

¿PUEDE UN JUEZ PERUANO DICTAR UNA MEDIDA CAUTELAR EN APOYO DE UN ARBITRAJE CON SEDE EN EL EXTRANJERO?

Edwin Pezo Arévalo*

La ley peruana de arbitraje no tiene una disposición que expresamente prohíba o permita la adopción de medidas cautelares en favor de un arbitraje con sede en el extranjero. La jurisprudencia nacional al respecto es escasa y contradictoria. En este contexto, el presente artículo intenta dar una respuesta, a la luz de lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, y considerando además lo que la doctrina conoce como el derecho a la tutela judicial efectiva internacional.

I. Introducción

Plantearse esta pregunta hasta hace no muchos años era casi ciencia ficción, casi una rareza. La globalización y la inserción del Perú al mundo han hecho que esa rareza ya no sea tal. Si bien el “mercado nacional” en materia de litigios y arbitrajes internacionales es manifiestamente minúsculo en comparación con otras sedes como Nueva York, Miami, Londres, París y últimamente Singapur para el mercado asiático, los tribunales peruanos ya han tenido que plantearse esta interrogante: ¿se puede trabar una medida cautelar aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú?

Revista de Economía y Derecho, vol. 11, nro. 41 (verano de 2014). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Profesor de Derecho Internacional Privado en la UPC. Máster in Laws (LLM) por la Universidad de Pensilvania. Juris Doctor (JD) por la Universidad de Miami. Socio del estudio Lava & Pezo Abogados.

II. Tutela cautelar en el arbitraje internacional

2.1. La potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares

Si bien es cierto que aún existen no pocas legislaciones que prohíben a los árbitros dictar medidas cautelares (o si no lo prohíben, tampoco lo autorizan de forma expresa)¹, es casi ya pacífico en doctrina y jurisprudencia la aceptación de que un tribunal arbitral pueda dictar una providencia cautelar para garantizar justamente la efectividad de su laudo. En el Perú ciertamente no ha habido mayor discusión al respecto, por cuanto ya en el artículo 81 de la derogada ley de arbitraje² se establecía expresamente la potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares.

La norma peruana vigente, el Decreto Legislativo 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje), no solo otorga competencia a los árbitros para dictar medidas cautelares, sino que también ha ido un paso más allá que su antecesora, al indicar en su artículo 48, numeral 1, que el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus medidas cautelares, salvo que considere necesario acudir al Poder Judicial³. Así, un tribunal arbitral ejecutará directamente las medidas cautelares que dicte, salvo que se requiera la realización de actos de *imperium*, en cuyo caso el árbitro deberá acudir al órgano jurisdiccional.

2.2. Jurisdicción cautelar de los tribunales de justicia

Tampoco existe en la sede nacional mayor debate respecto a la potestad del Poder Judicial de intervenir en apoyo del arbitraje, mediante la adopción de medidas cautelares. En efecto, el inciso 4 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje señala que “las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial, antes de la constitución del tribunal arbitral, no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él”. De allí que los jueces tendrán competencia para otorgar medidas cautelares, en tanto no exista un tribunal arbitral instalado.

Respecto a la potestad de los jueces de dictar medidas cautelares durante el proceso arbitral, esto es, cuando ya existe un tribunal arbitral instalado, ha habido un giro respecto a la ley anterior. En esta

última, el artículo 100 permitía que una de las partes acudiera al Poder Judicial durante el arbitraje. Sin embargo, en la ley vigente no se ha mencionado de manera expresa sobre la aptitud de los jueces para dictar una medida cautelar cuando el arbitraje ya esté en trámite. El numeral 4 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje –a diferencia del artículo 100 de la ley derogada– solo hace referencia a la compatibilidad de aquellas medidas cautelares concedidas antes de la constitución del arbitraje, guardando silencio respecto de aquellas que se puedan otorgar durante el arbitraje. Solo para el caso del arbitraje internacional, sí existe una disposición que permite la adopción de medidas cautelares, pero condicionado a que se cuente con la autorización previa del tribunal arbitral. Así, el numeral 9 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje permite que, previa autorización del tribunal arbitral ya instalado, las partes puedan acudir a un tribunal judicial a solicitar una medida cautelar. Esto último es lo que la doctrina internacional conoce como *concurrent jurisdiction*, según el cual tanto el tribunal arbitral como las cortes estatales tienen competencia para dictar medidas cautelares.

Resumiendo lo expuesto, tenemos entonces que en los arbitrajes domésticos los jueces peruanos no tendrían competencia para dictar medidas cautelares durante el proceso arbitral, pero sí antes de la constitución del tribunal arbitral; mientras que en los arbitrajes internacionales, los jueces peruanos tendrán competencia tanto antes como después de iniciado el arbitraje, siempre que, en este último caso, el tribunal arbitral lo haya autorizado previamente⁴.

Todo lo antes mencionado respecto a la adopción de medidas cautelares se aplica sin mayor debate sobre aquellos procesos arbitrales (sean nacionales o internacionales), cuya sede se sitúa en territorio peruano. Sin embargo, la cuestión no resuelta en sede nacional, y que es materia del presente artículo, gira en torno a la competencia del juez peruano para adoptar medidas cautelares cuando la sede del arbitraje se sitúa fuera del territorio nacional. ¿Podría un juez peruano dictar una medida cautelar en apoyo de un arbitraje situado en el extranjero? Para responder a esta interrogante, consideramos esencial analizar la manera como otras jurisdicciones han abordado este tema.

III. Análisis de derecho comparado: ¿qué dicen las otras jurisdicciones?

3.1. Singapur

Lo ocurrido con Singapur en los últimos años es una muestra clara de que el arbitraje ha calado profundamente como un medio de solución de controversias a escala mundial. En el ámbito internacional, Singapur es considerada la jurisdicción más favorable al arbitraje en el continente asiático, habiéndose introducido ciertas modificaciones a su Ley de Arbitraje Internacional (*International Arbitration Act* o IAA, por sus siglas en inglés), a fin de aclarar y delimitar la competencia de las cortes estatales en relación con el arbitraje⁵.

En el caso *Swift-Fortune Ltd. v. Magnifica Marine* (Swift-Fortune)⁶, una empresa panameña celebró un *Memorandum of Understanding* (MOU) con la demandante, una empresa palestina, sobre la compraventa de un buque, pactándose la entrega dentro de un plazo fijado en el contrato. La cláusula arbitral del MOU establecía la sede del arbitraje en Londres. Ante el incumplimiento de la demandada de hacer efectiva la entrega del bien,

Swift-Fortune solicita un *injunction* ante la Corte Superior de Singapur, consistente en que se prohíba a la demandada la transferencia o la disposición de sus bienes. Sin embargo, la Corte Superior concluyó que, a la luz del IAA vigente en ese entonces, los tribunales de Singapur carecían de competencia para conceder una medida cautelar en relación con un arbitraje con sede en el extranjero.

Posteriormente, apenas unos meses después, en el caso *Front Carriers v. Atlantic & Orient Shipping Corp.*⁷ (Front Carriers), los tribunales de Singapur arribaron a una conclusión contraria al caso Swift-Fortune. En Front Carriers, la demandante solicitó a la corte estatal conceder la denominada *Mareva injunction* a favor del procedimiento arbitral iniciado contra la demandada (Atlantic) en Londres. La controversia de fondo consistía en determinar si las partes habían concluido o no un contrato de fletamento. Front Carriers sostenía que existía un contrato, lo que se acreditaba con los correos electrónicos intercambiados con uno de sus ejecutivos, mientras que Atlantic afirmaba que no se había celebrado ningún contrato, y que el funcionario involucrado en los correos electrónicos no tenía las facultades

suficientes para negociar ni representar a la empresa en un contrato. La Corte de Singapur realizó una lectura distinta de la IAA, e interpretándola a la luz de la Ley Modelo UNCITRAL, concluyó que los tribunales de ese país sí tenían jurisdicción para dictar un *injunction* en apoyo de un arbitraje situado en el extranjero⁸.

Finalmente, en noviembre de 2008, un tercer caso fue resuelto por la *High Court* de Singapur. Nos referimos al caso *Multi-Code Electronics Industries Bhd v. Toh Chun Toh Gordon*⁹. En estricto, este caso no estuvo relacionado con una medida cautelar en apoyo de un arbitraje con sede en el extranjero, sino en apoyo de un proceso judicial llevado en Malasia, de manera que la IAA no fue analizada de forma directa por el tribunal. No obstante, este caso resulta relevante porque la Corte reconoció *in dicta* que los tribunales de Singapur sí tenían competencia para dictar un *injunction* en ayuda de un arbitraje extranjero¹⁰.

A fin de eliminar cualquier atisbo de controversia respecto a si las Cortes de Singapur tenían competencia para dictar esta clase de medidas cautelares, el Parlamento de ese país aprobó diversas modificaciones a la IAA, y entre ellas se estableció expresamente que las cortes estatales gozaban de jurisdicción para conceder un *injunction* en auxilio de un proceso arbitral con sede en el extranjero¹¹. En concreto, se modificó el artículo 12A de la IAA (artículo referido a las medidas cautelares expedidas por el Poder Judicial), señalando que se podían conceder medidas cautelares “irrespective of whether the place of arbitration is in the territory of Singapore¹²”. Estas modificaciones a la IAA fueron ciertamente adoptadas sobre la base de la nueva versión de la Ley Modelo de UNCITRAL aprobada en el año 2006, en cuyo artículo 17J se indica expresamente que “[el] tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que estas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales”.

3.2. Reino Unido

Un análisis pormenorizado de la legislación arbitral y jurisprudencia británicas excedería largamente los alcances del presente artículo. La jurisprudencia inglesa es probablemente la que más ha abordado el tema materia de estudio y la que más habría inspirado a otras jurisdic-

ciones de marcada influencia anglosajonas. De hecho, las tres resoluciones antes mencionadas en el caso de Singapur, por ejemplo, parten todas de *leading cases* establecidas en la jurisprudencia inglesa. Para el presente artículo, hemos seleccionado los casos más emblemáticos sobre la materia.

El primer caso es *Channel Group v. Balfour Ltd.* (1993)¹³, y está referido a un arbitraje internacional con las reglas del ICC, con sede en Bruselas, Bélgica. Esta disputa deriva de un contrato de concesión para la construcción y operación del canal de la Mancha. Durante la ejecución del contrato, los contratistas advirtieron que paralizarían las obras hasta que se cumplieran determinadas condiciones. Antes de solicitar el inicio del arbitraje en Bruselas, el demandante se dirigió a la Corte Comercial de Londres para solicitar una providencia cautelar, consistente en que se ordene a los contratistas abstenerse de suspender las obras relacionadas con el sistema de enfriamiento del túnel.

La Corte Comercial de Londres resolvió que, en el caso de que los contratistas presentaran un escrito comprometiéndose a no paralizar las obras, no se dictaría la medida cautelar (obviamente, por no ser necesaria). Dicha decisión fue apelada por el solicitante de la medida cautelar ante el Tribunal de Apelación de Londres, el cual por medio de la resolución de 22 de enero de 1992 señaló que, aunque la medida cautelar solicitada debía ejecutarse parcialmente en Inglaterra, los tribunales ingleses no tenían jurisdicción para concederla, dado que el lugar pactado para el desarrollo del arbitraje era Bruselas, por lo que rechazó la solicitud.

Econet Wireless Ltd. v. Vee Networks Ltd. and Ors es el segundo caso relevante en la jurisprudencia inglesa¹⁴. La controversia deriva de un convenio de accionistas y un derecho de preferencia (*right of first refusal*) en la adquisición de acciones de VNL, sociedad constituida en Nigeria. Las partes pactaron como ley aplicable para el convenio la ley de Nigeria, así como un arbitraje internacional con las reglas de UNCITRAL, con sede en Nigeria. Invocando un incumplimiento al convenio de accionistas, Econet se dirigió a los tribunales ingleses en búsqueda de una medida cautelar, la que fue concedida en primera instancia. Sin embargo, en apelación, la Corte Superior anuló la decisión cautelar, señalando que la regla general es que las medidas cautelares sean expedidas por las cortes del lugar del arbitraje, en este caso Nigeria, y no por los jueces ingleses.

El tercer caso –*Mobil Cerro Negro Ltd. v. Petróleos de Venezuela (PDVSA)*¹⁵– se relaciona con un *worldwide freezing injunction* (o mandato cautelar de alcance transnacional) dictado por las Cortes inglesas. La controversia en este caso involucró a la empresa Mobil y a la petrolera estatal venezolana PDVSA, y estuvo relacionada con un contrato de asociación para la exploración del lote petrolero Cerro Negro en la cuenca del Orinoco, en Venezuela. El Gobierno venezolano tomó el control del 41,7% de los derechos del proyecto de exploración, en aplicación de una norma estatal que transfería los derechos en los lotes petroleros de titularidad de empresas extranjeras a favor de otras compañías en las que el Estado venezolano fuera accionista. En respuesta a lo que consideraban una expropiación ilegal y en la sospecha de que el Gobierno venezolano no tenía intenciones de indemnizar a Mobil según lo pactado en el contrato de asociación (o por lo menos, no a valor de mercado), Mobil acudió a los tribunales ingleses para solicitar un *freezing injunction*, en apoyo del arbitraje internacional que iniciaría en Nueva York con las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (o ICC, por sus siglas en inglés)¹⁶. Esta figura legal propia de las legislaciones anglosajonas consiste en un mandato judicial destinado a evitar que la parte demandada transfiera todo (o parte) de sus activos y bienes¹⁷. Nótese que, en estricto, no se trata de un embargo directo sobre los bienes del demandado, como podría realizarse en sede nacional, sino que es una orden judicial “congelando” los bienes y activos de la parte demandada.

El tribunal inglés de primera instancia concedió el *freezing injunction* sobre la base de lo prescrito en la sección 44 de la ley inglesa de arbitraje de 1996. Según la interpretación de la Corte, la ley inglesa de arbitraje permitía emitir esta medida, aun cuando el lugar del arbitraje se hallara en territorio extranjero¹⁸. Apelada la decisión del tribunal inferior, la Corte Superior Comercial anuló la medida cautelar concedida. Sin embargo, el sustento de la instancia superior no fue que la ley inglesa no permitía la adopción de medidas cautelares en auxilio de arbitrajes con sede en el extranjero, sino que dichas medidas solo se podrían dictar en circunstancias excepcionales (*exceptional features*). El tribunal señaló, además, que se debía acreditar un fuerte vínculo con la jurisdicción inglesa (como podría ser, según la Corte, la existencia de activos y bienes en territorio inglés)¹⁹. Por tanto, la Corte Superior resolvió que al no haberse acreditado ninguna circunstancia excepcional, no había mérito para haberse con-

cedido el *freezing injunction*. Sin embargo, este caso marcó un hito importante en la jurisprudencia comparada, por cuanto se señaló de forma expresa que los tribunales ingleses sí tenían competencia para dictar medidas cautelares, aun cuando el arbitraje se desarrollara fuera de Inglaterra, zanjando así la discusión que dejó abierta el caso Econet.

Finalmente, en un caso bastante reciente, *U&M Mining Zambia Ltd. v. Konkola Copper Mines plc.*²⁰, la *High Court* de dicho país confirmó lo manifestado en los casos anteriores. En este caso, las partes pactaron un arbitraje LCIA con sede en Londres. Una de las partes solicitó al juez local de Zambia una medida cautelar, con la finalidad de garantizar la eficacia del laudo. En respuesta a esta medida, e invocando una supuesta violación al convenio arbitral, la otra parte, U&M, solicitó al tribunal inglés que dicte un *anti-suit injunction* ordenando a la primera abstenerse de continuar con la acción judicial iniciada en Zambia. Si bien en primera instancia U&M obtuvo la medida solicitada, la Corte Superior la dejó sin efecto, señalando que si bien el “foro natural” para dictar una medida cautelar debiera ser la corte del lugar de la sede del arbitraje, excepcionalmente, los tribunales de otro país podrían ser competentes para trabar una medida cautelar en apoyo del proceso arbitral.

3.3. Bermudas

El caso más emblemático resuelto en esta jurisdicción es *IPOC International Growth Ltd. v. OAO CT-Mobile LV Finance Group* [2007]²¹, en el que la Corte de Apelaciones de Bermudas confirmó una resolución de primera instancia que concedía un *anti-suit injunction* contra IPOC. Los *anti-suit injunction* son órdenes judiciales que prohíben a una de las partes a iniciar (o continuar, según sea el caso) un proceso judicial en una jurisdicción extranjera.

CT-Mobile (CTM) e IPOC, accionistas de una empresa rusa de telecomunicaciones Megafon, suscribieron un convenio de accionistas (CA) y un denominado *Business Combination Agreement* (BAC). Ambos contratos contenían una cláusula de arbitraje con sede en Suecia y se eligió a la ley sueca como ley aplicable. En inobservancia de la cláusula arbitral pactada en los contratos, IPOC inició un proceso judicial en Rusia contra CTM y esta última acudió a los tribunales de Bermudas en búsqueda de un *anti-suit injunction*, el cual fue conce-

dido ordenándose a IPOC a desistir de continuar con las acciones judiciales iniciadas en Rusia, y prohibiéndole empezar cualquier acción judicial contra CTM en violación de la cláusula arbitral²².

IPOC interpuso recurso de apelación principalmente con un argumento ya desarrollado por las cortes inglesas, referido a que no bastaba una “competencia general” basada en el domicilio del demandado (*in personam jurisdiction*), sino que, además, debían verificarse situaciones especiales o vínculos suficientes (“*sufficient interest*” fue el término utilizado por IPOC) con Bermudas, que justificaran la adopción de una medida cautelar. Sin embargo, tramitada la impugnación formulada, la Corte de Apelaciones confirmó la medida provisional concedida, señalando expresamente que no solo los tribunales de la sede del arbitraje pueden dictar medidas cautelares. La Corte sostuvo expresamente que “[t]he role of the courts of the seat of arbitration is to supervise the arbitration itself. They are not the only courts that can prevent a party breaking his contract to arbitrate”^{23/24}. Como vemos, el razonamiento de la Corte de Apelaciones fue que, en tanto existiera competencia sobre el demandado (en este caso, el demandado IPOC tenía domicilio en Bermudas), las cortes de Bermudas sí podían dictar una providencia cautelar, aun cuando este país no fuera la sede del arbitraje.

3.4. Estados Unidos de América

La jurisprudencia estadounidense respecto al arbitraje es abundante. La separación entre cortes federales (divididos por 13 circuitos) y cortes estatales (cincuenta estados) ha contribuido ciertamente a la expedición de numerosas decisiones judiciales, incluyendo casos relacionados con el *authority* de las cortes de Justicia para dictar medidas cautelares en apoyo de arbitrajes con sede en el extranjero. Podemos mencionar para los efectos del presente artículo cuatro decisiones judiciales.

El primero es *Atlas Chartering Services Inc. v. World Trade Group, Inc.*²⁵, en el que la Corte Federal del distrito de Nueva York ordenó el embargo de los fondos de propiedad de la demandada depositados en bancos neoyorquinos, a favor de un arbitraje internacional con sede en Londres. En este caso, la Corte Federal descartó el argumento formulado por la emplazada en el sentido de que el otorgamiento de las providencias cautelares sería contradictorio con la Convención de

Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York). La Corte estableció, por el contrario, que justamente la emisión de una medida cautelar, antes que ser inconsistente con el arbitraje, representaba un apoyo para su realización²⁶. Con esta misma lógica, en el caso *Tampimex Oil Ltd v. Latina Trading Corp.*²⁷, la misma Corte Federal otorgó una medida de embargo en forma de retención sobre una cuenta bancaria en Nueva York, siendo el lugar del arbitraje en Londres²⁸.

En *Deiulemar Compagnia di Navigazione SpA v. M/V Allegra*²⁹, el tribunal federal del Cuarto Circuito tuvo que resolver una petición cautelar peculiar consistente en asegurar la actuación de un medio probatorio relevante para el arbitraje. La controversia en este caso se deriva de un contrato de fletamento entre Deiulemar y Pacific Eternity, cuya cláusula arbitral incluía a Londres como sede del arbitraje internacional. El peticionante argumentó ante la Corte Federal de Maryland que existían “circunstancias extraordinarias” que justificaban la urgencia en la adopción de una medida cautelar (por ejemplo, el buque materia del contrato estaba por zarpar de las costas de Maryland), aun cuando el arbitraje iba a desarrollarse en el extranjero. La Corte concedió la medida solicitada que consistía en una inspección del buque fletado, el cual se ubicaba en el puerto de dicho estado.

Finalmente, tenemos un caso relativamente reciente proveniente de los tribunales estatales de Nueva York, que consolida aún más la bien ganada reputación internacional de las cortes de dicho estado a favor del arbitraje internacional. El caso es *Sojitz Corp. v. Prithvi Information Solutions Ltd.*³⁰, en que las partes pactaron que cualquier controversia se resolvería ante un tribunal arbitral con sede en Singapur, bajo ley inglesa. A fin de garantizar la ejecución del laudo arbitral, Sojitz solicitó a la Corte de Nueva York un embargo en forma de retención sobre ciertos derechos de cobro que mantenía la demandada frente a un cliente domiciliado en Nueva York. Amparada en la Sección 7502 (c) de la Ley de Práctica Civil de Nueva York³¹, el Tribunal de Nueva York concedió la medida cautelar solicitada a favor del arbitraje seguido en Singapur.

3.5. Australia

Influida en gran medida por la jurisprudencia británica, los tribunales australianos han tenido ya la oportunidad de responder a la interro-

gante planteada en el presente artículo. En el caso *ENRC Marketing AG v. OJSC Magnitogorsk Metallurgical Kombinat (MMK)*³², la Corte Federal del distrito de Nueva Gales del Sur concedió una medida cautelar en apoyo de un arbitraje con sede en Zúrich, Suiza. La controversia deriva de un supuesto incumplimiento al contrato de suministro celebrado entre ENRC y MMK, en que se incluyó una cláusula arbitral. En virtud de este pacto arbitral, ENRC inició el arbitraje en Zúrich con las reglas de la ICC, reclamando un monto significativo por daños y perjuicios.

Paralelamente al arbitraje iniciado en Suiza, ENRC solicitó ante la corte federal australiana una medida cautelar en la modalidad de *freezing order* sobre las acciones del capital social de una empresa australiana Fortescue Metal Group Ltd., de propiedad de MMK. Invocando el artículo 17J de la Ley Modelo CNUDMI (o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) de Arbitraje Comercial Internacional (esta ley modelo rige en Australia en aplicación de su Ley de Arbitraje Internacional de 1974), el tribunal australiano concedió la medida cautelar solicitada por ENRC, “congelando” las acciones de propiedad de MMK antes señaladas, y ordenando a esta última a no transferir ni celebrar acuerdo alguno en relación con dichas acciones.

3.6. Otras jurisdicciones

Rusia, España e India también han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la competencia de un juez local para expedir una medida cautelar en auxilio de un *foreign-based arbitration*.

En Rusia, el caso Edimax resulta de particular importancia en la jurisprudencia rusa en la medida en que la Corte de Casación emitió justamente un pronunciamiento que admitía la posibilidad de adoptar una medida cautelar a favor de un arbitraje extranjero³³. Edimax inició un arbitraje internacional en Londres con las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA, por sus siglas en inglés), contra el multimillonario ruso Shalva Chigirinsky, reclamando el pago de 30 millones de dólares relacionado con una garantía personal constituida en el marco de un contrato de compra de acciones. Posteriormente, Edimax solicitó una medida cautelar sobre los bienes inmuebles del demandado en la ciudad de Moscú. La primera instancia (*arbitrazh*) denegó la petición cautelar, pero la Corte de Apelación anuló la denegatoria, concediendo una suerte de *freezing order* sobre los bienes

del demandado en Moscú. El caso llegó hasta la Corte Suprema rusa, aunque la discusión en esa instancia no giró en torno a la competencia para emitir un medida cautelar en apoyo de un arbitraje extranjero, sino en torno al carácter “comercial” (o civil) de la garantía otorgada por Chigirinsky³⁴. Aun así, este caso resulta de particular relevancia en la jurisprudencia rusa por cuanto ni los tribunales que conocieron del proceso ni las partes involucradas cuestionaron la jurisdicción de las cortes rusas para dictar medidas cautelares en apoyo de arbitrajes situados en el extranjero³⁵.

En España, la doctrina mayoritaria sostiene que, en aplicación de la Ley 60/2003 (ley de arbitraje) y el artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los tribunales españoles están habilitados para conceder una medida cautelar en respaldo de un procedimiento arbitral que se sigue en Estado extranjero³⁶. En sede jurisprudencial, los tribunales españoles también han razonado de esta forma. Así por ejemplo, mediante auto del 12 de marzo de 2004 (y ampliado mediante resolución del 21 de junio de 2006) el Juzgado de Primera Instancia 42 de Madrid resolvió conceder una medida cautelar en apoyo de un arbitraje internacional con sede en Ginebra³⁷. Dicha medida cautelar ordenaba a la empresa demandada abstenerse de ejecutar los avales que se habían otorgado en garantía del cumplimiento de un contrato de construcción internacional.

Finalmente, en el caso de India, la tendencia jurisprudencial siguió el camino contrario. En un primer momento, la Corte Suprema, al interpretar la Parte I de la ley de arbitraje y conciliación de dicho país (que regula el arbitraje doméstico, incluidas las normas referidas a la adopción de medidas cautelares), concluyó en el caso *Bhatia International v. Bulk Trading*³⁸ que las cortes indias sí tenían jurisdicción para dictar medidas cautelares para arbitrajes situados fuera de India. Sin embargo, recientemente la Corte Suprema dio un vuelco radical y, en una decisión que ha sido largamente criticada (*Bharath Aluminium Co. v. Kaiser Aluminium Technical Services Inc.*)^{39/40}, resolvió que cuando el proceso principal se llevaba en el extranjero las cortes indias no tenían competencia para dictar medidas provisionales.

IV. El caso peruano: ¿ser o no ser?

4.1. Las medidas cautelares y el derecho internacional privado

En el derecho internacional privado (o concretamente, en el derecho procesal civil internacional, como subsector del derecho internacional privado)⁴¹ se ha desarrollado la figura del *forum necessitatis* o foro de necesidad, según la cual los tribunales de justicia deberán admitir a trámite una demanda y dictar sentencia sobre el fondo, aun cuando no exista norma procesal habilitante, cuando inadmitir la demanda, equivaldría a dejar a una persona en una clara situación de indefensión y desamparo legal. A este respecto, Fernández Arroyo sostiene que el cumplimiento de los principios constitucionales fundamentales no puede encontrar un obstáculo insalvable en la carencia de una norma de jurisdicción internacional que le permita al juez entender y resolver un supuesto determinado⁴².

En esta línea, el artículo 2063 del Código Civil peruano ha dispuesto que “[l]os tribunales peruanos son competentes para dictar medidas provisionales de protección de personas naturales que se encuentren en el territorio de la República, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del asunto”⁴³. Así, si bien esta norma no reconoce de forma plena la figura del *forum necessitatis*, en tanto no autoriza a los jueces a pronunciarse sobre el fondo, sí permite a estos últimos dictar medidas cautelares aun cuando carezca de competencia para conocer el proceso principal. De plano, podemos formular cuatro observaciones a este artículo. La primera es que solo protege a las personas naturales, excluyendo sin justificación válida, a las personas jurídicas. Segundo, su ámbito de aplicación se restringe a las personas naturales que “se encuentren en territorio peruano”. Es decir, una persona natural podría tener la necesidad de obtener una medida cautelar que se ejecute en el Perú, pero si dicha persona natural se encuentra fuera del territorio peruano, no procedería la medida cautelar. Tercero, la norma no indica en qué momento debe verificarse la presencia en territorio nacional como condición habilitante para obtener una cautelar; es decir, no indica si la persona natural debe encontrarse en territorio nacional al aparecer la litis (o la urgencia), al momento de

solicitar la medida cautelar, o al momento de concederse la medida. Finalmente, queda claro que el referido artículo no menciona en absoluto si puede ser invocado en apoyo de un arbitraje. Vistas así las cosas, el ámbito de aplicación del artículo 2063 del Código Civil resulta bastante limitado⁴⁴, no siendo una herramienta válida para utilizarse en favor de un arbitraje con sede en el extranjero.

En lo que respecta a tratados internacionales en los que el Perú sea parte, debemos mencionar a la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, adoptada en el marco de las Conferencias CIDIP II. En virtud del artículo 10 de este tratado, las autoridades judiciales peruanas estarán autorizadas –como foro especial– a emitir una medida cautelar en apoyo de un proceso que se efectúe en el extranjero (foro principal)⁴⁵. La pregunta que cabría plantearse es si esta convención resultaría aplicable en caso de que el foro principal sea, en estricto, un tribunal arbitral. La conclusión más acertada probablemente sea aquella según la cual esta convención se refiere a tribunales *estatales*, y no a tribunales *arbitrales*, con lo cual la referida convención no resultaría aplicable. Desconocemos si alguna vez se ha invocado este artículo para fundamentar un pedimento cautelar en auxilio de un arbitraje extranjero; pero, de plantearse, el resultado sería bastante incierto.

A la luz de lo anterior, tenemos que ni el Libro X del Código Civil ni los tratados internacionales de los que el Perú es parte establecen un sistema de justicia cautelar a favor de arbitrajes extranjeros. Desde este escenario, analicemos a continuación dos casos ventilados ante los tribunales peruanos, con resultados disímiles.

4.2. La jurisprudencia nacional en torno a la tutela cautelar internacional

La (poca) jurisprudencia nacional, por lo menos a la que accedimos de forma directa, resulta contradictoria, y de hecho, en un caso particular, ha desnudado serias falencias de entendimiento de los tribunales peruanos en algunos conceptos básicos del arbitraje, como el referido a la diferencia entre un arbitraje extranjero y un arbitraje internacional. Al no tener claros estos conceptos elementales, la Segunda Sala Subespecialidad en lo Comercial de la Corte Superior de Lima contestó la pregunta materia del presente artículo en negativo. Dicha Sala sostuvo que, “en consecuencia, dado que el lugar del futuro arbitraje

se desarrollará fuera de nuestro país deben aplicarse las reglas referidas al arbitraje internacional, como queda establecido en el ítem b), numeral 1 del artículo 5 de la Ley de Arbitraje”.⁴⁶ En buena cuenta, a criterio de la Sala, dado que la sede del arbitraje está en el extranjero, entonces se aplican las reglas del arbitraje internacional, conclusión que ciertamente no es correcta. Sobre la base de esta premisa equivocada, la mencionada sala confirmó la resolución de primera instancia que declaró improcedente una medida cautelar solicitada en auxilio de un arbitraje ICC⁴⁷ con sede en Houston, Texas.

Lo señalado por Jan Paulsson en el prefacio del libro *Arbitraje*, del mexicano Francisco González de Cossío⁴⁸, viene a colación a propósito de lo resuelto por la referida Sala Comercial. Decía el profesor Paulsson⁴⁹ que “national lawyers begin to understand international arbitration when they perceive that it is not foreign arbitration. International arbitration has no home jurisdiction”⁵⁰. Al resolver la medida cautelar solicitada, la sala no advirtió que estaba ante un “foreign arbitration”.

a) El caso *EPA Comercial S. R. L. v. Sky Drilling S. R. L.*⁵¹

La controversia se deriva de un contrato de compraventa y montaje celebrado entre EPA Comercial y Sky Drilling S. R. L., mediante el cual esta última se obliga a construir y dejar operativo un equipo de perforación petrolera, a cambio de una retribución. Se trataba de una suerte de contrato llave en mano (o *turn-key contract* como se le conoce en el derecho anglosajón), el contrato contenía una cláusula arbitral con sede en Houston, Texas, con las reglas ICC, pactándose, además, como ley aplicable la ley del estado de Texas. Las discrepancias surgieron entre las partes: por un lado, EPA Comercial sostenía que Sky Drilling no había cumplido con finalizar la obra, por lo que debió asumir los costos adicionales incurridos para concluir la obra; mientras que, por otro lado, Sky Drilling aducía que la primera le debía más de 1 millón de dólares por servicios prestados y no pagados. En este contexto, Sky Drilling formuló denuncias penales contra EPA Comercial, solicitó una medida cautelar de embargo sobre el equipo de perforación ante un Juzgado Mixto en la ciudad de Contamana, Loreto, e inició un procedimiento de conciliación extrajudicial en Lima. En todas estas acciones, Sky Drilling ocultó la existencia de la cláusula arbitral.

Frente a estos hechos, EPA Comercial solicitó una medida cautelar “fuera del proceso”, al amparo de los literales a) y b), inciso 2 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje⁵², justamente para proteger el proceso arbitral que iba a iniciarse en el extranjero.

Mediante resolución del 21 de mayo de 2010, el Segundo Juzgado Civil Subespecialidad Comercial emite un auto declarando improcedente la medida cautelar solicitada, sustentando su posición en dos argumentos. El primero, y el menos elaborado, consistía en que el artículo 47, inciso 2 de la Ley de Arbitraje solo hacía referencia a la facultad del tribunal arbitral (pero no del juez), para dictar una medida cautelar. El referido juzgado concluyó que “esta norma faculta solo al Tribunal Arbitral ordenar a una de las partes lo antes mencionado, mas no faculta al órgano jurisdiccional, toda vez que dichas medidas están reservadas solo al tribunal arbitral quien dilucidará la cuestión de fondo, y este tribunal es quien puede tomar las acciones a fin de defender de algún daño o menoscabo al proceso arbitral”⁵³.

El segundo argumento, y ciertamente el más sólido, residía en que la Ley de Arbitraje no autorizaba al juez peruano a otorgar una medida cautelar. En efecto, el razonamiento del juzgado en este extremo fue el siguiente: el inciso 2 del artículo 1 de la Ley de Arbitraje enumera expresamente los artículos que también se aplicarán “aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú”, y el artículo 47 de la ley (esto es, el referido a las medidas cautelares) no se encuentra incluido en el listado. Dicho de otra forma, la Ley de Arbitraje señala taxativamente cuáles de sus artículos resultan aplicables ante un arbitraje extranjero, no habiéndose incluido el artículo relacionado con las medidas cautelares, razón por la cual los jueces peruanos carecían de competencia para dictar medidas cautelares.

Esta resolución denegatoria fue apelada por EPA Comercial. Al resolver la impugnación mediante resolución del 14 de setiembre de 2010, la Segunda Sala Civil Subcomercial confirmó la denegatoria, pero lamentablemente incurrió en graves errores conceptuales, como el ya anotado en líneas anteriores. En efecto, la sala no supo diferenciar entre el “arbitraje extranjero” (esto es, el que se sigue en territorio extranjero) y el arbitraje internacional (que se da cuando se verifica alguno de los supuestos consignados en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje), ignorando que un arbitraje que se desarrolla en el Perú puede tener el carácter de arbitraje internacional.

Con esta premisa equivocada (de que estábamos ante un arbitraje internacional), la sala invocó el numeral 9 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje (norma que establece que “en el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes”), y concluyó que las medidas cautelares podrían ser concedidas en tanto se encontrara constituido el tribunal arbitral. Específicamente, la sala indicó que “la asistencia judicial al tribunal arbitral, que conoce de un arbitraje internacional, se brindará en materia cautelar dentro del marco del proceso arbitral mismo, y no fuera de él”⁵⁴. Al no existir una “previa autorización del tribunal arbitral” (ello, por cuanto el tribunal arbitral aún no se había constituido), la Sala Comercial confirmó erróneamente la denegatoria de la medida cautelar solicitada.

La Sala Comercial dejó escapar así una oportunidad única de pronunciarse expresamente sobre la competencia de los árbitros, a la luz de análisis de la Ley de Arbitraje, la práctica internacional, la Ley Modelo UNCITRAL y el derecho a la tutela judicial internacional efectiva, argumentos todos que fueron esgrimidos por EPA Comercial en su escrito de apelación. Es verdad que el siguiente caso aborda este tema desde la perspectiva del derecho a la tutela cautelar, pero el debate no llegó a la Corte Superior, porque la parte afectada no presentó apelación por razones que escapan al ámbito del presente artículo.

b) El caso *Huge S. A. v. Peruvian Ethanol S. R. L.*⁵⁵

La controversia gira en torno al denominado contrato de instalación de transmisión y planta de etanol, según el cual la empresa Huge S.A. se encargaba del diseño, ingeniería y construcción de una planta de transmisión eléctrica y la distribución del sistema de conexión de las instalaciones para una planta de etanol en el norte del Perú. El contrato contenía un convenio arbitral para un arbitraje ICC con sede en Houston, Texas, pactándose la ley de Nueva York para regir el fondo del contrato. El contrato también hacía referencia a las Reglas sobre Procedimiento Precautorio Prearbitral (o *Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*)⁵⁶ vigente al momento de la celebración del contrato, las cuales establecían los requisitos para la adopción de medidas

cautelares por parte de un árbitro de emergencia en tanto se constituyera el tribunal arbitral.

Aduciendo un incumplimiento contractual por parte de Huge S.A., Peruvian Ethanol le comunica notarialmente a la primera que procederá, conforme a lo previsto en el contrato, a compensar las facturas pendientes de pago, por los daños derivados del incumplimiento de Huge S. A. En este contexto, Huge S. A. acudió al Poder Judicial solicitando una medida cautelar contra Peruvian Ethanol. Mediante auto cautelar del 31 de mayo de 2012, el Quinto Juzgado Subespecial Comercial de Lima resuelve conceder la medida cautelar solicitada, ordenando a Peruvian Ethanol (i) que se abstenga de efectuar las compensaciones respecto a los pagos pendiente a favor de Huge S. A. y (ii) que se abstenga de ejecutar las cartas fianzas otorgadas a favor de Peruvian Ethanol en garantía de cumplimiento del contrato⁵⁷.

Las razones del juzgado comercial para conceder la petición cautelar fueron diversas. El fundamento principal expuesto en el auto cautelar residía en el principio de tutela judicial efectiva, el cual incluye el derecho a obtener una medida cautelar para garantizar la eficacia del laudo final que se expida. Concluyó el juzgado en su sexto considerando⁵⁸ que “en materia de tutela cautelar vinculado a la función arbitral, el justiciable tiene expedito de recurrir a la tutela cautelar a través de la función arbitral o la función jurisdiccional” [sic]⁵⁹. Como ya se adelantó, la parte afectada no interpuso recurso de apelación, de manera que no hubo la oportunidad de un pronunciamiento en segunda instancia. Hubiera sido ciertamente interesante una decisión superior, ya que en este caso, el Quinto Juzgado Comercial omitió toda referencia al inciso 2 del artículo 1 de la Ley de Arbitraje, norma que, como ya dijimos, fija las normas que se aplican al arbitraje extranjero (y entre las que no está el artículo 47, que permite la adopción de medidas cautelares antes de iniciado el arbitraje).

Como vemos, la jurisprudencia nacional no es uniforme, y no contamos con una decisión judicial de última instancia cautelar que sopesa tanto la ausencia del artículo 47 en el inciso 2 del artículo 1 de la Ley de Arbitraje, como el derecho a la tutela judicial internacional efectiva.

4.3. La tutela judicial internacional efectiva y la ley peruana de arbitraje

Como se desprende de lo ya señalado, la Ley de Arbitraje no contiene norma expresa que autorice a las tribunales peruanos a otorgar una providencia cautelar en auxilio de un arbitraje extranjero. Pero tampoco norma que lo prohíba. En este contexto, hemos descrito dos casos en los que las respuestas a la interrogante planteada han sido opuestas. Bien vistos los argumentos en favor de una posición o de la otra, ha de reconocerse que ambas posiciones tienen fundamentos sólidos y que el debate está abierto. Pero ¿cómo debería resolver un juez un próximo caso similar?

El primer escollo que deben superar aquellos que abogan por la tesis expuesta en el caso Hüge de que el juez peruano tiene competencia para dictar medidas cautelares a favor de arbitrajes foráneos reside en lo manifestado en el mismo texto de la *lex arbitri*, en este caso, la Ley de Arbitraje peruana. Esta última establece claramente en su inciso 2, artículo 1 un listado de aquellos artículos que se aplicarán “aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú”, y entre ellas, no figura el artículo 47 de la ley. Es decir, la Ley de Arbitraje ha indicado qué normas se aplican para arbitrajes que se ventilen fuera del Perú, y entre tales normas no se ha incluido al artículo referido a la concesión de medidas cautelares. ¿Simple descuido del legislador, o acaso hubo una voluntad legislativa al respecto?

La no inclusión del artículo 47 de la *lex arbitri* en el listado de artículos que se aplicarán aun cuando la sede del arbitraje sea en el extranjero, resulta casi contundente para descartar toda interpretación benigna que autorice a los tribunales peruanos la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje extranjero. El inciso 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje (norma que sí se encuentra incluida en el inciso 2 del artículo 1 de la ley) no podría servir de fundamento para otorgar competencia al tribunal peruano. En efecto, dicho artículo indica que “para la adopción de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia”, por lo que se desprende que estamos ante una norma de competencia territorial interna, en contraposición con una norma de competencia judicial

internacional. O sea, solo si se tiene competencia judicial internacional para dictar una medida cautelar en apoyo de un arbitraje extranjero, recién allí se plantea el problema de identificar el tribunal territorialmente competente. El artículo 8 de la Ley de Arbitraje justamente propone varias alternativas de jueces *territorialmente* competentes para adoptar una medida cautelar.

En consecuencia, siguiendo el razonamiento del Segundo Juzgado Comercial del caso EPA Comercial, al no haberse incluido el artículo 47 de la Ley de Arbitraje en el listado de normas que se aplicarán aun cuando el lugar de arbitraje se halle fuera del Perú, resulta válido sostener que la *lex arbitri* no ha autorizado a los tribunales peruanos a dictar medidas cautelares en apoyo de arbitrajes extranjeros.

Frente a esta primera conclusión desalentadora, y en la otra orilla del debate, aparece el principio de tutela cautelar internacional, como integrante del derecho a la tutela judicial (*internacional*) efectiva, reconocido por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Al respecto, Priori nos dice que “la posibilidad que tienen los ciudadanos de contar con tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”⁶⁰. De allí que la interrogante formulada en el presente artículo no se responde con la mera verificación de la existencia (o no) de una norma legal habilitante, sino que su respuesta no puede estar divorciada de principios constitucionales, en tanto la protección cautelar se encuentra inmersa dentro de la tutela judicial efectiva.

Así, si bien es cierto que el artículo 47 de la Ley de Arbitraje no ha sido incluido en el conjunto normas aplicables para arbitrajes extranjeros, no es menos cierto que existe un megaderecho, como lo es la tutela judicial efectiva, de manera tal que la no inclusión de las normas sobre medidas cautelares en el inciso 2 del artículo 1 de la Ley de Arbitraje no puede llevarnos a la conclusión automática de que el ordenamiento peruano no permite a los jueces peruanos adoptar una medida cautelar en auxilio de un arbitraje extranjero.

Ciertamente, sería preferible contar con una norma como el artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española señalada en líneas anteriores, o como el artículo 22.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶¹ también española, las cuales prevén expresamente la posibilidad de solicitar una medida cautelar en apoyo de un proceso arbitral o judicial que se siga en el extranjero. O como la ley internacional de arbitraje australiana que adoptó íntegramente la Ley Modelo UNCITRAL, y, por

tanto, el tan mentado artículo 17J. Sin embargo, la falta de un articulado similar en nuestro ordenamiento procesal no debiera ser concluyente, ya que, reiteramos, la tutela cautelar forma parte de un derecho fundamental que existe con independencia de que haya sido recogido en una norma de menor rango. No existiría verdadera protección al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, si a la par no existiese un sistema cautelar eficaz que asegure el cumplimiento del futuro laudo. Y en sede internacional, dicho sistema cautelar necesariamente debería permitir a las partes acudir a cualquier tribunal del mundo en búsqueda de una medida provisional que garantice la eficacia del laudo. Y es que como lo afirma el profesor español Francisco J. Garcimartín: “Una tutela cautelar efectiva exige que esa competencia del juez principal se combine con la posibilidad de solicitar medidas cautelares directamente ante los tribunales del lugar donde deban cumplirse o ejecutarse (foro especial). Entre otras razones, este foro especial garantiza mejor la efectividad de la tutela cautelar”⁶².

Este fue justamente el razonamiento que de alguna forma siguió el Quinto Juzgado Civil Comercial en el caso Hüge. Argumento similar fue formulado por EPA Comercial en su escrito de apelación⁶³ contra la denegatoria de la cautelar solicitada, pero la Segunda Sala Comercial no emitió pronunciamiento alguno sobre el extremo de dicha apelación, incurriendo en graves errores conceptuales, como los ya anotados anteriormente.

Puestos a escoger entre una y otra posición, nos inclinaríamos por la esbozada en el caso Hüge, por dos razones. Primero, la tutela cautelar internacional como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva hace necesario –y justo– que este mecanismo esté habilitado a favor de los justiciables. No encontramos razón válida para, por ejemplo, denegar un embargo en forma de inscripción sobre un bien inmueble ubicado en el Perú, a fin de garantizar la eficacia de un laudo arbitral que se dictará en Argentina. ¿Cuál sería el motivo para no conceder esta medida solicitada? Sinceramente, no encontramos un solo argumento. Algunos podrían decir que la jurisdicción cautelar en este caso le corresponde al tribunal arbitral, y que la concesión de una medida cautelar calificaría de una intromisión indebida al arbitraje, debilitándolo y menoscabando sus fines. Todo lo contrario: una medida cautelar dictada a favor del laudo que se expida en el extranjero no hace más que fortalecer al proceso arbitral; es poner el aparato estatal judicial a favor del arbitraje, asegurando que el laudo que se emita será ejecu-

tado. No conceder una medida cautelar, y con ello frustrar después la ejecución del laudo arbitral, pondría al arbitraje como un mecanismo inservible para resolver conflictos y satisfacer el interés de las partes.

En segundo lugar, la tendencia internacional apunta a favorecer la competencia de los jueces para dictar medidas cautelares para arbitrajes extranjeros. De hecho, un argumento que fue formulado por EPA Comercial en su apelación fue que la Ley de Arbitraje se ha basado en la Ley Modelo UNCITRAL, y que esta sí reconoce expresamente la posibilidad de que cortes locales dicten medidas cautelares, con independencia de si el proceso principal se ventile en territorio nacional o extranjero. En efecto, tal como ya lo hemos mencionado, el artículo 17J de la Ley Modelo UNCITRAL establece que “[e]l tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, *con independencia de que estas se sustancien o no en el país de su jurisdicción*, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales”⁶⁴. Así, según este artículo, no importa el lugar del arbitraje, los jueces locales sí tendrían competencia para dictar providencias cautelares que deban ejecutarse en el Perú. En esta línea, el razonamiento sería que si la ley peruana se inspiró en la Ley Modelo UNCITRAL, y esta concede competencia a los tribunales judiciales para dictar una medida cautelar sin importar la sede del arbitraje, entonces la ley peruana también debería interpretarse en ese sentido⁶⁵. Por otro lado, no debe pasar desapercibido el hecho de que los reglamentos arbitrales de las instituciones más prestigiosas, como la ICC⁶⁶ o la LCIA⁶⁷, contienen disposiciones que reconocen expresamente la posibilidad de que las partes puedan acudir –antes del inicio del arbitraje– a cualquier tribunal judicial en búsqueda de una medida provisional.

Hemos citado casos de países provenientes de distintos sistemas legales, y la tendencia (salvo el caso *sui generis* de India) es en favor de otorgarle a los jueces la aptitud de adoptar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje extranjero. Nuestro país debería seguir esta línea. En nuestra opinión, más allá de una modificación a la Ley de Arbitraje, creemos que la jurisprudencia nacional debería tomar partido en defensa de la tutela cautelar internacional, teniendo en consideración muy particularmente el caso Mobil, en que la jurisprudencia inglesa reconoció que si bien la regla debería ser que exista identidad entre el foro principal (el tribunal que conoce el fondo) y el foro cautelar (el tribunal que dicta la medida cautelar), hay circunstancias excepcionales

(“exceptional features”, como lo afirmó Lord Walker) que justifican que un tribunal judicial dicte una medida cautelar a favor de un tribunal arbitral extranjero.

V. Reflexiones finales

A la luz de todo lo antes expuesto, queda claro que se requiere urgentemente una modificación de la Ley de Arbitraje, a fin de introducir expresamente la posibilidad de que los jueces peruanos expidan una medida cautelar que deba surtir efectos en el territorio nacional, ya sea antes o durante el proceso arbitral, aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú. Si en verdad aspiramos a ser una jurisdicción atractiva para el arbitraje y líder en la región, debiera ser “innegociable” la necesidad de modificar la ley en el sentido ya anotado. Al final de cuentas, lo que está en juego es el derecho fundamental a la tutela judicial internacional efectiva.

NOTAS

- 1 Felipe Osa Guzmán. “La Jurisdicción Cautelar en el Arbitraje Comercial Internacional”, en *Estudios de arbitraje*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 658.
- 2 “Ley 26572. Artículo 81.- Medida cautelar en sede arbitral
En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de este”.
- 3 “Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral
1. 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”.
- 4 Ana María Arrarte. “Apuntes sobre medidas cautelares en el sistema arbitral peruano”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, nro. 7, 2008, pp. 142-143.
- 5 Hong Kong también se encuentra como una plaza favorable al arbitraje. De hecho, Born menciona en una de sus obras un caso en Hong Kong *The Lady Muriel v. Transorient Shipping Ltd.* 10(7) (H.K. Court of Appeal, S.

- Ct) (1995), en el que se otorgó una medida cautelar en apoyo de un arbitraje en el extranjero, sobre la base que los bienes a embargar se encontraban en territorio de dicho país. (Born, Gary. *International Commercial Arbitration*, vol. II, p. 2059).
- 6 *Swift-Fortune Ltd. v. Magnifica Marine* [2007] 1SRL 854.
- 7 *Front Carriers v. Atlantic & Orient Shipping Corp.* [2006] 3 SRL 854.
- 8 Sin embargo, luego de la impugnación interpuesta por Atlantic, la medida cautelar fue anulada por el tribunal, invocando razones de fondo relacionadas con el derecho sustantivo invocado, y no por razones de falta de competencia.
- 9 *Multi-Code Electronics Industries Bhd v. Toh Chun Toh Gordon* [2008] 1 SRL 1000.
- 10 “Where the plaintiff has a cause of action justifiable in Singapore against the defendant who is subject to personal jurisdiction of the Singapore court (i.e. having assets in Singapore), Front Carriers has decided that the court has power under Section 4 (10) of the Civil Law Act to grant Mareva injunction in aid of the foreign arbitration to which the substantive claim has been referred in accordance with the agreement of the parties”.
- 11 Nótese que aquí y a lo largo del presente trabajo utilizamos el término “jurisdicción” y “competencia” de forma indistinta, dejando de lado la clásica diferenciación teórica del Derecho Procesal Civil. Sin embargo, en el derecho anglosajón se usa el término “jurisdicción” en sentido general, que involucra tanto la potestad de decir derecho (jurisdicción), como la aptitud para decir derecho en un caso concreto (competencia). Forzando de alguna forma los conceptos, el término *venue* podría ser en cierta medida equivalente a nuestro concepto de competencia, pero preferimos utilizar el término *jurisdiction*.
- 12 Con independencia de si el lugar del arbitraje es en territorio de Singapur.
- 13 *Channel Group v. Balfour Beatty Ltd.* [1993] Adj. L.R. 01/21.
- 14 *Econet Wireless Ltd. v. Vee Networks Ltd. and Ors* [2006] EWHC 1568 (Comm).
- 15 *Mobil Cerro Negro Ltd. v. Petróleos de Venezuela (PDVSA)* [2008] EWHC 532 (Comm).
- 16 En efecto, de forma paralela, Mobil inició el arbitraje ICC en Nueva York contra PDVSA, así como un arbitraje de inversiones ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) contra el Estado venezolano.
- 17 Las cortes inglesas utilizan el término de *dissipation of assets* o disipación de los activos.

- 18 Esta sección 44 de la ley regula la competencia de los jueces en apoyo del arbitraje (“court powers exercisable in support of arbitral proceedings”). La ley inglesa no señala expresamente que se puede dictar una medida cautelar, con irrelevancia del lugar del arbitraje. La Sección 44 (3) de la referida ley establece: “*If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets*”.
- 19 La Corte señaló en su párrafo [155]: “Mobil, in the absence of any exceptional feature such as fraud, would at least have had to demonstrate a link with this jurisdiction in the form of substantial assets of PDVSA located here. By exceptional feature I mean a factor of such strength as to make it appropriate to grant an order in the absence of any connection with this country”.
- 20 *U&M Mining Zambia Ltd. v. Konkola Copper Mines plc.* [2013] EWHC 260 (Comm).
- 21 *IPOC International Growth Ltd. v. OAO CT-Mobile LV Finance Group*, [2007] App (Bda) 2 Civ (Bermuda).
- 22 Los *anti-suit injunctions* han sido definidos como una orden discrecional de un tribunal, dirigida a una persona bajo su jurisdicción, prohibiéndole el comienzo o la continuación de un proceso ante otro tribunal. (Ver Verónica Ruiz Abou-Nigm. “Medidas cautelares en el litigio internacional. Las *freezing injunctions* y las *anti-suit injunctions*”. En: *Litigio Judicial Internacional*, DeCita, 2005, p. 306).
- 23 Id. párrafo 35.
- 24 El rol de las cortes del lugar del arbitraje es de supervisar el proceso arbitral per se. Tales cortes no son las únicas que pueden impedir que una de las partes incumpla el convenio arbitral.
- 25 *Atlas Chartering Services Inc. v. World Trade Group, Inc.*, 453 F. Supp. 861, 863 (S.D.N.Y. 1978)
- 26 El tribunal federal concluyó: “[w]e perceive no conflict between the provisional remedy of attachment and the dictates of the Convention. Certainly, a London arbitration can proceed in an orderly fashion even though the defendant’s assets have been attached in New York as security for any award rendered by the London panel. There is no merit to the argument that plaintiff, in seeking an attachment, is attempting to ‘bypass’ the arbitration procedure. On the contrary, the very relief sought in the complaint is to compel arbitration. The attachment, we believe, serves only as a security device in aid of the arbitration.”
- 27 *Tampimex Oil Ltd. v. Latina Trading Corp.*, 558 F. Supp. 1201 (S.D.N.Y. 1983).

- 28 Gary Born, *International Arbitration*. Aspen (2011), p. 874.
- 29 *Deiulemar Compagnia Di Navigazione SpA v. M/V Allegra*, 198 F. 3d 473 (4th Cir. 1999).
- 30 *Sojitz Corp. v. Prithvi Information Solutions Ltd.* 2011 N.Y. App. Div. LEXIS 1709.
- 31 Esta sección señala que “[t]he supreme court may entertain an application for an order of attachment or for a preliminary injunction in connection with an arbitration that is pending or that is to be commenced inside or outside this state”.
- 32 *ENRC Marketing AG v. OJSC Magnitogorsk Metallurgical Kombinat* [2011] FCA 1371.
- 33 David Goldberg, “Are Russian Commercial Courts Becoming More Cooperative (and Predictable) in Aid of Foreign Arbitration and Litigation?” En: <http://goo.gl/9RfyDP>, (última visita, 25 de octubre de 2013).
- 34 Ello, por cuanto si la garantía no era de índole “comercial” (sino civil), los tribunales comerciales (*arbitrazh*) no resultaban competentes.
- 35 El 9 de julio de 2013, la Corte Suprema en lo Comercial rusa ha emitido una Carta Informativa 158, una suerte de guía de preguntas y respuestas relacionadas con los litigios con partes extranjeras y no residentes, en que se aborda el tema de las medidas cautelares en apoyo de arbitrajes extranjeros, precisándose que los tribunales rusos sí gozan de competencia para tales fines. Ver <http://goo.gl/8jLEmB>, (última visita, 8 de diciembre de 2013).
- 36 José Carlos Fernández Rozas. “Arbitraje y Justicia Cautelar”. En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXLL, 2007, pp. 53-54; Miguel Virgós Soriano y Francisco J. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*. Thomson Civitas, 2007, p. 357; Alfonso-Luis Calvo Caravaca. *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Comares (2008), p. 432; Álvaro López de Argumedo y Katharine Menéndez de la Cuesta. *El abogado español ante el litigio internacional*, <http://goo.gl/41LLUK>, (última visita, 25 de octubre de 2013).
- 37 Álvaro López de Argumedo y Katharine Menéndez de la Cuesta. “La intervención judicial en el arbitraje: análisis de la jurisprudencia española reciente”, <http://goo.gl/IQxpyn>, (última visita, 15 de noviembre de 2013).
- 38 *Bhatia International v. Bulk Trading*³⁸ [2002] 37 SCL 434.
- 39 *Bharath Aluminium Co. v. Kaiser Aluminium Technical Services Inc.*, MANU/SCOR/6940/2012.
- 40 <http://goo.gl/uy0Nea>, (última visita, 1 de diciembre de 2013).
- 41 Francisco J. Garcimartín Alférez. *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 2012, p. 41.

- 42 Diego Fernández Arroyo. *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalía, 2003, p. 165.
- 43 Texto casi idéntico al artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela.
- 44 Es más, pareciera que este artículo 2063 se limita a regular supuestos como el previsto en el segundo párrafo del artículo 2071, en que se hace referencia a las medidas cautelares de protección al incapaz que se encuentre en el Perú y, en su caso, las de protección a sus bienes situados en el Perú.
- 45 “Artículo 10.- Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en este Convención ordenarán y ejecutarán, a solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual. Esto se aplicará cualquiera sea la jurisdicción internacionalmente competente de alguno de los Estados partes para conocer el fondo del asunto [...]. Si el proceso estuviese pendiente, el tribunal que decretó la medida deberá comunicarla de inmediato al juez o tribunal que conoce de lo principal”.
- 46 Resolución 3, del 14 de setiembre de 2010, expedida por la Segunda Sala Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima, Expediente 3347-2010.
- 47 International Chamber of Commerce, por sus siglas en inglés.
- 48 Francisco Gonzales de Cossío. *Arbitraje*, México D. F., Porrúa, 2011.
- 49 Profesor y director de la especialidad de arbitraje internacional en la Universidad de Miami.
- 50 Los abogados nacionales comienzan a entender el arbitraje internacional cuando perciben que no es arbitraje extranjero. El arbitraje internacional no tiene jurisdicción de origen.
- 51 Expediente 3347-2010, Segundo Juzgado Civil Subespecialidad Comercial. El nombre de las partes ha sido modificado por pedido de una de ellas. Si bien los procesos judiciales son públicos, por cortesía profesional, hemos accedido al pedido.
- 52 “Artículo 47.- Medidas cautelares
[...]
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordenara a una de las partes:
- a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
- b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo

ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo arbitral”.

- 53 Octavo considerando.
- 54 Quinto considerando de la Resolución 3, del 14 de setiembre de 2010.
- 55 Expediente 3111-2013, seguido ante el Quinto Juzgado Civil Subespecialidad Comercial. Cabe precisar que el nombre de las partes ha sido modificado por pedido de una de ellas. Si bien los procesos judiciales son públicos, por cortesía profesional, hemos accedido al pedido.
- 56 La cláusula arbitral establecía: “All Disputes shall be resolved exclusively by binding arbitration pursuant to the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, including the Rules on Pre-Arbitral Referee Procedure, as amended and in effect at the time when the arbitration commences”.
- 57 El auto cautelar también dispuso poner a conocimiento del Banco Interbank del Perú (Interbank), para los fines correspondientes.
- 58 Páginas 7 y 8 del auto cautelar.
- 59 El juzgado señalaba además que “el supuesto pacto de exclusividad de tutela cautelar a la función arbitral atentaría el derecho a la tutela judicial efectiva y urgente de derechos que la situación jurídica concreta requiere, importaría la sustitución de la protección y respeto de la persona humana y su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado por el de la prevalencia del interés patrimonial o económico”.
- 60 Priori, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutelar cautelar: fundamentos, contenido y límites”. En: *Ius et Veritas*, año XV, nro. 30, 2005, p. 191.
- 61 “Artículo 22, inciso 5.- Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”.
- 62 Ob. cit., p. 174.
- 63 En archivo del autor.
- 64 Letras en cursiva son nuestras.
- 65 Es cierto que este argumento, *per se*, resultaría insuficiente como sustento para justificar la competencia de los tribunales peruanos, ya que justamente podría afirmarse lo contrario: dado que la Ley de Arbitraje se inspiró en la Ley Modelo UNCITRAL, el solo hecho que no se haya incluido un texto como el artículo 17J⁶⁵, acreditaría justamente lo contrario, esto es, que el legislador no quiso otorgarles esta competencia a los jueces peruanos, ya que de otro modo, simplemente lo hubiera incluido.
- 66 Artículo 28 del Reglamento Arbitral de la ICC.
- 67 The London Court of International Arbitration, artículo 25 del Reglamento Arbitral.