronunciada por la Sala de lo Constitucional, a las nueve horas y doce minutos del día dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y siete, en el proceso de amparo número 320-97; y también resolución pronunciada por la misma Sala, a las ocho horas con trece minutos del día once de marzo de dos mil tres, en el amparo 164-2003.

cautelar que se necesita, sin perjuicio de decir que en el caso del secuestro preventivo, por ejemplo, el Código sí exige en forma expresa que se acredite el derecho que se tiene para gestionar y la necesidad de la medida que se solicita (Art. 144 Pr.); o que también cuando se trata de una acción por infracción de los derechos derivados de un registro, al amparo de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, cuando el actor pida una medida cautelar, el tribunal competente podrá ordenar y ejecutar tal medida, si el solicitante acompañó prueba de la titularidad del derecho infringido y se demuestre la comisión de la infracción o que ésta sea inminente, mediante pruebas disponibles que la autoridad competente considere suficientes (Art. 92). Pero, por ejemplo, nada dijo el legislador sobre prueba de la necesidad de la medida, cuando se pide, como acto previo a la demanda, la orden judicial provisional de cese de los actos de competencia desleal (Art. 493 inc. 2º Com.), donde pareciera que lo único exigible es la fianza que deba rendir el solicitante. Sin embargo, es de reconocer que la jurisprudencia, o sea, las sentencias y resoluciones de los tribunales, han pretendido construir ineptos sobre el régimen de prueba para la procedencia de una medida cautelar.

En el nuevo régimen procesal, pronto a entrar en vigencia, el Pr.C.M., sí contiene reglas relativas a la prueba de la necesidad de una medida cautelar, pero desde ya debemos expresar que, al haberse apartado de una regulación más completa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, ha dejado grandes vacíos, que los tribunales tendrán que ir llenando mediante el método de interpretación integrativa de la ley. En efecto, en este nuevo marco normativo procesal, se habla en algunos casos de que el solicitante debe “justificar”<sup>119</sup> la necesidad de la medida, en otros, que el solicitante debe acreditar<sup>120</sup> esa necesidad; y, también, se habla de la prueba que “apoye”<sup>121</sup> la necesidad de la medida pedida. Así, pues, tal como lo prevé el Art. 451 inc. 3º Pr.C.M. a “la solicitud se acompañarán los instrumentos que la apoyen, y en ella se deberá pedir, bajo pena de preclusión, la práctica de otros medios probatorios para la acreditación de los presupuestos que sustentan la adopción de medidas cautelares.”<sup>122</sup> “Dichos documentos, al menos en lo que respecta a los precisos para justificar la concurrencia del *fumus boni iuris*, serán, evidentemente, los mismos que justifiquen el fundamento de la pretensión

---

<sup>119</sup> Vid. Art. 433 inc. 1º y Art. 451 inc. 2o

<sup>120</sup> Vid. Art. 433 inc. 2º

<sup>121</sup> Vid. Art. 451 inc. 3º

<sup>122</sup> Esta regla debe entenderse, con los alcances que establece la regla general de que con la demanda se deben acompañar “los documentos que acrediten el cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamenten la pretensión y los informes periciales”. Art. 276 No 7º Pr. C. y M.

procesal principal. En el caso del *periculum in mora*, por el contrario, la justificación resultará mucho más compleja, transitando, desde la acreditación del patrimonio con que cuente el demandado para hacer frente a la eventual sentencia estimatoria, hasta la acreditación de actos o hechos que demuestren la intención de éste de aminorar o eliminar su solvencia patrimonial”.<sup>123</sup>

Pero es muy importante resaltar que en el citado Art. 451 inc. 3º Pr.C.M, bajo pena de preclusión, el solicitante debe pedir la práctica de otros medios probatorios para la acreditación de los presupuestos que sustentan la adopción de la medida cautelar. Esta regla, tomada de la LEC de España, aparentemente contradice el mandato a que alude el inciso final del Art. 433 *ibidem*<sup>124</sup>, según el cual la acreditación de la apariencia de buen derecho y del peligro, lesión o frustración por demora deberá justificarse en la solicitud, en la forma que sea más pertinente y adecuada<sup>125</sup>.

El solicitante, como ha quedado dicho, tiene la necesidad de probar la irreparabilidad o dificultad de reparación de los daños, para lo cual no son suficientes los simples alegatos genéricos sino que es necesaria, además, la presencia en el expediente de pruebas suficientes de una argumentación consistente por parte del demandante.

En ese sentido, a los efectos del otorgamiento de la protección cautelar deben cumplirse una serie de requisitos o condiciones fundamentales para que el juez acuerde dicha protección; en este sentido, deberá probarse el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), esto es, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte por el retardo en obtener la sentencia definitiva; luego, la presunción de la existencia del derecho alegado (*fumus bonis iuris*) o que el derecho que se pretende proteger aparezca como probable y verosímil, es decir, que de la apreciación realizada por el sentenciador al decidir sobre la protección cautelar, aparezca tal derecho en forma realizable en el sentido de existir altas posibilidades de que una

---

<sup>123</sup> J.Ma. TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA, *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, pág. 509.

<sup>124</sup> Vid. J.C. ORTÍZ PRADILLO, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, págs. 197 a 200, en el que hace una explicación de esa “aparente” contradicción en el caso de la LEC.

<sup>125</sup> Lo que ha pasado es que en la LEC, como ya se dijo, la regla general es que las medidas cautelares se adoptan con audiencia de la parte contraria y hay una vista para la audiencia de las partes., en donde éstas pueden exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares e, incluso, se puede pedir que se practique reconocimiento judicial. Art. 734. Pero, tal como ha quedado nuestro nuevo Código en este aspecto, no hay esa audiencia y entonces se advierte el vacío de que en qué momento se deberán producir esos otros medios probatorios.

decisión de fondo así lo considere y, por último, que existiere el temor fundado de que una de las partes pudiera causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

La jurisprudencia salvadoreña, ha reseñado este tema de la prueba de los presupuestos para adoptar una medida cautelar. Por ejemplo, en la línea jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional, es suficiente que sobre “los datos” reales que proporcione el demandante, pueda “verificar” la concurrencia de la probable existencia de un derecho amenazado (*fumus boni iuris*), y que en relación al peligro en la demora o *periculum in mora*, el mismo ha de valorarse en todo caso respecto de situaciones jurídicas que, en principio, aparecen como dignas de protección, es decir aquellas que gocen de buen derecho, ya que se refiere a la idea del peligro que persigue a los intereses afectados por el proceso y que deriva del tiempo necesario para conocer de una causa y dictar sentencia, circunstancia que puede ser “advertida” en el caso bajo control<sup>126</sup>.

Por su parte la Sala de lo Contencioso Administrativo, aunque refiriéndose a la suspensión del acto reclamado, como medida cautelar propia del procedimiento contencioso administrativo, había venido sosteniendo como únicos presupuestos para otorgar la suspensión de la ejecución de los efectos del acto impugnado, primero, que mediare petición de parte y, segundo, que se tratase de un acto capaz de producir efectos positivos. Pero posteriormente, esa misma Sala, considerando que existía otra forma más adecuada de interpretar el funcionamiento de los presupuestos para resolver la suspensión cautelar, ha establecido el nuevo criterio<sup>127</sup> “que la resolución sobre la suspensión –de la ejecución de los efectos del acto reclamado–, requiere previamente el examen y valoración de los presupuestos que determina la ley, de modo que no constituye en el proceso contencioso administrativo salvadoreño una medida automática. Cabe añadir que tales presupuestos deben concurrir no sólo al momento en que deba ser resuelta la suspensión, sino también durante el tiempo que ésta deba mantenerse vigente [...]. En cuanto al segundo de los presupuestos (artículo 17 LJCA) se impone, como criterio fundamental, que será procedente ordenar la suspensión ‘cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva’ [...]. Sobre este presupuesto debe destacarse que su acreditación, es

---

<sup>126</sup> Vid. Resolución de la Sala de lo Constitucional, de las 8 horas con 42 minutos del 5 de septiembre de 2007, en amparo 522-2006.

<sup>127</sup> Vid. Resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de las 15 horas y 45 minutos del 19 de octubre de 2006 (Ref. 90-2006); de las 15 horas y 46 minutos del 30 de enero de 2007 (Ref. 94-2006); de las 15 horas y 35 minutos del 20 de marzo de 2007; y de las 10 horas con 30 minutos del 12 de agosto de 2008.

decir, el peligro de que la ejecución del acto pueda producir daños y perjuicios de imposible o de difícil reparación por la sentencia, es una carga que corresponde al peticionario de la medida y que no será suficiente la mera invocación o “previsibilidad” de daños y perjuicios que pudieran producirse como consecuencia de la ejecución del acto, sino que será indispensable que éstos sean de tal entidad que, razonablemente permitan estimar que su reparación por la sentencia definitiva sería imposible o cuando menos muy difícil [...]. Corresponde entonces a quien solicita la suspensión, proporcionar los elementos objetivos con los cuales acredite, cuando menos indiciariamente las razones por las que considera que los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse de la inmediata ejecución del acto impugnado, no serían reparados efectivamente en la sentencia”.

#### *f) Resolución del tribunal*

El proceso cautelar termina, en su etapa de conocimiento, con la emisión de una resolución del tribunal que decide la estimación o desestimación de la medida cautelar solicitada. Esta resolución el tribunal la debe pronunciar en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud en el tribunal. Art. 453 inc. 2º Pr.C.M.<sup>128</sup> La naturaleza de esta resolución será la de ser un **auto simple**<sup>129</sup> porque está siendo pronunciado para acordar medidas cautelares<sup>130</sup>. Si el tribunal estimare que concurren los presupuestos y requisitos para su adopción decretará las medidas, razonando su procedencia<sup>131</sup> con precisa indicación de las que se acuerden y determinará el régimen a que han de estar sometidas, estableciéndose en su caso la forma, cuantía y tiempo en que deba prestar caución al solicitante. Art. 453 inc. 3º *ibídem*.

---

<sup>128</sup> Pienso que ese plazo en la práctica no se cumplirá, sobre todo cuando se hayan ofrecido otros medios de prueba, diferentes a la instrumental, o cuando por cualquier circunstancia el demandado se haya dado cuenta del inicio del proceso cautelar y se apersona en el mismo.

<sup>129</sup> En estos momentos, mientras no entre en vigencia el Nuevo Código, la resolución por la cual se adopta una medida cautelar es una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, porque puede producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva. Art. 984 inc. 2º Pr.

<sup>130</sup> Vid. Art. 212 inc. 3º Pr. C. y M.

<sup>131</sup> Esta exigencia de la fundamentación del auto simple que resuelve el proceso cautelar, ya venía en todo caso, sobreentendida, desde luego que, según el Art. 216, salvo los decretos, todas las resoluciones deben ser motivadas; motivación que será completa y debe tener en cuenta todos y cada uno de los elementos fácticos y jurídicos del proceso, considerados individualmente y en conjunto, con apego a las reglas de la sana crítica.

El nuevo Pr.C.M., no alude al caso en que el auto simple dictado en el proceso cautelar sea desestimando la adopción de las medidas cautelares, y por lo tanto, tampoco dice que en este caso el solicitante deba responder por las costas procesales que se hubieran causado<sup>132</sup>. Sin duda, en este aspecto, debe reformarse el Código para establecer claramente cuáles son los efectos que produce una desestimación de la medida cautelar que se haya pedido. Y ¿por qué podría desestimarse la petición de adoptar una medida cautelar? “El rechazo de la medida cautelar en este procedimiento [...] podrá deberse a varias razones, de las cuales la principal de ellas será la falta de concurrencia en la solicitud del actor de los presupuestos que legalmente condicionan su adopción (vgr. la ausencia de *periculum in mora* dada la notoria solvencia y el arraigo de la persona demandada, la ausencia del *fomus boni iuris* ante el deficiente fundamento y justificación de la pretensión de la actora, o la negativa a prestar la caución o la manifiesta insuficiencia de la ofrecida). Pero también podrá deberse, por ejemplo, a la extemporaneidad de la solicitud cuando, habiéndose presentado la misma después de presentada la demanda (o la reconvencción), se aduzcan en ella hechos y fundamentos que perfectamente pudieran haberse incorporado a dichos actos iniciales procesales.”<sup>133</sup>

#### ***g) ejecución de las medidas adoptadas***

Acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que fueran necesarios, aun los previstos para la ejecución de sentencias, cuyas normas serán de aplicación supletoria. Art. 454 Pr.C.M.

#### ***h) recurribilidad de la resolución***

La decisión que resuelva las medidas cautelares –dice el Art. 453 inc. Final Pr.C.M.-, admitirá recuso de apelación, pero si quien recurriese fuese aquel a quien las mismas perjudican el recurso se concederá sin efecto suspensivo<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> La LEC sí se refiere al auto denegatorio de las medidas cautelares, en el Art. 736, y se destacan dos aspectos: 1) que las costas se impondrán con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 394; y 2) que aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes al momento de la petición.

<sup>133</sup> Vid. J.Ma.TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA, *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, pág. 513.

<sup>134</sup> En este aspecto es importante, que se tenga presente el Art. 509 Pr. C. y M., que dice: “Las resoluciones definitivas recurridas en apelación no serán ejecutadas. Sin embargo, de conformidad con las previsiones de este Código, las sentencias condenatorias podrán ser ejecutadas provisionalmente.”

### ***i) modificación o caducidad de las medidas cautelares***

Ya hemos afirmado anteriormente que las medidas cautelares se caracterizan, entre otras cosas, por su *provisionalidad*, pues sus efectos tienen duración limitada, están destinadas a extinguirse en el momento en que se dicte la resolución sobre el fondo del asunto o desaparezca las razones que las motivaron; y por su *variabilidad*, desde luego que ellas pueden alterarse, variarse e incluso revocarse, de conformidad con el principio *rebus sic stantibus*, en virtud del cual es posible su alteración, variación y aun revocación, siempre que se altere el estado sustancial de los datos sobre los cuales se adoptó. Por eso, es que cabe, sobre la modificación o alzamiento de las medidas cautelares, referir los siguientes casos que comprende el nuevo Pr.C.M.:

- 1) El juez en función de las circunstancias podrá acordar aquellas medidas cautelares distintas a las solicitadas, que siendo tan adecuadas como las pedidas, resulten menos onerosas para el demandado, Art. 432 inc. 2º;
- 2) Si luego de adoptadas las medidas cautelares sobrevinieren hechos nuevos o de nuevo conocimiento, podrá el tribunal, a instancia de parte, modificar el contenido de la medida acordada, Art. 455 inc. 1º;
- 3) Si las medidas cautelares se pidieron como un acto previo a la demanda, dichas medidas caducarán de pleno derecho si no se presentará la demanda dentro del mes siguiente a su adopción, sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales vigentes, Art. 434;
- 4) Si el solicitante de la medida cautelar es el victorioso en el proceso principal, si tras el cumplimiento de la sentencia no se solicitare la ejecución, se levantarán las medidas adoptadas, Art. 452 inc. 1º;
- 5) Las medidas cautelares se levantarán cuando se conceda la ejecución provisional de la sentencia, en lo que ambas sean coincidentes, Art. 452 inc. 2º: y
- 6) Dictada la sentencia absolutoria, el juez acordará el inmediato levantamiento de las medidas cautelares adoptadas, en los términos que indica el Art. 456.

### ***1.6 Clases de medidas cautelares***

En el estado actual de las cosas, es decir, bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles y del Código de Comercio, que recogen la posibilidades que se decreten algunas medidas, con las características propias

de las medidas cautelares, cabe expresar que los jueces no pueden adoptar sino aquellas que están expresamente recogidas en tales normativas legales, sin que les quepa la facultad de hacer consideraciones apropiadas sobre las cuales puedan construir una nueva modalidad que se adapte a la necesidad de asegurar la efectividad de una posible sentencia estimatoria en el asunto principal. Podría afirmarse que se trata de un sistema *numerus clausus*. Y este criterio, sin duda alguna, ha venido impuesto por que no puede haber actuación cautelar sin ley procesal que la autorice; o dicho de otro modo, las medidas cautelares que no están permitidas legalmente con carácter previo están prohibidas: *nulla coatio sine lege*.

No obstante, aun en ese estado actual de las cosas, hay leyes especiales que han avanzado en ese sentido y han dado alguna amplitud al juzgador – judicial o administrativo- al momento de adoptar una medida cautelar, valiendo la pena mencionar algunas de ellas. Por ejemplo, en la tramitación de un proceso de familia, concede un margen de discrecionalidad al juez de familia, pues éste puede adoptar no sólo las medidas que se encuentran previstas en la ley<sup>135</sup>. Otro caso es del ejercicio de una acción por infracción de los derechos derivados de un registro, a que alude la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos<sup>136</sup>. Igualmente en la Ley de Competencia<sup>137</sup>, se le da al Superintendente de Competencia la facultad de dictar medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la eficacia de la resolución final, pudiendo consistir, además de las mencionadas expresamente, en “cualquier otras de las contenidas en las normas vigentes y que pudiesen ser aplicables al caso”. Y en

---

<sup>135</sup> Es pertinente aclarar respecto a la potestad de decretar medidas cautelares, de cualquier naturaleza, en la tramitación de un proceso de familia de modificación de sentencia, que la normativa procesal de familia establece entre las atribuciones del juez, en términos generales, la posibilidad de adoptar este tipo de medidas -artículo 6 letra d) Pr. Fam.-, y que éste se encuentra además obligado a emplear las facultades que le han sido legalmente conferidas a fin de lograr la adecuada dirección del proceso. El artículo 75 de la Ley Procesal de Familia, disposición genérica sobre el ejercicio de la función cautelar en materia de familia, prescribe que en cualquier estado del proceso, ya sea de oficio o a petición de parte, el juez puede decretar medidas aseguratorias. Y en cuanto al contenido de tales medidas, el artículo 76 del comentado estatuto concede un margen de discrecionalidad al juez de familia, pues éste puede adoptar no sólo las medidas que se encuentran previstas en la ley, sino también aquellas que juzgue necesarias para la protección de los miembros de la familia, para evitar daños a las partes antes de la sentencia o asegurar provisionalmente los efectos del fallo definitivo, precisando el alcance de las mismas.

<sup>136</sup> Adviértase que el inc. 5º del Art. 92 de la citada Ley, cuando concede al juez la facultad de adoptar medidas precautorias, ocupa los vocablos “entre otras”, de lo cual se infiere que puede el juez conceder algunas otras que considerara apropiadas.

<sup>137</sup> Vid. Art. 13 lit s).

el caso de materia ambiental, la Ley de Medio Ambiente<sup>138</sup>, establece que el Ministerio podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiese recaer, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y los previsibles daños al medio ambiente y los ecosistemas; y que dichas medidas deben ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.

Ahora bien, una de las cuestiones que sobre este particular ha planteado la doctrina, es que uno de los esenciales problemas que tradicionalmente ha presentado las regulaciones normativas de las medidas cautelares ha sido la de su adecuación a la evolución de la litigiosidad en el seno de las relaciones sociales. El problema, en definitiva, de establecer si, ante la complejidad del tráfico jurídico, un cuadro estático de medidas cautelares taxativamente predeterminadas era un sistema legislativo idóneo como para hacer frente y conjurar cualesquiera riesgos capaces de dar al traste con la efectividad de los pronunciamientos judiciales<sup>139</sup>. En estos momentos, con la pronta entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, se estima que la ley procesal se está poniendo en avanzada en términos de querer afrontar esa evolución de la litigiosidad de las relaciones sociales, al no dejar que la modalidad cautelar, por una parte, se estructure sobre una taxatividad y rigidez inconvenientes, ni a la sola propuesta del litigante que solicita una medida cautelar; y al establecer, por otra parte, más bien un sistema adecuado de *medidas cautelares innominadas*, permitiendo que los operadores de justicia puedan, sin perjuicio de conceder las que aparecen nominadas expresamente, ordenar aquellas “otras medidas cautelares que, siendo tan adecuadas como las pedidas, resulten menos onerosas para el demandado<sup>140</sup>, o aquellas “otras medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional que pudieren otorgarse en la sentencia estimatoria, así como las de aquellas que estén expresamente previstas por las leyes para la salvaguarda de ciertos derechos.”<sup>141</sup>

Pues bien, en vez de entrar a hacer un recuento de clasificaciones meramente teóricas de las medidas cautelares, pasemos a expresar que la nueva normativa trae un catálogo de medidas cautelares que típicamente puede solicitarse su adopción, en el Art. 436, que literalmente dice:

---

<sup>138</sup> Vid. Art. 83.

<sup>139</sup> Vid. J.Ma.TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA, *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, pág. 499.

<sup>140</sup> Vid. Art. 432 inc. 2º.

<sup>141</sup> Vid. Art. 437.

*“Art. 436.- Podrá solicitarse la adopción de las siguientes medidas cautelares:*

- 1ª. El embargo preventivo de bienes;*
- 2ª. La intervención o la administración judicial de bienes productivos;*
- 3ª. El secuestro de cosa mueble;*
- 4ª. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga;*
- 5a. La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales;*
- 6ª. La orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación;*
- 7a. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda;*
- 8ª. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual o industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de propiedad intelectual.”*

Así, pues, podemos decir, utilizando las palabras de la propia Exposición de Motivos de la LEC española, que nuestra nueva normativa “ha optado por sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia, perfilando unos presupuestos y requisitos igualmente generales, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado. Pero la generalidad y la amplitud no son vaguedad, inconcreción o imprudencia.”



## CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL SALVADOREÑO

### 2.1 Breve referencia constitucional y legislativa

Aun cuando no corresponde hacer un análisis de la evolución legislativa que el proceso arbitral ha tenido en nuestro en El Salvador, baste decir a nuestros propósitos que el arbitraje ha sido una institución procesal que ha tenido reconocimiento en nuestro medio desde los orígenes de la vida constitucional de El Salvador. Desde la Constitución de 1824 hasta la Constitución de 1983, con la excepción de la Constitución de 1883, se ha mencionado expresamente el arbitraje, en la generalidad de los casos tratándolo en el régimen de los derechos fundamentales<sup>142</sup>. De hecho en la Constitución de 1983, en el marco de la libertad de contratación, el Art. 23, establece: “Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles”.<sup>143</sup>

Por otra parte, también desde el punto de vista legislativo, esta institución arbitral ha tenido su evolución. Y es precisamente desde la llamada “Recopilación de Leyes del Salvador”, del 1 de septiembre de 1855, pasando por el Código de Procedimientos y Fórmulas Judiciales, del 20 de noviembre de 1857, por el Código de Procedimientos Civiles del 31 de diciembre de 1881, por el Código de Comercio del 8 de mayo de 1970, hasta la Ley de Procedimientos Mercantiles del 14 de junio de 1973, para llegar finalmente a

---

<sup>142</sup> Para estos efectos, pueden consultarse: L.N. SEGOVIA, Exposición sobre “El Arbitraje Comercial en El Salvador”, en publicación de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, No. 220/87, del 4 de diciembre de 1987, págs. 1 a 3; y P.J. MANCIA MANZÓN– H.R. AMAYA VELASCO, *Fundamentos jurídicos y prácticos para el desarrollo del arbitraje comercial internacional en El Salvador*, págs. 32 y sig.

<sup>143</sup> La Sala de lo Constitucional ha invocado precisamente el Art. 23 Cn., para significar que el arbitraje tiene un reconocimiento y origen constitucional. Ver, entre otras sentencias: de las 9 horas del 19 de agosto de 2002 (Ref.1507 S.S.); de las 11 horas 2 minutos del día 31 de enero de 2005 (Ref. 673-2004), y de las 10 horas con 16 minutos del día 20 de diciembre de 2007. (Ref. 461-2007).

la promulgación de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, del 11 de julio de 2002, que esta entidad arbitral ha tenido presencia en la vida legislativa de El Salvador<sup>144</sup>.

Sin duda que, como se verá más adelante, la diferente forma en que se trató el arbitraje arroja datos y criterios para ir estableciendo la opinión a la que se arribará, respecto de si el tribunal arbitral, es decir, los árbitros, tienen suficiente facultad para emitir medidas cautelares.

## ***2.2 Facultades del tribunal arbitral para adoptar medidas cautelares***

La cuestión que se plantea es si los árbitros, en la extensión y límite de sus facultades, pueden, y en qué manera, adoptar medidas cautelares, partiendo de un enfoque estructural, en términos de la consideración y razón de ser de la justicia arbitral, como una forma alternativa de impartir justicia por particulares, pero con la fuerza de un tribunal constitucionalmente establecido. Y es que este planteamiento encuentra su razón de ser en que los jueces ordinarios tienen la facultad y obligación de resolver todo asunto sometido a su jurisdicción como así también la de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, ejecutándolas de ser necesario con el empleo de la fuerza pública, atribución que emana del atributo de soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter monopólico, y que se ha dado en llamar “*imperium*”, que ha sido propia de los jueces ordinarios o estatales, por así decirlo; pero no de los árbitros, quienes carecen de esa potestad.

Planteada así la cuestión, la doctrina siempre ha dicho que la respuesta a la misma pasa por analizar la naturaleza jurídica del arbitraje, concretamente, si el árbitro está dotado o no de jurisdicción<sup>145</sup>. Y en este sentido, es conocido que la doctrina ha discutido sobre si el arbitraje es de naturaleza contractual o privada o si es jurisdiccional o pública.

Para algunos se trata de una institución de naturaleza privada, que se origina de la voluntad de las partes –el pacto o convenio arbitral-, lo que implica que los árbitros no tienen más facultades que las que las propias partes

---

<sup>144</sup> Vid P.J. MANCIA MANZÓN– H.R. AMAYA VELASCO, *Fundamentos jurídicos y prácticos para el desarrollo del arbitraje comercial internacional en El Salvador*, págs. 36 y sig.; y , M. BERNAL SILVA, Exposición sobre “El Arbitraje en la Legislación Mercantil Salvadoreña”, en publicación de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, págs. 1 y 2.

<sup>145</sup> Vid. R.J. CAIVANO, *Arbitraje*, pág. 235; J. MORENO MENDOZA, “Las Medidas cautelares y su aplicación en los procesos arbitrales”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, del 29 de marzo de 2007; y G. HÉRNANDEZ VILLAREAL, “Medidas Cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?”, en *Estud. Socio-Jurid.*

en el acuerdo de voluntades les han concedido; y, en ese sentido no ejercen jurisdicción. Para otros, es una institución de naturaleza pública porque ella está permitida por la ley –incluso por la propia Constitución-, de tal suerte que las facultades y atribuciones de los árbitros no tienen su fuente inmanente en el acuerdo de voluntades, sino en la ley, que es entonces la que determina cuál es el alcance y límites de sus funciones y atribuciones<sup>146</sup>. Pero, como es usual en estas discusiones doctrinarias, surge la posición mixta o ecléctica, en el sentido que se trata de una institución de naturaleza mixta, porque la institución está permitida por la ley, y en algunos casos, impuesta por ella. Por consiguiente, si bien el sometimiento al proceso arbitral, en el voluntario, reconoce como fundamento el acuerdo de voluntades, las facultades de los árbitros para decidir la cuestión de fondo no emergen del pacto sino de la ley. Para esta postura, puede afirmarse que los árbitros ejercen jurisdicción, aunque acotada porque –por tratarse de particulares y no de funcionarios estatales- carecen de *coertio* y de *executio*, facultades que, solo, son propias del Estado, por lo que su ejercicio es indelegable<sup>147</sup>.

Ahora bien, lo que es importante destacar, tal como lo dice Caivano<sup>148</sup>, es que “los árbitros ejercen jurisdicción y por lo tanto de allí se deriva el *status* jurídico de su función. Ello sin desconocer que su origen es generalmente contractual [...]. La voluntad de las partes permite sustraer de los órganos creados por el Estado la resolución de determinados tipos de controversias, atribuyendo esa misión a particulares, quienes se encuentran así temporalmente investidos –mientras sea necesario para el desempeño de su labor- de una verdadera jurisdicción [...]. En otras palabras: lo esencial de la jurisdicción radica en la intervención de un tercero ajeno a las partes, equidistante e imparcial, a quien se dota del poder de adjudicar, imponiendo a aquéllas una decisión vinculante y obligatoria.”

Así, pues, nos parece a estas alturas, que es innegable que los árbitros, en su función de administrar la justicia ejercen una verdadera jurisdicción. Y sobre este particular, nos parece ilustrativa la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de Perú, el 28 de febrero de 2006, a raíz de un recurso de agravio constitucional presentado por uno de los árbitros que veía el proceso arbitral entre la Compañía de Exploraciones Algamarca, S.A. y Minera

---

<sup>146</sup> Sin que, por supuesto, esto último se esté refiriendo al tema de la competencia, es decir, al contenido de la controversia sometida al conocimiento y decisión del tribunal arbitral, que es materia de estudio no a través de la naturaleza de la institución, sino de la naturaleza y contenido del propio convenio o pacto arbitral.

<sup>147</sup> J. MORENO MENDOZA, “Las Medidas cautelares y su aplicación en los procesos arbitrales”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, pág. 22.

<sup>148</sup> R.J. CAIVANO, *Arbitraje*, pág. 97,98 y 100.

Sulliden Shahuindo SAC (Exp. 06167-2005-HC), y que por la importancia y claridad de los criterios, preferimos transcribir algunas partes de tal interesante sentencia. El Tribunal Constitucional peruano cuestiona si cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado (el arbitraje). Y agrega: “la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso [...]. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.”

“Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*[...]. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución [...] De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado [...] Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente

consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura *iuspublicista* de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.”

Y, finalmente, el Tribunal Constitucional peruano, dijo: “El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo encontrado en nuestra jurisprudencia un pronunciamiento arbitral y la decisión voluntaria de las partes.”

No hemos encontrado un pronunciamiento en nuestra jurisprudencia, como el del Tribunal Constitucional de Perú; a lo sumo, la Sala de lo Constitucional ha expresado que muchos autores coinciden en considerar al arbitraje como un sustituto de la vía judicial, por medio del cual las personas naturales y jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de libre disposición conforme a derecho; es decir, constituye ser una vía alternativa a las partes para resolver determinadas controversias dentro de los límites previstos por la ley vigente; y que es pues, un modo de solución de conflictos que surge del mismo acuerdo previo entre las partes, en virtud del cual es que pueden someter a la decisión y resolución de un tercero ajeno la controversia suscitada; en otras palabras, se trata de una vía alternativa a la judicial, más rápida, más expedita y sin merma de las garantías que deben reconocerse a las partes para resolver determinadas controversias<sup>149</sup>. Pero no llega a definir jurisprudencialmente la naturaleza pública y jurisdiccional de la

---

<sup>149</sup> Vid. Sentencias: de las 9 horas del 19 de agosto de 2002 (Ref.1507 S.S.); de las 11 horas 2 minutos del día 31 de enero de 2005 (Ref. 673-2004), y de las 10 horas con 16 minutos del día 20 de diciembre de 2007. (Ref. 461-2007).

función arbitral; por el contrario, pareciera mostrar temor al respecto y ha preferido mencionar más bien que “es preciso recordar la naturaleza de la Institución de Arbitraje, puesto que es eminentemente privada y ha nacido de la intención de nuestra Constitución en el Art. 23, vale decir, de otorgar a las personas la decisión de terminar sus asuntos civiles o comerciales por arbitramento, facilitando así la solución de los conflictos vía privada y desahogando los Tribunales Judiciales.”<sup>150</sup>

Ahora bien, precisamente porque un sector de la doctrina, como ha quedado expuesto, es del criterio de que los árbitros son jueces privados, por decirlo así, no tienen *imperium* y no ejercen jurisdicción, sostienen que los árbitros no tienen facultades para ordenar o adoptar medidas cautelares. Los Artículos 577 a 599 del Código de Procedimientos Civil austriaco, determinan que los árbitros carecen de competencia para adoptar medidas cautelares, quedando esa función limitada a los jueces ordinarios; también en la Ley checa de 1994, en el Art. 22, que se refiere a los procedimientos arbitrales y a la ejecución de laudos arbitrales, está clara la imposibilidad de que los tribunales arbitrales concedan medidas cautelares. Y es que, por lo general, este criterio de negar a los árbitros las facultades cautelares, se ha debido, por una parte, a la existencia de leyes nacionales antiguas que se remontan a una época en que se consideraba que, por motivos de orden público, la adopción de dichas medidas era prerrogativa de los tribunales nacionales<sup>151</sup>; y, por otra, a la falta de un precepto que posibilitará la adopción de medidas cautelares por los árbitros, debido a que éstas se encontraban reservadas a los órganos jurisdiccionales<sup>152</sup>.

¿Y qué pasa en Latinoamérica? Fernández Rozas<sup>153</sup> expresa que no existe una posición unánime que justifique en América latina el poder cautelar de los árbitros. En ciertos sistemas sigue dominando una fuerte tendencia a declarar que la justicia arbitral no es otra cosa que el ejercicio de la función jurisdiccional y que se evidencia en la fuerte reticencia que muestran los jueces y tribunales de los Estados para admitir que los árbitros tengan un protagonismo en el establecimiento de medidas cautelares, sin distinguir entre

---

<sup>150</sup> Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional, de las 9 horas del 19 de agosto de 2002, (Ref. 1507 S.S.).

<sup>151</sup> Vid. A. REDFERN, - M. HUNTER, y otros, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, pág. 472.

<sup>152</sup> Vid. C. ARANGÜENA FANEGO, *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, pág. 416.

<sup>153</sup> Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, pág. 1049.

la decisión de la procedencia de la medida y la ejecución de la misma, o para otorgar éstas con ocasión de procedimientos arbitrales<sup>154</sup>.

En el orden de ideas que se ha expuesto, es indubitable afirmar que hasta antes de la vigencia de la LMCA, en El Salvador, no era posible que los tribunales arbitrales conocieran de la petición de una medida cautelar, menos, por supuesto, de su adopción: 1) porque no había norma expresa que lo autorizara; y 2) porque, incluso, antes de la vigencia del Código de Comercio de 1970 y de la Ley de Procedimientos Mercantiles, el Código de Procedimientos Civiles decía que los árbitros, entre otras cosas, quedaban autorizados para todos aquellos actos que no requieran coacción, en cuyo único caso pedirían el auxilio del Juez ordinario<sup>155</sup>.

Ahora bien, no obstante la reticencia de algunos Estados y la mala mirada de los jueces a la función cautelar de los árbitros, muchas legislaciones, entre ellas la nuestra, han seguidos las pautas o lineamientos de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL), en lo que respecta a la necesidad y conveniencias de conferir la facultad de adoptar medidas cautelares a los árbitros. Dicha Ley Modelo, en su artículo 17, con el acápite, *Medidas provisionales cautelares*, establece: “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.”

---

<sup>154</sup> Es todavía sorprendente como países como Brasil, en el Art. 22,2º, se establezca que los árbitros, de haber necesidad de medidas cautelares tengan que pedir las al órgano del Poder Judicial; o Costa Rica, donde prácticamente ocurre lo mismo que en Brasil. Y, además, todavía existe un documento académico, el Proyecto de Código Procesal para Iberoamérica, donde expresamente se decide por la negativa, al decir: “Las partes, y en su caso el tribunal arbitral, podrán solicitar del tribunal judicial la adopción de medidas cautelares y la asistencia necesaria para realizar cualquier medida que requiera el uso de la fuerza pública.”

<sup>155</sup> El Art. 75 (derogado) del Código de Procedimientos Civiles, decía: “Los Jueces árbitros actúan en el papel sellado correspondiente y con un Secretario nombrado por ellos. Los arbitradores no están sujetos a formalidad alguna. **Tanto los árbitros como los arbitradores, quedan autorizados** para juramentar y examinar los testigos, para recibir por sí o por suplicatorios toda clase de pruebas, y **para todos aquellos actos que no requieren coacción, en cuyo único caso pedirán el auxilio de los Jueces ordinarios.**” (Lo destacado es propio).

Un ejemplo de claridad, en cuanto a la adopción de la facultad cautelar para los árbitros, ha sido la legislación española<sup>156</sup>. En efecto, dicha legislación, inspirada en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, así como los sucesivos trabajos emprendidos por dicha Comisión con el propósito de atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral en esta materia, completó la regulación interna de la tutela cautelar en el arbitraje, introduciendo, el artículo 23 en la LA, la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, y encomendando a la Jurisdicción la labor de ejecutar el laudo provisional cautelar como una nueva manifestación de las funciones asumidas de apoyo al arbitraje enunciadas en el artículo 8<sup>157</sup>.

En Latinoamérica, ya hay muchas leyes arbitrales que, adoptando los principios de la Ley Modelo, han reconocido que los árbitros tienen el poder para ordenar medidas cautelares y para requerir garantías con relación a ellas como puede comprobarse en las leyes de Bolivia (art. 35 LA Bo), Chile (art. 17 LA Cl), Guatemala (art. 22 LA Gt), México (art. 1.433 Ccom Mx), Perú (art. 81 LA Pe) y Venezuela (art. 26 LA Ve). En esos países y bajo sus leyes, la colaboración de los tribunales estatales se limita únicamente a la ejecución de tales medidas (art. 36 LA Bo)<sup>158</sup>.

En El Salvador, la promulgación de la LMCA, auspiciada por la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador, fue precedida por intensos estudios de expertos sobre la materia, quienes para la redacción del Proyecto correspondiente, como en la mayoría de los países del mundo, siguieron las orientaciones y pautas de la llamada Ley Modelo de la Comisión de las

---

<sup>156</sup> Vid. J.F MERINO MERCHAN, - J.Ma.CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, pág. 169, quienes al respecto comentan: “Algo similar ocurría con la posibilidad de que los árbitros pudiesen adoptar medidas cautelares. Tanto los tratados internacionales como la doctrina tenían perfectamente asumido este importante capítulo del arbitraje. Auténtica pieza angular de todo el edificio arbitral porque si el árbitro careciese de potestades para adoptar medidas cautelares, se estaría abriendo una vía de fuga en el ‘equivalente jurisdiccional’. Por tanto, bienvenido este reconocimiento legislativo, que en todo caso necesitará la intervención y el apoyo de la autoridad judicial para llevarla a su debido efecto.”

<sup>157</sup> El Art. 23 de la LA, dice: “Artículo 23 POTESTAD DE LOS ÁRBITROS DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES— 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante. — 2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.”

<sup>158</sup> J.C FERNÁNDEZ ROZAS, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, pág. 1050

Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), más conocida en la práctica como Ley Modelo UNCITRAL (ocupando las siglas en inglés de la referida Comisión)<sup>159</sup>. Sin embargo, sobre el tema que nos ocupa, no introdujo una norma tan clara como la del artículo 23 de la LA española, no obstante lo cual, nos parece que nuestro legislador reconoció la facultad cautelar para los árbitros. Y es que, sin perjuicio del análisis casuístico que, enseguida haremos, ha sido dicho que reconocer a los árbitros la facultad de acordar medidas cautelares tiene algunas ventajas prácticas. De inicio, la que se deriva de la inmediatez con que la medida cautelar puede ser pedida –y otorgada o denegada- ante un Tribunal Arbitral ya formado o de inminente formación. También, porque las argumentaciones y prueba que deben realizarse para solicitar u oponerse a la petición de medidas cautelares suelen estar en íntima conexión con la materia que debe ser decidida, lo que conlleva (o puede conllevar) una notable economía de actuaciones<sup>160</sup>.

Ahora bien, la LMCA, en el inciso final del Art. 32, dice: “No se considera renuncia tácita al arbitraje el hecho de que cualquiera de las partes, antes o durante el procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente **la adopción de medidas cautelares o que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas.**” (Lo destacado es propio). Esta disposición si bien es cierto está regulando la renuncia al arbitraje, sobre el concepto general de que al haber pactado el convenio arbitral<sup>161</sup>, las partes han renunciado a iniciar proceso judicial sobre las materias o controversias sometidas al arbitraje<sup>162</sup> y han reservado el conocimiento de la controversia de que se trate de manera exclusiva a un tribunal arbitral, está estableciendo el principio de que no se podrá interpretar que una de las partes está abandonando la sede arbitral pactada cuando se acude a la autoridad judicial para la implementación de una medida cautelar. Esto, por sí solo, permite concluir, *prima facie*, que la LMCA, aunque deficientemente, está

---

<sup>159</sup> Esta Comisión de las Naciones Unidas mantiene un análisis de la evolución del arbitraje y sugiere, recomienda y propone a los países pautas que puedan servir para ir adaptando sus cuerpos legislativos a las necesidades que demanda el comercio nacional e internacional.

<sup>160</sup> Vid. M.A. FERNANDEZ BALLESTEROS, “Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares”, en *Comentarios a la Nueva ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, GONZALEZ SORIA, Julio y otros, pág. 270.

<sup>161</sup> Acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan llegar a surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o extracontractual, Art. 3 lit. d) LMCA.

<sup>162</sup> Vid. Art. 31 lit. a) LMCA.

reconociendo la facultad de los árbitros de adoptar, ordenar o conceder medidas cautelares solicitadas por alguna de las partes<sup>163</sup>.

La interpretación, no sólo literal, sino lógica, del inciso final del Art. 32 transcrito, permite afirmar: a) que cualquiera de las partes puede pedir una medida cautelar antes de iniciado el proceso arbitral, en cuyo caso tendrá que recurrir necesariamente a la autoridad judicial; b) que la petición de la medida cautelar se puede hacer durante el procedimiento arbitral, en cuyo caso, en principio, la parte interesada podrá presentar su solicitud ante el propio tribunal, y concediéndola éste, entonces se tendrá que recurrir a la autoridad judicial para que esta conceda el cumplimiento de las mismas<sup>164</sup>.

No obstante lo que hemos afirmado, conviene reconocer –como un lamento legislativo–, que la cuestión sobre la facultad cautelar de los árbitros en El Salvador, podrá de nuevo ponerse en duda con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, puesto que en vez de dejar claramente establecida la potestad cautelar de los árbitros, pareciera por el contrario que la niega, cuando en el artículo 435 inciso primero, dice: “El que acredite ser parte en un proceso arbitral iniciado en El Salvador podrá solicitar del juez la adopción de las medidas cautelares pertinentes”. Los términos literales de la norma, permiten argumentar que en un proceso arbitral doméstico, es decir, regido bajo las leyes de nuestro país, en primer lugar, que sólo es posible la medida cautelar cuando su adopción se pida al Juez; y, en segundo lugar, que esa regla se aplica a arbitrajes *ad-hoc* e institucionales, pues no hace distinción y, en todo caso, un reglamento de arbitraje de algún Centro de Arbitraje no podría estar por encima de la ley. Lamentable deficiencia del legislador en la nueva ley.

Entonces... ¿seguiremos sosteniendo la potestad cautelar de los árbitros en El Salvador? Sí. Primero, porque el proceso arbitral tiene un régimen jurídico especial que lo rige, que es la LMCA<sup>165</sup>; y en este sentido, como ya lo expresamos, la interpretación literal y lógica del inciso final del Art. 32

---

<sup>163</sup> Es importante tomar en consideración que siendo el DR-CAFTA, parte del ordenamiento jurídico salvadoreño, puede invocarse como criterio adicional de apoyo a la tesis que se sustenta, en el sentido que si bien ese tratado se refiere al llamado arbitraje de inversión, hace un reconocimiento expreso a la facultad cautelar de los árbitros, en el Art. 10.20.8

<sup>164</sup> Este criterio, al menos por el momento en nuestro país, aplica al arbitraje *ad-hoc* e institucional, pues este último solo es posible llevarlo adelante en el Centro de Mediación y Arbitraje de la CAMARASAL, y el Reglamento de este Centro, en paupérrima disposición, art. 33, se limita a decir que “Con respecto a las medidas cautelares se estará a lo dispuesto en la ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje”, es decir, no agrega nada.

<sup>165</sup> El Art. 1 inc. 1 de la LMCA, dice: “Esta ley establece el régimen jurídico aplicable al arbitraje, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados o convenios internacionales vigentes.”

LMCA, reconoce la facultad cautelar de los árbitros; en segundo lugar, porque si las medidas cautelares tienen como objetivo asegurar el resultado útil del proceso, no debe existir ningún obstáculo para conferir al órgano que está conociendo de la demanda principal y que debe, a la postre, decidir el litigio, la facultad para pronunciarse sobre la procedencia o no de dicha medida<sup>166</sup>; en tercer lugar, porque se debe tomar en cuenta que la competencia de los árbitros no deriva de un acto de autoridad, sino de la propia voluntad de las partes que coincidieron en la conveniencia de pactar una cláusula arbitral; de tal manera que, 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 cuarto lugar, porque las partes al pactar una cláusula arbitral, lo que pretenden es evitar la intervención de los órganos judiciales, por lo que sería contradictorio que tuvieran –como única vía- que acudir a un juez para dictar una medida cautelar; y, en quinto lugar, porque esa aparente diferencia entre la LMCA y el Código Procesal Civil y Mercantil, se resuelve interpretando que lo que se produce es una concurrencia de competencia, esto es, que tanto los árbitros como el juez ordinario tienen competencia para conocer de la solicitud de una medida cautelar, especialmente en el caso en que el procedimiento arbitral ya está sustanciándose, asumiendo, por lo tanto, la debida instalación del tribunal arbitral<sup>167</sup>.

Finalmente en este apartado debemos decir, que no obstante lo novedoso de la LMCA y del citado Código procesal, se impone desde la introducción de reformas que tiendan a dejar claramente establecida y sin lugar a interpretaciones varias las facultades cautelares de los árbitros.

### ***2.3 Adopción de la medida cautelar. La decisión.***

#### **2.3.1 De la adopción de la medida cautelar**

Cuando hacemos referencia al tema de la “adopción de las medidas cautelares en el arbitraje”, al que nos referimos en este apartado, ciertamente estamos haciendo referencia al procedimiento que se debe seguir ante el tribunal arbitral para solicitar, sustanciar, decidir, eventualmente impugnar y, finalmente ejecutar, una medida cautelar en dicha sede arbitral. Por tanto, es

---

<sup>166</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, pág. 187

<sup>167</sup> Sobre este tema volveremos más adelante, cuando tratemos propiamente la adopción de la medida cautelar.

necesario, de manera previa, determinar el régimen legal que debe enmarcar tal procedimiento, desde la perspectiva del derecho salvadoreño. Para estos efectos, partiremos de la entrada en vigencia de la LMCA porque, como ya lo expresamos, antes de dicho cuerpo legal, el criterio generalizado era que los árbitros no tenían ninguna facultad para adoptar medidas cautelares, y no conocimos de ningún caso en que tal evento hubiera sucedido.

La LMCA, derogó expresamente todo el régimen legal existente del arbitraje a la fecha de entrada en vigor de la LMCA<sup>168</sup>, con excepción de la Sección “E”, del CAPÍTULO II, del Título II, del LIBRO PRIMERO, del Código de Comercio<sup>169</sup>. En consecuencia, a la fecha en que se escribe este trabajo, el régimen jurídico aplicable al arbitraje, se encuentra establecido exclusivamente por la LMCA, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados o convenios internacionales vigentes<sup>170</sup>. En este sentido, como ya lo hemos dejado establecido, por virtud de la interpretación literal y lógica del inciso final del artículo 32 LMCA, los árbitros en nuestro país pueden atender la solicitud de adopción de una medida cautelar y decretarla; pero está claro que ese régimen jurídico no ha establecido el procedimiento cautelar arbitral, por llamarlo así; por lo que entonces surge la necesidad de determinar a qué se deberán sujetar los árbitros ante la petición de una medida cautelar.

El arbitraje, en el régimen jurídico actual, como el mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual estará investido de la facultad de pronunciar una decisión denominada laudo arbitral<sup>171</sup>, se rige por ciertos principios que lo caracterizan de una manera especial, entre los que cabe destacar el hecho que se trata de un procedimiento flexible, que se manifiesta mediante actuaciones informales, adaptables y simples; y equitativo, porque, por una parte, en él se da a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos; y, por otra, porque se da la oportunidad de confrontación entre las partes<sup>172</sup>. Y en su sustanciación prevalece la voluntad de las partes, por encima de lo que puedan establecer los textos legales; por ejemplo, las partes pueden determinar libremente las reglas de procedimiento o delegar en los árbitros el señalamiento de las mismas (arbitraje *ad-hoc*), o pueden sujetarse a las reglas de procedimiento del Centro de Arbitraje a que se someterá el Tribunal Arbitral (arbitraje institucional)<sup>173</sup>;

---

<sup>168</sup> Vid. Art. 92 LMCA.

<sup>169</sup> La Sección “E”, se refiere al arbitraje presunto en las sociedades de personas.

<sup>170</sup> Vid. Art. 1 inc. 1º LMCA.

<sup>171</sup> Vid. Art. 3 lit. c) LMCA.

<sup>172</sup> Vid. Art. 4 Nos.2), 6) y 8) LMCA.

<sup>173</sup> Vid. Art. 45 inc.1º y 2º LMCA.

y sólo en el caso que las partes no hayan decidido ni lo uno ni lo otro, se seguirán las reglas del Centro de Arbitraje en el cual se haya de tramitar el arbitraje, cuando éste fuere institucional, o las que se establecen en esta ley, en caso de que se tratare de arbitraje *ad-hoc*<sup>174</sup>. Así las cosas, varias hipótesis pueden suceder:

1º) que las partes ya sea en el convenio arbitral o dentro del procedimiento arbitral acuerden las reglas del procedimiento, incluyendo lo que se refiere a la materia cautelar. En este caso, los árbitros deberán entonces “obedecer” las reglas de procedimiento establecidas por las partes<sup>175</sup>;

2º) que las partes deleguen en el convenio arbitral o dentro del procedimiento arbitral<sup>176</sup>, a los árbitros, el señalamiento de las reglas procedimentales, incluyendo lo referido a la materia cautelar; en cuyo caso entonces, las partes deberán “obedecer” esas reglas dictadas por el tribunal arbitral;

3º) que las partes, en el convenio arbitral, se hayan sujetado a las reglas de un determinado Centro de Arbitraje (arbitraje institucional), o que dentro del procedimiento arbitral se hayan sujetado a las reglas de ese Centro de Arbitraje (en cuyo caso seguirá siendo un arbitraje *ad-hoc*); en cuyo caso, para el procedimiento en general y para la adopción de medidas cautelares, se estará a lo dispuesto en las reglas o reglamento del Centro de Arbitraje de que se trate<sup>177</sup>;

4º) Y si nada se dijo, y se trata de un arbitraje *ad-hoc* entonces las partes y los árbitros deberán sujetarse a lo dispuesto en la LMCA, especialmente a lo dispuesto en el artículo 47.

De las hipótesis enunciadas las dos últimas merecen comentario especial. La tercera hipótesis porque, aun cuando se trate de un arbitraje doméstico, puede ocurrir que en el convenio arbitral las partes se hayan sometido a las reglas o reglamentos de algún Centro de Arbitraje internacional de reconocido prestigio, lo cual ocurre en nuestro medio con mucha

---

<sup>174</sup> Vid. Art. 45 inc. 3o LMCA.

<sup>175</sup> En la práctica, esto generalmente ocurre en la llamada “audiencia administrativa”, que es a la que el tribunal arbitral cita a las partes para “formalizar” su instalación y determinar reglas de procedimiento y programación de actividades.

<sup>176</sup> Lo que sucederá en la misma “audiencia administrativa”, antes citada.

<sup>177</sup> En el caso de nuestro país, por el momento, siendo que sólo existe el Centro de Mediación y Arbitraje de la CAMARASAL, y que el Reglamento de ésta es deficiente en cuanto al tratamiento de las medidas cautelares, la adopción de sus reglas en nada cambia el propio régimen legal, puesto que hace una remisión a lo que disponga la LMCA. Vid. Art. 33 del Reglamento de dicho Centro de Arbitraje.

frecuencia<sup>178</sup>. En estos casos, el procedimiento se estará a lo dispuesto en los respectivos reglamentos, incluyendo lo referido a las medidas cautelares. Para el caso, las Reglas de la AAA regulan expresamente lo relativo a las medidas cautelares, llamándolas por cierto “medidas provisionales”.<sup>179</sup> Y el Reglamento de Arbitraje de la CCI hace lo propio<sup>180</sup>. Como se podrá observar, en este caso, los árbitros aún en el campo de un arbitraje doméstico o nacional, deberán aplicar las disposiciones contenidas en esos cuerpos normativos a los que las partes se sometieron voluntariamente.

Y en lo que respecta a la cuarta hipótesis enunciada, esto es, la aplicación supletoria del artículo 47 de la LMCA, como esta disposición nada dice, entonces los árbitros deberán decidir el procedimiento a seguir, para la adopción de una medida cautelar, en ausencia de un acuerdo de coyuntura de las partes dentro del proceso arbitral; indiscutiblemente siguiendo las prácticas más generalizadas conocidas en el derecho arbitral.

---

<sup>178</sup> Esta práctica empezó con más frecuencia, en el sector de las telecomunicaciones, a partir de la privatización, apareciendo en las cláusulas arbitrales de los contratos de interconexión y de los llamados CPP, generalmente, una remisión a las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), con sede en New York; o al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París.

<sup>179</sup> El Art. 34 de las Reglas de Arbitraje y de Mediación de la AAA. dice:

“R-34. Medidas provisionales \*\* (a) El árbitro podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias, incluidas medidas cautelares y medidas para la protección o conservación de la propiedad y disposición de los bienes percederos.-- (b) Las medidas provisionales podrán tomar la forma de un laudo provisional, y el árbitro podrá exigir una garantía para los costes de tales medidas.-- (c) La solicitud de medidas provisionales dirigida por una parte a una autoridad judicial no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje o de una renuncia al derecho de recurrir al arbitraje.”

<sup>180</sup> El Art. 23 del Reglamento de Arbitraje de la CCI. dice: “**Artículo 23 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 la parte 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 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.

En suma, lo que puede afirmarse es que los árbitros no tienen porque hacer una aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles, sino actuar en el marco de la decisión de las partes, sea en el convenio arbitral o dentro del procedimiento arbitral, o utilizando un procedimiento apropiado a la naturaleza del arbitraje (con formulas flexibles, sencillas y simples), en el marco de una facultad reconocida al tribunal arbitral en casi todas las legislaciones y reglamentos arbitrales, de que “el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se de a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”<sup>181</sup>

Pero siendo como es, un trabajo de investigación, debemos reconocer que la promulgación del nuevo Pr.C.M. viene a poner en el horizonte una nube de confusión, en vez de haber aprovechado la oportunidad para dejar incólume el principio de que en las controversias que se resuelvan con sujeción a la LMCA, sólo tendrá competencia el tribunal arbitral correspondiente y que éste, en defecto de reglas específicas acordadas en la forma prevista por la ley, será el que determine el camino a seguir en el propósito de adoptar medidas cautelares.

El artículo 20 del nuevo Pr.C.M., dispone que “en defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente.”<sup>182</sup> En principio, entonces, en todos aquellos procesos que no sean civiles o mercantiles, en los que no haya algún aspecto procedimental específico regulado, deberá aplicarse el Pr.C.M. Por lo tanto, cabría concluir, que si la LMCA no tiene regulaciones concretas sobre el procedimiento cautelar, entonces los árbitros deberán aplicar supletoriamente el Pr.C.M. Pensamos que habrá árbitros de mentalidad demasiado conservadora, que querrán aplicar todas la regulación contenida en el código. Pero nosotros, por el contrario, estimamos que esa forma de pensar iría no sólo en contra de los principios que inspiran el proceso arbitral, según la propia LMCA, especialmente el de flexibilidad, sino que también se alejaría de la forma apropiada de dirigir un proceso arbitral. Pero más importante aún es que el espíritu del artículo 20, aunque aparentemente en forma confusa, aparece explicado en la exposición de motivos del Código, en la que se explica que había un inciso segundo de

---

<sup>181</sup> Vid. El Art.16 del Reglamento de Arbitraje Internacional del CIRDI; Art.19 No.2) Ley Modelo CNUDMI, entre otros.

<sup>182</sup> Esta disposición está inspirada en el Art. 4 de la LEC española, según el cual “en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativo, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos los preceptos de esta ley.”

ese mismo artículo que el equipo técnico redactor del anteproyecto suprimió y que establecía que quedaban excluidas del proyecto la jurisdicción voluntaria, el arbitraje, concurso de acreedores, la quiebra y la suspensión de pagos. Y la razón por la que lo suprimió es porque en lo que se refiere a la jurisdicción voluntaria, la legislación sustantiva vigente remite a que las mismas diligencias de jurisdicción voluntaria se realicen en los tribunales; y en lo que se refiere a la materias que quedan excluidas –arbitraje y las otras que mencionaba tal inciso-, no existen en este momento otras normas que las regulen, por lo que se pensó que en tanto no exista una legislación que las regule, deben quedar bajo el conocimiento de los tribunales correspondientes<sup>183</sup>. Por consiguiente, no siendo cierto que tratándose del arbitraje no había legislación que lo regulara, desde luego que ya estaba la LMCA, entonces la aplicación supletoria del Pr.C.M no era automática, porque hay que estarse a lo que dispuesto el cuerpo de esa legislación<sup>184</sup>. Por lo demás, la LMCA, cuando se ha querido referir a la legislación procesal común, lo ha hecho expresamente<sup>185</sup>, de manera que en el caso de las medidas cautelares solo lo ha hecho para determinar ante quien se piden y ante quien se ejecutan. Art. 32 inc. Final LMCA. Y, finalmente, porque, en todo caso, no es que la regla del Art. 20 del Pr.C.M, se deberá aplicar de manera indefectible, desde luego que, como bien lo ha dicho, la jurisprudencia, los requisitos necesarios para que exista la supletoriedad de unas normas respecto de otras, son: a) que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio; b) que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate; c) que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria, y d) que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Ante la

---

<sup>183</sup> Vid. Exposición de Motivos, Edición del Pr.C.M, Sección de Publicaciones de CSJ, 24 de marzo de 2009.

<sup>184</sup> Y en este aspecto, debe recordarse que las reglas de procedimiento en arbitraje, se determinan, en su orden, por la voluntad de las partes, por las reglas del centro de arbitraje al que se hayan sometido o se deba aplicar, o, en su defecto, por lo que dispongan los árbitros, quienes, por supuesto, debemos reconocer, no tienen prohibición para aplicar la ley procesal común, si así lo decidieran.

<sup>185</sup> Vid. Arts. 42 inc. 1º, para el caso de recusación de un árbitro; 55 inc. 7º, para la práctica de pruebas en el extranjero; Art. 65, para conceder firmeza y ejecutoriedad al laudo arbitral; Arts. 80 inc. 1º y 83, para el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales y extranjeros.

falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra<sup>186</sup>.

Por tanto, para el trámite de adopción de una medida cautelar no es obligatorio que los árbitros apliquen indefectiblemente el Código Procesal Civil y Mercantil.

Resuelto, entonces el régimen jurídico aplicable al procedimiento cautelar, por llamarlo, en el campo de un proceso arbitral, corresponde ahora, determinar el procedimiento que debe ocurrir al efecto:

### 2.3.1.1 Petición de parte

Tanto en el Pr.<sup>187</sup>, como en el Pr.C.M.<sup>188</sup>, está presente el principio de justicia rogada, lo que significa que para que los árbitros puedan ordenar la medida cautelar es necesaria la petición expresa de parte interesada, los árbitros no deciden de oficio. “Dada la naturaleza estrictamente privada de las relaciones que abarca el arbitraje, donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene una amplísima virtualidad, también deberá ser ésta la determinante a la hora de decidir sobre su interposición o no. Y esta es, precisamente, la solución que parece haberse adoptado en la gran mayoría de los sistemas jurídicos en el plano comprado, así como en los Reglamentos de las principales instituciones arbitrales, textos estos dotados de una peculiar naturaleza, pero con una indudable trascendencia en la práctica.”<sup>189</sup> La mayor parte de leyes arbitrales, que reconocen la facultad de adoptar medidas cautelares en materia arbitral, adoptan la rogación para que se abra el proceso cautelar arbitral<sup>190</sup>.

Una cuestión bien importante que en este aspecto debe mencionarse es que si la petición se presenta ante la autoridad judicial competente, una vez entrada en vigencia la nueva ley procesal, tal solicitud deberá adoptar la forma de una demanda; pero si es presentada ante el tribunal arbitral, no necesariamente la solicitud debe adoptar tal forma, pero, al menos, la solicitud se formulará con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos exigidos para su adopción.

<sup>186</sup> CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 76, Abril de 1994. Tesis: I.4o.C. J/58. Página: 33, México.

<sup>187</sup> Vid. Art. 1299 inc. 1º Pr.

<sup>188</sup> Vid. Arts. 6 y 432 Pr.C.M.

<sup>189</sup> Vid. R. LAPIEDRA ALCAMI, *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, pág. 72.

<sup>190</sup> Entre otras, Ley de Arbitraje (60/2003), de España, Art. 23; Ley Sobre Arbitraje Comercial (Ley No. 489-08), de República Dominicana, Art. 13; Ley de Arbitraje (DL 1071, de 28/6/2008) de Perú, Art. 47.

### 2.3.1.2 Autoridad receptora de la petición

Para determinar quien será la autoridad que recibirá la petición de adopción de medidas cautelares, dependerá del momento en que se pida: si es antes de la presentación de la demanda, o después de iniciado el proceso arbitral. Indiscutiblemente si la solicitud se hace antes de que se haya constituido el tribunal arbitral, al menos en nuestro medio<sup>191</sup>, de conformidad a lo establecido en los artículos 32 inc. final y 28 lit. b) de la LMCA, debe recurrirse a la autoridad judicial competente, que lo será el juez o uno de los jueces, con competencia en materia mercantil del lugar donde deba realizarse el arbitraje, si se hubiere previsto; a falta de ello y a elección del peticionario, el del lugar de celebración del convenio arbitral o el del domicilio del demandado o el de cualquiera de ellos, si son varios. Debemos advertir, que el Pr.C.M, cuando la medida cautelar se solicita en relación con un proceso arbitral, ha establecido otra competencia, que nosotros no consideramos incompatible, sino adicional a la establecida en la LMCA: también será competente para conocer de una petición de medida cautelar arbitral, el juez de primera instancia del lugar donde se deba ejecutar la sentencia arbitral o donde deban surtir efecto las medidas. Art. 449 inc. 2º.<sup>192</sup>

En el caso en que la medida cautelar se haya pedido antes de iniciar el proceso arbitral, hay tres cosas que se deben considerar: a) en primer lugar, que en este caso, y mientras siga vigente el Código de Procedimientos Civiles y las otras leyes que establezcan ciertas y determinadas medidas cautelares, la medida se podrá otorgar, si se dan los supuestos necesarios para las mismas – *fomus boni iuris* y *periculum in mora*, y se cumple el requisito de la caución, si ésta se ha establecido; b) si ya ha entrado en vigencia el nuevo Pr.C.M, se deberá cumplir con todos los requerimientos y formalidades que para el proceso cautelar establece; y c) en tercer lugar, por supuesto, si la autoridad judicial competente, haya adoptado, entonces el favorecido con tal medida deberá presentar su demanda arbitral, si se trata de un arbitraje institucional, ante el Centro de Arbitraje, dentro del mes siguiente a su adopción, bajo el apercibimiento que si no lo hace dentro de dicho plazo, la medida adoptada caducará de pleno derecho. Art. 434 Pr.C.M

Ahora bien, cuando la medida cautelar se pide ya iniciado el proceso arbitral, puede ocurrir: a) que la medida se pida ante la autoridad judicial que resulte competente, en cuyo caso se deberá cumplir con todos los

---

<sup>191</sup> Para hacer esta afirmación, tomamos en cuenta que las reglas de arbitraje del único Centro de Arbitraje del país, no tiene ninguna regulación sobre las medidas cautelares.

<sup>192</sup> Es importante recordar de nuevo, que el haber recurrido a la autoridad judicial competente, antes o durante el procedimiento arbitral, no significa renuncia al arbitraje.

requerimientos y formalidades que para el proceso cautelar establece; o b) que se pida directamente al tribunal arbitral, en cuyo caso, como hemos dicho, el procedimiento podrá ser mucho más flexible, al menos en su tramitación, más no en la ponderación de la necesidad de la medida, como veremos más adelante.

Finalmente, en este aspecto, cabe expresar que si el arbitraje es institucional, la solicitud de adopción de medidas cautelares puede presentarse en la misma demanda, que es uno de los anexos que se debe presentar con la solicitud de arbitraje que se presenta al Centro de Arbitraje respectivo, en cuyo caso la institución administradora del arbitraje no va a resolver esa petición, sino que cuando entregue el expediente al tribunal ya constituido, éste será quien decida la petición de la medida cautelar de que se trate.

### 2.3.1.3 Inaudita altera pars

Una de las cuestiones que más se ha discutido en el tema de las medidas cautelares, en materia arbitral, es si las mismas se pueden conceder sin previa audiencia a la parte contraria. La mayor parte de la doctrina y práctica arbitral<sup>193</sup>, sostiene que el procedimiento de adopción de medidas cautelares debe ser un procedimiento contradictorio en el sentido que debe garantizar que la adopción de la medida cautelar lo sea previa audiencia del sujeto frente a quien se pide, ya que una de las cuestiones esenciales del proceso cautelar arbitral es el respeto a los principios consustanciales a la existencia del proceso, cuales son la dualidad de posiciones, y los principios de igualdad y contradicción, consistentes en dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos y en dar la oportunidad de confrontación entre las partes (que en nuestra ley se recogen en el Art. 4 numerales 6) y 8) LMCA), llegando a sostener, incluso, que de infringir tales principios se podría incurrir en contrariedad al orden público procesal y provocar la posible anulación de la resolución arbitral que adopte la medida cautelar.

Por el contrario, la legislación<sup>194</sup> y jurisprudencia latinoamericana sostienen que si la medida cautelar busca asegurar la efectividad del cumplimiento de una posible sentencia estimatoria, su forma de adoptarla debe ser consecuente con tal propósito, de manera que se mantenga la

---

<sup>193</sup> Vid. S. BARONA VILAR, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs. 877 y 877; C. ARANGÜENA FANEGO, *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, págs. 436 y 437; A. REDFERN, - M. HUNTER, y otros, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, pág. 474; GARBERÍ LLOBREGAT, José, Director, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003*, pág. 471.

<sup>194</sup> Entre otros, los Códigos procesales de México, Guatemala, Ecuador, y el nuevo de El Salvador.

situación de hecho existente al principio del proceso y evitar las alteraciones en el equilibrio inicial de los contendientes; de manera que la eficacia y éxito relativo de la medida cautelar dependerá en grado sumo de que se admita y ejecute de sorpresa, sobre la base de circunstancias tales como que el deudor, por lo general, buscará disminuir su patrimonio en forma real o simulada, voluntaria o de mala fe; o porque el fallo pueda quedar sin efecto práctico y su ejecución se haga imposible porque el condenado ha distraído sus bienes; o porque la misma medida cautelar podría llegar a ser una ilusión si se decretará con audiencia de la parte contraria.

En El Salvador, el nuevo Pr.C.M, expresamente estableció que “las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la contraparte” (Art. 453 inc.1º), y la explicación del por qué adoptó esa solución, aparece en la Exposición de Motivos, en los siguientes términos: “En esta parte del proyecto del Código Procesal Civil y Mercantil, el equipo técnico, al referirse a la forma cómo deberían adoptarse las medidas cautelares, hizo un cambio a lo establecido en el proyecto en el sentido de que las medidas cautelares deben decretarse siempre sin audiencia de la parte contraria; en cambio, tal como estaba el proyecto, para dictar una medida cautelar era necesario fijar una audiencia y en ella las partes tenían que hacer sus respectivos alegatos. El e

quipo técnico, tomando en cuenta nuestras realidades y sobre todo considerando que en la mayoría de casos el deudor lo que hace es esconder sus bienes para que no se los embarguen, consideró que, en el caso de que la medida cautelar se decretara con audiencia de la parte contraria, ello la volvería una ilusión, ya que el demandado de inmediato procedería a trasladar sus bienes a otra persona, lo cual prácticamente volvería nugatoria la medida cautelar solicitada.”

La jurisprudencia constitucional en nuestro país, sobre este particular, en esencia ha sentado el criterio de que en muchos procesos o procedimientos, sean estos administrativos o jurisdiccionales, el legislador da la posibilidad de decretar medidas cautelares como instrumentos para garantizar la eficacia de una posterior decisión judicial, sin que esto signifique una privación de derechos previos al juzgamiento y sin que sea indispensable en consecuencia, la audiencia consagrada en el artículo 11 de la Constitución<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> Vid. la sentencia de la Sala de lo Constitucional, de las 9 horas y 12 minutos del 16 de septiembre de 1997 (Ref. 320-97). En esta sentencia, la Sala de lo Constitucional entre otras cosas, dijo: “cuando el cese inmediato de la utilización por cualquier medio de distintivos comerciales presenta los caracteres de las medidas cautelares, tiende a asegurar la eficacia práctica de las resoluciones definitivas que, a su vez, actúan el derecho; por lo cual, al no existir relación directa de contenido entre el acto privativo de derechos la medida cautelar, la audiencia no necesariamente debe preceder a la adopción de dicha medida.” En igual sentido, la sentencia del mismo Tribunal de las 8 horas con 13 minutos, del 11 de marzo de 2003 (Ref. 164-2003).

En igual sentido, la jurisprudencia constitucional colombiana ha proclamado, incluso, que la práctica de las medidas cautelares antes de la notificación del auto, es una regulación que persigue un propósito constitucionalmente relevante, como es asegurar la efectividad de la sentencia, ya que si las medidas cautelares están destinadas a salvaguardar los derechos subjetivos en disputa y, principalmente, a garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia, es imprescindible que las mismas se decreten y practiquen antes de que el titular de los derechos cautelados tenga conocimiento de ellas, no comportando una violación del debido proceso ni de ningún otro derecho, pues su ejecución previa se ajusta a la filosofía propia de las medidas cautelares, que tiende a garantizar la realización de la justicia material<sup>196</sup>.

Así planteadas las cosas, debe concluirse que cuando la medida cautelar, con ocasión de un proceso arbitral, se pida directamente ante la autoridad judicial competente, no cabe duda alguna que ella se va a sustanciar *ex parte*, esto es, sin audiencia a la parte contraria, por permitirlo, y casi ordenarlo así, el inciso primero del artículo 453 Pr. C.M. Pero, ¿qué pasa cuando la medida se pida a los árbitros? Como comenta Fernando Mantilla Serrano<sup>197</sup> –aunque refiriéndose a la ley arbitral española, en este respecto de igual concepto a la nuestra- nada dice la LMCA sobre la posibilidad de conceder medidas cautelares *inadudita parte*, es decir, sin audiencia de una de las partes. A menos que las partes o las normas jurídicas aplicables lo prohíban, el árbitro podría estar en capacidad de ordenar una medida cautelar sin audiencia de la parte contra la cual se pide dicha medida si la urgencia, la eficacia misma de la medida y las circunstancias del caso así lo justifican. En la práctica, por cierto muy escasa, lo que hemos comprobado es que los árbitros se han decantado por confrontar la opinión de la parte contra la cual la medida se solicita<sup>198</sup>.

Lo que sí nos parece, es que será muy difícil que un litigante pueda conseguir una anulación o un amparo constitucional reclamado en contra de una medida cautelar, en sede arbitral, por el hecho de que se resolvió *inaudita parte*, si tomamos en consideración el propio criterio del legislador

---

<sup>196</sup> Vid. Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional, de 4 de mayo de 2000 (Sentencia C-490/00); y en la misma se cita, en igual sentido, la sentencia de la misma Corporación C-925 de 1999.

<sup>197</sup> F. MANTILLA SERRANO, *Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional*, pág. 146.

<sup>198</sup> Así la Resolución No.012, de fecha 7 de julio de 2006, del Tribunal Arbitral, en el caso 50-181-T-00188-05, del International Centre for Dispute Resolution (ICDR), American Arbitration Association, que era un arbitraje doméstico, aunque tramitado bajo las reglas de esa institución.

consagrado, como ya vimos, en el inciso primero del artículo 453 Pr.C.M, y en presencia del criterio jurisprudencial ya sentado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que hemos dejado relacionado.

### 2.3.1.4 Prueba de los presupuestos exigidos

A los efectos de adoptar las medidas cautelares, como lo hemos dejado establecido en el Capítulo I, es condición *sine qua non* que concurren ciertas circunstancias, que la doctrina y la legislación denomina “presupuestos”, y que de forma general se han identificado como la apariencia de buen derecho (*fomus boni iuris*) y el peligro por la demora (*periculum in mora*). En ese sentido, es dable afirmar que tales presupuestos deben ser exigidos para la adopción de medidas cautelares, bien que éstas sean adoptadas por los jueces ordinarios o por un tribunal arbitral.

En tal orden de ideas, es indubitable que cuando la medida se ha pedido en forma directa a la autoridad judicial competente, para que ésta sea adoptada, el solicitante deberá haber justificado que tal medida era indispensable para la protección de su derecho, por existir peligro de lesión o frustración del mismo a causa de la demora del proceso; y esto en el sentido de que, sin la inmediata adopción de la medida, la sentencia que eventualmente estime la pretensión sería de imposible o muy difícil ejecución. Por consiguiente, con solicitud, el impetrante de la medida deberá acreditar en forma que sea más pertinente y adecuada, la buena apariencia de su derecho y del peligro, lesión o frustración por demora<sup>199</sup>.

Ahora bien, para que pueda adoptarse una medida cautelar en un proceso arbitral, o dependiendo de él, es necesario que concorra una especial situación jurídica que le haga favorecedor de la cautela. Dicha situación jurídica cautelable se halla conectada con el presupuesto de la “apariencia de buen derecho” o *fomus boni iuris*. Este presupuesto del *fomus boni iuris* no se halla de forma explícita en el articulado de la ley de arbitraje, lo que no es óbice a su consideración como uno de los componentes en los que se funda la adopción de la tutela cautelar, evidentemente<sup>200</sup>. En cualquier caso –ha dicho Barona Vilar- la concurrencia de dicho presupuesto se va a tener que plasmar en el laudo –decisión- que se dicta adoptando la medida, o en el que se

---

<sup>199</sup> Vid. Art. 433 Pr.C.M.

<sup>200</sup> Así lo expone S. BARONA VILAR, “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs. 858 y 859.

deniega, como motivación de la decisión. Y, desde ella, es fácil el control de la temeridad y desproporcionalidad de la medida<sup>201</sup>.

La falta de uno de los “presupuestos” necesarios para la adopción de la medida cautelar, obliga al tribunal que está conociendo a desestimar la petición. Por lo tanto, siguiendo la teoría general de tales medidas, podemos afirmar que un tribunal arbitral deberá exigir la efectiva existencia de *periculum in mora*.<sup>202</sup> Según lo expresa Fernández Rosas<sup>203</sup>, “la jurisprudencia arbitral evidencia que las medidas solicitadas resultan improcedentes cuanto el solicitante no acredite de forma fehaciente la situación de urgencia requerida y la existencia de un peligro grave e irreparable presente o futuro que la justifique. Y, por otra parte, asevera que es el peligro en la demora lo que legitima al justiciable [ ] para solicitar una medida cautelar en el transcurso del procedimiento arbitral. Será preciso verificar la existencia concreta de un peligro, así como de un daño que necesariamente afectará el cumplimiento del laudo definitivo en caso de que el peligro alegado por el peticionario, o contrastado por el árbitro, sean manifiestos.”<sup>204</sup>

### 2.3.1.5 Caución

Generalmente, casi todas las legislaciones establecen la necesidad de rendir caución por parte de quien la solicita, lo cual, incluso, no ha sido desconocido hasta ahora por nuestras leyes; baste mencionar el caso del secuestro preventivo de bienes, cuando es solicitado con base en un

---

<sup>201</sup> Vid. S. BARONA VILAR, Silvia, Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, pág. 860 y 861.

<sup>202</sup> Cualquiera pudiera pensar que como los arbitrajes se suponen que son de corta duración, tres meses en El Salvador, generalmente no concurre un peligro en la demora; pero, como bien dice Barona Vilar, “*esta ineffectividad puede derivarse de la concurrencia de dos tipos de peligro: el retraso y el daño que se puede producir como consecuencia de la demora, inclusive en procesos como el arbitral en el que las previsiones legales vienen a condicionar la duración del mismo y, en consecuencia, no son procesos de larga duración; pero durar, es obvio que duran.*” Vid. S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, pág. 280

<sup>203</sup> Vid. J.C. FERNANDEZ ROZAS, “Arbitraje y Justicia Cautelar”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, pags. 23-60.

<sup>204</sup> En la práctica, los árbitros ha denegado la adopción de medidas cautelares, porque la parte requirente no había demostrado suficientemente la existencia de un daño inmediato o peligro de daño futuro grave e irreparable que hiciera imprescindible para evitarlo dicha medida. Vid. Laudo No. 7081/1992 de la CCI; y Resolución No.012, de fecha 7 de julio de 2006, del Tribunal Arbitral, en el caso 50-181-T-00188-05, del ICDR, AAA.

instrumento que no trae aparejada ejecución<sup>205</sup>, o cuando se pida una medida precautoria en el caso del ejercicio de una acción por infracción de un derecho de propiedad intelectual, cuya adopción se puede condicionar a la constitución de una caución razonable para garantizar al demandado<sup>206</sup>; o cuando se solicite, como acto previo a la demanda, la orden judicial provisional de cese de los actos de competencia desleal, en que, a juicio del juez, se puede exigir la rendición de una fianza suficiente para indemnizar los perjuicios causados con la medida<sup>207</sup>. En todos estos casos, esa caución que se solicita al solicitante de la medida cautelar, según las voces de la misma ley, sirve para responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque la providencia, ya porque se absuelva al demandado, para evitar el abuso en la petición de esta clase de medidas y para disuadir el poder recurrir a estos procedimientos, o para indemnizar los perjuicios causados, si en el juicio principal que se promoviere no se estableciere suficientemente la acción entablada.

En el nuevo Pr.C.M, expresamente se establece la necesidad de rendir caución por parte de quien solicite la adopción de medidas cautelares<sup>208</sup>, con el objeto de garantizar la reparación de los daños y perjuicios que con la medida cautelar pudieran causarse al demandado en su patrimonio; el tribunal determinará la forma y la cuantía de la caución<sup>209</sup>, y puede eximir de la prestación de la misma, en resolución motivada, cuando el solicitante tenga una capacidad económica sensiblemente inferior a la de la parte contraria<sup>210</sup>.

Como bien dice Barona Vilar, al explicar la justificación de la exigencia de una caución, “la razón es obvia: la concesión de la medida cautelar supone desde luego una gran ventaja inicial para el favorecido por la medida, y ello por cuanto es innegable que, a través de ella, está obteniendo en muchos casos el adelanto de la ejecución. De ahí que, como contrapartida, la persona agravada por ella pueda obtener una garantía que le ponga a salvo de posibles abusos y que le asegure la indemnización de daños y perjuicios en caso de que se revelara posteriormente injustificada la medida.”<sup>211</sup>

Así, pues, se puede afirmar que cuando con ocasión de un juicio arbitral, se solicite directamente a la autoridad judicial competente la adopción

---

<sup>205</sup> Vid. Art. 146 inc 1º Pr.

<sup>206</sup> Vid. Art. 174 Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>207</sup> Vid. Art. 493 inc. 2 Com.

<sup>208</sup> Vid. Art. 446.

<sup>209</sup> Vid. Art. 453 inc. 3º.

<sup>210</sup> Vid. Art. 448.

<sup>211</sup> Vid. S. BARONA VILAR, Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, pág. 864.

de una medida cautelar, el juez debe aplicar todos esos supuestos previstos en el Pr.C.M. Pero veamos si lo mismo debe ocurrir cuando la medida es pedida al tribunal arbitral.

La LMCA no dice nada al respecto, pero tampoco otras legislaciones han sido claras sobre si el tribunal arbitral frente a la solicitud de adopción de una medida cautelar, debe necesariamente exigir la rendición de esta cautela. En efecto, leyes arbitrales que han establecido de manera expresa la facultad cautelar arbitral, como las de España (Art. 23), República Dominicana (Art. 21), Perú (Art. 47), Italia (Art. 669 Codice de Procedure Civile), México (Art. 1433 C.Com. mex.), entre otras, facultan –no obligan- a los árbitros a que puedan exigir la cautela. De ahí que puede afirmarse que la mayor parte de legislaciones arbitrales e incluso Reglamentos de Centros de Arbitraje de prestigio internacional, como la AAA, CCI, Asociación italiana para el arbitraje, Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo, han dejado en manos de los árbitros la posibilidad de exigir esta garantía, sin imponerla de forma obligatoria.

La solución a esta problemática, al menos desde un plano teórico, tiene que ver con que si se adopta el criterio de que la caución es uno de los “presupuestos” para el otorgamiento de la medida cautelar, o si se trata de un simple presupuesto de efectividad de ejecución de la medida. De tal manera que si se la considera lo primero, entonces lo lógico es pensar que la caución debe siempre exigirse; pero si es lo segundo, la cuestión se convierte en una facultad –no obligación- de los árbitros de exigirla. Sobre este particular, nos inclinamos a pensar, como lo ha hecho la doctrina generalizada, que será decisión de los árbitros la exigencia o no de la caución y de la consideración de la suficiencia, clase y forma de la referida caución<sup>212</sup>.

No obstante todo lo anterior, en la práctica, en la generalidad de los casos, los árbitros exigen la cautela, sobre todo porque si bien es cierto, se pide bajo la responsabilidad del solicitante, sin duda alguna la decisión de los árbitros implica para ellos alguna responsabilidad y porque, en cierto modo, su exigencia pareciera potenciar el principio de igualdad, procurando que el afectado con las medidas cautelares no se encuentre totalmente desamparado por el régimen jurídico, estableciendo éste, con el fin de garantizar el ejercicio

---

<sup>212</sup> En este sentido, entre otros, S. BARONA VILAR, “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, pág. 864; C. ARANGÜENA FANEGO, *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, pág. 425; R. LAPIEDRA ALCAMI, *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, pág. 88.

moderado y racional de las cautelas, la condición de la cautela, con el fin de responder por los perjuicios que se deriven de su indebida ejecución.

### 2.3.2 De la decisión sobre la medida cautelar

Como hemos dicho anteriormente, en el estado actual de la legislación, la decisión de una medida cautelar, bien sea antes de la demanda principal o *ante causam*, constituye una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, porque puede producir un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva; y que conforme al nuevo C.Pr.C.M, la decisión que se pronuncia al final del proceso cautelar, estimando o desestimando la medida cautelar solicitada, reviste la naturaleza de un auto simple. Así, pues, cuando la medida cautelar se pide y se resuelve en sede judicial no hay duda: o es una interlocutoria, bajo el actual Código, o un auto simple, bajo el nuevo C.Pr.C.M.

Este asunto se torna diferente cuando la medida cautelar es tramitada y decidida ante el tribunal arbitral. Éste, según la práctica más generalizada, emiten tres tipos de resoluciones: (a) las meras “órdenes” o simplemente “resoluciones”, que generalmente se ocupan de la simple sustanciación o impulso del juicio arbitral<sup>213</sup>; (b) los laudos parciales o provisionales, que deciden incidentes de alguna importancia en la secuela del arbitraje; y (c) el laudo definitivo, que es el que decide la cuestión principal sometida al conocimiento y decisión de los árbitros.<sup>214</sup> En la LMCA en forma escondida, en el Art. 53, que se refiere al idioma del arbitraje, se habla de “cualquier **laudo, decisión o comunicación** de otra índole que emita el tribunal arbitral”, como diciéndonos que esas tres clases de “resoluciones” son la que puede emitir el tribunal arbitral; pero, en forma implícita, en el Art. 66, bien se mira que el legislador consideró que en el procedimiento arbitral salvadoreño, hay dos tipos de resoluciones: el laudo arbitral y otras decisiones diferentes del laudo. Debe advertirse, sin embargo, que en nuestra LMCA, hay un caso que no obstante tratarse de un acuerdo de las partes para terminar definitivamente el juicio y que normalmente se hace constar en acta, puede –por decisión de las mismas partes, elevarse a la categoría de laudo arbitral: es el caso de la

---

<sup>213</sup> Esta clase de órdenes o resoluciones, según nuestra LMCA, pueden emitirse sólo por el presidente del tribunal, si así lo autorizan las partes o todos los árbitros del tribunal arbitral. Art. 46 inc. 1º.

<sup>214</sup> Esta es una clasificación que hemos deducido de la práctica, más no tiene una consagración metodológica de carácter doctrinaria como la he expuesto, aunque debemos expresar que hay legislaciones y reglamentos de arbitraje que sí hacen referencia a los laudos parciales o provisionales y, por supuesto, al laudo definitivo.

conciliación a que se refiere el No.3 del Art. 47, de las reglas del arbitraje *ad-hoc*<sup>215</sup>.

Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, debemos expresar que nuestro criterio es que las medidas cautelares se deciden por los árbitros en una “decisión diferente al laudo”, lo que implica que no necesariamente debe llenar las formalidades y requisitos exigidos por el Art. 60 LMCA, pero que, en todo caso, siguiendo las pautas del nuevo Pr.C.M, debe ser una decisión razonada, es decir, motivada, expresando el por qué de la misma, razonando la procedencia de la medida cautelar con precisa indicación de las que se acuerden y determinando el régimen a que han de estar sometidas, estableciendo en su caso la forma, cuantía y tiempo en que deba prestar caución el solicitante, si así lo decidiera en este aspecto; o, en su caso, estableciendo claramente las razones por las que se desestima la solicitud de medidas cautelares<sup>216</sup>.

#### ***2.4 Clases de medidas cautelares en el arbitraje***

La determinación de las clases de medidas cautelares que puede adoptar el tribunal arbitral pasa por establecer el criterio de si los árbitros están sujetos o no directa o supletoriamente a la ley procesal común. Según nos hemos pronunciado *ut supra* ello no es así. De hecho, se ha afirmado doctrinalmente, al tratar el tema de las medidas cautelares en el proceso arbitral, que el árbitro no está sujeto a ningún tipo de derecho nacional, de tal manera que el árbitro puede decidir sobre la procedencia de esta clase de medidas de acuerdo con los hechos concretos y las reglas jurídicas que considere apropiadas<sup>217</sup>. Sin embargo, hay quienes han opinado que el régimen cautelar arbitral no se trata de un régimen privilegiado y especial y que entonces hay que entender que, atendiendo la naturaleza del proceso arbitral, el régimen jurídico aplicable es

---

<sup>215</sup> Debe aclararse, que elevarlo a la categoría de laudo arbitral significa en, términos prácticos, que el acuerdo alcanzado –total o parcial- se formalice mediante el pronunciamiento de un laudo con las formalidades exigidas por el Art. 60, y aunque solamente se refiera aciertos puntos de la cuestión debatida, sin duda alguna para nuestra ley siempre será un laudo definitivo.

<sup>216</sup> Más adelante, cuando abordemos el tema de la ejecución de la resolución que adopta la medida cautelar, haremos referencia a la doctrina, especialmente la española, que se ocupa de esta decisión –la adopción de las medidas cautelares- como un laudo parcial o provisional, atento a la posibilidad que se pueda ejecutar en el extranjero.

<sup>217</sup> Vid. F. MANTILLA SERRANO, *Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional*, págs. 145 y 146.

el de la ley procesal común, especialmente cuando éste tiene significativas bondades en el tratamiento de esta materia<sup>218</sup>.

Frente a esa dicotomía se ha llegado a afirmar que dependiendo de que sea el juez o el árbitro, quien adopte la medida cautelar, así se podrá ver los alcances y limitaciones que tiene su potestad cautelar: si es el juez, estará limitado por lo que establece el marco legal que debe aplicar, es decir, por su *Lex fori*. Pero si es el árbitro, éste tiene mayor flexibilidad en cuanto a la determinación de la medida cautelar a adoptar. Lapedra Alcamí<sup>219</sup>, citando a Chillón Medina y Merino Marchán, sostiene que esta flexibilidad del árbitro es así, “en primer lugar, porque no está sometido a ninguna ley estatal propia, a diferencia de los jueces, es decir, carece de *Lex fori*. Y, en segundo lugar, porque dado el gran número de ordenamientos jurídicos que afectan al arbitraje –ley aplicable al procedimiento, ley del lugar de celebración...-, el abanico de posibles medidas cautelares objeto de adopción es mucho más amplio que el existente para los jueces.”

Ahora bien, en nuestro medio, ya sea bajo la vigencia actual del Pr., de la LMCA y, en su momento, del nuevo Pr.C.M., es nuestro sentir, siguiendo los lineamientos de la doctrina arbitral, que los árbitros, en general, no están limitado para la determinación de la medida cautelar a adoptar, sin desconocer, por supuesto, que pueden adoptar aquellas expresamente reconocidas por el régimen legal interno. Debemos recordar, que este criterio estaría avalado por las regulaciones de la nueva legislación procesal civil y mercantil salvadoreña, desde luego que, en el fondo, viene a establecer un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado.<sup>220</sup> Sin perjuicio de lo que se acaba de afirmar, es importante reconocer que para la doctrina no ha sido claro que los árbitros puedan decretar medidas cautelares consistentes en embargos, secuestros de bienes y activos, porque esas medidas implican ejercicio de *imperium*, que no tienen

---

<sup>218</sup> Vid. S. BARONA VILAR, “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, pág. 850.

<sup>219</sup> R. LAPIEDRA ALCAMI, *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, pág. 90.

<sup>220</sup> En la Exposición de Motivo del Pr.C.M, en lo conducente, se expone: “...estas medidas cautelares también procederán en los casos de arbitraje, lo cual, además de establecerse en el proyecto, está permitido por la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Se da en el proyecto un listado de nueve medidas cautelares, sin perjuicio de que el juez pueda, de acuerdo a lo que se le solicita, decretar otras medidas para asegurar la efectividad de la protección judicial que pudiese efectuarse en sentencia estimatoria.”

los árbitros, y que está reservado a los jueces ordinarios<sup>221</sup>. Por nuestra parte, pensamos que la crítica doctrinal apuntada más bien tiene que ver con la ejecución de la medida, pero no con su adopción, de tal suerte que, a lo sumo, lo que podría verse es una imposibilidad de que el propio árbitro ponga en esa clase de medidas en ejecución forzosa por sí mismo, debiendo en su caso solicitar el auxilio de la autoridad competente para que confirme el embargo y lo proceda a ejecutar.

Pero sin duda, que en la práctica esa crítica ha pesado mucho, y de ahí que, como bien lo señala Eduardo Silva Romero<sup>222</sup>, las medidas más frecuentes adoptadas por los árbitros son: (i) medidas cautelares destinadas a acomodar o asegurar la continuación de las relaciones contractuales durante la tramitación del procedimiento arbitral: orden al contratista de continuar los trabajos de construcción y/o orden al dueño de la obra de efectuar los pagos correspondientes, así sea mediante consignaciones en una cuenta bancaria administrada por el tribunal arbitral; autorización de suspensión de los trabajos o ejecución de otras prestaciones contractuales; prohibición de llamar una garantía bancaria u orden de restituir al banco una garantía bancaria llamada de manera injustificada; y prohibición a una de las partes de vender productos de la parte contraria; (ii) medidas cautelares destinadas a asegurar la ejecución eficaz del laudo final: prohibición de disponer de sus bienes (es la llamada “*mareva injunction*”) o de una parte de ellos; y orden de constituir una garantía bancaria a favor de la parte que así lo requiere; (iii) otorgamiento de una provisión; (iv) “*security for costs*”; y (v) medidas cautelares destinadas a conservar pruebas.

En nuestro medio, por el momento, tenemos conocimiento únicamente de un caso en que un tribunal arbitral ordenó a la parte demanda de abstenerse de hacer efectiva una garantía bancaria<sup>223</sup>. Y otro caso, que aunque no es arbitral, vale la pena mencionar es el de la medida cautelar de *no innovar* decretada por la Sala de lo Constitucional, en un juicio de amparo. En ese caso, la Sala, después de considerar que la mera suspensión del acto reclamado, no era un mecanismo eficaz para cumplir la finalidad cautelar, consideró que “el resguardo que se impone liminarmente debe estar dirigido a

---

<sup>221</sup> Laudo final en el caso CCI No.6653 de 1993, en Jean-Jacques Arnaldez, Yvez Derains y Dominique Hascher, *Collection of ICC Award 1991-1993, París: ICC Publishing, 1997, pág. 521.*

<sup>222</sup> E. SILVA ROMERO, *Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro*, Ponencia en II Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje –El Arbitraje y la Jurisdicción.

<sup>223</sup> Arbitraje *Ad-hoc* promovido por el Asocio Temporal COPRECA-PINEARQ vrs. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, 22 de mayo de 2009.

mantener invariable la situación jurídica laboral del actor mientras no exista un eventual pronunciamiento de fondo, esta Sala deduce que el mecanismo idóneo para cumplir con el efecto aseguratorio que el caso exige es aquel que en el derecho comparado se denomina *prohibición de innovar*". Y al referirse al concepto de tal medida, la Sala dijo: "La medida cautelar denominada prohibición de innovar se refiere a que ninguna de las partes altere, modifique o innove en ninguna forma la situación de hecho preexistente o que se haya creado al comienzo de la litispendencia, cuestión que resulta plenamente aplicable al presente caso, pues lo que se requiere es el que el actual estado de cosas se mantenga mientras se decide la controversia planteada...."<sup>224</sup>.

En fin, pues, los árbitros podrán adoptar aquellas medidas que, teniendo las características de cautelares se vislumbren como adecuadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento del eventual laudo estimatorio.

## 2.5 impugnación de la resolución cautelar

Aun cuando el Pr. está a punto de terminar su vigencia, vale la pena comentar todavía que, en general, cualquier resolución que verse sobre *reparaciones urgentes*, es decir, aquellas que trate de precaver, remediar o evitar un daño, son apelables en el efecto devolutivo, según lo determina el No.11 del Art. 985 Pr.; y sin duda la resolución que se refiere a la adopción de una medida cautelar versa sobre reparaciones urgentes, en el sentido que todavía lo recoge el Pr.; por lo tanto, es una resolución que es apelable en el efecto devolutivo, salvo que una norma expresa determine que lo es en ambos efectos, como el caso de la resolución que ordena la anotación preventiva de la demanda, Art. 727 C.; o cuando aquella resolución pronunciada como consecuencia de la petición de una medida cautelar sea desestimatoria, es decir, pronunciada en contra del actor, en cuyo caso la apelación se admitirá en ambos efectos. Art. 987 Pr.

Y en el nuevo Pr.C.M, expresamente el Art. 453, en su inciso final, expresamente dispone que "la decisión que resuelva las medidas cautelares admitirá recurso de apelación, pero si quien recurriese fuese aquel a quien las mismas perjudican el recuso se concederá sin efecto suspensivo."

Con tales antecedentes, es del caso expresar que si la medida cautelar, con ocasión de una controversia arbitral, se solicita ante la autoridad judicial competente, la decisión que ésta pronuncie será recurrible, en los términos de los dos párrafos precedentes.

---

<sup>224</sup> Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional (Ref. 489-2002).

Ahora bien, cuando del juicio arbitral se trata, el régimen de impugnación de las resoluciones arbitrales es completamente diferente. En efecto, cuando la LMCA se promulgó sin duda fue consecuente con la naturaleza del arbitraje de separar del conocimiento de los tribunales estatales el conocimiento y decisión de la controversia de que se trate, por haberlo dispuesto así voluntariamente las partes en el convenio arbitral; y en ese sentido, sólo reconoció la posibilidad de recurrir contra el laudo final, en un mal llamado recurso de nulidad, pero negando la posibilidad de recurso contra las decisiones de los árbitros diferentes del laudo, según lo dispuso en el Art. 66 LMCA: “Contra las decisiones de los árbitros, diferentes del laudo, no procede recurso alguno.”<sup>225</sup> Por consiguiente, es nuestro criterio que la resolución que pronuncie el tribunal arbitral adoptando o no una medida cautelar no es recurrible<sup>226</sup>.

Por ilustración, y porque probablemente sirva como fuente de inspiración para una reforma a la LMCA, es importante examinar brevemente qué sucede en España, de donde nuestro Pr.C.M ha tomado casi todo el proceso cautelar de la LEC española, y donde su Ley de Arbitraje, como la nuestra, siguieron los lineamientos de la Ley Modelo UNCITRAL. En el caso de España, de acuerdo a LEC, las medidas cautelares, por regla general, se proveen previa audiencia del demandado; aunque cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla, sin oír al demandado (Art. 733 LEC). Por consiguiente, para los efectos de explicar la impugnación de la resolución que adopta la medida cautelar, cuando es adoptada por la autoridad judicial, debe distinguirse si la medida ha sido adoptada previa audiencia del demandado o no. En el primer caso, contra el auto que acuerde la medida cautelar cabrá el recurso de

---

<sup>225</sup> En una desafortunada reforma a la LMCA, la AL, por medio de DL. No.141 de fecha 21 de octubre de 2009, publicado en el D.O. No. 203 Tomo 385 de fecha 30 de octubre de 2009, adicionó el Art. 66-A, estableciendo que cuando el arbitraje sea en derecho, el laudo final será apelable con efecto suspensivo para ante las Cámaras de la Capital de la República con competencia en materia civil.

<sup>226</sup> Aún cuando no es materia de estudio en este trabajo, debemos dejar planteada la posibilidad de que si esa resolución, por algún motivo, implica la vulneración de garantías constitucionales, podría ser revisable en amparo constitucional, siempre que, ante la Sala de lo Constitucional de la CSJ, se evidencie la trascendencia constitucional del defecto que se le achaque, ya que de lo contrario el amparo fracasaría por tratarse de un asunto de mera legalidad. Pero sí es nuestra opinión que, en este caso, la Sala de lo Constitucional, debe ser muy prudente en suspender los efectos de la medida, sobre todo tomando en consideración los lineamientos del nuevo Pr.C.M, de que el auto por el cual se adopte la medida cautelar es apelable, pero sin efectos suspensivos.

apelación sin efectos suspensivos (Art. 735 inc. final LEC). En el segundo caso, el inciso final del Art. 733 LEC dice que contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. Y resulta que en ese capítulo III, lo que se establece es que en los casos en que la medida se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares (Art. 739 LEC), y el auto en que se decida sobre la oposición será apelable sin efecto suspensivo (Art. 741 No. 3. LEC). De todo lo cual se infiere, que al final del día, siempre habrá posibilidad de que se revise la adopción de la medida cautelar.

Pero no sucede lo mismo, en el caso del juicio arbitral porque la LA española, se limitó a decir en la fracción 2 del Art. 23 que “a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.” Por tanto, bien sea que la resolución de los árbitros concedan o denieguen la medida cautelar que se les haya solicitado, lo que procede exclusivamente es la acción de anulación (aquí llamado recurso de nulidad). Es interesante destacar que en el caso en que se interponga la acción de anulación de un laudo parcial o resolución arbitral que adopte una medida cautelar, la doctrina española enseña que “el ejercicio de una acción de anulación frente a la resolución de los árbitros por los que se acuerda adoptar una medida cautelar no puede tener efectos suspensivos pues si así fuera la tramitación de dicha impugnación podría provocar la realización de actuaciones por el sujeto que tiene que soportar la medida que podría llevar a que ésta, una vez resuelta la impugnación ya no tuviera sentido y hubiera perdido toda su eficacia.”<sup>227</sup>

## 2.6 Ejecución de la medida cautelar dictada por los árbitros

Sabido es que los árbitros carecen de *imperium*. Si bien tienen jurisdicción para sustanciar y decidir las causas que versan sobre cuestiones

---

<sup>227</sup> Vid. J. GARBERÍ LLOBREGAT, Director, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003*, pág. 474. En sentido contrario, Barona Vilar, quien sostiene “que en cualquier caso, la imposibilidad de atacar una decisión cautelar dictada por los árbitros *inaudita parte* comportaría la vulneración de los principios esenciales del sistema, establecidos en el Art. 24 LA, y, por ende, fundaría una anulación de un laudo.” Y para esos efectos desarrolla un esquema de impugnación en sede arbitral, siguiendo las pautas de la LEC. Vid. S. BARONA VILAR, “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs. 880 y 881.

comprometidas, no pueden utilizar la fuerza coactiva del Estado para garantizar el cumplimiento de sus decisiones<sup>228</sup>; por consiguiente, cuando un tribunal adopte una medida cautelar no podrá hacerla ejecutar por sus propios medios y deberá recurrir al auxilio de la autoridad judicial competente<sup>229</sup>, aun cuando esta afirmación puede ser matizada, según lo veremos después. Es decir, que “el recurso a la Jurisdicción para hacer ejecutar las decisiones cautelares arbitrales, se muestra como otro supuesto de auxilio judicial al arbitraje, necesario cuando la mera *auctoritas* de la que están investidos y los eventuales mecanismos que hubiera podido disponerse por los árbitros para hacer cumplir sus decisiones hayan fallado.”<sup>230</sup>

En general las medidas cautelares van destinadas a quienes son partes en el juicio arbitral, éstas sin duda están sometidas a la jurisdicción del árbitro que las dispuso, y por lo tanto, en principio, deben cumplir las ordenes del tribunal arbitral en forma voluntaria, en cuyo caso no se requeriría de la colaboración de la autoridad judicial. Pero habrá casos en que se requiera para la ejecución de la medida de la intervención de un tercero, como el caso en que se manda a congelar una cuenta bancaria que se necesitaría la concurrencia del propio banco depositario, y entonces dependerá si ese tercero acepta la orden voluntariamente; de no hacerlo, no habría más remedio que recurrir a la autoridad judicial. Mención especial merece el caso en que un registro público reciba una orden de un tribunal arbitral de inscribir una medida acautelar sin intervención judicial; en este caso, somos de opinión que el Registro Público debe obedecer la orden del tribunal, desde luego que éste, como ya se dijo tiene *auctoritas*, y la administración pública debe obedecer; sin perjuicio de que si ese Registro desatiende la orden, entonces tendría que recurrirse a la autoridad judicial para que lo compela a atender dicha orden.

La ejecución de la medida cautelar decretada en sede arbitral plantea una cuestión de tipo práctico: ¿Quién pedirá el cumplimiento a la autoridad judicial: la parte interesada o el propio tribunal arbitral? Atendiendo a la forma en que se encuentra redactado el artículo 32 de la LMCA, nos parece que es la parte la que debe solicitar de una autoridad judicial el cumplimiento de la medida cautelar adoptada; encontrándonos, en estos momentos con un vacío, desde luego que en el Código de Procedimientos Civiles no hay una regulación especial para esta clase de resoluciones, de tal suerte que lo más probable es que el Juez pretenda aplicar los trámites de la ejecución de sentencias, para cuyos efectos, la parte debería presentarle: a) copia certificada

<sup>228</sup> Vid. R.J. CAIVANO, *Arbitraje*, pág. 235

<sup>229</sup> Así se desprende claramente del Art. 32 inc. final LMCA.

<sup>230</sup> Vid. C. ARANGÜENA FANEGO, *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, pág. 441.

del instrumento donde conste el convenio o la cláusula arbitral; y b) certificación extendida por el tribunal arbitral, de la certificación en la que haya adoptado la medida cautelar de que se trate.

Ahora bien, al entrar en vigencia el nuevo Pr.C.M., y asumiendo el mantenimiento de la redacción del artículo 32 LMCA, lo expresado en el párrafo precedente seguirá siendo atendible, excepto en lo que se refiere al trámite, puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 454 del nuevo código, acordada la medida cautelar y prestada la caución, se procederá de oficio a su inmediato cumplimiento, por los medios que fueren necesarios, aun los previstos para la ejecución de las sentencias, cuyas normas serán de aplicación supletoria. No obstante lo anterior, desde el aspecto práctico, debemos agregar, que si la caución ha sido presentada ante el tribunal arbitral, en la certificación que se deba presentar al Juez, debe incorporarse no solo la literalidad de la propia resolución, sino la de la propia caución, a fin de que el juez no paralice la inmediata ejecución de la medida.

Finalmente, debemos expresar que participamos del criterio de que el juez a quien se le ha solicitado la colaboración de cumplimiento de una medida cautelar dictada por el tribunal arbitral no tiene jurisdicción, por decirlo así, para hacer mérito de la resolución de los árbitros, no puede revisar su razonabilidad, extensión o alcance; y, por lo tanto, no le estaría permitido modificarla o limitarla<sup>231</sup>. Tampoco podría negarse a prestar esa colaboración solicitada ya que la disposiciones de la LMCA y del propio Pr.C.M son imperativas; desde luego dejando a salvo la facultad del Juez si llegara a considerar que la medida ordenada por el tribunal arbitral atente de manera ostensible contra una norma de orden público.

Para terminar este apartado, debemos mencionar el caso peruano, que en nuestra opinión está rompiendo paradigmas el arbitraje y ha dado un paso, que podría llamarse revolucionario en la doctrina arbitral, que como lo expresamos reiteradamente ha sostenido que los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial. Pues bien la nueva Ley de Arbitra de Perú, ha

---

<sup>231</sup> En este sentido, F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, pág. 374, quien dice que “el juez no puede intervenir para controlar la decisión de un tribunal arbitral en materia de medidas precautorias. En forma similar, el árbitro no puede revocar o modificar una medida precautoria ordenada por el juez salvo con la emisión del laudo final.” En sentido contrario, Eduardo Silva Romero, quien expresa que “parecería legítimo pedirle a un juez que modifique (amplíe o limite) una medida cautelar adoptada por un árbitro. El caso inverso, por el contrario, nos parecería, a primera vista ilegítimo”. Vid. E. SILVA ROMERO, *Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro*, Ponencia en II Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje, pág. 17.

reconocido expresamente la facultad de los árbitros para hacer ejecutar directamente las medidas cautelares que hayan adoptado; el artículo 48° del Decreto Legislativo No.1071 (publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008), Decreto Legislativo que norma el arbitraje, expresa y categóricamente, en su fracción 1, dice: “El Tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.” Así, pues, el legislador peruano se ha apartado de aquellos que piensan que un pragmatismo extremo sugeriría que las legislaciones le atribuyeran a los árbitros *imperium* y que ese pragmatismo conllevaría la destrucción del arbitraje, porque éste debe seguir siendo una alternativa con relación a la justicia estatal y no transformarse en su copia o reemplazo, sin olvidar que el arbitraje es una justicia consensual que debe respetar la existencia de los Estados y sus soberanías<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> E. SILVA ROMERO, *Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro*, Ponencia en II Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje, Pág. 17.



### CAPITULO III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Más allá del presente trabajo está entrar en la amplia discusión que la doctrina ha tenido sobre la conceptualización del arbitraje internacional, pero en nuestro medio ya se han hecho investigaciones sobre ese particular<sup>233</sup>. Por consiguiente, para el sólo efecto de contextualizar este capítulo, debemos afirmar que para nuestro legislador estaremos en presencia de un arbitraje internacional cuando los sujetos que han celebrado un convenio arbitral, al momento que lo celebren, tengan sus domicilios en estados diferentes; o si el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, están situados fuera del estado en el que las partes tienen su domicilio<sup>234</sup>. Esta clase de arbitraje –así como el llamado arbitraje extranjero- tiene una efímera y deficiente regulación en la Sección Tercera de la LMCA, debiendo destacar, para nuestros efectos, dos aspectos fundamentales: por un lado, que las disposiciones de esa Sección Tercera se aplicarán al arbitraje internacional (y extranjero), sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier tratado, convención o pacto, multilateral o bilateral respecto de los cuales se haya cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para su vigencia<sup>235</sup>; y, por otro, que en caso de conflicto entre Tratados, Pactos o Convenciones Internacionales y la LMCA, prevalecerán los primeros<sup>236</sup>.

La LMCA, reiteramos no contiene reglas sobre la adopción de medidas cautelares por los árbitros; pero el nuevo Pr.C.M <sup>237</sup>, siguiendo la LEC, señala que alguien que acredite ser parte en un proceso arbitral pendiente en otro Estado, diferente a El Salvador, podrá solicitar de un tribunal salvadoreño la adopción de medidas cautelares respecto de bienes situados o actos que se estén realizando en El Salvador, de conformidad con los tratados aplicables<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> Vid. H. SÁENZ MARINERO, *Reconocimiento y ejecución en El Salvador de laudos pronunciados en arbitrajes internacionales y extranjeros*, pág. 16-71.

<sup>234</sup> Vid. Art. 3. lit. h) LMCA.

<sup>235</sup> Vid. Art. 75 LMCA.

<sup>236</sup> Vid. Art. 76 LMCA.

<sup>237</sup> Vid. Art. 435 inc. 2º. El Art. 722 inc. 2o de la LEC española, dice: “Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrán solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles.”

<sup>238</sup> Debemos aclarar que la hipótesis legal no necesariamente alude a un arbitraje internacional, en los términos en que está conceptualizado en la LMCA, desde luego que puede tratarse de un arbitraje nacional de otro estado, pero que la parte requiere hacer adoptar una medida cautelar, para asegurar sus derechos en ese arbitraje; pero lo hemos mencionado aquí por la internacionalización, por decirlo así, de la participación de dos estados en la hipótesis.

Esta norma presenta algunos problemas que ya han sido advertidos en España<sup>239</sup>, por ejemplo, cuando se trata de un arbitraje pendiente en otro estado, con el cual no hay tratados que sean de aplicación, y entonces resulta incierta si dicha norma es aplicable. Ortiz Pradillo, en la obra citada, relata que en España la doctrina no es pacífica, y nos dice que a favor de la aplicación, no obstante la ausencia de tratados, se pronuncia Silvia Barona Vilar<sup>240</sup>, y en contra Sabater Martín<sup>241</sup>. De igual forma el Art. 435 inc. 2º Pr.C.M. requiere que el solicitante de la medida cautelar acredite ser parte de un proceso [ ] arbitral pendiente en otro estado, lo cual sería así desde el momento en que se haya presentado la demanda, o al menos desde que se haya presentado la solicitud de arbitraje si, éste fuere institucional, de donde sin duda no sería posible pedir una medida cautelar *ante causam*. Como quiera que sea, en el futuro presagiamos que, salvo una adecuada revisión de la LMCA y de la nueva ley procesal civil, habrá mucha discusión y disparidad de criterios, lo que puede dar al traste con el propósito de haber querido establecer normas de avanzada que ayudarán al desarrollo y evolución de la institución arbitral en El Salvador.

### ***3.1 Eficacia y ejecución de medidas cautelares en arbitraje internacional***

La LMCA establece que los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero, así como aquellos considerados como internacionales conforme a dicha ley, se ejecutarán en El Salvador, de conformidad con los Tratados, Pactos o Convenios que estén vigentes en la República o, en defecto de estos, por las normas legales comunes<sup>242</sup>; agregando que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional o extranjero se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los Tratados, Pactos o Convenciones vigentes

---

<sup>239</sup> Vid. J.C. ORTIZ PRADILLO, *Las Medidas cautelares en los procesos mercantiles*, págs. 76 y sig.

<sup>240</sup> El autor refiere a S. BARONA VILAR, “Reflexiones en torno a las medidas cautelares en arbitraje (un paso adelante con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)”, en *Libro homenaje al profesor Dr. Don Eduardo Font Serra*, Tomo I, p. 745.

<sup>241</sup> El autor refiere a A. SABATER MARTIN, “Arbitraje y medidas cautelares en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Comentarios sobre el proyecto de LEC*. XIII jornadas jurídicas, págs. 249-269.

<sup>242</sup> Vid. Art. 79 LMCA.

en la República; y de no existir alguno vigente, se aplicarán las reglas contenidas en el Art. 82 LMCA<sup>243</sup>.

Con tales antecedentes pareciera que no hay dificultad alguna en que las resoluciones emitidas por un tribunal arbitral en el extranjero, bien sea en un arbitraje internacional o extranjero, puedan ser reconocidas y ejecutadas en El Salvador; y que, por tanto, aquellas que contengan la adopción de una medida cautelar sea ejecutable en nuestro país. Pero, como veremos, la cuestión no es clara y ha generado debates doctrinales y jurisprudenciales<sup>244</sup>. En efecto, la LMCA habla de laudos y, en principio, para dicha ley, laudo es la resolución que el tribunal arbitral pronuncia para decidir el fondo de la cuestión sometida a su conocimiento y decisión.<sup>245</sup> Las demás resoluciones son “decisiones de los árbitros”, pero no laudos, en el sentido literal de nuestra ley. Por consiguiente, es muy probable que haya quienes con cierto grado de razonabilidad sostengan que la resolución que adopte una medida cautelar, emitida por un tribunal arbitral en el extranjero, no es ejecutable en El Salvador, amén que como un sector de la doctrina sostiene falta un ordenamiento jurídico internacional para ejecutar en el extranjero las medidas provisionales y de conservación de un tribunal arbitral, y los instrumentos pertinentes –la Convención de Nueva York y la de Panamá– no proporcionan ninguna solución segura a este problema.<sup>246</sup> El profesor Albert Jan Van den Berg –citado por Veeder– solo dice: “Es dudoso que un laudo de medidas provisionales pueda ejecutarse en virtud de la Convención de Nueva York.”

---

<sup>243</sup> El Salvador forma parte y ha ratificado: a) la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York en 1958 (ratificada en 1997); b) la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá en 1975 (ratificada en 1980); y c) Convenio Sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito en Washington, el 18 de marzo de 1965 (ratificado en 1984).

<sup>244</sup> Vid. V.V. VEEDER, “Medidas Provisionales y de Conservación, en La Ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York Experiencias y Perspectivas”, en Volumen de monografías presentadas en el “Día de la Convención de Nueva York”, 10 de junio de 1998, Naciones Unidas, Nueva York. Según VEEDER, “La sentencia arbitral es legalmente ejecutable por un tribunal estatal con referencia a su legislación nacional o como sentencia extranjera en virtud de la Convención de Nueva York. Estas sentencias son privilegiadas, pero desde hace mucho tiempo se han planteado dificultades para ejecutar el mandamiento de un árbitro sobre medidas provisionales, tanto en el extranjero como en el país.”

<sup>245</sup> Aunque la LMCA no define el laudo, su concepto se infiere de la definición de arbitraje contenida en el Art. 3 lit c.

<sup>246</sup> Vid. V.V. VEEDER. V.V., “Medidas Provisionales y de Conservación, en La Ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York Experiencias y Perspectivas”.

González de Cossío, tajantemente, sostiene que no son ejecutables bajo la Convención de Nueva York y de Panamá, entre otras “las decisiones sobre medidas provisionales que no son definitivas y que se contrastan de las decisiones que deciden irrevocablemente sobre algo.”<sup>247</sup> Y es que, en esta dirección, los que así opinan consideran que lo indicado en la letra e) del art. V.1 del Convenio de Nueva York, que establece como causa de denegación del reconocimiento y ejecución que la sentencia arbitral no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por la autoridad competente de país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia, es razón suficiente para ir en contra de la posibilidad de reconocer y ejecutar una resolución arbitral extranjera que acuerde una medida cautelar, puesto que esa obligatoriedad generalmente se ha entendido como la firmeza y ejecutoriedad de una sentencia definitiva, y es sabido que las medidas cautelares son provisionales, temporales y que están sometidas al principio *rebus sic stantibus*, en virtud del cual es posible su alteración, variación y aún su revocación, siempre que se altere el estado sustancial de los datos sobre los cuales se adoptó<sup>248</sup>.

Sin embargo, pensamos que, por otra parte, hay suficientes argumentaciones para sostener la viabilidad del reconocimiento y ejecución de una resolución que adopte una medida cautelar pronunciada por un tribunal arbitral extranjero. En primer lugar, existe el principio de *locus regis actum*, según el cual los actos se rigen por la ley del lugar donde se ha emitido, y si en el país donde se originó la medida cautelar arbitral, la resolución que la adopte tiene la calidad de laudo, en cualquiera de sus modalidades, sea por que la ley de ese país así lo permita o establezca o el reglamento de arbitraje al que se han sometido las partes así lo reconozca, no habría razón para negar el reconocimiento y ejecución de esa resolución en El Salvador. En España, por ejemplo, según la exposición de motivos, “la ley parte de la base que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas”; y en ese sentido, es que cuando concede a los árbitros la potestad de adoptar medidas cautelares, los deja en libertad para adoptar en su decisión, la forma de laudo o no, pero reconociendo en el fondo, de una manera

---

<sup>247</sup> Vid. F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, pág. 400.

<sup>248</sup> En el seno de los Grupos de Trabajo de la Comisión de la CDUDMI o UNCITRAL, se planteó este tema y se dijo que “dado que la Convención no define el término ‘laudo’, no está claro que la Convención se aplique también a los laudos provisionales. La opinión predominante confirmada también por la jurisprudencia de varios Estados, parece ser que la Convención no es aplicable a los laudos provisionales.” Vid. A/CN.9/WG.II/WP. 108, de 14 de enero de 2000, 32º Período de Sesiones, Viena 20 a 31 de marzo de 2000.

implícita la calidad de laudo de la resolución cautelar, desde luego que le será de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.<sup>249</sup> La nueva ley de arbitraje de Perú es, quizás, más tajante en este asunto: al dar una definición de medida cautelar, dice que ella puede estar contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo<sup>250</sup>; y fue más lejos aun, despejando la duda que ahora nos ocupa, al establecer que “toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional.”<sup>251</sup>

Así, pues, si la medida cautelar en el extranjero, se ha dictado como un laudo parcial, que resuelve de manera definitiva este asunto, se estima que podría acceder al *exequatur*, ya que se puede sostener que el art. V del Convenio de New York no niega la posibilidad de reconocer y ejecutar decisiones sobre medidas cautelares, de tal manera que resultaría admisible que un árbitro ordenase una medida cautelar y que un tribunal estatal la ejecutara.

Ahora bien, asumiendo por un momento, que es posible reconocer y ejecutar decisiones sobre medidas cautelares dictadas en el extranjero por un tribunal arbitral, si esa medida ha sido adoptada *inaudita parte*, esto es, sin audiencia a la parte contraria, cabe cuestionarse si es reconocible y ejecutable en El Salvador<sup>252</sup>. La solución no es fácil. Según la Convención de Nueva York, se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, entre otros casos, que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa<sup>253</sup>; regla que también la contiene la Convención de Panamá<sup>254</sup>. Y a falta de tratados o convenciones internacionales, la LMCA

---

<sup>249</sup> La fracción 2. del Art. 23 LA, dice: “A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.”

<sup>250</sup> Vid. Art. 47° No. 2.

<sup>251</sup> Vid. Art. 48 No. 4.

<sup>252</sup> En el ámbito doméstico ya nos hemos pronunciado anteriormente, en el sentido que los árbitros pueden adoptar medidas cautelares *ex parte* y que sería muy difícil que se consiguiera una anulación o amparo contra esa medida así adoptada, por la línea jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional, quien ha sostenido que para la adopción de una medida cautelar no es indispensable la audiencia consagrada en el artículo 11 de la Constitución, y porque el nuevo Pr.C.M. tiene precisamente esa concepción.

<sup>253</sup> Vid. Artículo V.1. c)

<sup>254</sup> Vid. Artículo 5. 1. b)

sigue la misma pauta, al establecer que se puede denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, entre otros casos, por que la parte contra la cual se invoca el laudo no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos<sup>255</sup>.

Con tal marco normativo internacional y nacional, el horizonte es incierto para que se produzca el *exequatur* de una medida cautelar *ex parte* adoptada por un tribunal arbitral en el extranjero; sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional deberá ser tomada en cuenta por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, que es a quien le corresponde concederlo, y hacer merito de ella para los efectos de determinar si esa medida *ex parte* puede o no ser reconocida y ejecutada en El Salvador.

### ***3.2 La Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial de la CNUDMI***

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>256</sup> es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas<sup>257</sup>; es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.<sup>258</sup> La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. La CNUDMI formula normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales. Sus actividades son principalmente las siguientes<sup>259</sup>:

- La elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial

---

<sup>255</sup> Vid. Art. 82 No. 1. c).

<sup>256</sup> Su nombre en inglés es *United Nations Commission on International Trade Law*, más conocida por sus siglas en ese idioma: UNCITRAL. En adelante la llamaremos nada “la Comisión”.

<sup>257</sup> Fue creado por medio de Resolución 2205 (XX) de la Asamblea General de la ONU, del 17 de diciembre de 1966.

<sup>258</sup> Su origen se remonta a la resolución 2102 (XX) de la Asamblea General de la ONU de 22 de diciembre de 1965, en la que se le pide al Secretario General que presente un Informe en el cual, entre otras cosas, figure la consideración de los Órganos de las Naciones Unidas y de otros organismos a los que podrían encomendarse funciones con miras a estimular la cooperación en la esfera del desarrollo del derecho del comercio internacional y a fomentar su unificación y armonización progresivas. El Informe, de alto interés jurídico, se puede ver en la página web de UNCITRAL.

<sup>259</sup> Ver [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

- La preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico
- La presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno
- La prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación
- La organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme.

La CNUDMI prepara textos legislativos internacionales para ayudar a los Estados a modernizar el derecho mercantil y textos no legislativos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales. Entre los textos legislativos se encuentra la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, más conocida como Ley Modelo UNCITRAL; y entre los textos no legislativos, se puede mencionar, de interés para este trabajo, Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglas de Uncitral para el arbitraje), Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y las Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral.

La Ley Modelo UNCITRAL fue aprobada por la Comisión el 21 de junio de 1985, al finalizar su 18º período de sesiones; y la Asamblea General al tener dicha Ley emitió una recomendación, en el sentido “que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del comercio internacional”<sup>260</sup>; y, posteriormente, después de las enmiendas introducidas el 7 de julio de 2006, también recomendó que “todos los Estados adopten una posición favorable a la incorporación al derecho interno de los artículos revisados de la Ley Modelo, o de la Ley Modelo revisada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuando aprueben o revisen sus leyes (...).”<sup>261</sup>

“La Ley Modelo –ha dicho la Secretaría de la Comisión- constituye un fundamento sólido para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja

<sup>260</sup> Resolución de la Asamblea General 40/72 del 11 de diciembre de 1985.

<sup>261</sup> Resolución de la Asamblea General 61/33 del 4 de diciembre de 2006.

un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.<sup>262</sup>

De los párrafos que anteceden es evidente que la Comisión “recomienda” no impone –por que de todos modos no puede hacerlo-, que se adopte una posición favorable a la incorporación al derecho interno de los artículos revisados de la Ley Modelo, o de la Ley Modelo revisada; lo que implica que como cuerpo normativo no es de aplicación obligatoria, es una pauta legislativa internacional que puede o no ser aceptada por los países, que pueden tomarla como base para la promulgación de sus leyes internas sobre la materia. Esta aclaración no sobra, puesto que lamentablemente se han dado confusiones al respecto por parte de tribunales judiciales, que han estimado implícitamente que cuerpos normativos internacionales, que son guías, o reglamento de centros de arbitraje internacionales, son de obligatorio cumplimiento<sup>263</sup>.

Pues bien, lo que nos interesa destacar es cuál ha sido el tratamiento de las medidas cautelares en el arbitraje que se ha hecho en el marco de la Ley Modelo y las discusiones de las Mesas de Trabajo en el seno de la Comisión. En su versión original, el artículo 17. *Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares*, de la Ley Modelo, decía: “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 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.” Esta disposición fue sustituida por la Comisión, aprobando el Capítulo IV A, relativo a las medidas cautelares y las órdenes preliminares, y en la sección I se trató lo de las medidas cautelares, dando una definición de las mismas, y estableciendo las condiciones en que podrán otorgarse, haciendo una referencia implícita a los presupuestos doctrinales para su adopción: *fomus boni iuris* y *periculum in mora*; y se introdujo un régimen de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares,

---

<sup>262</sup> Vid. “Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006”, pág. 25. [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>263</sup> La Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, al conocer de un recurso de nulidad de laudo, después de una relación sobre participación de nuestro país en la Comisión, termina insinuando que esta clase de pautas internacionales son de obligatorio cumplimiento. (Ref. 2-RNLA-07).

siguiendo la pautas de las regulaciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos, que tienen los artículos 35 y 36 de la misma Ley Modelo<sup>264</sup>.

Debe destacarse de la nueva regulación que, al introducir las condiciones para que se pueda acceder a una medida cautelar, se diga que el solicitante deberá convencer al tribunal de que de no otorgarse la medida es posible que produzca un daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización y de que existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del asunto prospere; lo que se debe interpretar, por supuesto, es que el solicitante proporcione al tribunal suficientes elementos de juicio y evidencias de esas circunstancias, para lograr entonces su convencimiento. Pero que ello será así “en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.”<sup>265</sup>

Por otra parte, en la sección 2 del capítulo IV A, se introdujo el instituto de la “orden preliminar”, mediante la cual puede mantenerse el *status quo* en espera de que el tribunal arbitral dicte una medida cautelar, con arreglo a la cual se aprobará o modificará dicha orden. Una orden preliminar tiene una validez de veinte días como máximo y, aun cuando es vinculante para las partes, no es de por sí objeto de ejecución judicial ni constituye un laudo. La expresión “orden preliminar” se utiliza para subrayar su alcance limitado.<sup>266</sup> Esta orden preliminar se da como resultado de que en el seno de la Comisión, siempre se ha terminado considerando que no es posible la emisión inmediata de una medida cautelar *ex parte*, sin violar el derecho de audiencia y de defensa de la otra parte y sin infringir el principio de bilateralidad y contradicción del proceso arbitral.

Finalmente, la Ley Modelo se ocupa del reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, en la Sección 4 del Capítulo IV A, diciendo que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I<sup>267</sup>; norma esta última que regula los motivos para denegar el reconocimiento de ejecución de una medida cautelar.

---

<sup>264</sup> Vid. CAPÍTULO IV A. MEDIDAS CAUTELARES Y ÓRDENES PRELIMINARES, de la Ley Modelo, versión 2006.

<sup>265</sup> Vid. Artículo 17. A.

<sup>266</sup> Vid. “Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985”, pág.34.

<sup>267</sup> Vid. Art. 17 H.

### ***3.3 Las reglas internacionales de arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje***

La AAA fue fundada en 1926, con el propósito de estudiar, promover y llevar adelante procedimientos tendientes a la resolución de toda clase de controversias mediante arbitraje y otras técnicas privadas de solución de disputas. El Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD)<sup>268</sup> es la división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y tiene encomendada, en exclusiva, la administración de la totalidad de los asuntos internacionales de la AAA; y administra su Reglamento de Arbitraje Internacional. El sistema internacional del CIRD se fundamenta en su capacidad para hacer que el proceso arbitral progrese de manera eficiente, facilitar las comunicaciones, asegurar el nombramiento de árbitros y mediadores adecuados, controlar gastos, comprender singularidades culturales, resolver obstáculos procesales e interpretar y aplicar correctamente sus Reglamentos Internacionales de Mediación y Arbitraje. Además de realizar arbitrajes celebrados de conformidad a su propio reglamento, la AAA realiza arbitrajes de la CIAC y presta sus servicios, cuando así se lo solicita, en arbitrajes celebrados de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

El Reglamento de Arbitraje Internacional del CIRD de la AAA, tiene una versión modificada y en vigor desde el 1 de junio de 2009<sup>269</sup>. En dicho reglamento, se trata el tema que nos ocupa bajo la denominación de “Medidas Provisionales de Protección”, estableciendo el artículo 21 que (1) a solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal podrá adoptar cualesquiera medidas provisionales que considere necesarias, incluyendo ordenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de los bienes, (2) esas medidas provisionales podrán revestir la forma de laudo provisional. Además el tribunal podrá requerir una garantía para asegurar el pago de los costes ocasionados por esas medidas; (3) la solicitud de medidas provisionales dirigida por una parte a una autoridad judicial no se considera incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia al derecho a acudir al arbitraje.

Como se podrá observar, conforme a las reglas del CIRD de la AAA, el tribunal arbitral tiene competencia para adoptar medidas cautelares, y no hay un catálogo de las mismas, sino que hay un amplio margen: podrá decretar aquellas medidas que “considere necesarias”, desde luego bajo los límites que la naturaleza de la medidas implica, es decir, sin que haya un prejuzgamiento

---

<sup>268</sup> Su nombre en inglés es *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR).

<sup>269</sup> Utilizamos la versión en español que aparece en [www.adr.org](http://www.adr.org).

sobre el asunto, o que impliquen un cumplimiento anticipado de lo que podría resolverse, conforme a las peticiones contenidas en la demanda. Por otra parte, la resolución por medio del cual adopte esas medidas el tribunal, podrá tener la forma de un laudo, con la característica de ser un laudo provisional, atento a lo que establece el artículo 27 del Reglamento del CIRD, según el cual además de dictar un laudo definitivo, el tribunal puede dictar laudos u órdenes provisionales, interlocutorios o parciales.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe expresar que, conforme al Reglamento de Arbitraje del CIRD, se pueden dar medidas cautelares *ante causam*, o sea, antes de que el tribunal arbitral se haya constituido<sup>270</sup>. En ese sentido, cuando una petición se haya presentado, el administrador (el CIRD) deberá nombrar a un árbitro único de urgencia entre un panel especial de árbitros de urgencia designados para decidir solicitudes de medidas urgentes, y quien para decretarlas, si fuere el caso, deberá otorgar una oportunidad razonable a las partes para ser oídas, lo que desde ya, es de afirmar, proscribire la posibilidad de otorgar medidas cautelares *ex parte*. Y el árbitro de urgencia tendrá la facultad de ordenar u otorgar cualquier medida provisional o cautelar que considere necesaria, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad. Su resolución podrá adoptar la forma de laudo provisional o de una orden. Debe advertirse, que ese arbitro de urgencia, termina sus funciones cuando haya finalizado el trámite de la petición de la medida cautelar y no tendrá facultad para actuar después de la constitución del tribunal arbitral, quien por cierto –el tribunal arbitral–, podrá reconsiderar, modificar o anular el laudo provisional u orden de medida de urgencia dictado por el árbitro de urgencia<sup>271</sup>.

Es ilustrativo expresar que en la versión de las Reglas de Arbitraje Internacional que habían sido aprobadas por la AAA, en 1997, no aparecía la posibilidad de la designación de un árbitro de urgencia, para adoptar medidas cautelares antes de que el tribunal hubiese sido constituido.

---

<sup>270</sup> El No. 2 del Art. 37 dice que la parte que requiera una medida urgente previa a la constitución del tribunal notificará al administrador y a las demás partes, por escrito, sobre la naturaleza de la medida solicitada y las razones por las que esa medida es requerida con carácter de urgencia.

<sup>271</sup> La regulación de las medidas cautelares *ante causam*, las regula el artículo 37 del Reglamento, bajo el acápite “Medidas Urgentes de Protección”.

### ***3.4 El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional***

La Cámara de Comercio Internacional (CCI)<sup>272</sup>, fue creada en 1919, como una entidad privada, no lucrativa, bajo el amparo de la ley francesa de 1901, que regía las asociaciones no lucrativas. Entre sus objetivos se encontraba el de contribuir a la reconciliación y la paz mediante el fomento del comercio internacional. El aspecto del arbitraje comercial ha sido uno de los más importantes en el seno de la CCI. En su organización arbitral, por así decirlo, cuenta con la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (la Corte) creada en 1923. Esta Corte no es un tribunal en el sentido tradicional de la palabra. Su misión es la de asegurar la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CCI.<sup>273</sup> La Corte no resuelve por sí misma las controversias sometidas a arbitraje<sup>274</sup>; quien resuelve esas controversias es el tribunal arbitral, pero supervisa el procedimiento. En realidad la Corte es el Centro de Arbitraje adscrito a la CCI.<sup>275</sup> La Corte nombrará los árbitros o confirmará aquellos designados por las partes, se pronunciará sobre la admisibilidad o no de la demanda de recusación de los árbitros, examinará y aprobará los laudos arbitrales (la forma no el fondo) y fija los honorarios de los árbitros, entre otras facultades<sup>276</sup>. Esa Corte tiene el apoyo de una Secretaría, con sede en París.

En lo que atañe a nuestro trabajo, debe expresarse que el Reglamento de Arbitraje de la CCI, está vigente a partir del 1º de enero de 1998, conocido en la práctica como el “Nuevo Reglamento”. Y en este nuevo reglamento uno de los cambios sustanciales fue el de reconocer de manera expresa la facultad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. “Aunque por mucho tiempo se ha considerado que los árbitros de la CCI tienen la potestad para ordenar medidas provisionales y cautelares, el Reglamento anterior no lo proveía explícitamente y esto constituía una fuente de incertidumbre. Ahora en el

---

<sup>272</sup> Su nombre en inglés es *International Chamber of Commerce* (ICC)

<sup>273</sup> El primer Reglamento de Arbitraje de la CCI se publicó en 1922; posteriormente se han venido dando nuevos reglamentos o modificaciones en 1927, 1931, 1933, 1939, 1947, 1955, 1975 y 1988.

<sup>274</sup> Vid. Art. 1 No. 2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

<sup>275</sup> El Art. 1º del Reglamento de Arbitraje de la CCI, en lo pertinente, dice: “La Corte Internacional de Arbitraje (la “Corte”) de la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”) es el centro de arbitraje adscrito a la CCI.”

<sup>276</sup> ICC Publicaciones 810-1.

nuevo Reglamento ha quedado claramente definido que los árbitros tienen esa potestad (art. 23).”<sup>277</sup>

El art. 23 del Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que “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.”

Siguiendo muy de cerca a Derains y Schwartz<sup>278</sup>, debe destacarse que el Reglamento en la norma en comento no define qué es una medida cautelar o provisional, lo cual permite al Tribunal Arbitral interpretar esas palabras tan ampliamente como pueda ser apropiado en cada caso. Otra cuestión que se destaca de la regulación de la CCI, es que deja en libertad a los árbitros en cuanto a la forma de la resolución por medio de la cual se adoptan las medidas cautelares o provisionales: “Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante auto motivado o laudo, según el Tribunal Arbitral lo estime conveniente”. Los autores citados al comentar esta parte del artículo 23 (1), insinúan que los árbitros para escoger una u otra forma los árbitros deberán tomar en cuenta la naturaleza de la medida y las leyes del lugar del arbitraje o del país donde se ejecutará, ya que en algunas jurisdicciones es posible que una orden provisional de árbitro, aun cuando se plantee que es un laudo, no sea ejecutable como tal, lo que limita su eficacia.

Ahora bien, como a los árbitros les nace su potestad resolutoria de adoptar medidas cautelares, a partir del momento en que se le haya hecho entrega del expediente por parte de la Secretaría de la Corte, ¿qué pasa antes de ese momento: se podrá solicitar una medida cautelar o provisional? “El art. 23 (2) aborda los dos casos en los que una parte puede procurar la asistencia de una corte (tribunal) a fin de obtener una medida cautelar o provisional. El primero [ ] es cuando el expediente todavía no ha sido remitido al Tribunal Arbitral. El segundo es en los casos en que el Tribunal Arbitral ya está en posesión del expediente, pero las circunstancias hace que lo ‘apropiado’ sea

<sup>277</sup> Vid. Y.DERAINS – E.A. SCHWARTZ, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Guía de Arbitraje comercial internacional*, pág. 14.

<sup>278</sup> Vid. Y. DERAIS, - E.A. SCHWARTZ, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Guía de Arbitraje comercial internacional*, págs. 336-338.

recurrir al tribunal estatal.”<sup>279</sup> En todo caso, de conformidad con la disposición de referencia, 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 el acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del Tribunal Arbitral al respecto.

Por lo demás, la CCI, con vigencia a partir del 1° de enero de 1990, de una forma independiente al Reglamento de Arbitraje, emitió el “Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral”, con el fin de “permitir a las partes que así lo hayan convenido, recurrir rápidamente a una persona (llamado el Tercero) facultada para ordenar medidas tendentes a resolver un problema urgente, incluyendo mantener o conservar pruebas. Las medidas precautorias ordenadas, por tanto, podrán proveer una solución provisional de la disputa y podrá sentar las bases para su solución definitiva ya sea mediante acuerdo o de alguna otra forma. La utilización del procedimiento precautorio prearbitral no sustituye la jurisdicción arbitral o estatal competente para decidir sobre el fondo de cualquier desavenencia subyacente”<sup>280</sup>.

### ***3.5 El reglamento de arbitraje del CIADI***

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), se crea mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio de Washington o Convención del CIADI).<sup>281</sup> Uno de los beneficios laudables del Convenio de Washington se traduce en proporcionar dos medios de solución de controversias: la conciliación y el arbitraje. El CIADI goza de personalidad jurídica internacional<sup>282</sup> Su sede se encuentra en Washington D.C. (Estados Unidos). El Centro tiene por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de dicho Convenio<sup>283</sup>.

La jurisdicción del CIADI se encuentra delimitada de los artículos 25 al 27 del Convenio, pero debe advertirse que el término “jurisdicción” que ocupa

<sup>279</sup> Vid. Y. DERAIS, - E.A. SCHWARTZ, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Guía de Arbitraje comercial internacional*, págs. 339.

<sup>280</sup> Vid. Introducción del Reglamento.

<sup>281</sup> El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por veinte países. El Salvador depositó su ratificación el 6 de marzo de 1984.

<sup>282</sup> Vid. Art. 18 del Convenio.

<sup>283</sup> Vid. Art. 1 (2) del Convenio.

esa disposición se usa como una expresión adecuada para indicar los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del Convenio y se facilitarán los servicios del Centro para los procedimientos de conciliación y arbitraje<sup>284</sup>. El CIADI no es conciliador ni árbitro de las controversias; únicamente administra los procedimientos, de ahí que el art. 3º del Convenio haya establecido que el Centro estará compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado y mantendrá una lista de conciliadores y una lista de árbitros.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 44 de la Convención del CIADI, se deja a las partes una gran libertad para acordar las normas procesales aplicables a la tramitación de su procedimiento. Solo en caso de que no exista tal acuerdo, serán aplicables las Reglas de Arbitraje del Centro vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento para acudir a este mecanismo. El arbitraje del CIADI es exclusivo y queda totalmente aislado de cualquier intervención de las jurisdicciones nacionales.

Pero el aspecto importante que nos interesa evidenciar sobre el procedimiento arbitral, lo constituye la posibilidad de dictar medidas cautelares. De conformidad con el Art. 47 del Convenio, salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para guardar los respectivos derechos de las partes. Esa norma del artículo 47, se encuentra desarrollada por el artículo 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI<sup>285</sup>. De ambas normas se infiere que las particularidades que presenta el proceso cautelar en las Reglas mencionadas son:

- a) La solicitud de una parte se puede presentar en cualquier estado del procedimiento, debidamente razonada, identificando los derechos que se pretenden salvaguardar, las medidas que se piden y las circunstancias que las justifican;

---

<sup>284</sup> El Art. 25 (1) del Convenio dice: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes han consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”

<sup>285</sup> Vid. S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, *El Sistema Arbitral del CIADI*, pág. 167. Esta autora dice: “De esta manera tan escueta y lacónica, tónica convencional general,, el artículo 47 del Convenio de Washington viene a pronunciarse sobre las medidas provisionales. Brevidad que viene a ser de algún modo remediada y paliada por el artículo 39 de las Reglas de Arbitraje, el cual viene a especificar y ofrecer mayores detalles sobre la adopción de aquéllas.”

- b) El Tribunal Arbitral puede adoptar medidas cautelares de oficio, y recomendar medidas diferentes solicitadas por la parte;
- c) No es posible el otorgamiento de medidas cautelar *inaudita parte*;
- d) Nada impide que las partes puedan, siempre que lo hayan estipulado en el Convenio que registre su consentimiento, solicitar de cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses;
- e) Los tipos de medidas cautelares o provisionales que se pueden adoptar no están expresamente contempladas ni acotadas en el texto convencional. De esta forma, existe una total libertad del tribunal para dictar aquellas que estime pertinentes.

### **3.6 El Reglamento del CIAC**

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, conocida bajo la sigla CIAC ó IACAC, institución de carácter privado, nace en 1934 como respuesta a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación, para solucionar de manera especializada y eficaz, las controversias comerciales que se susciten dentro de la comunidad empresarial internacional. Actualmente hacen parte de la Comisión interamericana de Arbitraje Comercial: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Honduras, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Entre sus objetivos se encuentra el de establecer y mantener un sistema de métodos alternativos de resolución de disputas de carácter comercial mediante la utilización del arbitraje y la conciliación o cualquier otro que resultara propio para tal fin. Y para el debido cumplimiento de sus fines, entre otras cosas, podrá actuar como órgano administrador en arbitrajes y conciliaciones de naturaleza comercial, designar árbitros y conciliadores, cuando las partes así lo hayan pactado o lo convengan con posterioridad al surgimiento de sus diferencias<sup>286</sup>.

Ahora bien, la CIAC tiene el Reglamento de Procedimientos, modificado y vigente a partir del 1 de abril de 2002; y éste, en cuanto se refiere a las medidas cautelares, bajo la denominación de “Medidas provisionales de protección” establece que (1) a petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto del litigio, inclusive medidas

---

<sup>286</sup> Vid. Art. 4 lit h) de los Estatutos de la CIAC.

destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio tales como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos; (2) dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El Tribunal podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas; y (3) la solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el convenio de arbitraje, ni como renuncia a ese convenio<sup>287</sup>.

---

<sup>287</sup> Vid. Artículo 23 del Reglamento de Procedimientos de la CIAC



## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Después de todas las consideraciones expuestas a lo largo de este trabajo, nos permitimos formular las siguientes conclusiones:

1. Las medidas cautelares, como expresión de la función jurisdiccional, forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, en tanto garantizan no solo la eventual efectividad de una sentencia estimatoria, sino porque contribuye a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que asegura que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejantes al que existía cuando recurrió a los jueces.

2. Las medidas cautelares son un instrumento indispensable para aquel que colocado ante el incumplimiento de su contraparte, observa que ésta despliega conductas que harían ilusorias las acciones que pudieran ejercerse en su contra, y que aseguran, por tanto, que los derechos de una de las partes no se tornen ineficaces cuando más adelante ese interesado tenga la satisfacción de un fallo que le favorezca.

3. Tales medidas vienen caracterizadas por ser instrumentales, provisionales, variables, proporcionales y urgentes; y para su adopción no solo se requiere la petición de parte, sino la constatación razonable de una presunción grave del derecho que se reclama, *fomus boni iuris*, y la necesidad imperiosa de que la medida sea dictada para evitar que quede ilusoria la ejecución del fallo, *periculum in mora*.

4. En el estado actual de las cosas, en El Salvador, la adopción de medidas cautelares, generalmente, se hace sin necesidad de oír a la parte contraria, lo cual, en cierto modo, ha sido homologado por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la CSJ; pero ya en el nuevo Pr.C.M., categóricamente se establece que dichas medidas se adoptarán sin audiencia de la contraparte, en el Art. 453.

5. En el estado actual de las cosas, es decir, bajo la sola vigencia del Pr. y del Com., los jueces únicamente pueden adoptar aquellas medidas que están expresamente recogidas en las normativas legales, sin que les quepa la facultad de hacer consideraciones apropiadas sobre las cuales puedan construir una nueva modalidad que se adapte a la necesidad de asegurar la efectividad de una posible sentencia estimatoria, salvo casos especiales como en materia de familia, infracciones de derechos derivados de un registro, en cuanto a marcas y distintivos comerciales, en materia de competencia y de medio ambiente, en que el legislador ha dado alguna amplitud al juzgador.

6. En El Salvador, los árbitros tienen potestad suficiente para adoptar medidas cautelares, para cuyos efectos, en ausencia de regulaciones especiales en la ley de la materia, deben aplicar los conceptos teóricos jurídicos que han quedado expuestos para su adopción.

7. Los árbitros, para la adopción de las medidas cautelares, deben regirse por lo establecido por las partes en el convenio arbitral o dentro del procedimiento arbitral; y, en su defecto, serán los árbitros, sin necesidad de recurrir a la legislación procesal común, quienes deberán establecer las reglas del proceso cautelar, por decirlo así; sin perjuicio de que cuando se trate de arbitraje institucional, entonces serán las reglas del respectivo centro de arbitraje las que deberán aplicarse.

8. Cuando la medida cautelar, con ocasión de un proceso arbitral, se pida directamente ante la autoridad judicial competente, no cabe duda alguna que ella se va a sustanciar *ex parte*, o sea, sin audiencia a la parte contraria, por permitirlo así, y casi ordenarlo, el Art. 453 Pr.C.M. En igual sentido, a menos que las partes o las normas jurídicas aplicables lo prohíban, el árbitro podría estar en capacidad de ordenar una medida cautelar sin audiencia de la parte contra la cual se pide dicha medida si la urgencia, la eficacia de la misma medida y las circunstancias del caso así lo justifican; aun cuando en la práctica, por cierto muy escasa, lo que más se da es que los árbitros siempre confrontan la opinión de la parte contra la cual la medida se ha solicitado.

9. En materia arbitral, los árbitros pueden adoptar aquellas medidas que, teniendo las características de cautelares, se vislumbren como adecuadas para asegurar la efectividad y el cumplimiento del eventual laudo estimatorio.

10. Cuando del juicio arbitral se trata, el régimen de impugnación de una medida cautelar es diferente al tratamiento de este asunto en la ley procesal común. En efecto, bajo esta última, la resolución que la adopte es impugnable; en cambio, de conformidad con el artículo 66 LMCA, la resolución que pronuncie el tribunal arbitral adoptando o no una medida cautelar no es recurrible.

11. Los árbitros carecen de *imperium*. Por consiguiente, cuando un tribunal arbitral adopte una medida cautelar, ante la resistencia de la parte, tendrá que recurrirse a la autoridad judicial competente para su efectiva ejecución; dicho de otro modo, cuando la mera *auctoritas* de la que están investidos los árbitros y los eventuales mecanismos de que hubieran podido disponer para hacer cumplir sus decisiones hayan fallado, el recurso a la jurisdicción se muestra como uno de los supuestos de auxilio judicial al arbitraje.

12. En el plano internacional, reconociendo que existe un fuerte sector de la doctrina en contrario, pensamos que hay suficientes argumentaciones para sostener la viabilidad del reconocimiento y ejecución de una resolución que adopte una medida cautelar pronunciada por un tribunal arbitral extranjero.

13. Las regulaciones de la Ley Modelo de la CNUDMI, CIRD de la AAA, de la CCI, del CIADI y de la CIAC, así como de otros prestigiosos centros de arbitraje internacional, ofrecen un amplio panorama doctrinal que debe ser tomado en cuenta en nuestro país para mejorar nuestra legislación.

Ahora bien, como hemos expresado que, en nuestra opinión, la Ley de Medición, Conciliación y Arbitraje y el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, respecto de la materia de nuestro estudio, presenta algunas deficiencias, es nuestra recomendación que, con el objeto de dejar claramente sentada la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares, se introduzcan las siguientes reformas:

En cuanto a la LMCA:

Se debe introducir un artículo, con el número 51-A., con el siguiente texto:

**“Medidas cautelares**

Los árbitros podrán, a solicitud de parte, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias, respecto del objeto del litigio, para asegurar la efectividad y el cumplimiento de un eventual laudo estimatorio.

Las medidas cautelares sólo podrá concederlas el tribunal arbitral, si el solicitante justifica la buena apariencia de su derecho y el peligro a causa de la demora en el proceso.

Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

Para la ejecución de las medidas cautelares acordadas por los árbitros, se estará a lo dispuesto en el artículo 454 del Código Procesal Civil y Mercantil.”

En cuanto al C.Pr.C.M.:

Se debe adicionar un inciso al Art. 434, con el siguiente texto:

“Cuando se trate de medidas cautelares acordadas antes del inicio de un proceso arbitral, dichas medidas caducarán de pleno derecho si no se presenta la solicitud o demanda de arbitraje ante el Centro de Arbitraje respectivo, si se tratará de arbitraje institucional, o el requerimiento de una parte a la otra para la designación de árbitros, si se tratare de arbitraje ad-hoc, dentro del mes siguiente a su adopción, siendo aplicable lo dispuesto en el inciso anterior en cuanto a los tratados internacionales y a la condena al pago de gastos, daños y perjuicios.”

Se debe reformar el inciso primero del Art. 435, en los siguientes términos:

“Sin perjuicio de la plena facultad de los árbitros de adoptar las medidas cautelares que ante ellos se soliciten, el que manifieste su intención de iniciar un proceso arbitral o que acredite ser parte en un proceso arbitral ya iniciado, podrá solicitar del juez la adopción de las medidas cautelares pertinentes.”

## SIGLAS Y ABREVIACIONES UTILIZADAS

AAA	Asociación Americana de Arbitraje
AP	Audiencia Provincial
AAP	Audiencia Provincial
Com.	Código de Comercio
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del derecho mercantil internacional
Pr.	Código de Procedimientos Civiles
Pr.C.M	Código Procesal Civil y Mercantil
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de España
LMCA	Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje
DR-CAFTA	Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centro América y República Dominicana
CAMARASAL	Cámara de Comercio e Industria de El Salvador
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
ONU	Organización de las Naciones Unidas
CIRD	Centro Internacional para la Resolución de Disputas
ICDR	<i>International Center for Dispute Resolution</i>
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial



## BIBLIOGRAFÍA

ALLORIO, ENRICO, “Por una noción del proceso cautelar”, en *Revista de Derecho Procesal*, Italia 1936.

ARANGÜENA FANEGO, CORAL, *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, Vicente Guilarte Gutiérrez, Director, Ed. Lex Nova, 1ª Ed., Valladolid 2004.

BARONA VILAR, SILVIA, “Comentario al artículo 23”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Silvia Barona Vilar, coordinadora, Madrid, Civitas 2004.

\_\_\_\_\_, “Reflexiones en torno a las medidas cautelares en arbitraje (un paso adelante con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)”, en *Libro homenaje al profesor Dr. Don Eduardo Font Serra*, Tomo I, ed. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.

\_\_\_\_\_, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Aranzadi, España 2006.

BETCHAKJIAN, SERGIO D.-CAPUANO TOMEY, CAROLA y otros, *Medidas cautelares*, Edit. Astrea, Argentina 2007.

BERNAL SILVA, MAURO, Exposición sobre “El Arbitraje en la Legislación Mercantil Salvadoreña”, en publicación de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, No. 220/87, del 4 de diciembre de 1987.

CAIVANO, ROQUE J., *Arbitraje*, 2ª. Ed., Villela Editor, Buenos Aires 2000

CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código*, Vol. I, Buenos Aires 1986, trad. Sentis Melendo.

\_\_\_\_\_, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Marino Araya, Buenos Aires 1996.

CALDERON CUADRADO, M.P.: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Civitas 1992.

CASCO PAGANO, HERNÁN, *Código Procesal Civil anotado y concordado*, 4ª ed., Asunción, La Ley 2000.

COUTURE, EDUARDO J., *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1976.

\_\_\_\_\_, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1997.

CROSKEY, SEBASTIÁN IRÚN, *Medidas cautelares*, Ponencia presentada en el Encuentro XX Panamericano de Derecho Procesal, Santiago de Chile 2007.

CHIOVENDA, G. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Edit. Revista de derecho privado, Madrid 1940.

\_\_\_\_\_, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Reus, Madrid, traducción de José Casais y Santolo, v. I.

DE LAZZARI, EDUARDO NESTOR, *Medidas Cautelares*, Librería Editora Platense, Argentina 2002.

DERAINS, YVES- SCHWARTZ, ERIC A., *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Guía de Arbitraje comercial internacional*, 1ª edición, OXFORD, México 2001.

FERNANDEZ BALLESTEROS, MIGUEL ÁNGEL, “Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares”, en *Comentarios a la Nueva ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, GONZALEZ SORIA, JULIO y otros, Aranzadi, Navarra 2004.

FERNANDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, “Arbitraje y Justicia Cautelar”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII 2007.

\_\_\_\_\_, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, 1ª. Ed. Iustel, Madrid 2008.

GALLARDO MIRAVAL, JUVENAL, *Cautela y contracautela en el proceso civil*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima 2000.

GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, Director, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003*, Editorial Bosch, 1ª ed., España 2004

GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 2ª ed. 1995.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid 1996

GASCON INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares del proceso civil extranjero*, Granada, Comarez 1998.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, D.F. 2004.

HÉRNANDEZ VILLAREAL, GABRIEL, “*Medidas Cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?*”, en *Estud. Socio-Jurid.*, Bogotá (Colombia), 9(1): 183-204, enero-junio de 2007

LAPIEDRA ALCAMI, ROSA, *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Universidad de Valencia, España 2003.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO, “Unidad del Procedimiento Cautelar”, en *Revista de Derecho Procesal*, Italia 1954.

MANCIA MANZÓN, PABLO JOSÉ –AMAYA VELASCO. HÉCTOR RAFAEL, *Fundamentos jurídicos y prácticos para el desarrollo del arbitraje comercial internacional en El Salvador*, De Legibus, UCA, El Salvador 2007.

MANTILLA SERRANO, FERNANDO, *Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional*, Iustel, 1ª Edición, Madrid 2005.

MARTÍNEZ BOTOS, RAÚL; *Medidas cautelares*, 2ª Ed., Depalma, Buenos Aires 1987.

\_\_\_\_\_, *Medidas Cautelares*, Editorial Universidad, 4ª Edición, Buenos Aires, 1999.

MERINO MERCHAN, JOSÉ F.- CHILLÓN MEDINA, JOSÉ MA., *Tratado de derecho Arbitral*, Ed. Aranzadi 2006.

MONROY GÁLVEZ, JUAN, *Introducción al Estudio de la Medida Cautelar*, Librería Studium, Lima 1987.

MORENO MENDOZA, JESÚS, “Las Medidas cautelares y su aplicación en los procesos arbitrales”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, del 29 de marzo de 2007.

ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS, *Las Medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Ed. Iuste, 1ª Ed. 2006.

PODETTI, RAMIRO, *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral*, Tomo IV, Tratado de las Medidas Cautelares, Ediar S.A. Editores, Buenos Aires 1956.

RAMOS ROMEU, FRANCISCO, *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico*, Atelier 2006.

REDFERN, ALAN- HUNTER, MARTIN y otros, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª. Ed., Thomsom Aranzadi, Navarra. 2006.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, SONIA, *El sistema arbitral del CIADI*, Editorial Porrúa, México 2006.

ROCCO, HUGO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Vol. V. \_\_\_\_\_, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo V, Edit. Depalma, Bs.As. 1977.

SABATER MARTIN, A. “Arbitraje y medidas cautelares en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Comentarios sobre el proyecto de LEC*. XIII jornadas jurídicas. Facultad de Derecho y Economía. Universidad de Lleida, ed. Marcial Pons, Barcelona 1999.

SÁENZ MARINERO, HUMBERTO, *Reconocimiento y ejecución en El Salvador de laudos pronunciados en arbitrajes internacionales y extranjeros*, Universidad Autónoma de Barcelona-Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador 2009.

SALCEDO VERDUGA, ERNESTO, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, Biblioteca de Autores, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador 2006.

SATTA, SALVATORE, *Derecho Procesal Civil*, Edit. CEDAM, 7ª Ed., Padua, Italia 1967.

SEGOVIA, LUIS NELSON, Exposición sobre “El Arbitraje Comercial en El Salvador”, en publicación de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, No. 220/87, del 4 de diciembre de 1987.

SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, “Teoría General de las Medidas Cautelares”, en *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, con RAMOS MÉNDEZ, Francisco, Barcelona 1974.

SILVA ROMERO, EDUARDO, *Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro*, Ponencia en II Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje –El Arbitraje y la Jurisdicción, Madrid, 17-19 de junio de 2007.

TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA, JOSÉ MARÍA, *Los procesos Civiles. Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia*, Tomo 5, bajo la dirección de J.Garberi Lobregat, Bosch, España 2001.

VALLS GOMBAU, J.F, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Coords:M.A. FERNÁNDEZ –BALLESTEROS y otros), ed. Iurgium, Barcelona 2000.

VECINA CIFUENTES, JAVIER, ““La Potestad cautelar: contenido y límites””, en *Estudios Jurídicos*, CEJ, España 2004.

VEEDER. V.V., *Medidas Provisionales y de Conservación*, en *La Ejecución de las Sentencias Arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York Experiencias y Perspectivas*. Volumen de monografías presentadas en el “Día de la Convención de Nueva York”, 10 de junio de 1998, Naciones Unidas, Nueva York 1999.



## ÍNDICE DE LOS AUTORES CITADOS

Allorio: 10	Redfern: 50,62
Arangüena Fanego: 50, 62, 68,75	Rodríguez Jiménez: 93
Barona Vilar:	
9,10,14,15,16,19,22,34,62,65,66,6	
7,68,70,75,80	
Betchakjian: 14	
Bernal Silva: 46	
Caivano: 46, 47,75	
Calamandrei: 6, 9, 15, 18, 24,26	
Calderón Cuadrado: 22	
Casco Pagano: 23	
Couture: 2, 4,9	
Croskey: 9	
Chiovenda: 4,26	
De Lazzari: 14,25	
Derains: 90,91	
Fernández Ballesteros: 53	
Fernández Rozas: 50,52, 66	
Gallardo Miraval: 3	
Garberí Llobregat: 62, 75	
García De Enterría: 25	
Garcimartín Alférez: 54	
Gascón Inchausti: 18	
González De Cossío: 9, 76,82	
Hernández Villareal: 46	
Lapiedra Alcami: 14, 19, 22,60,	
68,70	
Liebman: 10	
Mancía Manzón: 45, 46	
Mantilla Serrano: 64,70	
Martínez Botos: 25,33	
Merino Merchán: 51	
Monroy Gálvez: 17	
Moreno Mendoza: 46,47	
Ortiz Pradillo: 37, 80	
Podetti: 19	
Ramos Romeu: 10	

Rocco: 10,27

Sabater Martín: 80

Sáenz Marinero: 79

Salcedo Verduga: 9, 13, 14, 16,26

Satta: 10

Segovia: 45

Serra Domínguez: 10,23

Silva Romero: 71, 77

Torres Fernández De Sevilla: 13,  
22, 26, 31, 32, 36, 40,43

Valls Gombau: 31

Vecina Cifuentes: 7

Veeder: 8

DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1881, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL No. 1, TOMO 12 DEL 1º DE ENERO DE 1882, QUE HAN SIDO CITADAS EN ESTE TRABAJO:

Art. 20.- Jurisdicción es el poder de administrar justicia conforme a las leyes.

Art. 22.- El ejercicio de la jurisdicción está circunscrito al territorio señalado a cada tribunal y juzgado, y no podrá extenderse fuera de sus límites.

Art. 32.- Puede prorrogarse la jurisdicción ordinaria; la prórroga se verifica por consentimiento expreso o tácito. Por consentimiento expreso cuando las partes convienen someterse a un Juez que, para ambas o para una de ellas no sea competente. Por consentimiento tácito, cuando el reo conteste la demanda ante un Juez incompetente, o si deja transcurrir el término para la contestación de la misma sin oponer la excepción dicha.

Art. 142.- Puede también preceder al juicio el secuestro de bienes muebles o inmuebles a petición de parte, en los casos siguientes:

1º Cuando reivindicándose una cosa corporal hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor;

2º Cuando el deudor pretenda sustraer o enajenar el todo o la mayor parte de sus bienes;

3º Cuando sea extranjero no domiciliado en el país;

4º En el caso del artículo 905 C.;

5º Cuando al practicarse inspección por delegados de la Auditoría General de la República o del Tribunal Superior de Cuentas, en la contabilidad de los funcionarios que de conformidad con la ley manejen fondos o valores del Estado, se hallaren faltantes cuyo monto sea superior al de la cantidad afianzada para garantía del Fisco; debiendo limitarse el secuestro, en este caso, hasta esa cantidad faltante determinada en la certificación a que se refiere el inciso 2º del artículo 146 de este Código más los accesorios de ley. El secuestro podrá dirigirse, a la vez, contra los bienes propios del funcionario responsable y contra los del fiador.

Art. 143.- El secuestro deberá pedirse por escrito o verbalmente, según fuere la naturaleza del juicio que se siga o deba seguirse; en el segundo caso se levantará un acta en que consten la solicitud y la resolución. (26)

Art. 144.- El que pida el secuestro deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita. (26)

Art. 145.- Cuando se solicite el secuestro, se expresará el valor de la demanda que va a entablarse o el de la cosa que se reclama, designando ésta con toda precisión. (26)

Art. 146.- Cuando se pida un secuestro, sin fundarlo en título ejecutivo, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque la providencia, ya porque se absuelva al demandado.

Cuando se pida un secuestro en el caso del número 5° del artículo 142, no habrá necesidad de fianza; el Juez deberá decretarlo sin otros requisitos que la presentación del certificado del acta en que consta el faltante, extendido por el Auditor General de la República o por el Presidente del Tribunal Superior de Cuentas, o por los que conforme a la ley hagan sus veces, respectivamente; acompañándose también el comprobante de la fianza otorgada a favor del Fisco. (61)

Art. 147.- Si el demandado consigna el valor u objeto reclamado o da fianza bastante a juicio del Juez, con audiencia del acreedor, no se llevará a cabo el secuestro. (12)(22)

Art. 148.- Ni para recibir la información ni para dictar un secuestro, se citará a la persona contra quien éste se pida. (26)

Art. 149.- De todo secuestro queda responsable el que lo pida; por consiguiente, son de su cargo los daños y perjuicios que se causen.

Art. 150.- Lo dispuesto en el artículo anterior no exime al Juez de la responsabilidad en que incurra por la infracción de las prescripciones de este capítulo.

Art. 151.- El secuestro surtirá todos sus efectos, no obstante cualquiera excepción o recurso que contra él se interponga; y si recayere sobre bienes raíces, se anotará preventivamente en el Registro de la Propiedad como en el

caso del número 2° del artículo 719 C., teniendo entonces el acreedor la preferencia establecida en el artículo 722 del mismo Código. (51)

Art. 152.- El depositario dará cuenta al interesado cuando se termine el juicio o se levante el embargo.

Art.153.- El depositario tendrá la remuneración que el Juez designe, atendidas las circunstancias del depósito. (26)

Art. 154.- Practicado el secuestro, el actor deberá entablar su demanda dentro de ocho días, y si no lo verificare, se levantará el secuestro a solicitud del demandado, sin otro procedimiento.

Verificado el secuestro en el caso del número 5° del artículo 142, durará su fianza legal hasta que se verifique el pago total de la deuda, voluntaria o forzosamente; pero si se dejare pasar un mes contado desde la fecha en que se practicó el secuestro, sin que el Tribunal Superior de Cuentas dicte alguna providencia tendiente a iniciar el procedimiento de la glosa de las cuentas del funcionario responsable del faltante, se levantará dicho secuestro como lo previene el inciso anterior. Asimismo, se levantará el secuestro de igual manera, si el fallo del Tribunal Superior de Cuentas, en el juicio de glosa, es del todo favorable al funcionario interesado. (61)

Art. 155.- Puede también pedirse el secuestro durante el curso del juicio, en los casos del artículo 142.

Art. 985.- También concede la ley apelación, pero sólo en el efecto devolutivo, de las sentencias que traten:

- 1° De oposición de sellos o levantamiento de éstos;
- 2° De las que ordenen la práctica de inventarios;
- 3° De las que versen sobre reparaciones urgentes;
- 4° De las que ordenen el apremio personal o la rendición de una cuenta;
- 5° Del nombramiento de guardadores;
- 6° De prestación de alimentos en juicio sumario;
- 7° De interdicción provisoria;

- 8° De restitución de un despojo o de amparo de posesión;
- 9° Sobre acciones posesorias especiales de que habla el Título XIII, Libro II del Código Civil;
- 10° De prestación de fianzas o aprobación de ellas;
- 11° De depósitos judiciales;
- 12° De declaratoria de pobreza;
- 13° De mandar caucionar las resultas de un juicio;
- 14° De declarar sin lugar las excusas de un curador especial;
- 15° Del auto que ordena el embargo de bienes en el juicio ejecutivo;
- 16° De todas las demás sentencias en que la ley admite expresamente la apelación sólo en el efecto devolutivo

Art. 987.- Las sentencias que el artículo 985 declara apelables en el efecto devolutivo, solamente lo son cuando se profieren en favor de la parte actora. Cuando se dictaren a favor de la parte demandada, y fueren apeladas por la contraria, se otorgará el recurso en ambos efectos.

Art. 1299.- Ninguna providencia judicial se dictará de oficio por los Jueces y tribunales, sino a solicitud de parte, excepto aquellas que la ley ordene expresamente. Pero deberá ordenarse de oficio o sin nueva petición, todo aquello que fuere una consecuencia inmediata o accesorio legal de una providencia o solicitud anteriores; y en caso de duda, bastará la petición verbal del interesado la cual se mencionará en el mismo auto, sin hacerla constar por separado. Deberá, por consiguiente, decretarse de este modo todo lo necesario para que se lleve a efecto y se complete una prueba o diligencia ya ordenada; y el Juez que exija escritos innecesarios, será responsable por el valor de ellos, responsabilidad que impondrá el tribunal superior con sólo la vista del escrito en que se haya hecho constar tal exigencia sin que el Juez lo haya contradicho en el auto respectivo. También deberá reiterarse a solicitud verbal, cualquier mandato que no haya tenido efecto por hecho o culpa de la oficina o de la otra parte.

## ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	1
 CAPÍTULO I. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL.....	 3
1.1 Las medidas cautelares como expresión de la función jurisdiccional....	3
1.2 Naturaleza jurídica y función de las medidas cautelares.....	8
1.3 Características de las medidas cautelares.....	14
a) Instrumentalidad.....	15
b) Provisionalidad.....	17
c) Variabilidad.....	18
d) Proporcionalidad.....	19
e) Urgencia.....	20
1.4 Requisitos de procedencia de las medidas cautelares.....	21
a) La verosimilitud del derecho o <i>fomus boni iuris</i> .....	23
b) Peligro en la demora o <i>periculum in mora</i> .....	26
1.5 Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares.....	28
a) Tribunal competente.....	28
b) La solicitud para la adopción de la medida cautelar.....	30
c) Prestación de caución.....	32
d) Audiencia a la parte contraria.....	33
e) Prueba de la necesidad de la medida.....	35
f) Resolución del Tribunal.....	39
g) Ejecución de las medidas adoptadas.....	40
h) Recurribilidad de la resolución.....	40
i) Modificación o caducidad de las medidas cautelares.....	40
1.6 Clases de medidas cautelares.....	41
 CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL SALVADOREÑO.....	 45
2.1 Breve referencia constitucional y legislativa.....	45
2.2 Facultades del tribunal arbitral para adoptar medidas cautelares.....	46
2.3 Adopción de la medida cautelar. La decisión.....	55
2.3.1 De la adopción de la medida cautelar.....	55
2.3.1.1 Petición de parte.....	60
2.3.1.2 Autoridad receptora de la petición.....	61
2.3.1.3 <i>Inaudita altera pars</i> .....	62
2.3.1.4 Prueba de los presupuestos exigidos.....	65

2.3.1.5 Caucción.....	66
2.3.2 De la decisión sobre la medida cautelar.....	69
2.4 Clases de medidas cautelares en el arbitraje.....	70
2.5 Impugnación de resolución cautelar.....	73
2.6 Ejecución de la medida cautelar dictada por los árbitros.....	75
CAPÍTULO III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	79
3.1 Eficacia y ejecución de medidas cautelares en arbitraje Internacional.....	80
3.2 La Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial de la CNUDMI.....	84
3.3 Las reglas internacionales de arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje.....	87
3.4 El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.....	89
3.5 El reglamento de arbitraje del CIADI.....	91
3.6 El Reglamento de la CIAC.....	93
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	95
SIGLAS Y ABREVIACIONES UTILIZADAS.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101
ÍNDICE DE LOS AUTORES CITADOS.....	107
DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES..	109
ÍNDICE GENERAL.....	113