

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS



**PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL
PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

AGUILAR DE CASTRO, CESIA ADONIRA
DOÑAN SOSA, RAQUEL ELIZABETH
OSORIO ALAS, INGRID VERÓNICA

DOCENTE ASESOR:

DR. JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2018.

TRIBUNAL CALIFICADOR

DR. SAUL MORALES

PRESIDENTE

LIC. NAPOLEÓN DOMINGUEZ RUANO

SECRETARIO

DR. JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ

VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Agr. Nelson Bernabé Granados Alvarado

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Msc. Cristóbal Hernán Ríos Benítez

SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández

VICEDECANO

Lic. Juan José Castro Galdámez

SECRETARIO

Lic. René Mauricio Mejía Méndez

DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo

DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACION

Msc. María Magdalena Morales

COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACION DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURIDICAS

DEDICATORIA

“Todo lo puedo en Cristo que me fortalece”. Filipenses. 4:13.

A mi Madre, con todo mi amor, por haberme instruido con los mejores valores y conocimientos que Dios y las lecciones de la vida le enseñaron; porque sé que estaría orgullosa de mí, pues fue quien confió y creyó firmemente en su corazón que yo sería una profesional un día y que podría lograr lo que yo deseara, palabras que consolaban y alentaban mi corazón a superarme y dedicarle este triunfo.

Por dejarme la mejor herencia que puede existir en este mundo, “la educación”; por ser ese pilar que motivaba mi vida diariamente, que me impulsa a seguir adelante aun cuando fallaban mis fuerzas, y pese a que ya no está entre nosotros, en mi corazón siempre está presente con sus palabras y consejos, los cuales siempre fueron certeros y aún siguen alentándome en cada recuerdo. Extrañarte es lo más difícil que enfrento cada mañana; pero Dios ha sido bueno y me ha consolado siempre, me ha confortado y me dado una esperanza, pues sé que llegara un día que nos veremos nuevamente.

Mientras tanto yo seguiré luchando, escalando peldaños para decir por ti estoy aquí, y tratare de cosechar triunfos en tu honor para honrarte y que todos sepan que tú eras mi madre, quien me formó, guió e impulsó a superarme, hacer el bien y así nunca olvidarte.

Desde la tierra, con profundo y eterno amor para Rutilia Ernestina Romero Zamora, un Ángel en el cielo.

CESIA ADONIRA AGUILAR DE CASTRO

DEDICATORIA

A mis padres, Juan Francisco Doñan Belloso y Anabel Sosa de Doñan
Porque siempre han buscado dar lo mejor para mí, y se han esforzado por
darme lo necesario, y a veces un poco más, enseñándome lo más
importante, amar a Dios sobre todas las cosas, estando presentes, de
manera activa en mis estudios, no solo económicamente, este no es mi
triunfo es nuestro.

RAQUEL ELIZABETH DOÑAN SOSA

DEDICATORIA

Dedico este logro y todos los que están por venir, en primer lugar, a mi madre Flor Alas, porque sin ella nunca hubiera llegado a esta etapa de mi camino; no sería nadie sin sus consejos y enseñanzas, por mostrarme que yo puedo llegar más lejos de donde me lo proponga.

Asimismo, dedico este trabajo a cada una de las lágrimas que derramé durante la carrera, a cada noche de desvelo, a cada tropiezo , a todos aquellos momentos en los que creí que no podía más y a los que me ayudaron a levantarme; también, a todos aquellos sueños rotos, a los que deseo y estoy por alcanzar, a los nuevos y a los que están por surgir; porque mientras para los demás solo son palabras, para mí son mi vida y lo que ha forjado mi carácter así como a la persona que construyo cada día.

Finalmente, dedico este logro a Julito y a Davisito a quienes, como otros niños, nuestra sociedad se permitió cegarles la luz de la vida, a Cristinita y a su hermanita porque la sociedad les robó su infancia dejando que conocieran las crueldades humanas desde tan niñas, y a la señora Irma Cristina porque una madre nunca debe sepultar a sus hijos. A todos ustedes los llevo en mi corazón con un profundo dolor; sin importar donde se encuentren, sepan que esta es una deuda que tenía con ustedes y que me han motivado a seguir adelante, a ser una persona de bien y a procurar justicia cada vez que esté en mis manos.

INGRID VERÓNICA OSORIO ALAS

AGRADECIMIENTOS

“Y sabemos que a los que aman a Dios, todas las cosas les ayudan a bien, esto es, a los que conforme su propósito son llamados”. Romanos. 8:28.

A Dios: porque con seguridad puedo decir: hasta aquí me ha ayudado Jehová, sin su misericordia y su bondad nunca lo hubiese logrado, pues ha sido mi refugio, mi pronto auxilio en mi angustia.

A mis padres: José Espedicto y Rutilia Ernestina, quienes con todo su esfuerzo me enseñaron todo lo necesario para convertirme en lo que soy, por ser los primeros en creer que podría lograr lo que me propusiera.

A mis hermanos: José Aguilar y Heidi, Daysi, Wilber, Eli, Karina y Ena, quienes incondicionalmente jamás me abandonaron en esta etapa de mi vida, por creer en mí, en que podía lograrlo, por ayudarme y apoyarme.

A mi esposo Marvin David e hijo Marvin Isaí, por haber sido tolerantes y saber esperarme siempre, por comprenderme y ser pacientes, una ayuda idónea que estuvo presente en los momentos más difíciles.

A familiares y amigos: a quienes siempre me apoyaron y llevaron en sus oraciones, colmándome de buenos deseos y éxitos en todo momento.

A mis compañeras de tesis: Ingrid y Raquel, por haberse convertido en un excelente equipo de trabajo, por ser unas grandiosas personas, sobre todo unas maravillosas y comprensivas amigas.

Especialmente A mi asesor Doctor Antonio Martínez y la Universidad de El Salvador. por compartir sus conocimientos y formar parte de este proceso que se convirtió en un viaje inolvidable.

CESIA ADONIRA AGUILAR DE CASTRO

AGRADECIMIENTOS

A Dios que es el pilar fundamental de mi vida, y se ha mantenido conmigo a cada paso, permitiendo culminar esta etapa con satisfacción. Todo se lo debo a él, bendito sea por los Siglos de los siglos.

A mis padres, Juan Francisco Doñan Belloso y Anabel Sosa de Doñan, que con amor y sacrificio han sabido llevarme por el buen camino inculcándome los valores del Reino de Dios, que me han convertido en la persona que ahora soy, apoyándome en todo momento y con cada circunstancia.

A mis hermanos Jennifer D. y Joel D. que indirectamente han estado contribuyendo con el desarrollo de esta investigación, con quienes aprendí a optimizar los recursos y el tiempo.

A mis compañeras de tesis Ingrid Osorio y Cesia Aguilar, gracias por aceptarme no solo como la “tercera” del equipo, sino como amiga, transformando el desarrollo de esta investigación, en una de las mejores experiencias.

A Alexander Cuadra, por tu paciencia y apoyo incondicional, en los momentos que más lo necesitaba, enseñándome a mantenerme siempre confiando en Dios.

A cada uno de los docentes desde mi educación básica hasta la superior, han sembrado la semilla del conocimiento en mí, haciéndome crecer personal y profesionalmente, y en especial a mi docente Asesor Dr. José Antonio Martínez, porque esta investigación no hubiera sido posible sin su orientación.

RAQUEL ELIZABETH DOÑAN SOSA

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi madre: Flor Alas, por apoyarme y motivarme, por brindarme su grata presencia de toda una vida, por ser la persona que más admiro y ser mi modelo a seguir; especialmente por todos los sacrificios que hizo y sigue haciendo para ayudarme a salir adelante y superarme a mí misma.

A mi padre por haber forjado mi carácter y enseñarme que no necesito de un hombre para subsistir salir adelante.

A mis hermanas, Nathaly y Laura por haber sido mis compañeras de juegos y estar conmigo aun en los momentos difíciles, deseo que también lleguen muy lejos.

A mi novio, Carlos Campos, por volverse mi compañero de aventuras desde que llegó a mi vida, por motivarme y ayudar a levantarme cuando creí que ya no podría continuar, brindándome sus palabras de aliento y apoyo incondicional.

A los licenciados Cindy Rivera y Alfonso Fajardo por ser más que maestros, seres queridos muy especiales, también a niña Any y a Denise por dar mucha alegría a mi vida y por volverse mi segunda familia.

A mis compañeras de tesis Cesia y Raquel, por ser pacientes y no dejarme olvidar que la unión hace la fuerza y por volverse más que un equipo de trabajo memorable, amigas que mantendré siempre en mi corazón.

A mis amigos, y a todas las personas que han estado de alguna manera en mi vida, que, aunque no los mencione no quiere decir que no están presentes en mis pensamientos, a mis maestros y a mi asesor de tesis por compartir su sabiduría.

INGRID VERÓNICA OSORIO ALAS

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	
SIGLAS Y ABREVIATURAS	
INTRODUCCIÓN	i
CAPITULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y ARBITRAJE	
1.1 Antecedentes Históricos de las Medidas cautelares	1
1.1.1 Antecedentes Históricos de las Medidas cautelares en El Salvador	5
1.1.2 Antecedentes Históricos del Arbitraje	6
1.1.3 Arbitraje en el derecho romano	7
1.1.4 Arbitraje en la edad media	9
1.1.5 Arbitraje a partir del siglo XVIII	10
1.1.6 Arbitraje en El Salvador	12
1.1.6.1 Código de Procedimientos Civiles y Formulas Judiciales	13
1.1.6.2 Código de Procedimientos Civiles	14
1.1.6.3 Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje	19

1.1.6.4	Código Procesal Civil y Mercantil	19
1.2	Historia de las medidas Cautelares en el procedimiento Arbitral	20
1.2.1	Historia de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral de El Salvador	22

CAPÍTULO II MARCO DOCTRINARIO Y JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

2.1	Definición de Medidas Cautelares	24
2.2	Naturaleza de las Medidas Cautelares	26
2.3	Características de las Medidas Cautelares	29
2.3.1	Instrumentalidad o accesoriedad:	30
2.3.2	Provisionalidad:	31
2.3.3	Temporalidad:	33
2.3.4	Mutabilidad, Flexibilidad o Variabilidad:	34
2.4	Requisitos de procedencia de las Medidas Cautelares	35
2.4.1	Fumus bonis iuris o apariencia de buen derecho	36
2.4.2	Periculum in mora o peligro en la demora	38
2.4.3	La razonabilidad y la proporcionalidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión	40
2.4.4	Caución y Contracautela	41

2.4.4.1	Procedencia de la Caucción y la Contracautela	42
2.4.4.2	Cuantía de la caucción y la Contracautela	43
2.4.4.3	Eficacia de la Caucción y la Contracautela	44
2.4.4.4	Tipos de Caucción	45
2.5	Clasificación de las Medidas Cautelares	46
2.5.1	Según el objeto sobre que recae la medida:	46
2.5.2	Según el proceso en cual ellas se dictan:	46
2.5.3	Según la relación con la situación de hecho existente	47
2.5.4	Atendiendo a la forma en que se encuentra reguladas	47
2.5.5	Según lo que se pretenda proteger	48
2.6	Proceso Cautelar	48
2.7	Régimen actual de las medidas cautelares en El Salvador	49
2.7.1	Fundamento Constitucional de las Medidas Cautelares	49
2.7.2	Fundamento Legal	50
2.7.2.1	Código Procesal Civil y Mercantil	51
2.7.3	Catálogo de Medidas Cautelares	58
2.7.3.1	Embargo preventivo de bienes	59
2.7.3.1.1	Casos de procedencia del embargo preventivo de bienes	59

2.7.3.1.2 Embargo Ejecutivo	60
2.7.3.1.3 Diferencias entre el embargo preventivo de bienes con el embargo ejecutivo	61
2.7.3.2 Inhibición General de Disponer	62
2.7.3.3 Intervención o la administración judicial de bienes productivos	63
2.7.3.3.1 Intervención Judicial	64
2.7.3.3.2 Administración Judicial	65
2.7.3.4 Secuestro de cosa mueble	65
2.7.3.5 Formación de inventarios de bienes	66
2.7.3.6 Anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales	67
2.7.3.6.1 Otras anotaciones registrales	68
2.7.3.7 Prohibición de innovar y de contratar	69
2.7.3.7.1 Prohibición de Innovar	69
2.7.3.7.2 Prohibición de Contratar	70
2.7.3.8 Ordenes de Cesación, Abstención y Prohibición	70
2.7.3.8.1 Orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad	72

2.7.3.8.2 Orden judicial para abstenerse temporalmente de alguna conducta	73
2.7.3.8.3 Prohibición de cesar o interrumpir temporalmente la realización de una prestación	74
2.7.3.9 Intervención y depósito de ingresos procedentes de actividades que se consideren ilícitas	75
2.7.3.9.1 Intervención	76
2.7.3.9.2 Deposito	76
2.7.3.10 Depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos, materiales y cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual	76
2.7.3.10.1 Depósito temporal elementos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual	77
2.7.3.10.2 Consignación o depósito de las cantidades que se reclaman en concepto de remuneración de la propiedad intelectual	78
2.7.4 Regulación internacional sobre medidas cautelares	78
2.7.4.1 La Convención Interamericana Sobre cumplimiento de Medidas Cautelares	79
2.7.5 Medidas cautelares en otras áreas del Derecho	79
2.7.5.1 Medidas cautelares en el Derecho Penal	79

2.7.5.2 Medidas cautelares en el Derecho Laboral	82
2.7.5.3 Medidas cautelares en el Derecho Administrativo	83

CAPITULO III MARCO DOCTRINARIO Y JURÍDICO DEL ARBITRAJE

3.1 Definiciones de Arbitraje	85
3.2 Naturaleza Jurídica del arbitraje	87
3.2.1 Teoría contractualista o privatista	88
3.2.2 Teoría jurisdiccional o publicista	89
3.2.3 Teoría ecléctica o mixta (intermedia)	90
3.2.4 Teoría autónoma	92
3.2.5 Teoría adoptada por El Salvador	93
3.3 Clasificación del Arbitraje	94
3.3.1 De acuerdo a los principios en que se fundamentan los árbitros para proferir su decisión	94
3.3.2 En razón de su origen	95
3.3.3 De acuerdo con la forma de funcionamiento del árbitro de arbitramiento	95
3.3.4 En razón del acuerdo de las partes	96
3.3.5 Según su regulación en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje	97

3.3.6	Según los principios con los que los árbitros fundamentan las resoluciones	98
3.4	Arbitraje en El Salvador	100
3.4.1	Fundamento Constitucional	101
3.4.2	Fundamento Legal	102
3.4.2.1	Ley de Conciliación Mediación y Arbitraje	103
3.4.2.2	Reglamento de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje	113
3.4.2.3	Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador	114
3.5	Tratados, Pactos y Convenios sobre Arbitraje, suscritos por El Salvador	115
3.5.1	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional	115
3.5.2	Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales y Extranjeras	116
3.5.3	Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional	117
3.5.4	Reglas de la Organización Mundial de Comercio	117
3.5.5	Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones	119

CAPITULO IV PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

4.1	Procedimiento actual para la adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral de El Salvador	122
4.2	Regulación del Procedimiento Cautelar en el arbitraje dentro de la Ley De Mediación Conciliación y Arbitraje	125
4.3	Doctrina relacionada a la aplicación de medidas cautelares por los árbitros en el arbitraje	127
4.4	Legislación que ampara la aplicación de medidas cautelares por medio de los árbitros	131
4.4.1	Europa	131
4.4.1.1	España	131
4.4.1.2	Suiza	132
4.4.1.3	Grecia	134
4.4.2	Norteamérica	135
4.4.2.1	México	135
4.4.3	Centroamérica y el Caribe	136
4.4.3.1	Costa Rica	137
4.4.3.2	Panamá	138
4.4.3.3	República Dominicana	139

4.4.4	Sur América	141
4.4.4.1	Colombia	141
4.4.4.2	Perú	142
4.4.4.3	Argentina	144
4.5	Jurisdicción Arbitral – Facultades de los Árbitros	146
4.6	Decreto de Medidas Cautelares Versus Ejecución de Medidas Cautelares	148
4.6.1	Decreto de Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral	149
4.6.2	Ejecución de Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral	151
4.7	Momento procesal para la solicitud de medidas cautelares	152
4.7.1	Antes de la Constitución del Tribunal Arbitral	152
4.7.2	Después de la Constitución del Tribunal Arbitral	156
4.8	¿Pueden los Árbitros adoptar Medidas Cautelares dentro del Procedimiento Arbitral de El Salvador?	157
4.9	Medidas Cautelares aplicables al Procedimiento Arbitral	165
4.10	Procedimiento Cautelar realizado por un árbitro	169
	CONCLUSIONES	171
	RECOMENDACIONES	173
	BIBLIOGRAFÍA	174

RESUMEN

La presente investigación nace con el fin de responder a un vacío jurídico existente en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje debido a que no establece que se debe hacer en el caso de que las partes envueltas en un procedimiento de arbitraje requieran de la aplicación de medidas cautelares, provocando cierta inseguridad jurídica entre ellas.

Con la presente investigación se proporcionan herramientas y conocimientos en materia de medidas cautelares en el procedimiento arbitral que ampare no solo la seguridad jurídica de las partes, sino que dotara de un posible mecanismo o directrices para su aplicación en el procedimiento arbitral.

Lo anterior se debe a que no se ha desarrollado adecuadamente, el tema de la aplicación de medidas cautelares en el procedimiento arbitral, por lo que no se han establecido criterios para determinar cuáles medidas cautelares pueden ser aplicadas en el procedimiento arbitral, debido a ello los abogados en muchos casos, no saben si pueden aplicar medidas cautelares, y los particulares no saben qué hacer para que al final del procedimiento no haya sido en vano y el demandado pueda responderle civilmente.

En este documento se verifica la procedencia de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral para dar eficacia a los futuros laudos arbitrales; es decir, brinda una herramienta que permita proteger los intereses de la parte interesada en un procedimiento arbitral, asegurando el cumplimiento del principio de pronta y cumplida justicia y la economía procesal a través de un procedimiento factible, viable e idóneo, en tanto se aclara un vacío que deviene desde la creación de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje así como los cuerpos normativos afines a esta.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

CIADI: El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

CPCM: Código Procesal Civil y Mercantil.

CPP: Código Procesal Penal

CNUDMI: Siglas en inglés UNCITRAL: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

D.E.: Decreto Ejecutivo.

D.O.: Diario Oficial.

LMCA: Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje.

LMU: Ley Modelo UNCITRAL.

OMC: Organización Mundial del Comercio.

OSD: Órgano de Solución de Diferencias.

ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

Cfr.: Confrontar

Cn.: Constitución.

Ed.: Edición.

Pág.: pagina.

Pr.Pn.: código procesal penal

Inc.: Inciso.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación analiza la procedencia de las medidas cautelares en el Procedimiento Arbitral con el propósito de reflejar la necesidad de adoptar una normativa que permita establecer la forma de proceder con las medidas cautelares en el procedimiento Arbitral, estableciendo todas las situaciones en las que se envuelve la problemática de no tener regulación específica para la materia a pesar de tener una Ley sobre Arbitraje.

Se sostiene que la aplicación de Medidas Cautelares es un reflejo de la tutela Jurisdiccional efectiva solicitada dentro de los procesos judiciales comunes, sin embargo no solamente los procedimientos llevados en instancias judiciales necesitan asegurar el resultado del proceso, sino también los procedimientos arbitrales, mismos que descansan en el derecho de las partes basado en la autonomía de la voluntad de las personas, de poder arreglar sus conflictos civiles y comerciales por medio de arbitramiento, ofreciendo con ello un proceso eficaz, sencillo, ágil y menos engorroso que dejan a un lado los procesos judiciales comunes. En este sentido surge la necesidad de aplicar las medidas Cautelares en el Arbitraje como una manera de aseguramiento y efectividad al momento de ejecutar la decisión final que dicta el árbitro en proceso de forma expedita y positiva a la parte solicitante, situación que además pone en relieve analizar la facultad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, ya que la misma incide en su decisión.

Ante esta situación en el capítulo uno se estudian los antecedentes de las medidas cautelares, el arbitraje y además se estudian también los antecedentes de las medidas cautelares en el arbitraje, para poder poner de manifiesto el momento en que las medidas cautelares dejaron de ser exclusivas de los procedimientos ventilados en instancias judiciales y se empezó a regular también para los procedimientos arbitrales y sobre todo

estudiar los cuerpos normativos que han regulado a cada una de las instituciones por separado a través del tiempo, y poner de manifiesto como en relación a las medidas cautelares en el Procedimiento Arbitral, su apareamiento en la legislación Salvadoreña lo ha hecho hasta hace muy poco tiempo y solo contenida en un artículo de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje.

En el Capítulo dos por su parte se estudian las medidas cautelares, desarrollando un marco teórico conceptual que contiene, las diferentes definiciones que la doctrina tiene sobre las medidas cautelares, la naturaleza, características, los requisitos para su adopción, la clasificación de las medidas cautelares, el catálogo de medidas cautelares, así como su base constitucional y la legislación aplicable, siendo también necesario establecer como son entendidas y como son reguladas las medidas cautelares en distintas áreas del derecho.

Por su parte en el Capítulo tres se analiza la institución del Arbitraje, por lo que se desarrollan las diferentes definiciones que la doctrina hace en relación al arbitraje, su naturaleza las diferentes clasificaciones de arbitraje, la forma en que está regulado en El Salvador y a donde encuentra su fundamento constitucional, así como los diferentes Tratados, Pactos y Convenios sobre Arbitraje, suscritos por El Salvador.

Finalmente, en el Capítulo cuatro, se hace un análisis de la procedencia de las medidas cautelares en el Procedimiento Arbitral Salvadoreño, por lo que, en primer lugar, se analiza cual es la forma de proceder actualmente en El Salvador, por lo que se explica el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, ya que la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje no posee ese procedimiento situación que también es analizada, se relaciona también la doctrina relacionada a la aplicación de medidas cautelares por los

árbitros en el arbitraje, y junto a esto también se analiza la legislación de diversos países que han dado un salto de calidad en relación a la legislación sobre arbitraje en El Salvador, los cuales no solamente se encargaron de establecer un procedimiento claramente dentro de sus leyes sino además le dieron a los árbitros la facultad de adoptar medidas cautelares, respetando con esto la autonomía del procedimiento Arbitral, legislación que inspira a hacer un análisis de la jurisdicción arbitral y las facultades de los árbitros, así como determinar a quién le corresponde decretar y ejecutar las medidas cautelares, respondiendo a la pregunta de que si ¿son dos momentos totalmente diferenciados o se tratan dos etapas de un mismo proceso que no pueden ser divididas? Para poder llegar al análisis de la facultad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, así como establecer los parámetros a seguir para que un árbitro adopte las medidas cautelares y que medidas en su caso son aplicables.

CAPITULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y ARBITRAJE

El propósito del presente capítulo es examinar el marco histórico a nivel nacional e internacional, tanto de las Medidas Cautelares como del Arbitraje, así como el de las Medidas Cautelares dentro del Arbitraje para describir su evolución a lo largo de la historia, previo a la conceptualización de dichas instituciones, puesto que no son figuras de reciente aparición, por lo que se desarrollan los antecedentes históricos de las medidas cautelares.¹ Posteriormente, se desarrollan los antecedentes históricos del arbitraje el cual es estudiado desde sus primeras manifestaciones en el derecho romano, en la edad media llegando hasta la época contemporánea finalmente se estudia cómo ha sido el desarrollo histórico de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral, tanto a nivel internacional como en El Salvador, que dicho sea de paso en El Salvador ha sido casi inexistente.

1.1 Antecedentes Históricos de las Medidas cautelares

Las medidas cautelares tienen como base histórica las siguientes etapas o épocas:

- a. Época de la Marginalidad: la tutela cautelar es marginal y se regula en situaciones muy concretas.² El motivo principal de la poca regulación, se encuentra en la existencia de la protección por otro mecanismo legal que se refiere a la nulidad de cualquier transmisión de la cosa litigiosa después del

¹ Cecilia Isabel de Paz Leiva, et al., “La eficacia de las medidas cautelares en el proceso de amparo contra ley en El Salvador” (Trabajo de Investigación para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2011), 2-3.

² Ibid. Esta época es situada en el Derecho romano y la Etapa medieval, de ahí su nombre marginal debido a que su regulación no era prioridad para el sistema judicial de la época.

emplazamiento, incluyendo una posible sanción al transmitente. Muchos encuentran su origen, aunque si bien es cierto para esa fecha las medidas cautelares no eran llamadas de esa forma y lo que existía más bien son figuras parecidas destinadas a cumplir fines similares³. Para el caso se tienen como ejemplos:

La *pignoris capio*: la cual constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis actio y estas consistían en la toma de un objeto realizado por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado. En otras ocasiones, en las *pignoris capio* intervenía un magistrado, con la intención de aprovecharse de su poder de imperio y utilizaba el embargo como un castigo para quitarles bienes a quienes los desobedecían.

El Procedimiento Formulario, el cual recibe ese nombre porque el magistrado redactaba un documento pequeño en presencia y con la colaboración de las partes en el cual se materializaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, de esta fórmula dependía el veredicto de condena, en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda, era como un proceso primitivo, sintetizado que posibilitaba resarcir la deuda.

El Secuestro de Bienes: cuya finalidad de esta era que se tomaba como documento ejecutivo el procedimiento formulario con el objetivo de que el bien en litigio no pudiera ser enajenado, ni destruido, ni deteriorado, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse

³ Ever Ulises Martínez Pérez y Carlos Mauricio Ramírez Ramírez. “Las ventajas de las medidas cautelares en el código procesal y mercantil” (Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de El Salvador, 2011).

la contención.⁴ En el derecho español antiguo del siglo XIII se encuentran también algunas consideraciones en el Código Medieval, de las Siete Partidas.

Donde se hace alusión a la figura del secuestro, que expresamente establecía que en lo que respecta a materia procesal si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia, el comprador debía perder el precio que había pagado por esta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda. De lo que cabe la prevención en la que se le prohibía al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la Litis.

- b. Época de la Responsabilidad: La economía hacía impracticable la sanción de la nulidad para el caso de enajenar un objeto litigioso, razón por la cual desaparece de muchas legislaciones. La tutela cautelar aumenta su grado de aplicación, conjuntamente con la responsabilidad del solicitante de la tutela cautelar.

Posteriormente, en el siglo XIX en la evolución de la tutela cautelar se produce el acceso a un sistema de responsabilidad para el solicitante de la medida; integrándose en el ámbito de protección cautelar al propio afectado con la medida, ante el eventual desamparo de la pretensión principal y las mismas empiezan a ser sistematizadas y a tener una regulación amplia.⁵

La construcción de las bases de la teoría cautelar es obra y mérito de la doctrina italiana, en este estadio se desarrollan importantes estudios sobre

⁴ Yeni Nubia Erazo Menjivar et al, "Aplicación de las medidas cautelares de carácter personal en el proceso penal salvadoreño" (Trabajo de Investigación para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2011), 14. Desde las Sociedades antiguas, han existido instituciones jurídicas tendentes a proteger el buen fin del proceso, las que han servido de fundamento para la creación de las Medidas Cautelares.

⁵ Carlos Antonio Pérez Ríos, "Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano." (Tesis para optar al grado académico de Doctor de Derecho., Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010), 58.

las figuras cautelares, por los procesalistas civiles, como Mortara y Mattiolo, posteriormente, hasta su desarrollo en la mejor época de la doctrina procesal, con estudios como los de Chiovenda, Calamandrei y Carnelutti.

La tutela cautelar empieza a cobrar mayor importancia práctica y tanto las leyes como la doctrina empiezan a tratarla en forma sistemática; las medidas cautelares pasan a tener una regulación más amplia, se acrecientan en especie y se permite su aplicación en un mayor número de casos.

- c. Época del Control Judicial: Situada en el siglo XX: en donde el legislador delega al juez la determinación de las circunstancias en que una medida es óptima y establece un control en sede judicial respecto de las solicitudes de tutela cautelar.

En el siglo XX se produce una revolución en el tratamiento normativo de la tutela cautelar; este cambio está representado por la delegación al juez, de la responsabilidad de establecer las circunstancias en que una medida es óptima, es decir, por el establecimiento de un control judicial intenso de las solicitudes de tutela cautelar. En esta época se generaliza por medio de la ley circunstancias que hacen deseable la tutela cautelar, además para la toma de las medidas cautelares se deja la decisión en manos del juez, dentro de las circunstancias mencionadas, se tienen las siguientes:

1. Se incrementa el número de medidas cautelares que pueden adoptarse.
2. Se unifica el procedimiento para su adopción. Situación que se produce cuando la economía de mercado que se consolida y requiere de los Órganos jurisdiccionales cada vez respuestas más rápidas y efectivas, por lo que se centra la atención en esa institución. Acertadamente señalaba Ramos Romeu, hoy en día puede hablarse de la consolidación legal de dos grandes instrumentos: la responsabilidad

civil por daños derivados de la tutela cautelar, junto con la caución y el control judicial de los presupuestos de la cautela⁶.

1.1.1 Antecedentes Históricos de las Medidas cautelares en El Salvador

Para El Salvador el desarrollo de las medidas cautelares tiene sus raíces en el año de 1843, por medio del decreto de las Cámaras Legislativas que estuvo bajo el cargo del Presbítero y Doctor Isidro Menéndez, quien redactó el primer proyecto de Código de Procedimientos Civiles; sin embargo, es hasta los años de 1879 a 1882, cuando se encontraban las normas procesales penales junto a las procesales civiles donde se vuelve a tomar este tema resultando que las medidas cautelares llegaron hasta cierto punto ser uniformes. Luego para el año de 1904 el Código Civil de El Salvador se encontraba modificado por medio de algunas reformas, donde el Artículo 2024 comienza a regular el secuestro, el cual decía: “El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor”.⁷

Las medidas cautelares también hicieron eco en otras legislaciones como El Código de Comercio y la Derogada Ley de Procedimientos Mercantiles, los cuales tomaron en cuenta el tema cautelar, por ejemplo, el artículo 493 inciso 2 del Código de Comercio determina que se ha de brindar fianza suficiente cuando ella se solicite, a fin de indemnizar por los perjuicios causados en caso de no haber demostrado la competencia desleal.

La Ley de Procedimientos Mercantiles en su artículo 21 numeral segundo se manejaba la medida cautelar de la orden provisional de cese de

⁶ Lorena Marisol Jovel Alfaro et al., “La necesidad de regulación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad en El Salvador” (trabajo de grado para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas., Universidad de El Salvador, 2016), 2.

⁷ Código Civil (El Salvador: Asamblea Legislativa, con reformas de 1890 hasta 1903).

actos de competencia desleal, del mismo modo tenemos a la Ley de Propiedad Intelectual y a la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, encontrándose en ellas por ejemplo donde se regula la medida cautelar de: Orden judicial para cesar provisionalmente una actividad, o para abstenerse de una conducta o no interrumpir una prestación.⁸

Finalmente, llegamos a la actualidad donde previamente en el año 2008 son tomadas se crea el Código Procesal Civil y Mercantil, el cual entra en vigencia el 1 de julio de 2010, dándole fin a más de cien años de vigencia al Código de Procedimientos Civiles y abriéndole las puertas de par en par a las medidas cautelares; así tenemos en un solo cuerpo normativo las medidas cautelares como el embargo, la anotación preventiva, el secuestro de bienes, etc., y a las nuevas medidas como la orden de cesar provisionalmente una actividad o de abstenerse de una conducta o la suspensión de acuerdos sociales impugnados, asimismo ofrece la no taxatividad del catálogo de medidas cautelares, abriendo la posibilidad de solicitar cualquier medida que no ha sido señalada en la ley siempre que se estime necesaria y conveniente para asegurar la efectividad de la sentencia.⁹

1.1.2 Antecedentes Históricos del Arbitraje

La mitología griega y posteriormente la latina atribuye a la decisión de Paris la primerísima representación célebre y distinguida de forma de arbitraje en la asignación de la manzana de oro a la diosa más bella del Olimpo.¹⁰ La relación de la historia anterior con el arbitraje estriba en que Zeus quien era el dios más poderoso del Olimpo, siendo que tenía la total legitimación por parte

⁸ Derogado por decreto legislativo No. 712, 18 de septiembre de 2008; Excepto el capítulo XI (Arts. 77 al 119). Posteriormente se amplía la vigencia hasta 22 de junio de 2010.

⁹ Martínez, Ventajas de las medidas.

¹⁰ Francesco Zappalà, "Universalismo histórico del arbitraje", *Historic Universalism of Arbitration*, no 121 (julio de 2010): 193-216.

de todos los dioses para juzgar, como bien lo establece la misma historia, debido a que las tres diosas buscan ayuda en él, lo cierto es que decide no pronunciarse sobre el tema en discordia y encarga a un tercero es decir parís, a quien por ser experto en términos de belleza podría hacer una mejor valoración, el tema es la búsqueda de una persona ajena para que ayudara a las tres diosas.

Sirven además como antecedentes a la figura jurídica del arbitraje las actividades realizadas por los sacerdotes, ancianos y sabios, los cuales desplazaron la justicia privada, determinando las penas, y proporción de la misma en relación a su infracción. Es en esa evolución histórica, en que se desplaza la venganza personal o justicia por la propia mano que se introduce a una justicia arbitral.

1.1.3 Arbitraje en el derecho romano

En el derecho romano, el arbitraje encuentra su mayor desarrollo, siendo que es aquí que surge a partir de una necesidad de resolver controversias de forma heterocompositiva.¹¹ Se dice que el arbitraje era una excepción, y que se reconoce como la regla, ya que en los procesos ordinarios solo en la primera etapa (in jure) intervenía un magistrado mientras que en la siguiente etapa (Apud-Iudicen) se elegía un árbitro que de no haber consenso para su elección era elegido de una lista previamente establecida.

En esta etapa, el arbitraje desarrolla su esplendor. También en la Ley de las Doce Tablas figuran disposiciones relativas a los árbitros para el caso

¹¹ Marcela Rodríguez Mejía, *Medidas cautelares en el proceso arbitral* (Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2014). Los métodos heterocompositivos pertenecen a los diferentes métodos de solucionar los conflictos, estos en particular se pueden definir como aquellos en los cuales la solución va a ser dada o determinada por un tercero totalmente ajeno e independiente de las partes en conflicto.

se tiene que la Tabla IX-III, que imponía la pena de muerte al árbitro dado por los magistrados que recibiera dinero para pronunciar su sentencia, como se desprende de unos textos de las Noches Aticas de Aulo-Gelio y de Cicerón, en su defensa de Verres.

En la Tabla segunda, también hay una ley que se refiere al árbitro. La institución se desarrolló plenamente y en las Pandectas hay numerosas disposiciones concernientes al juicio arbitral. En relación a esto lo más importante que contienen, es lo siguiente:

- a. Los árbitros se llamaban también compromismarios y receptus. La primera palabra tenía su origen en el compromiso que celebraban las partes, para someter sus diferencias al árbitro; la segunda hacía referencia al hecho de que el árbitro era admitido por los litigantes con el mismo objeto.
- b. Los Jueces podrían ser árbitros, excepto en los negocios de los cuales ya conocían como Jueces; no podían ser árbitros los pupilos, los sordomudos, los esclavos ni las mujeres. Estas últimas, porque según el Digesto, las funciones de los árbitros eran propias de los hombres. Tampoco podían ser árbitros los menores de 20 años;
- c. Se podía nombrar un solo árbitro o varios, pero en este último caso, el número debía ser impar, a efecto de que los votos no se empataran; no había acción para obligar a los árbitros a dar su voto, pero en caso de que no lo hicieran, eran responsables de los daños y perjuicios que se ocasionaran a las partes;
- d. El compromiso era nulo cuando el nombramiento de los árbitros recaía en persona que no podía desempeñar el cargo, cuando era contraído por individuos a quien tampoco era lícito comprometer sus negocios, y, cuando se pronunciaba el laudo fuera del tiempo estipulado;

- e. Para que la sentencia de los árbitros fuera válida, era indispensable que la pronunciase delante de las partes, a menos que estas los hubiesen autorizado a hacerlo de otra manera;
- f. El cargo de árbitro no podía delegarse, por su carácter personalísimo;
- g. La muerte de uno de los árbitros ponía fin al compromiso;
- h. Los árbitros no tenían poder alguno coercitivo para obligar a las partes a comparecer en juicio o cumplir lo ordenado en el laudo.

Por lo tanto, dice Dalloz, el compromiso carecía de valor si no era acompañado de la estipulación de una pena para el caso de que las partes, se negaran a acatar la sentencia de los árbitros, pero este sistema fue modificado por Justiniano que concedió la acción de cosa juzgada para hacer cumplir el laudo.¹²

Pese que son un primer acercamiento al arbitraje como se conoce actualmente, lo cierto es que de las anteriores instituciones en la actualidad algunas perduran, como el hecho de que el ejercicio del arbitraje se realice apegado a derecho, además de indicar quienes pueden ejercer el cargo y como dictarse los laudos (en presencia de las partes).

1.1.4 Arbitraje en la edad media

Luego de pasar por el derecho romano es en la edad media donde se le da seguimiento, luego de ser reconocido en distintas normativas especialmente en España,¹³ con el fuero juzgo, esto regulado de forma superficial. En este existen disposiciones que conciernen al arbitraje, por

¹² José Amílcar Quintanilla Carballo, "El proceso arbitral en la legislación salvadoreña" (Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1970).

¹³ Núria Mallandrich Miret, *Medidas cautelares y arbitraje* (Barcelona, España: Ed. Atelier, 2010).

ejemplo, la Ley XIII, Título L, del Libro II¹⁴, de este ordenamiento autoriza el nombramiento de árbitros: “Ninguno non debe juzgar el pleito, si non a quien es mandado del príncipe, o quien, escogido por juez de voluntad de las partes con testimonio de dos hombres buenos, o con tres”.

El Fuero Real (Ley 2ª, Título 7º, Libro I) en el Título VII, del Libro XI, trata de los árbitros. Las Siete Partidas consagran a los avenidores varias leyes del Título IV, Partida 3ª. La Ley XXII, dice: “Árbitros” en latín, que quiere decir en romance, Jueces avenidores, los cuales son escogidos, y puestos por las partes, para librar la contienda, que es entre ellos. Estos son de dos maneras, la primera es cuando los hombres ponen sus pleitos, y sus contiendas, en mano de ellos, para que las resuelvan según derecho.

Entonces se dice, que tales avenidores como estos, desde que reciben y juzgan lo hacen como si fuesen jueces ordinarios. En cuanto a la otra manera de jueces de avenencia es al que llaman en latín “Arbitradores y comunales amigos”, que son escogidos por avenencia de ambas partes, para avenir y resolver las contiendas que quieren entre sí, en cualquier manera que ellos tuvieren por bien. La institución del arbitraje continúa complementándose posterior a las siete partidas hasta llegar a la ley española de 1588 que posteriormente servirá de modelo para el Código de Procedimientos Civiles de El Salvador.¹⁵

1.1.5 Arbitraje a partir del siglo XVIII

Durante la revolución francesa se constituye una figura que se acomodaba bien a los idearios de la revolución, acorde con los principios republicanos y liberales. La revolución gustaba de este modo de justicia al

¹⁴ Ninguno debe juzgar un pleito, si no quien es autorizado por el príncipe, o quien es escogido por un juez a voluntad de las partes con testimonio de dos hombres buenos contra tres.

¹⁵ Quintanilla, Proceso Arbitral.

margen de los poderes constituidos, en reacción a los abusos de algunas justicias reales. Así, en ese momento se vivió un florecimiento de disposiciones legales favorables al arbitraje haciéndolo obligatorio en infinidad de materias, para el caso El artículo 1º del decreto del 16-24 de agosto de 1790 que refería:

El arbitraje es el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos, los legisladores no podrán expedir disposiciones que tiendan a disminuir las ventajas y eficacia del compromiso. Para el siglo XIX, el Código de procedimiento civil francés de 1806 incluyó un título dedicado al arbitraje que permanecería hasta su modificación en 1980 y 1981. Este código contemplaba un arbitraje voluntario, bajo la supervisión de la jurisdicción legal y un arbitraje obligatorio, el único que subsistió, entre socios en razón de la sociedad.¹⁶

Del mismo modo, existen algunas consideraciones respecto del arbitraje en El Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado de 1928 el cual nace a partir de la VI Conferencia Internacional Americana en 1928. Este código se encuentra vigente para Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela el cual ratifica en sus artículos 423 al 433 lo concerniente a los requisitos exigidos por el Tratado de Montevideo de 1889 para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales.¹⁷

Además, la necesidad de mantener relaciones pacíficas entre los países deja como consecuencia la creación de diversas instituciones internacionales como Organización Mundial del Comercio OMC, creada en

¹⁶ Juan Carlos Villalba Cuéllar y Rodrigo Andrés Moscoso Valderrama, "Orígenes y panorama actual del arbitraje", *Prolegómenos. Derechos y Valores* XI, no 22 (diciembre de 2008): 141-170.

¹⁷ *Ibíd.*, 149.

1994, la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional CNUDMI, conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL, desarrollaron mucho más la figura del arbitraje y que da paso a que se establezcan un arbitraje interno y uno internacional dentro de los países.

1.1.6 Arbitraje en El Salvador

En El Salvador justo después de la Independencia durante los primeros 34 años de vida independiente, el conjunto de leyes procesales que se aplicaron en el país, fueron las mismas leyes que se tuvieron durante la época de la colonia. Dicha legislación era incorpórea, es decir, estaba formada por leyes decretadas en diferentes épocas.¹⁸

Dichas leyes procesales existentes fueron recuperadas por el presbítero y doctor Isidro Menéndez, en la obra denominada “Recopilación de Leyes Patrias”, es en esta recopilación se encuentra el primer antecedente del arbitraje en El Salvador, específicamente en la ley tercera, título III, del libro V, en los artículos de la instrucción del 30 de julio de 1824, en la parte de los juicio conciliatorios estableció las primeras regulaciones sobre arbitraje en los artículos 235 y 236 los cuales refieren; artículo 235 “los alcaldes, cuando no puedan conciliar los negocios con los hombres buenos, procuraran hacer observaciones a los litigantes, para inclinarlos a que nombren jueces árbitros, de manera que terminen así la diferencia”.

El Artículo 236 “los jueces árbitros que se nombren, no pueden negarse a servir, sin causa legítima, ni exigir ningún derecho, ni dejar de obrar bien, arreglado a las leyes, pena de que se les exija la responsabilidad”.¹⁹ Los

¹⁸ Quintanilla, Proceso Arbitral.

¹⁹ Marta Hortensia Cea Flores et al., “El arbitraje civil y comercial en El Salvador dentro del marco jurídico de la ley de mediación conciliación y arbitraje” (Tesis para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2004).

momentos históricos más importantes del arbitraje en El Salvador se encuentran en los diferentes cuerpos normativos que han existido a lo largo del tiempo estos son:

1. Código de Procedimientos Civiles y Formulas Judiciales.
2. Código de Procedimientos Civiles.
3. Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje.
4. Código Procesal Civil y Mercantil.

1.1.6.1 Código de Procedimientos Civiles y Formulas Judiciales

El arbitraje fue tomado de forma general en torno a los juicios conciliatorios; siendo regulado de forma sistemática hasta el 20 de noviembre de 1857, en el ya derogado Código de Procedimientos Civiles y de Formulas Judiciales, el cual, en el Libro I, título II, capítulo III trataba el tema “De los juicios por arbitramiento”.

En el Artículo 47 de ese Código se conceptualiza el juicio arbitral, así: “Son juicios por arbitramento los que se someten a jueces árbitros, que en su nombramiento y ejercicio dependen exclusivamente de la voluntad y arbitrio de las partes”. Seguidamente en sus artículos 48 y 49 hace una división de los árbitros, haciendo la distinción de rigor entre árbitros de Derecho y árbitros arbitradores y los requisitos necesarios para ser árbitro; luego que podían decidirse por medio de jueces árbitros todas las controversias de los litigantes, pero con las excepciones que el mismo estatúa en su artículo 57, que taxativamente eran los siguientes:

1. Las causas de la Hacienda Pública
2. Las de Beneficencia

3. Las de Establecimientos Público
4. Las de Divorcio
5. Las que están sujetas a la intervención del Ministerio Fiscal, y;
6. Las de aquellas personas que no pueden representarse a sí mismas.

Por su parte el artículo 54 establecía la forma en que debía nombrarse los árbitros siendo esta por escritura pública de compromiso, la cual según el art. 58 debía ser entregada al juez de primera instancia del domicilio del árbitro quien le haría saber al árbitro para que aceptaran juraran el cargo, en dicha escritura se designaría:

1. El objeto del litigio
2. Las personas elegidas por las partes como árbitros.
3. Las facultades que se les concedían.
4. El término dentro del cual debían sentenciar.
5. Reserva expresa del recurso de apelación.

Según el mismo art. 58 se refleja que los árbitros podían recibir todas las pruebas que ofrecieran las partes y todos aquellos actos que no requieran coacción, en cuyo único caso pedirían el auxilio del Juez ordinario además en el artículo 49 Los árbitros de Derecho proceden como los jueces y arreglarán sus procedimientos, como sus decisiones, a las leyes vigentes en la materia y dichas sentencias serán como dictare su conciencia, sin atender más que a la verdad y a la buena fe.

1.1.6.2 Código de Procedimientos Civiles

Las disposiciones contenidas en el Código de Procedimientos Civiles, (el cual, fue derogado con la entrada en vigencia del CPCM) en la Sección III del capítulo II, título I, Libro I, trata “De los juicios por arbitramento”, que van del artículo 56 al 79. En el cual se retomaban los artículos de la siguiente forma:

El artículo 53 iniciaba con una definición de lo que se entiende por juicios por arbitramento como: *“...Son juicios por arbitramento los que se someten a jueces árbitros, que en su nombramiento y ejercicio dependen exclusivamente de la voluntad y arbitrio de las partes...”* una vez definido el artículo 54 hace la clasificación de árbitros de Derecho y Árbitros arbitradores o también llamados amigables o componedores. Los cuales son diferenciados en el artículo 55 y establece los requisitos el artículo 56 de la manera siguiente:

- a. Los árbitros de derecho proceden como los jueces ordinarios y arreglarán sus procedimientos, como sus decisiones, a las leyes vigentes en la materia.
- b. Los árbitros arbitradores procederán y sentenciarán, según les dictare su conciencia, sin atender más que a la verdad y la buena fe. Siendo la forma de resolver apegado a las leyes o a la buena fe lo que los diferencia. Además, se encuentra otra diferencia en relación a algunas formalidades según expresaba el artículo 72: *“...Los jueces árbitros actúan en el papel sellado correspondiente y con un secretario nombrado por ellos mientras 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 del juez ordinario. Pueden ser árbitros de derecho o árbitros arbitradores:²⁰

1. los ciudadanos en ejercicio de sus derechos.

²⁰ La Ley de Medición Conciliación y Arbitraje expresa art. 35 que solo las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos podrán ser designadas como árbitros.

2. mayores de veintiún años.
3. que sepan leer y escribir;
4. los extranjeros residentes en la República.

Siendo una excepción los Magistrados de la Corte de Justicia y jueces de primera instancia. En el artículo 57 se establecía que a nadie se le podía privar del derecho de terminar sus diferencias por un juicio de arbitramento, precepto que se mantiene hasta la fecha.

En relaciona al procedimiento para nombrar árbitros los artículos 58 y 59 establecen que al igual que en el Código de Procedimiento civiles y Formulas Judiciales, se debe hacer por medio de una escritura de publica de compromiso²¹ y siguiendo el mismo procedimiento del mismo como lo deja ver el artículo 62, llevando la escritura al juez de primera instancia del domicilio del árbitro para que este se dé por enterado y acepte o no. Una vez que el árbitro ha aceptado el compromiso según lo expone el artículo 65 no podrá excusarse ni después de esto podrán ser recusados, excepto en uno y otro caso, (árbitros de derecho o arbitradores) aquel en que la causa de la excusa o de la recusación sobrevenga después del compromiso. Además, se explican las materias excluidas en el arbitraje que según el artículo 60 eran:

1. Las causas de Hacienda Pública:
2. Las de beneficencia.
3. Las de establecimientos públicos

²¹ En el artículo 54 del Código de Procedimientos Civiles y Formulas Judiciales establecía que en tal escritura pública de compromiso se designaría el objeto del litigio; las personas elegidas por las partes como árbitros; las facultades que se les concedían; el término dentro del cual debían sentenciar; y la reserva expresa del recurso de apelación.

4. Las de divorcio:
5. Las de donaciones o legados para alimentos, habitación o vestido:
6. Las de separación de bienes entre marido y mujer.
7. Las del estado civil de las personas:
8. Las de aquellas personas naturales o jurídicas, que no pueden representarse a sí mismas y;
9. si no es en los casos y con las formalidades prescritas en el Código Civil, salvas las excepciones legales.

Los artículos 63 y 64 se refieren a los plazos para la sentencia de los cuales se extrae que las partes podían fijar el plazo para el mismo sin embargo si esto no se pactaba el plazo era de cuarenta días desde la aceptación o juramento.

En relación a la forma de fallar de los árbitros el artículo 66 hace alusión al principio procesal de congruencia, es decir que los árbitros solo pueden fallar en la forma y sobre el negocio o punto especial que se hubiere comprometido: no lo podrán hacer ni en otra forma ni sobre otro negocio o punto. Asimismo, se establece que, durante el plazo señalado para las sentencias de los árbitros arbitradores, no podrían ser removidos, sino por consentimiento unánime de las partes.

Por su parte el artículo 67 refería que *“...Cuando en el compromiso se sujetan a juicio de árbitros o arbitradores muchos negocios, objetos o cuestiones, enteramente diferentes unas de otras, sobre cada una de ellas se conocerá y fallara en pieza separada; excepto el caso en que la escritura o documento de compromiso, exprese que todas se han de determinar en una*

sola sentencia...” El artículo 69 hacía referencia a los casos en que exista discordia en el fallo para lo cual se nombrara un tercero en discordia, mismo que según el artículo 70 deberá fallar en el término de quince días, contados desde la fecha de su aceptación, excepto el caso en que, en su nombramiento, las partes amplíen o restrinjan el término, sentándose además que esta decisión del tercero en discordia es la sentencia, aunque no se adhiera a ningún parecer de los árbitros o arbitradores.

Luego de tener el laudo o sentencia el artículo 73 exponía que debía pasar con la causa al juez que hubiera conocido de ella, sino hubiese sido comprometida para que fuera este quien notificara a las partes. Además, esa resolución admitía los recursos de apelación y nulidad que sean permitidos, la declarara a solicitud de parte, pasada en autoridad de cosa juzgada, en su caso, y la ejecutara con arreglo a derecho.

También admitirá y sustanciará las solicitudes sobre aclaración o reforma de la sentencia o laudo, y devolverá el proceso a los árbitros o arbitradores para que resuelvan lo conveniente.

Finalmente, el artículo 75 se refería a cuando cesaba el compromiso de los árbitros y esto era:

1. Por muerte o impedimento físico de uno de los árbitros o arbitradores si no se ha estipulado su reemplazo en la escritura o documento, salvo que después lo reemplace la elección de las partes.
2. Por haberse cumplido el plazo señalado por las partes, o el que este Código designa, sin que hayan fallado los arbitradores.
3. Por aniquilación o pérdida del objeto disputado, no silencio por culpa de uno de los litigantes.

Asimismo, el artículo 76 establece que todo procedimiento de los árbitros o arbitradores, después de haber cesado el compromiso o después de removidos, será nulo.

1.1.6.3 Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje

En la historia de El Salvador, no ha existido un verdadero desarrollo de la figura del arbitraje, así como de los otros medios alternos de resolución de controversias. A pesar de haber estado contemplado dentro del derecho procesal común por más de cien años, son pocas las personas que han hecho uso de esta útil herramienta para solucionar sus conflictos de forma ágil y expedita.

En el intento de promover su utilización, en el año 2002 se crea la “Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje”. Sus principales objetivos fueron modernizar los procedimientos existentes de acuerdo con las normas internacionales y propiciar su desenvolvimiento, en espera de crear un clima óptimo para el desarrollo y traer inversión extranjera. La “Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje” fue publicada en el Diario Oficial el día 21 de agosto de 2002, y su incorporación dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño significó un gran paso en torno a la modernización y a la verdadera utilización de estas herramientas para la solución de conflictos, y aún queda mucho trayecto por recorrer para lograr los objetivos propuestos en el momento de la creación de la ley.²²

1.1.6.4 Código Procesal Civil y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil entró en vigencia a partir del primero de enero del año dos mil diez; dicho cuerpo normativo no causó gran

²² Departamento de Estudios Legales FUSADES, “Aspectos prácticos del arbitraje en El Salvador”, *Boletín de Estudios Legales*, n. 51 (2005).

afectación a la institución del arbitraje ya que solamente es tomado en cuenta someramente en un par de disposiciones. En primer lugar se tiene el artículo 126 que dispone las formas anticipadas de finalizar el proceso, el cual establece que las partes podrán disponer de las pretensiones ejercitadas en el proceso, sin importar el estado del mismo, dependiendo de la naturaleza del acto de disposición; entre estos actos se encuentra el someterse a arbitraje, esto basado en el principio dispositivo donde las partes tienen el derecho de disponer de sus pretensiones en cualquier momento del proceso siempre que se respete el orden público, el interés general, la protección de terceros y no se caiga en fraude de ley.

La siguiente disposición que se refiere al arbitraje es el artículo 435, en cuanto a adopción de medidas cautelares en el arbitraje, relacionado al artículo 32 inciso segundo de la LMCA; donde la parte que compruebe un interés legítimo podrá solicitarle al juez que hubiera conocido del proceso en primera instancia, la adopción de medidas cautelares (es menester aclarar que esta es solo una opción para adoptar medidas cautelares, como se expondrá más adelante). Respecto a otras disposiciones relacionadas a la materia de arbitraje, se tienen los artículos 551 y siguientes donde se establece el proceso de ejecución forzosa y el artículo 554 recoge al laudo arbitral como un título de ejecución, estableciendo el procedimiento a seguir para hacerlo efectivo. No hay que olvidar la aplicación supletoria del derecho común derivado del artículo 20 CPCM el cual establece que a falta de disposiciones específicas en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente.

1.2 Historia de las medidas Cautelares en el procedimiento Arbitral

En el pasado mucho se discutió si los árbitros, investidos por acuerdo de las partes de la autoridad para examinar y resolver sus controversias,

debían tener adicionalmente potestad para dictar medidas cautelares, dado que existían unos tribunales de justicia hábiles para adoptarlas. Por lo que el tema de la regulación de las mismas se empieza a vislumbrar con los Convenios de Bruselas sobre Embargo Preventivo de Buques de 1952 y del Convenio Europeo sobre el Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra en 1961, que la doctrina considera la posibilidad teórica de adoptar medidas cautelares durante la tramitación o incluso antes del inicio del procedimiento arbitral ya sea por medio de los árbitros o por medio del órgano judicial; en pocas palabras, lo anterior es debido al auge del arbitraje internacional en España.²³

En 1988, España introduce la primera regulación de arbitraje, respecto a medidas cautelares, sin embargo, se refería a que su aplicación sería luego que, dictado el laudo arbitral, alejándose de lo establecido por la doctrina. Se reivindica la normativa española hasta el año 2000 con la Ley de Enjuiciamiento Civil donde las partes podían acudir a las instituciones judiciales para solicitar medidas cautelares, ya sea antes o durante el procedimiento arbitral.²⁴ Lo que es indiscutible es que el arbitraje en el plano internacional es el detonante clave para poder aplicar las medidas cautelares como bien consta en los datos anteriores, la Ley Modelo UNCITRAL²⁵ sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMU de 1985) la cual reconocía a los árbitros esa facultad.

Los cuales son los antecedentes históricos más importantes que impulsan a las nuevas legislaciones a aplicarlas dentro de su normativa. Por ejemplo, la ley suiza sobre arbitraje internacional, que reconoce la función de

²³ Francisco Javier Carrión García de Parada, "La tutela cautelar de los derechos en el arbitraje", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 29 (2013): 4.

²⁴ Pérez, Estudio de las medidas, 56.

²⁵ *Ibid.*

adoptar medidas cautelares por parte de los árbitros a petición de una de las partes. La ley griega del 18 de agosto de 1999 sobre el arbitraje comercial internacional (N.º: 2735/99), establece en su Art. 17, que, salvo acuerdo en contra de las partes, el tribunal arbitral puede, a instancia de una parte, ordenar a la otra parte que tome las medidas cautelares que él estime necesarias en lo que concierne el objeto de la controversia.

Y en Latinoamérica se tienen los esfuerzos de los países como Perú que autoriza a cualquiera de las partes de una controversia en un procedimiento arbitral, a solicitar al Poder Judicial la adopción de medidas cautelares, hasta antes de la iniciación del arbitraje. Instalado el Tribunal Arbitral, a este le compete en forma exclusiva dictar las medidas cautelares, previa solicitud de partes, procediendo el auxilio del juez para la ejecución de las medidas adoptadas. Colombia para 1979 en su decreto 2279 también autorizó la aplicación de las medidas cautelares en el arbitraje a petición de parte.

1.2.1 Historia de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral de El Salvador

En El Salvador el tema de las medidas cautelares en el arbitraje no ha tenido un desarrollo a nivel teórico tan extenso como en otros países de Latinoamérica, tal y como se ha relacionado anteriormente.

La aplicación de medidas cautelares es un tema de discusión resiente debido a que por mucho tiempo no existió norma expresa que lo autorizara; y 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, quedaban autorizados para todos aquellos actos que no requieran coacción, en cuyo único caso pedirían el auxilio del Juez ordinario.

Limitando de esta forma la potestad de los árbitros de aplicar medidas cautelares. Una de las primeras menciones de las medidas cautelares en el Procedimiento arbitral se da con la entrada en vigencia de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje, el veintitrés de julio de dos mil dos, en que de manera tacita se abre la posibilidad de aplicar medidas cautelares en el arbitraje según se desprende del artículo 32 del citado cuerpo legal, refiriéndose a la renuncia del arbitraje.²⁶

En relación a ese punto en el inciso final de la norma antes relacionada refiere: “...*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 precautorias o que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas...*”.Lo anterior, abre una posibilidad de aplicación de medidas cautelares en el arbitraje, aunque para esa fecha no se encuentra regulación alguna a la cual puedan acudir para saber cuál es la forma de aplicar y en qué casos hacerlo si es que el árbitro podía aplicarlas.

Es hasta que el Código Procesal Civil y Mercantil entre en vigencia en el año 2008, que se retoma este punto en el artículo 431 relacionado con el artículo 435, ya que el primero extiende la aplicación de las medidas cautelares a todo proceso civil o mercantil, mientras que el segundo específicamente se refiere a la aplicación de medidas cautelares en el proceso arbitral pero siempre siguiendo la línea de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje, que solo se refiere a la aplicación por medio de un Juez.

²⁶ Mario Enrique Sáenz, “Las medidas cautelares en el arbitraje” (Tesis para optar al grado de Maestro en Derecho de Empresa, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 2010), 57.

CAPÍTULO II MARCO DOCTRINARIO Y JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El objetivo de este capítulo es conocer las nociones doctrinarias en relación a las medidas cautelares para establecer un punto de partida que ayudará a comprender los diversos conceptos y teorías que versan sobre las Medidas Cautelares; asimismo, desarrollar el estudio del fundamento constitucional y legal de las Medidas Cautelares en el Salvador, para establecer el tratamiento que se da a dicha figura tanto a nivel nacional como internacional.

Es por ello que este apartado versa sobre el sistema doctrinario y régimen jurídico de las medidas cautelares, cuyo punto de partida son sus diferentes definiciones, seguido de las teorías existentes sobre su naturaleza jurídica las cuales desarrollan su finalidad y esencia al igual que sus características, requisitos de procedencia, clasificación y fundamento constitucional y legal; es decir, su regulación dentro de los cuerpos normativos secundarios y tratados internacionales relacionados con las medidas cautelares firmados y ratificados por El Salvador, para establecer un catálogo de medidas cautelares de El Salvador, indicadas en diversas áreas del derecho.

2.1 Definición de Medidas Cautelares

Medidas Cautelares son “adoptadas en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para prevenir que la resolución pueda ser más eficaz.”²⁷ Se las encuentra dentro de los presupuestos procesales del proceso a las que

²⁷ Manuel Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1974), 276.

Devís Echandía define como “aquellas disposiciones preventivas que deben practicarse antes de la notificación al demandado.”²⁸

Según Couture se les puede llamar “sentencias cautelares”, las cuales pueden producir efectos declarativos, constituidos o de condena que surjan de su propio contenido.²⁹ Del mismo modo en la exposición de motivos del Código Procesal Civil Y Mercantil medidas cautelares son concebidas como un “medio para asegurar la efectividad del cumplimiento de una posible sentencia estimatoria, decretadas a petición de parte, pudiéndolas solicitar como diligencia preliminar o bien dentro del proceso justificando que son indispensables para la protección de un derecho serán decretadas siempre sin audiencia de la parte contraria.”³⁰

Otra definición de medidas cautelares dice que es “Una actividad preventiva que, enmarcada en una objetiva posibilidad de frustración, riesgo, o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, según las circunstancias exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existentes o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.”³¹

Por su parte, Silvia Barona Vilar establece que las Medidas Cautelares son la tercera función jurisdiccional (la cautelar), la cual asegura la función de

²⁸ Hernando Devís Echandía, *Teoría general del proceso* (Buenos Aires: Universidad, 1997).

²⁹ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* 4ª ed., (Montevideo: Editorial B de F : J.C. Faira, 2004).

³⁰ Exposición de motivos del código procesal civil y mercantil.

³¹ Carlos Fernando Dassum Barrera, “Las medidas cautelares en el arbitraje internacional” (Tesina presentada como requisito para la obtención del Título de Abogado, Universidad San Francisco de Quito, 2010), 4.

juzgar y la de ejecutar; estas medidas cautelares, “...en todos los procesos, se justifican en la necesidad de tiempo para la tutela de los derechos de la persona en el caso concreto...” dado que este factor tiempo implica el riesgo a que la sentencia dictada pueda ser inútil; especialmente, en caso de que el sujeto pasivo se ha aprovechado a fin de que la sentencia no pueda llegar a ejecutarse.³²

De acuerdo a los elementos de las definiciones anteriores; resulta la siguiente definición de Medidas Cautelares: son los medios procesales preventivos, de los que goza la parte procesal que considera que se encuentra ante la posibilidad de frustración, riesgo, o en estado de peligro, la eficacia de la sentencia de un caso concreto; fundado en presupuestos previamente establecidos por la ley y basándose en probabilidades allegadas a la existencia del derecho invocado por la parte peticionante, a fin de que el juzgador decida aplicar tales medios de carácter provisional limitando ciertos derechos o garantías a la contraparte, para garantizar y asegurar, a su vez, el contenido de la sentencia y su eficaz cumplimiento; esto como consecuencia de la tercera función jurisdiccional; es decir, la función cautelar, cuya finalidad es asegurar las otras dos funciones jurisdiccionales (la de juzgar y ejecutar); de esta manera, se evitará que la eficacia de la sentencia dictada sea inútil, especialmente, cuando el demandado se aproveche con el objetivo de que la sentencia no pueda llegar a ejecutarse.

2.2 Naturaleza de las Medidas Cautelares

Luego de haber definido lo que son las medidas cautelares es momento de ubicar su naturaleza Jurídica misma que las diferencias de otras figuras

³² Juan Montero Aroca y Mauro Roderico Chacón Corado, *Manual de derecho procesal civil guatemalteco* (Ciudad de Guatemala: Magna Terra Editores, 1999), 35. Entiéndase, función jurisdiccional como el poder-deber del Estado emanado de su soberanía, para dirimir conflictos entre los particulares o entre el Estado y los particulares a través del órgano jurisdiccional.

jurídicas; este tema ha generado controversia dentro de la doctrina procesalista donde se identifican una serie de posturas y problemas que deben ser estudiadas considerablemente;³³ así se tiene las siguientes:

- a. Como Acción Cautelar: Los doctrinarios que sostienen esta postura afirman que el sujeto que ejercite la tutela está utilizando un poder actual, en el sentido que las medidas cautelares son un derecho frente al Estado y contra determinados particulares; consecuentemente, al Estado se le solicita que asegure la plena efectividad de la futura sentencia durante el tiempo que dure la tramitación del proceso; justificándose en la necesidad de emplear tiempo en la actuación de la justicia; debido a que el poder jurídico de obtener una resolución cautelar es una forma de acción que no es accesoria de ningún derecho. Entre los que critican esta postura se encuentran Carnelutti y Chiovenda.³⁴
- b. Como Proceso Cautelar: En tanto que son una actividad jurisdiccional, y responden a la necesidad de hablar de proceso, cuyos elementos llevan conllevan a que se consideren como tal. Este proceso tiene como objetivo la mera tutela cautelar o preventiva sirviendo como mecanismo jurídico-procesal y así garantizar la pretensión declarativa y la de ejecución.
- c. Como Acto de Aseguramiento: esta perspectiva explica que las Medidas Cautelares en cuanto a su naturaleza, es similar a un proceso, por ende, es un proceso cautelar; la única diferencia notable es que la Medida

³³ Las medidas cautelares además son consideradas 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.

³⁴ Levis Amparo Abarca et al., "Eficacia de las medidas cautelares de carácter patrimonial contempladas en la ley procesal de familia" (tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2000). Sostienen que la acción no es cautelar, sino que es la misma acción derivada del derecho constitucional de petición, basándose en la teoría unitaria de la acción.

Cautelar se agota una vez cumple su función inmediata (cauciones) o su función mediata (efectos de la sentencia).³⁵

- d. Como Actos Procesales: por otra parte, esta postura ve a las Medidas Cautelares como actuaciones procesales que se anticipan a posibles efectos de la Sentencia definitiva, convirtiéndose en un acto procesal y consecuentemente es parte de un todo el cual debe analizarse y calificarse; sin embargo, se considera un error pensar que las medidas cautelares son una Institución Jurídica meramente procesal, debido a que funcionan también en sede administrativa.³⁶

Además de las perspectivas anteriores; para hacer una aproximación al tema se puede observar que el problema también se encuentra en asegurar 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. Por lo que surge el razonamiento siguiente, el cual fue expuesto por Barona Vilar quien especula que el legislador ha desarrollado y especificado los elementos que componen la tutela cautelar, al igual que su configuración procesal, desarrollando, una cadena de reglas cuya caracterización difiere en algunos aspectos del proceso declarativo y posiblemente de los demás procesos; en ese orden de ideas, 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. Es decir, se trata de un proceso

³⁵ Héctor Enrique Quiroga Cubillos, *Procesos y medidas cautelares: comentarios a la convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares* (Okey Impresores, 1991). Pese a lo dicho en esta postura, estos actos no constituyen el aseguramiento de la pretensión principal invocada, en todo caso, la función será cautelar, debido a que está a la espera de un resultado, o tratara de proteger el asunto principal de eventualidades que se le presentan al mismo proceso cautelar.

³⁶ María Cecilia Rivera, "Medidas cautelares en el derecho de familia" (Universidad Francisco Gavidia, 2007), 7.

nuevo, autónomo y diferente del de declaración y de ejecución, que aun cuando es instrumento de dichos procesos, posee una autonomía que lo singulariza.³⁷

A pesar de lo anterior, existen otros autores que niegan autonomía procesal al proceso cautelar, transformándolo en un incidente del proceso principal; argumentando que el desarrollo de la actividad cautelar está compuesto por dos tipos de actuaciones a mencionar: la declaración cautelar y la ejecución cautelar, las cuales culminan en el proceso de declaración y el proceso de ejecución. Además, no se concreta la autonomía de las medidas cautelares debido al carácter sistemático de las medidas cautelares y a la instrumentalidad de las mismas que es un aspecto importante de su esencia.³⁸

El argumento anterior conviene considerarlo ya que al tomarse en cuenta las características de las medidas cautelares mismas que serán desarrolladas más adelante en este documento; y es que las medidas cautelares no existen por sí solas, más bien estas tienen un carácter instrumental o accesorio el cual las hace depender de un proceso principal y que una vez este termina ellas también cesan, como consecuencia de su carácter temporal

2.3 Características de las Medidas Cautelares

La tutela cautelar se destina a evitar los efectos de la duración del proceso, puesto que es precisamente esta duración la que determina la necesidad de ésta, partiendo de esa importancia y luego de que se ha logrado establecer lo que se debe entender por medidas cautelares es necesario

³⁷ Silvia Barona Vilar, *Medidas cautelares en el arbitraje* (Madrid: Ed. Civitas, 2006), 77-78.

³⁸ Sáenz, Las medidas cautelares. Las medidas cautelares como otros procedimientos accesorios, son procesos aislados que no conocen del fondo del asunto principal; sin embargo, requieren de la existencia de este para subsistir; de ahí que le sea negada tal autonomía.

identificar cuáles son los caracteres que hacen de las medidas cautelares una institución jurídica única y diferente de las demás, y son las siguientes:

- a. Instrumentalidad o accesoriedad,
- b. Provisionalidad,
- c. Temporalidad, y
- d. Mutabilidad, flexibilidad o variabilidad

2.3.1 Instrumentalidad o accesoriedad:

Es una de las características más esenciales de las medidas cautelares, ya que implican una subordinación al proceso principal, que gira alrededor del objeto del litigio y por ende no son autónomas.³⁹ Esta característica nace de la necesidad de evitar que se produzca un daño, o que el mismo daño se agrave mientras corre el tiempo para que se dicte la sentencia definitiva; además, pueden ser consideradas como un elemento de otro proceso, por cuanto se otorgan en consideración al derecho que ha de esclarecerse o actuarse mediante las formas regulares que aseguran la defensa en juicio, es decir, en un proceso donde se actuará ese derecho, o para asegurar la posibilidad misma o la integridad de ese proceso.⁴⁰

Esta característica es vinculada a las finalidades del proceso cautelar (asegurar la eficacia y la ejecución de la decisión definitiva que será adoptada en el proceso principal).⁴¹ Es decir, que las medidas cautelares no pueden ser entendidas como independientes ósea que tiendan por sí solas a dar

³⁹ Martínez, Ventajas de las medidas, 28.

⁴⁰ J. Ramiro Podetti, *Tratado de las medidas cautelares* (Ediar, 2ª Ed. 1956), 33-34.

⁴¹ Carlos Ernesto Quiñones Gómez, "Poderes de los árbitros vs. adopción de medidas cautelares: Un motivo de tensión en el arbitraje nacional", *Revista de Derecho*, (2012): 371-99, 381.

Satisfacción a la pretensión ejercitada en el proceso principal, sino que es un instrumento del instrumento, constituyendo un binomio inseparable.⁴² En otras palabras, la instrumentalidad o la accesoriedad de las medidas cautelares está fundamentada en dos ideas básicas, y es que en primer lugar nacen dentro del proceso principal, para permanecer dentro de este y extinguirse dentro del mismo; en segundo lugar, las medidas cautelares son la consecuencia de la necesidad de brindar una garantía a la pretensión que dio lugar al nacimiento al proceso.⁴³

No debe confundirse la instrumentalidad con la provisionalidad ya que, aunque ambas están estrechamente vinculadas, la instrumentalidad expone el fundamento de la medida cautelar, cuya finalidad es mantener viva y resguardada la materia del proceso y sus inciertas resultas mientras se emite una resolución definitiva; es decir, que con las medidas cautelares se busca asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso.⁴⁴

2.3.2 Provisionalidad:

Como su nombre lo indica, las medidas cautelares son provisionales cuya limitación es dar una solución temporal al litigio hasta que el mismo se resuelva definitivamente;⁴⁵ es decir, las medidas cautelares subsisten mientras duren las circunstancias que las determinaron, es decir que en cualquier momento en que éstas cesan se podrá requerir su levantamiento. No obstante,

⁴² Montero, Manual de derecho procesal, 512. Quiñones, Poderes de los árbitros. De ahí que las medidas cautelares no tienen una finalidad propia, sino que se manifiestan como herramientas accesorias a una acción principal buscando la tutela definitiva al derecho reclamado.

⁴³ César Roberto Rodríguez, "Limitaciones legales y doctrinarias en la aplicación de medidas cautelares sustitutivas de la detención provisional" (Tesis para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1988).

⁴⁴ Carlos Manuel Martín Jiménez, "Teoría y práctica del ejercicio de las acciones civiles. comentarios y formularios" Lex Nova (2010): 62-65.

⁴⁵ Rosa Lapiedra Alcamí, "La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional" (Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2003), 62-65.

la doctrina afirma que la provisionalidad de las medidas cautelares no significa que estas prejuzgan el fondo del asunto o ponen fin al proceso principal, ni mucho menos que sustituirán al mismo; prueba de ello es uno de los requisitos fundamentales para que se decrete la adopción de una medida cautelar dentro de un proceso es que la parte solicitante rinda caución o depósito por los posibles daños o pérdidas que puede llegar a causarle al patrimonio del demandado en el caso de que la medida cautelar a adoptar resulte ser innecesaria por no haber obtenido una sentencia favorable el solicitante.⁴⁶

En otras palabras, lo anterior, no quiere decir que sea una ejecución anticipada del fondo del asunto; sino que habrá que esperar a la emisión de la sentencia definitiva; sin embargo, la obtención de una resolución que dicte medidas cautelares constituye un indicio favorable para el solicitante de tales medidas.⁴⁷

Esta característica es un atributo cuya alusión va encaminada a la existencia limitada que tienen las medidas cautelares, fundamentándose en la vigencia del proceso principal, circunstancia que las determina y de donde son instrumento; la finalización del proceso principal significa la extinción de las medidas cautelares adoptadas en dicho proceso.⁴⁸

Cabe aclarar que provisionalidad no es lo mismo que la temporalidad, en tanto que el concepto de provisoriedad es un tanto diverso y restringido, destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo; mientras que la temporalidad hace referencia a *“lo que no dura siempre”*; independientemente de que sobrevenga otro evento, su duración es limitada. En ese orden de ideas, la aspiración de las medidas cautelares no es transformarse en

⁴⁶ Podetti, Tratado de las medidas cautelares, 35.

⁴⁷ Lapiedra, La intervención judicial, 62 al 65. El proceso cautelar y el proceso principal son entes aislados, dado que el primero no conocerá del fondo del asunto.

⁴⁸ Quiñones, Poderes de los árbitros.

definitivas ya que desaparecerán en cuanto el proceso principal alcance una situación en la que el aseguramiento ya no sea necesario, ya sea porque la pretensión fue desestimada o a consecuencia de que la sentencia ya fue ejecutada donde la razón de ser de las medidas cautelares finaliza con dicha ejecución.⁴⁹ Del mismo modo, Kielmanovich⁵⁰ señala que debido a la provisionalidad de la que gozan las medidas cautelares, tienen que perdurar hasta que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad⁵¹, o en todo caso hasta que prevalezcan las circunstancias que determinaron la existencia de las mismas.

2.3.3 Temporalidad:

Esta característica surge a consecuencia de las anteriores ya que todas las medidas adoptadas en un proceso cautelar tienen una duración temporal limitada.

Esto es que no puede determinarse a priori su duración, pues depende de lo que dure el proceso principal, pero sí se sabe con seguridad que habrán de desaparecer, ya que la misma naturaleza de las medidas cautelares explica cómo estas nacen para extinguirse cuando desaparezcan las razones que las motivaron.⁵² En ese sentido, a pesar de que las medidas cautelares producen efectos desde que son decretadas su duración es temporal y está sujeta al proceso principal; por esos motivos, se afirma que las medidas cautelares nacen para finalmente extinguirse, esto debido a su carácter instrumental y

⁴⁹ Martínez, Ventajas de las medidas, 29. Un ejemplo claro es cuando las circunstancias que originaron la medida cautelar hayan cambiado, o luego de un recurso de revocatoria o apelación, se ordene una modificación, sustitución o cesación de la medida.

⁵⁰ Jorge L. Kielmanovich, *Medidas cautelares* (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2000), 43-44.

⁵¹ Ana Cecilia Suria Delgado, "La incidencia de la medida cautelar del embargo del salario en el proceso ejecutivo. Una perspectiva constitucional y económica" (Tesis para obtener el grado de Maestría Judicial, Universidad de El Salvador, 2014), 15-16.

⁵² Montero, Manual de derecho procesal, 512.

provisional, gracias a que los presupuestos y circunstancias que motivaron a su adopción han desaparecido y en consecuencia se produce el cese o extinción de las mismas, pues su vigencia no tiene sentido, luego de la firmeza y ejecución de la sentencia.⁵³

Cabe destacar que las medidas cautelares tienen una vigencia limitada en el tiempo, y su única finalidad es asegurar la plena efectividad de la futura sentencia, pues carecería de sentido su vigencia, una vez que la resolución definitiva haya alcanzado firmeza y puede ser ejecutada.⁵⁴

2.3.4 Mutabilidad, Flexibilidad o Variabilidad:

Las medidas cautelares son susceptibles de cambio en función de las circunstancias concurrentes, esta modificación es a partir del momento en que son adoptadas en el proceso principal y engloba también a la sustitución, reducción y ampliación; esto como consecuencia de la variación de los presupuestos o circunstancias que existían al momento de su adopción, por lo que pueden ajustarse a su nueva realidad, dependiendo de la situación que motive su innovación estas podrán modificarse, sustituirse, ampliarse, reducirse o levantarse, siempre y cuando subsistan los requisitos que las justifican.⁵⁵ Esta mutabilidad es vista desde un doble sentido⁵⁶: en cuanto pueden ser sustituidas a pedido del demandado (Sentido negativo) y en cuanto deben ajustarse al fin de la cautela, adaptándose, lo más ceñidamente posible, a las necesidades del caso (Sentido Positivo), todo para evitar perjuicios

⁵³ Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa, *El proceso civil: recursos, ejecución y procesos especiales*, (España: Ed. Dykinson, S.L., 2a ed., 2005). La finalidad de la medida cautelar es tutelar un derecho por lo que al dictarse la sentencia correspondiente y ser ejecutada se materializa eficacia de la misma culminando con su finalidad.

⁵⁴ Suria, Incidencia de la medida cautelar, 16-17.

⁵⁵ Quiñones, Poderes de los árbitros, 283.

⁵⁶ "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". Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, 36.

innecesarios al demandado. Del mismo modo, la Sala de lo Constitucional establece que las medidas cautelares pueden variarse a solicitud del demandante o titular de la medida, incluso ser sustituidas a petición del afectado,⁵⁷ fundamentándose en el principio *rebus sic stantibus*, el cual hace posible su modificación, reducción, sustitución o variación y aún su revocación, siempre que las circunstancias que las motivan sean distintas a las originales;⁵⁸ claro está, que estos hechos y circunstancias deben ser alegados y probados por la parte interesada, para que la autoridad competente pueda realizar la variación, modificación, etc., según sea el caso.⁵⁹

2.4 Requisitos de procedencia de las Medidas Cautelares

Para que una medida cautelar sea adoptada deben concurrir ciertos requisitos o elementos fundamentales reconocidos en la doctrina como “presupuestos”; estos permiten mantener una probabilidad o posibilidad de que pueda estimarse la pretensión del actor, y que de no tomarse en cuenta estos presupuestos, la aplicación de la medida cautelar sería de forma arbitraria y dejaría en el proceso perjuicios innecesarios para el demandado. Es por eso que la doctrina reconoce como presupuestos procesales, *Periculum in mora*, *Fumus bonis iuris*, y *La Caución*.⁶⁰ Cabe hacer la respectiva aclaración sobre la caución como presupuesto procesal de las medidas

⁵⁷ Según la Sala de lo Constitucional, en la sentencia dictada las 10 horas del 12 de julio de 2005, Ref. I-59-2003. La Sala estableció el término *alterabilidad*; es decir, las medidas cautelares son variables y aun revocables, siempre de acuerdo al principio “*rebus sic stantibus*”, pueden ser modificadas en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó, ya sea aumento o disminución del *periculum in mora*, desaparición del mismo o disminución del *fumus boni iuris*.

⁵⁸ Sala de lo Constitucional, Sentencia, Referencia N°, 522-2006 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

⁵⁹ Sáenz, Las Medidas Cautelares, 24. Las medidas cautelares, tienden a ser flexibles, de acuerdo a la mutación de los presupuestos que las motivaron, esto en concordancia con el principio *rebus sic stantibus* que establece que en cuanto se produzca variación de los presupuestos o motivos que hayan dado soporte a la adopción de las medidas estas podrán ser modificada o, sustituidas.

⁶⁰ Martínez, Ventajas de las medidas, 24.

cautelares, ya que la misma en realidad constituye un requisito de ejecución de la medida cautelar y no del dictado de la medida cautelar, así como se ajusta con acierto en el Código Procesal Civil y Mercantil.

2.4.1 Fumus bonis iuris o apariencia de buen derecho

En español significa “Apariencia de Buen Derecho” se refiere a que en efecto debe existir un derecho que necesite ser protegido y al cual va dirigida la medida cautelar, de no ser así no tendría razón de ser.⁶¹ La situación jurídica cautelable está delimitada por todas las medidas cautelares con carácter específico, y está determinada por la pretensión que constituye un derecho; vinculado a esta pretensión se encuentra el presupuesto de “Apariencia de Buen Derecho”; es decir, no puede adoptarse una medida cautelar solo porque el interesado lo solicita, sino que este debe acreditar los indicios de probabilidad, verosimilitud, de apariencia de buen derecho a fin de justificarlo documentalmente sin que se exija plena prueba refiriéndose al grado de probabilidad de estimación de la pretensión ejercitada.⁶²

Esto quiere decir que este presupuesto basta con la apariencia de verdadero o de buen derecho y así garantizar la aplicación de una medida cautelar; en ese sentido, “...*las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que este exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el tramite...*” La apariencia de buen derecho no requiere la prueba plena, sino la posibilidad razonable de la existencia del derecho exigido por lo que el peticionante

⁶¹ Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castillo. Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia, “Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador Comentado” (El Salvador, 2011), 488.

⁶² Silvia Barona Vilar, “El proceso cautelar en el nuevo código procesal civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos”, *Revista bolivariana de derecho* N° 19 (2015): 16-69.

deberá justificar el derecho que se reclama y presentar al juez los argumentos y acreditar documentalmente que el derecho que se pretende existe, sin prejuzgar el fondo del asunto, pues no tendría razón de ser solo asegurar la plena efectividad de la sentencia que se pretende, si desde el principio no se ofrece una justificación suficiente de que ese derecho realmente existe.⁶³

Por su parte, Calamandrei, afirma que la apariencia del buen derecho es la apariencia de la verdad, que no es verdad,⁶⁴ a lo que, según Martínez Botos, la medida cautelar no requiere de mayores tramites ya que son de índole cautelar y gozan de carácter esencialmente provisional y al examinar su procedencia nuevamente estas se pueden enmendar, modificar y revocar en su caso.⁶⁵

En todo caso, este presupuesto va dirigido en el sentido de que: sin la inmediata adopción de la medida, la sentencia en la que eventualmente estime la pretensión sería de imposible o muy difícil ejecución.

La prevención normativa dirigida a evitar el prejuzgamiento en el proceso cautelar resulta conveniente, pues la exigencia de valorar anticipadamente el mérito de la cuestión a fin de establecer la “buena apariencia del derecho” conlleva, por definición, un riesgo de afectación de la imparcialidad del tribunal. Al resolver sobre la petición cautelar, el juez debe

⁶³ “...la apariencia de buen derecho es la presentación del derecho que se pretende con fundadas probabilidades de éxito en la sentencia de fondo, al menos en apariencia...”. Suria, Incidencia de la medida cautelar, 21.

⁶⁴ Piero Calamandrei, *Derecho Procesal Civil* (México: Editorial Mexicana, 1997), 227. En tanto que se presenten indicios de la existencia de un derecho exigible y que necesite del aseguramiento para la efectividad de la ejecución de la sentencia sin que el juez deba entrar a conocer de lleno el fondo del asunto.

⁶⁵ Raúl Martínez Botos, *Medidas Cautelares* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, 1990) M, 45. Dado el carácter provisional de las medidas cautelares, estas pueden ser decretadas sin preocuparse de se vulnere el principio de igualdad para con el afectado con la medida, debido a ello existe la contracautela y si el afectado lo considera, puede presentar oposición a la adopción de la medida cuando sea pertinente.

poner especial cuidado en evitar cualquier argumentación que pueda configurar un prejuizgamiento.⁶⁶

2.4.2 Periculum in mora o peligro en la demora

En español, frustración del derecho debe entenderse como: *“el daño marginal que como consecuencia de la duración del proceso principal se produciría o agravaría si la medida cautelar no fuere adoptada privando así total o parcialmente de efectividad practica a la resolución judicial que ponga fin a dicho proceso”*.⁶⁷

Este presupuesto implica la necesidad de dilucidar los riesgos que amenazan la duración del proceso principal, así como el posible peligro de no ejecución o no efectividad de la sentencia.⁶⁸

Esta es la circunstancia sobre la que descansa el fundamento de la emanación de la providencia cautelar; la existencia de ese peligro o riesgo en relación al proceso en cuyo espacio temporal pueden existir, conspirando en contra de la resolución final en la que se favorece al demandante volviendo la misma ineficaz o ilusoria.

Sin embargo, no basta con invocar y justificar la adopción de una medida cautelar con la duración o demora del proceso; se requiere la alegación y prueba de un riesgo cierto, objetivo, de lesión o frustración del derecho, reflejándolo en actos o situaciones concretas de las que pueda derivarse la ineficacia de la ejecución de la sentencia. Ahora bien, para que se

⁶⁶ CNJ, Código Procesal, 499.

⁶⁷ Abarca, Eficacia de las Medidas, 74. Esto significa que debe alegarse la necesidad de evitar perjuicios ante la posible mala fe del demandado, la cual puede tener consecuencia directa en el proceso principal.

⁶⁸ Barona, Proceso cautelar. El peligro en la demora es más volátil y difícil de comprobar documentalmente, por ello el legislador establece que no se necesita plena prueba ya que no hace falta comprobar la larga duración del proceso porque es evidentemente conocida.

pueda adoptar una medida cautelar debe existir un peligro cierto y palpable de que en caso de obtener una sentencia de condena el demandado realice actos que provoquen la ineficacia de la sentencia emitida. Estos son peligros subjetivos que dependen de las condiciones de un caso determinado en que se requiera la adopción de la medida cautelar.⁶⁹

Del mismo modo que con el presupuesto anterior; de alguna manera, *el interesado debe acreditar el peligro en la demora, justificándolo razonablemente*, por lo que este debe ser objeto de una simple comprobación a efectuarse de forma sumaria, debe haber una situación emergente de urgencia.

En relación a lo anterior se hace necesario decir que existen dos tipos de peligro los cuales dan lugar a las medidas cautelares estos son el "pericolo di infruttuocita" y el "pericolo di tardivita". El "pericolo di infruttuocita" o peligro de infructuosidad se refiere al riesgo de que durante el tiempo necesario para el desenvolvimiento del proceso principal acontezcan hechos tales de hacer imposible o muy dificultoso la concreta posibilidad de actuación de la sentencia.

Mientras que el "pericolo di tardivita" o peligro de retraso lo conforma el riesgo de que la mera duración del proceso, prolongando en el tiempo el estado de insatisfacción del derecho pueda ser causa de un perjuicio, dirigiéndose a neutralizarlo, en este caso, las medidas cautelares del tipo anticipatorio.⁷⁰

⁶⁹ Ese peligro o riesgo, se conecta con la dimensión temporal del proceso, cuya decisión puede conspirar contra la eficacia de la decisión jurisdiccional, tornándola ilusoria. CNJ, Código Procesal, 499.

⁷⁰ Abarca, Eficacia de las medidas, 80. El peligro en la demora, determina el nivel de temor de la parte actora del riesgo de que los bienes puedan ser enajenados, transferidos, ocultados o transportados, con el fin de obstruir la realización de estos.

2.4.3 La razonabilidad y la proporcionalidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión

Debido a las restricciones que conlleva la aplicación de las medidas cautelares en el ejercicio normal de algunos derechos fundamentales de las personas es necesario tomar en cuenta los principios de Razonabilidad y proporcionalidad. El Principio de razonabilidad, exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es decir que justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Y el Principio de proporcionalidad según el cual deben tomarse en cuenta al momento de adoptar una medida cautelar sub criterios de idoneidad, necesidad.

El principio de proporcionalidad se encuentra implícito en los artículos 431, 432 y 445 CPCM los cuales aseguran el acceso igualitario al sistema cautelar de conformidad al artículo 448 CPCM, vinculado también con el principio de defensa y contradicción, previstos en los artículos 453 y 455 CPCM, que establecen que las medidas cautelares se adoptarán sin audiencia previa de la contraparte, quien puede impugnar en el caso de que considere que la medida adoptada es muy gravosa a su patrimonio, dando la posibilidad al demandado a un adecuado ejercicio del derecho de defensa.⁷¹

Acotado a lo anterior, para aplicar una medida cautelar es imperante que este goce de idoneidad y necesidad; la primera refiere que al adoptar una medida cautelar y por la injerencia que se tiene sobre los derechos fundamentales debe existir una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar

⁷¹ Pérez, Estudio integral de las medidas, 104-105. El principio de proporcionalidad es sinónimo de prohibición de exceso, en el sentido que se limita a las autoridades en el ejercicio de sus funciones.

con aquél; es decir, su elección debe ser idónea o apropiada. En cuanto a la necesidad, se debe adoptar entre el catálogo de medidas una que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Debe escogerse aquella medida cautelar que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental.

2.4.4 Caución y Contracautela

La contracautela por lo general es denominada caución tanto por la doctrina tradicional como por la legislación procesal mayoritaria. Esta debe ser entendida como: *“Seguridad personal de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Es una expresión equivalente a fianza, ya que garantiza, con relación a uno mismo o a otra persona, el cumplimiento de una obligación, por lo general establecida judicialmente, sea de orden civil o de índole penal.”*⁷²

La contráctela tiene una doble dimensión, de esta manera se asegura al actor un derecho aún no actuado y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños, si aquel derecho no existiera o no llegare a actualizarse.⁷³ Es exigida al demandante para la adopción de una medida cautelar la cual tiene por finalidad:

“garantizar el resarcimiento de los eventuales daños derivados de la ejecución de una medida cautelar ante la eventualidad de que la pretensión principal sea declarada infundada. La contra cautela es por ello garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares”. Es esencial para responder de los posibles daños y perjuicios que le ocasionen al demandado en el caso de

⁷² Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas*. La contracautela se encarga de responder por el valor de las costas tanto judiciales como los daños y perjuicios causados por la adopción de una medida cautelar, protegiendo a quien se le cree culpable de la vulneración de un derecho cuando se comprueba que el hecho no se cierto o verdadero.

⁷³ Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, 82.

que la medida careciera de justificación y haya sido revocada consecuentemente. La contracautela no es para garantizar el resultado del juicio, sino más bien para garantizar que han sido adoptadas conforme a derecho, no por algo antojadizo, sino porque el solicitante de la medida cautelar ha comprobado que posee un derecho real que debe ser tutelado, caso contrario éste debe responder por movilizar innecesariamente al órgano jurisdiccional.⁷⁴

La caución es un elemento que justifica a la medida cautelar, favoreciendo su adopción; sin embargo, no debe considerarse como un presupuesto de adopción sino como el requisito legal o de ejecución de la medida cautelar, esto es, debido a que para su ejecución es necesario realizar un depósito como garantía.⁷⁵

2.4.4.1 Procedencia de la Caución y la Contracautela

Como se ha mencionado en los párrafos antecesores, la caución o contracautela es una prestación para asegurar a la parte afectada resarcido posibles daños en el caso de que la medida sea indebidamente justificada y en consecuencia sea revocada.⁷⁶

Esto se debe a que la caución responde al principio de igualdad y debe ser prestada previamente a la ejecución de la medida⁷⁷ cuya finalidad es contrarrestar la falta de contradicción inicial que caracteriza al proceso cautelar, brindándole además, seguridad jurídica a la contraparte; configurando la expresión de Calamandrei que la caución es "*Cautela de la*

⁷⁴ Juvenal Gallardo Miraval, "Tutela y Contra Cautela en el Proceso Civil." (Para optar al grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2000), 40.

⁷⁵ Barona, Proceso Cautelar.

⁷⁶ Martínez, *Medidas Cautelares*, 55-64.

⁷⁷ Rivera, *Medidas cautelares en familia*, 13.

Cautela".⁷⁸ Al existir una medida cautelar y una medida contracautelar, ninguna de las partes procesales queda desprotegida, creando así la seguridad jurídica que se busca siempre dentro de un proceso judicial. De lo anterior se deduce que la Caución procede por regla general, en todos los casos donde sea solicitada una medida cautelar; sin embargo, como toda regla general existe una excepción, y es que la Caución no procede cuando el Juzgador considera que rendir una caución pondrá en desequilibrio la igualdad de las partes.⁷⁹

Es decir, que se podrá condonar de la prestación de caución petitioner de la medida cautelar en los casos en que su capacidad económica y potencial patrimonio sea potencialmente inferior al de la parte afectada con la medida especialmente cuando la defensa implique la protección de intereses generales, colectivos o difusos, como los de los consumidores o los de la protección del medio ambiente.⁸⁰

2.4.4.2 Cuantía de la caución y la Contracautela

Martínez Botos, sostiene que la cuantía debe ser determinada según la gravedad que esta pueda causar en el proceso, de acuerdo a los posibles daños y perjuicios que pueden causarle a la contraparte en el caso de que la concesión medida cautelar haya sin fundamentos razonables o que esta sea revocada; esta prestación debe atender al principio de proporcionalidad y

⁷⁸ Calamandrei, *Derecho procesal civil*. 63-64. La expresión alude a la finalidad de esta garantía, que funciona como un aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor el afectado con la medida.

⁷⁹Nathaly Zulema Cevallos Pachacama, "Las medidas cautelares como garantía constitucional de protección" (Tesis para obtener el título de Abogada de los Tribunales y de los Juzgados de la República, Universidad de las Américas, 2004), 44-45.

⁸⁰ Sáenz, *Las medidas cautelares*, 38. Cabe recordar que la contracautela está fundada en el principio de igualdad reemplazando en cierta manera a la controversia, ya que implica un doble aseguramiento.

consiste en depositar dinero en efectivo, títulos valores, garantía bancaria, o de instituciones afianzadoras, etc.⁸¹; sin embargo, en cuanto a las formas de rendir caución se excluyen de la regla general a la hipoteca o embargo de bienes por no poder disponer de ellas de inmediato.

2.4.4.3 Eficacia de la Caución y la Contracautela

Se deduce que la caución se hará efectiva en dos momentos; el primero, al darle cumplimiento a la regla general en donde la parte interesada de la adopción de una medida cautelar rendirá una caución suficiente, previamente a la adopción y cumplimiento de la medida a fin de garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran causar al patrimonio del demandado.

El segundo momento se configura cuando el garante de la caución tenga que resarcir los daños y perjuicios causados a la parte afectada en el caso de que compruebe que la medida cautelar fue adoptada por razones infundadas por ende esta haya sido revocada.⁸²

Ya lo establecía la Cámara Primera de lo Civil, la contracautela constituye un presupuesto de las medidas cautelares, que amerita una prudente graduación efectuada sobre la base de los elementos, como la verosimilitud del derecho alegado, el valor supuesto de los bienes, los daños que eventualmente pueden producirse.

En tal sentido, la caución debe ser fijada por el Juez, pero la forma y cuantía de la caución debe indicarse en la solicitud de medida cautelar, pudiéndose ofrecer por muchos medios, pero sometiéndose a juicio del

⁸¹ Martínez, *Medidas Cautelares*, 55-64.

⁸² Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Sentencia, Referencia N°, 85-20CM1-2012. (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

Juzgador, quien puede aceptarla, graduarla, modificarla o cambiarla, según considere pertinente, apegándose a la proporcionalidad en relación a la capacidad patrimonial del solicitante y del objeto del proceso.

2.4.4.4 Tipos de Caución

Las cauciones pueden ser de dinero, reales, bancarias o pólizas de seguro; sin embargo, Cualquiera que sea la forma de la contracautela, siempre será imputable al demandante de manera directa y exclusiva aun cuando esta sea prestada por un tercero, debido a que la responsabilidad del proceso le corresponde al demandante.⁸³

- a. De dinero: Es considerada la mejor caución, dada la facilidad para hacerla efectiva, se constituye consignando su importe en la cuenta de depósitos judiciales.
- b. Reales: Es la que constituye gravando o afectando un bien determinado al pago de eventual acreencia del cautelado. Puede ser de dos clases prendaria e hipotecaria.
- c. Bancarias: Es la garantía que se otorga para responder por una cuantía determinada, por el pago de eventuales perjuicios que se originen por parte de quien prestó la caución, esto es la sociedad bancaria o la institución de crédito.
- d. Pólizas de seguro: la aseguradora expide una póliza donde se compromete a pagar hasta el valor asegurado, esto es los perjuicios que eventualmente se puedan presentar como riesgo asegurado.

⁸³ Viviana Paola Moreno Loza, “Aplicación de medidas cautelares en el proceso arbitral ecuatoriano” (Trabajo para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Universidad de las Américas, 2011), 29.

2.5 Clasificación de las Medidas Cautelares

La clasificación de las medidas cautelares es una tarea difícil de establecer por motivos diversos, como por ejemplo la falta de uniformidad en la doctrina que las clasifica, la dispersión y omisión de muchas de ellas en leyes vigentes y la diversidad de medidas cautelares, sumado a esto que las variables que pueden ser tomadas en cuenta a efecto de clasificar a las medidas cautelares, son muchas, sin embargo, con motivo de estudio para esta investigación las medidas cautelares pueden subdividirse en varias categorías entre las que se encuentran:

2.5.1 Según el objeto sobre que recae la medida:

- a. Medidas cautelares Reales: son aquellas cuya finalidad es asegurar a la persona del imputado para la celebración de los actos del procedimiento, o para la ejecución de la sentencia condenatoria que eventualmente pudiera dictarse.⁸⁴
- b. Medidas cautelares personales: aquellas que tienen por misión asegurar un conjunto de bienes en los cuales posteriormente se hará efectiva la responsabilidad pecuniaria que se derive del delito.

2.5.2 Según el proceso en cual ellas se dictan:

- a. Medidas Cautelares civiles: aquellas que tienen por finalidad asegurar el contenido civil de la sentencia condenatoria en cuanto a reparación patrimonial.

⁸⁴ Mario Rojas Rodríguez, *Las medidas precautorias* (Concepción, Chile: Editorial Librote, 1965), 44-62. Son aquellas que pretenden afectar la masa patrimonial del demandado, dentro del conjunto de derechos y obligaciones, garantizando provisionalmente la efectividad del proceso.

- b. Medidas Cautelares penales: aquellas que tienen por finalidad asegurar el contenido penal de la sentencia condenatoria relativa a la imposición de la pena.

2.5.3 Según la relación con la situación de hecho existente

Se clasifican en medidas cautelares conservativas y medidas cautelares innovativas.

1. Medidas cautelares conservativas: de acuerdo a José Chiovenda tienen el fin de preservar el estado existente de la cosa al momento en que es decretada la providencia, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la sentencia principal ejercer sus efectos.
2. Medidas cautelares innovativas: responde al objeto de ser una vía provisoria o anticipada con los efectos constitutivos e innovativos de la sentencia principal para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el cual ésta pudiera llegar a constituir tales efectos.

Estas además se subdividen en dos categorías esto es Satisfactiva (cuando realiza el derecho o interés cuya tutela se pretende o se exige en el proceso principal) y Anticipativa (cuando, se adelanta a los efectos de la tutela que la sentencia principal se reconocerá).

2.5.4 Atendiendo a la forma en que se encuentra reguladas

Se distingue entre medidas cautelares nominadas o típicas y medidas cautelares innominadas o de poder cautelar general, genéricas o atípicas.

- a. Las medidas cautelares nominadas o típicas: son aquellas que están previstas expresamente por parte del legislador para los efectos de impedir que se materialice el periculum in mora con motivo del

retardo con el cual debe ser dictado en el proceso la providencia definitiva que ha de resolver el conflicto.

- b. En cuanto a las medidas cautelares innominadas, atípicas o genéricas: consisten en que el aplicador de justicia reconoce otras medidas cautelares que no regula el legislador, de esta forma se intenta eliminar los daños derivados del retardo de la providencia principal.

2.5.5 Según lo que se pretenda proteger

- a. Medidas que protegen bienes, medidas que protegen personas y medidas que protegen pruebas.
- b. Medidas que aseguran bienes: a su vez se subdividen entre las que aseguran la ejecución forzada como el embargo preventivo de bienes, la inhibición general de bienes y la otra sub clasificación que tiende a mantener el statu quo como la intervención judicial, la anotación de litis y la prohibición de innovar.⁸⁵

2.6 Proceso Cautelar

Habiendo definido lo que son las medidas cautelares sus características, presupuestos y clasificaciones, vale la pena hacer una breve referencia al proceso cautelar, que no debe confundirse con las medidas cautelares⁸⁶. El proceso cautelar es: *“...Aquel proceso contencioso cuya finalidad está destinada a garantizar la eficacia de una decisión jurisdiccional dictada en proceso contencioso o no contencioso; a través de medidas asegurativas, conservativas o anticipatorias (coincidentes o no con la pretensión principal)...”*. Otra definición dice que es “aquel que tiene por objeto,

⁸⁵ Martínez, Ventajas de las medidas, 33- 40.

⁸⁶ Pérez, Estudio integral de las medidas, 20.

una verdadera pretensión cautelar, (de tutela anticipada y provisional del derecho o interés de las personas involucradas, en el proceso contencioso o extracontencioso), diversa de la pretensión o petición definitiva que se discute en el mismo.”⁸⁷

El proceso cautelar es pues un proceso que goza de autonomía, impuesto para la adopción de medidas cautelares. Es decir, tiene como elemento central a las medidas cautelares y su tramitación, todo lo referido a la tutela cautelar, sus manifestaciones, sus procedimientos, presupuestos, requisitos y características de la misma están vinculadas al llamado proceso cautelar.

2.7 Régimen actual de las medidas cautelares en El Salvador

Examinadas estas cuestiones doctrinales, ya habiendo estudiado el desarrollo histórico de las medidas cautelares, es menester entrar en detalle sobre el fundamento constitucional y legal de las medidas cautelares en El Salvador, pero situado en el presente, identificando los diferentes cuerpos normativos que las recogen, así como el tratamiento que es diferente en cada rama del derecho porque las medidas cautelares no son exclusivas del derecho civil, así se tiene:

2.7.1 Fundamento Constitucional de las Medidas Cautelares

Previo a desarrollar el fundamento constitucional de las medidas cautelares, es preciso analizar la finalidad de las mismas⁸⁸; en ese sentido, se tiene que las medidas cautelares se justifican en la necesidad de impedir que

⁸⁷ Kielmanovich, *Medidas cautelares*, 18.

⁸⁸ Según Couture la finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo.

determinadas circunstancias que surjan durante la ejecución del proceso, obstaculicen la ejecución del mismo; en ese sentido, las medidas cautelares aseguran la eficacia del proceso con el objetivo de que la justicia no se vea imposibilitada.⁸⁹

A lo anterior se le llama función cautelar, cuyo destino es dotar a los jueces de la facultad para aplicar las medidas que consideren idóneas para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional en cualquier proceso y cuando lo consideren pertinente,⁹⁰ esta función se encuentra implícita en el artículo 172 de la constitución de la república producto de las funciones de juzgar y ejecutar lo juzgado.⁹¹ debido a que para hacer valer tales funciones, el órgano jurisdiccional hace uso de una tercera función (la cautelar) a través de un proceso cautelar; en otras palabras, el trabajo de la función cautelar es asegurar la función de juzgar y ejecutar lo juzgado a fin de impedir que la eficacia de la sentencia se vuelva inútil.

2.7.2 Fundamento Legal

Discutido el fundamento constitucional es necesario establecer el fundamento legal, desglosando además el tratamiento de las medidas cautelares dentro de esa variada legislación, sin perder en cuenta que en El Salvador no existe un cuerpo normativo específico que regule la aplicación de las medidas cautelares, solo existen leyes donde se dispone su aplicación someramente. Entre estas se tiene al Código Procesal Civil y Mercantil, el cual

⁸⁹ Norma Yaneth Villalobos González et al., "Medidas Cautelares en la Legislación Civil Salvadoreña." (tesis para Optar al grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, 2005), 5.

⁹⁰ CNJ, Código Procesal Civil, 499-462

⁹¹ El art. 172 Cn., establece que corresponde exclusivamente al Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en como en las materias que determine la ley. La organización y funcionamiento del Órgano Judicial serán determinados por la ley. Los Magistrados y Jueces, *en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes.*

será desarrollado en el siguiente apartado; así como la regulación internacional.

2.7.2.1 Código Procesal Civil y Mercantil

El Código Procesal Civil y Mercantil, empezó a funcionar en el año 2010, desplazando al Código de Procedimientos Civiles y abriéndole las puertas de par en par a las medidas cautelares; regulando en un solo cuerpo normativo a las medidas cautelares como el embargo, la anotación preventiva, el secuestro de bienes, la orden de cesar provisionalmente una actividad o de abstenerse de una conducta o la suspensión de acuerdos sociales impugnados, entre otras; asimismo abre la posibilidad de solicitar cualquier medida cautelar que no ha sido señalada en la ley siempre que se estime necesaria y conveniente para asegurar la efectividad de la sentencia.⁹²

Establecidas en el título cuarto del libro segundo del CPCM, el legislador incluyó a las medidas cautelares con la finalidad de que no aparezcan circunstancias que hagan imposible el reconocimiento de un derecho, así como su ejecución en la sentencia o dilaten los efectos de la misma. Comprendidas en los artículos 431 y siguientes, las medidas cautelares son reguladas en respuesta a la inseguridad que acarrea el proceso, de esta manera se garantiza el cumplimiento de la pretensión; asimismo, responden al objetivo de asegurar la eficacia del proceso principal.

En primer lugar está la Universalidad de Aplicación, regulada en el artículo 431 del CPCM, según lo establecido por dicha disposición, significa que las medidas cautelares pueden ser solicitadas por la parte interesada, en cualquier proceso de naturaleza civil o mercantil, entiéndase procesos declarativos como el proceso común o el proceso abreviado; asimismo, los

⁹² Martínez, Ventajas de las medidas, 12.

procesos especiales como el proceso ejecutivo, el proceso posesorio, proceso de inquilinato y proceso monitorio; del mismo modo, se deduce que gracias a esa universalidad de aplicación, las medidas cautelares tienen aplicación en los procedimientos arbitrales ya sean nacionales o extranjeros, pero eso se expondrá más adelante.⁹³

Seguidamente, el artículo 432 plantea que las medidas cautelares deben ser solicitadas a instancia de parte, a esta aseveración se le llama principio dispositivo y de responsabilidad; este principio consiste en que la única forma de solicitar la aplicación de medidas cautelares es que sea a petición de parte, excluyendo la idea de que sean decretadas de oficio dentro del proceso debido a que el objeto a discutir en el proceso civil y mercantil es de carácter privado y patrimonial; lo anterior también implica que si en caso llegan a ser decretadas serán bajo la responsabilidad del solicitante, estableciéndose por medio de una caución o contracautela cuyo objetivo es resarcir los daños y perjuicios en el patrimonio de la parte que se vea afectada en caso de decretarse una medida cautelar que resulte abusiva.⁹⁴

El artículo 433 establece los presupuestos para que las medidas cautelares sólo puedan adoptarse, mientras el solicitante justifique debidamente los motivos por los que son indispensables para la protección de su derecho, es decir, que exista peligro de lesión o frustración del derecho en discusión a causa de la demora del proceso; así como para garantizar que la sentencia que eventualmente estime la pretensión no le sea imposible o muy difícil su ejecución. El solicitante debe acreditar su derecho por medio de una solicitud al juzgado competente, y para ello deberá proporcionar al juez los elementos que le permitan, sin prejuzgar el fondo, considerar que la existencia

⁹³ Ibid., 66. Esa eficacia que se garantiza con las medidas cautelares es la tutela cautelar efectiva.

⁹⁴ Martínez, Ventajas de las medidas, 69.

del derecho, tal como lo afirma el solicitante. Dentro del artículo 434 se regula el momento procesal oportuno para solicitar y adoptar medidas cautelares, mismas que pueden ser solicitadas o adoptadas en cualquier estado del proceso, inclusive en las diligencias preliminares a la interposición de la demanda; es por ello que la pretensión cautelar puede interponerse como algo accesorio a la demanda; sin embargo, dichas medidas caducarán de pleno derecho si la demanda no es presentada dentro del mes siguiente a su adopción y el peticionario será condenado al pago de todos los gastos del proceso así como de los daños y perjuicios que sean ocasionados.

Respecto a lo establecido por el artículo 435 es de suma importancia ya que como se dijo anteriormente, esta disposición legal es el fundamento principal del tema en discusión ya que plantea la aplicación de las medidas cautelares en procesos arbitrales tanto nacionales como extranjeros, en el sentido que la persona interesada que acredite ser parte en un proceso arbitral iniciado en El Salvador podrá solicitar al juez la adopción de las medidas cautelares que considere pertinentes. Asimismo, en el caso de procesos jurisdiccionales o arbitrales pendientes en otro Estado, la parte interesada podrá solicitar al juez salvadoreño la adopción de medidas cautelares, sin embargo, estas solo pueden recaer sobre los actos realizados o bienes ubicados en El Salvador, de acuerdo a los tratados correspondientes.

El Art. 436 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil, establece un catálogo de las medidas cautelares que pueden ser adoptadas dentro del proceso judicial; sin embargo, no hay que olvidar que las mismas no son taxativas; es decir, que pueden establecerse otras medidas cautelares ya que el CPCM da esa oportunidad a las partes solicitantes.

El artículo 437 establece que puede solicitarse la adopción de otras medidas siempre que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de

la protección jurisdiccional y que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria, también pueden adoptarse aquellas que previamente hayan sido reconocidas por otras leyes para salvaguardar el objeto y resultado del litigio. Lo anterior significa que el sistema está dotando de flexibilidad la admisión de medidas innovativas que se adapten a la realidad social;⁹⁵ esto es llamado potestad cautelar genérica y deriva de la finalidad de las medidas cautelares, a fin de asegurar la efectividad mencionada anteriormente, dotando al sistema procesal de un catálogo amplio de medidas cautelares como instrumento; es por ello que aunque en el CPCM no se contemplen las medidas anticipativas o previsionales, gracias a este artículo podrían ingresar dentro del proceso. Los artículos siguientes desarrollan algunas cuestiones referentes al catálogo de medidas cautelares.

Es hasta llegar al capítulo segundo en el artículo 445 y siguientes donde se establecen algunas reglas para la aplicación y adopción de las medidas cautelares; en ese sentido, las medidas cautelares deberán ser efectivas y adecuados a su finalidad, además de resultar lo menos gravosas o perjudiciales para el demandado, el demandante no debe obtener más de lo que obtendría como consecuencia de la ejecución de la sentencia; tal situación debe ser controlada por juez, quien puede limitar la solicitud de las medidas a dichas reglas.

Respecto a la prestación de caución, la regla general según el artículo 446 es que el solicitante de la medida cautelar prestara caución, misma que debe ser suficiente y de esta manera garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran causar al patrimonio del demandado la adopción y cumplimiento de la medida cautelar. Asimismo, la prestación de esta caución

⁹⁵ CNJ, Código Procesal Civil, La admisibilidad de medidas innovativas dotan al sistema de una adecuada flexibilidad que permite adaptarlo a las exigencias de la nueva realidad social.

siempre debe ser rendida de forma previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar que haya sido acordada.

Además, la forma y cuantía de la caución debe ser indicada en la solicitud de la medida cautelar, esta puede ser ofrecida en dinero en efectivo, cheque de gerencia o de caja, garantía bancaria o de instituciones afianzadoras, o en cualquier otra forma admitida en derecho; claro está que el juez debe valorar si es garantizada la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate; del mismo modo, el juez tomara decisión de si aceptara, graduara, modificara o cambiara la caución ofrecida por la que él considere pertinente, apegándose proporcionalmente a la capacidad patrimonial del solicitante y del objeto del proceso; según lo dispone el artículo 47.

Sin embargo, el artículo 448 dispone que el juez podrá eximir de la prestación de caución al solicitante en el caso que la capacidad económica y potencial patrimonial de este es sensiblemente inferior al del demandado, especialmente en situaciones en que la pretensión planteada implique, junto a la defensa de un interés particular, la defensa de intereses generales, colectivos o difusos.

En relación a la competencia el artículo 449 dispone que el juez competente para conocer de la aplicación de las medidas cautelares será el mismo que esté conociendo, en la instancia o recurso, del procedimiento en el que se han de acordar. Ahora bien, en el caso de que se esté frente a un proceso arbitral, la competencia le corresponde al juez de primera instancia del lugar donde se deba ejecutar la sentencia arbitral o donde deban surtir efecto las medidas. Del mismo modo es para los procedimientos arbitrales extranjeros salvo que los tratados o convenios dispongan lo contrario. Sin embargo, es necesario recordar que el artículo 450 establece que el tribunal puede examinar de oficio su jurisdicción y competencia para conocer de la

solicitud y medidas cautelares, y evaluar si considera que su intervención carece de dichos criterios, debiendo remitir al solicitante al tribunal que considere competente.

El trámite de la solicitud de medidas cautelares es externo al proceso principal; es decir, que el procedimiento de aplicación o no aplicación no afectara el desarrollo de las fases del proceso principal; en ese sentido, se considera que la solicitud de aplicación de medidas cautelares es similar a una demanda, si de requisitos de forma se está hablando por lo que debe formularse con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos exigidos por la ley para su adopción; además de lo anterior, a esta solicitud irán anexos los documentos o instrumentos, así como ofrecer y presentar los medios de prueba pertinentes sustenten el argumento planteado en dicha solicitud; por ultimo no se debe olvidar ofrecer una caución, especificando de qué tipo; de esta manera lo dispone el artículo 451.

El artículo 452 establece que la eficacia de las medidas cautelares es tal que al terminar el proceso principal sin importar la causa siempre que haya existido una resolución favorable para solicitante de la medida cautelar, se mantendrá ésta mientras transcurre el plazo previsto para el cumplimiento voluntario, si se concedió.

Sin embargo, si transcurrido el tiempo para el cumplimiento voluntario no se solicitare la ejecución, se levantarán las medidas adoptadas. También se levantarán en el caso de que se conceda la ejecución provisional de la sentencia, en lo que ambas sean coincidentes. Lo anterior se debe a que las medidas cautelares su objetivo principal es salvaguardar el derecho u objeto del litigio, el artículo 453 establece que estas medidas se decretarán sin audiencia de la contraparte; para ello, tribunal se pronunciará en el plazo de

cinco días desde la recepción de la solicitud en el tribunal competente.⁹⁶ El Juez evaluará si concurren los presupuestos y requisitos para la adopción de las medidas solicitadas y las decretará, razonando su procedencia precisando las indicaciones de las que se acuerden; asimismo, determinará el régimen a que han de estar sometidas, estableciendo en su caso la forma, cuantía y tiempo en que deba prestar caución el solicitante. Esta decisión admite recurso de apelación, sin embargo, este no tendrá efecto suspensivo si el recurrente es aquel que se vea afectado con la aplicación de las medidas cautelares.

Una vez prestada la caución establecida; lo siguiente que dispone el artículo 454 es que se procederá de oficio a la inmediata aplicación de las medidas cautelares concedidas ya sea por los medios legales que se consideren necesarios hasta los previstos para la ejecución de sentencias, tomándose de manera supletoria. En el caso de la anotación preventiva se procederá de conformidad a las normas del registro correspondiente. Si se trata de los depositarios, administradores judiciales o responsables de los bienes o derechos sobre los que ha recaído una medida cautelar sólo podrán ser enajenados previa autorización por auto del tribunal, si concurren circunstancias excepcionales que hicieran más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación.

Ahora bien, en el caso de que luego de adoptadas las medidas cautelares sobrevinieran hechos nuevos o de nuevo conocimiento, el artículo 455 prevé que ante tal situación el tribunal podrá a modificar el contenido de la medida que ya había sido acordada, siempre que esto sea solicitado a instancia de parte.

⁹⁶ Dicho artículo consagra la regla de tramitación unilateral y reservada, con el fin de preservar la eficacia de la medida. Una vez ejecutada la medida deberá ser notificada al afectado, quien podrá impugnar la providencia cautelar mediante el recurso de apelación sin efecto suspensivo como lo prevé el artículo.

Esta solicitud de modificación de medidas cautelares será sustanciada con arreglo al procedimiento previsto para la oposición. Es de suma importancia recordar que para la solicitud de modificación de medidas cautelares deberá seguirse el trámite previsto para los incidentes, por tal motivo se expresa en el texto que tal solicitud se hará con arreglo al procedimiento previsto para la oposición. Por último, está el levantamiento de la medida cautelar en el artículo 456; y es que, una vez dictada la sentencia absolutoria, el juez acordará inmediatamente el levantamiento de las medidas cautelares que hayan sido aplicadas anteriormente sin importar se aún no se haya declarado la firmeza de la sentencia.

Sin embargo, si el demandante, manifiesta la intención de recurrir, y solicitare el mantenimiento o modificación de tales medidas, el tribunal, mandara a escuchar a la parte demandada y valorara las circunstancias del caso, para resolver lo procedente, estableciendo un aumento de la caución en el caso de que se mantenga o se modifique la medida. Para el caso de que se estime parcialmente la pretensión del demandante en la sentencia, el tribunal debe resolver igual que el párrafo anterior sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida previa audiencia de las partes. Finalmente, en el caso de que la sentencia sea absolutoria y goce de firmeza, el tribunal de oficio dejará a la medida cautelar que había sido aplicada sin efecto de forma inmediata; además, el demandado podrá solicitar el pago de los daños y perjuicios causados. Del mismo modo, el demandado podrá reclamar una indemnización en el caso de que se dé la renuncia a la pretensión o desistimiento de la instancia.

2.7.3 Catálogo de Medidas Cautelares

Es habitual que muchas legislaciones además de hacer una referencia general a las medidas cautelares contemplen algunas medidas cautelares

específicas, ya sea porque las mismas posean particularidades o presupuestos especiales para su adopción o bien relacionado a los efectos de las mismas, en razón de ello y retomando lo que antes se mencionó, el art. 436 del CPCM establece un catálogo de medidas cautelares, estas son:

2.7.3.1 Embargo preventivo de bienes

Esta medida versa sobre la afectación a la libre disponibilidad de bienes determinados, esto con la finalidad de asegurar la eventual ejecución de la sentencia emitida por el juez pertinente; en este sentido, la persona afectada con esta medida debe abstenerse de todo acto ya sea físico o jurídico del cual termine resultando una depreciación de la garantía que el bien sometido a esta medida respalda.⁹⁷

El embargo preventivo de bienes resalta más que las otras medidas debido a tres aspectos:

- a. Conlleva a una pretensión de condena dineraria;
- b. Se cree que es la medida cautelar más desarrollada en el Código Procesal Civil y Mercantil, así como la medida de mayor aplicación dentro de los procesos civiles y mercantiles;
- c. Según la doctrina, esta medida reúne todos los elementos requeridos por las medidas cautelares en cuanto a presupuestos y características.⁹⁸

2.7.3.1.1 Casos de procedencia del embargo preventivo de bienes

- a. Cuando el deudor no se encuentra domiciliado en la República; para ello, el solicitante justificara a través de medios probatorios dicha

⁹⁷ Kielmanovich, *Medidas cautelares*, 225-226.

⁹⁸ Martínez, *Ventajas de las medidas*, 90.

situación a fin de determinar la existencia de su derecho invocado en la solicitud de medidas cautelares.

- b. Cuando exista la posibilidad de que el deudor decida enajenar, ocultar o transportar sus bienes en detrimento de la garantía; el solicitante debe reunir los elementos necesarios para establecer dicha posibilidad.
- c. En caso de que la demanda sea por daños y perjuicios, que estos provengan de eventos dañosos.
- d. Por hechos no previstos por ejemplo cuando el embargo se convierta en una medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y de menor onerosidad gracias a la característica de mutabilidad o flexibilidad a favor del demandado, siempre cuidando de resguardar el riesgo de lesión o frustración del derecho exigido.

2.7.3.1.2 Embargo Ejecutivo

Se aplica en los procesos ejecutivos, donde se requiere de un título ejecutivo para que el juez evalúe si procede decretar el embargo.⁹⁹ Los autores lo definen como una especie de embargo preventivo que se fundamenta en un título ejecutivo que no requiere del *periculum in mora* ni del *fumus bonis iuris*, tampoco requiere contracautela debido a que la ley los considera implícitos en el título.

Basta con la presentación del respectivo título ejecutivo para que proceda este embargo. Este embargo solo ocurre en el proceso ejecutivo regulado en el artículo 457 y siguientes del CPCM; donde el acreedor

⁹⁹ Iris Ivette Rivera Hernández, et al, “El Embargo en el juicio civil ejecutivo” (San Salvador: Universidad Francisco Gavidía, tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, 2005), 19.

poseedor de un título ejecutivo, de los enumerados en dicha disposición lo inicia para hacer valer el derecho en el incorporado, siendo esta prueba pre constituida, debiendo solicitar el embargo en la demanda de conformidad al Art. 459 del CPCM, señalando además los bienes que respaldaran la deuda principal.¹⁰⁰

Independientemente de la clasificación del embargo que se trate, este puede tener diversas finalidades, siempre se trata de una misma figura jurídico-procesal.

2.7.3.1.3 Diferencias entre el embargo preventivo de bienes con el embargo ejecutivo

- a. El fin del embargo preventivo de bienes es asegurar la efectividad de la sentencia, determinando el bien sobre el que va a recaer; diferente del embargo ejecutivo el cual es dictado dentro del proceso ejecutivo declarado admisible fundado en el título ejecutivo determinado por la ley.
- b. El embargo preventivo es decretado basado en una presunción sobre la existencia del derecho invocado por el demandante, en cambio, el embargo ejecutivo procede ante una sentencia firme, donde los medios probatorios son indispensables.
- c. La apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la caución, son indispensables para la admisión y procedencia del embargo preventivo de bienes; distinto del embargo ejecutivo que solo requiere de la existencia de un título ejecutivo. ¹⁰¹

¹⁰⁰ Suria, Incidencia de la medida cautelar, 53.

¹⁰¹ Martínez, Ventajas de las medidas, 91.

2.7.3.2 Inhibición General de Disponer

Regulada en el artículo 439 del CPCM, y es prevista para los supuestos en que el peticionante no tenga conocimiento de todos los bienes que posee el deudor, por lo que una vez decretada esta medida será inscrita en todos los registros respectivos para surtir eficacia; de esta manera se genera una prohibición de vender o gravar tales bienes evitando que el deudor pueda disponer de sus bienes y celebrar contratos sobre los mismos. Asimismo, dicha disposición legal, reconoce a esta medida como una alternativa al embargo preventivo por lo que procede en dos supuestos como cuando no se conozcan bienes del deudor o por no cubrir lo que se conozca en el importe del crédito reclamado.¹⁰²

Las características principales de esta medida es la de imposibilitar la disposición de bienes e inmovilizar el patrimonio del deudor; también es de carácter subsidiario, debido a que cuando no es posible decretar el embargo preventivo por desconocerse los bienes del deudor, se procede a la inhibición.¹⁰³

Cabe recalcar que esta medida cautelar se dejará sin efecto cuando el inhibido presentase bienes suficientes para un embargo o la caución rendida por el deudor sea suficiente. La diferencia entre la inhibición general de disponer y el embargo preventivo de bienes radica en que en la primera no se individualizan ni inmovilizan bienes particulares, sino que es un género indiscriminado, distinto del embargo preventivo de bienes donde existe una individualización de bienes o un monto económico recayendo sobre los bienes específicos del deudor.

¹⁰² CNJ, Código Procesal Civil, 475.

¹⁰³ Ana Raquel Nuta, *Medidas Cautelares y Bloqueo Registral* (Buenos Aires: Ediciones la Roca), 81 – 83.

2.7.3.3 Intervención o la administración judicial de bienes productivos

A simple vista podría pensarse que tanto la intervención y la administración judicial de bienes productivos son una misma medida, esto se debe a las muchas semejanzas que tienen; sin embargo, se trata de dos medidas cautelares que sirven de complemento para el embargo preventivo, esto con la finalidad de asegurar que se mantenga la productividad de unidades económicas complejas que se encuentran en explotación ya sean establecimientos industriales o comerciales, y que deben continuar produciendo mientras se sustancia el proceso principal donde se cuestiona su titularidad o en el que se reclama una cantidad de dinero.¹⁰⁴

Generalmente a estas medidas se les denominada de esta manera, en virtud de que el juez designa a una persona para que tenga la calidad de auxiliar externo de éste, interviniendo dentro de las actividades económicas de una persona ya sea natural o jurídica, con la finalidad de asegurar la ejecución forzosa o bien sea para impedir alteraciones en el estado de los bienes.¹⁰⁵

Ambas medidas proceden cuando se pretende alcanzar sentencia condenatoria cuya finalidad es entregar bienes a título de dominio, usufructo o cualquier otro que implique un interés legítimo de mantener o mejorar la productividad; así como en el caso de que el aseguramiento sea para garantizar la efectividad de la condena sobre la que pudiere recaer, y no fuera posible garantizar los derechos del acreedor a través de medidas cautelares menos gravosas que afecten el derecho de propiedad.

¹⁰⁴ Luis Alfredo de Diego Díez, *Las medidas cautelares en el nuevo código procesal civil hondureño* (Tegucigalpa: 2008), 127-128. Ambas medidas son el complemento del previo embargo de una empresa (o de la mayoría de su capital, de su patrimonio o de los bienes y derechos adscritos a su explotación), o de los frutos, productos y recaudaciones de una empresa o unidad de producción.

¹⁰⁵ Enrique Palacio Lino, *Manual de derecho procesal civil*, (Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 17ª ed, 2004), 790.

Asimismo, el CPCM establece como régimen general para ambas medidas que la resolución que disponga una intervención o administración judicial debe llevar fijado un plazo prorrogable, así como las facultades del interventor o administrador las cuales estarán limitadas a las estrictamente indispensables para asegurar el derecho invocado y procurando la continuación de la explotación intervenida.¹⁰⁶

Finalmente se establecerán los honorarios del interventor o administrador la cual será abonada por el peticionario o por el patrimonio intervenido, si hay circunstancias que así lo determinen.

2.7.3.3.1 Intervención Judicial

La intervención judicial procede únicamente cuando se decreta el embargo de una empresa o grupo de empresas, o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común, o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación, en tanto que el demandado no se vea privado de los mismos, de esta manera, coexiste en la empresa el administrador ordinario sometido a la actividad empresarial diaria del control del interventor judicial, quien deberá tener el control y conocimiento de todas y cada una de las operaciones que realice el deudor, pudiendo oponerse a las mismas.

El interventor está obligado a, verificar el funcionamiento y conservación de los bienes intervenidos, sin interferir ni interrumpir las labores propias del administrador. Llevar el control de ingresos y egresos. Informar en los plazos señalados por el juez, del desarrollo regular de la intervención; así como, informar de inmediato al juez sobre aquellos aspectos que considere

¹⁰⁶ Martínez, Ventajas de las medidas, 96-98. El interventor o administrador es un auxiliar del juez sus facultades se limitan de manera estricta para asegurar el derecho que se invoque, procurando la continuidad la explotación intervenida.

perjudiciales o inconvenientes a los intereses de quien ha obtenido la medida cautelar, entre ellos la falta de ingresos, la resistencia y obstrucción intencional que dificulte o impida su actuación.

2.7.3.3.2 Administración Judicial

En cuanto a la administración judicial de bienes productivos, esta implica la sustitución del demandado en la administración de sus bienes, pasando directamente a la persona designada por el juez en calidad de administrador; sin embargo, el administrador judicial requiere de autorización del juez para enajenar o gravar bienes inmuebles, participaciones en la empresa o de ésta en otras o cualquier otro acto que por su naturaleza o importancia el juez hubiere expresamente señalado. Entre las obligaciones del administrador judicial según sea un bien o una empresa, se encuentran: Gerenciar el bien embargado, con sujeción a su objeto; realizar los gastos ordinarios y los de conservación; cumplir con las obligaciones laborales que correspondan; pagar tributos y demás obligaciones legales; formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley; proporcionar al juez la información que éste exija, agregando las observaciones sobre su gestión; poner a disposición del tribunal la totalidad de las utilidades o frutos obtenidos.¹⁰⁷

2.7.3.4 Secuestro de cosa mueble

Es la medida cautelar con la cual se desapodera materialmente a una persona de un bien mueble sobre el cual se ha iniciado o se iniciará un proceso judicial, con el fin de evitar que esta sustraiga, oculte, destruya, altere o deteriore, permitiendo de ese modo lograr la ulterior ejecución eventual de la sentencia definitiva.¹⁰⁸ Se caracteriza por retirar la posesión del bien al

¹⁰⁷ Diez, *Medidas cautelares en el nuevo código*, 131-134.

¹⁰⁸ Miguel Ángel Font, *Guía de estudio; procesal civil y mercantil* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Estudio. S. A, 2003), 299.

deudor, depositándose a un tercero; y recayendo sobre cosas que son objeto del litigio. Sus formas de procedencia¹⁰⁹ son las siguientes:

- a. El primer caso se materializa debido a que el objeto del proceso radica en la entrega de bienes muebles que se encuentren en poder del demandado, para ello el solicitante debe justificar el derecho invocado por a través de medios probatorios de tipo documental.
- b. El segundo caso es cuando la guarda o conservación de cosas se vuelve indispensable a fin de asegurar el resultado de la sentencia.

2.7.3.5 Formación de inventarios de bienes

Su aplicación es para la sucesión por causa de muerte¹¹⁰ especialmente cuando existen dos o más herederos y uno de ellos fuere declarado como heredero, previo inventario en este caso solemne, se administrarán todos los bienes de la sucesión y a su vez representará al administrador a la sucesión. Es hasta que los demás herederos vayan aceptando posteriormente que se suscribirán en el inventario para luego formar parte de la administración y representación.

Esta medida es aplicable también en materia de familia respecto al proceso de disolución y liquidación del régimen de comunidad diferida en el cual se excluyen los bienes propios de cada cónyuge.¹¹¹

¹⁰⁹ Martínez, Ventajas de las medidas, 99. Posee características de desapoderamiento consistente en el retiro de la posesión del bien al deudor, es la entrega en depósito a un tercero y recae sobre cosas que son objeto del litigio. Podemos encontrar esta medida cautelar en el artículo 442 del CPCM.

¹¹⁰ José Luis Pérez Lasala, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992), 225.

¹¹¹ Ley Procesal de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994), artículo 74. Una vez disuelta la comunidad diferida se procederá a su liquidación, previo inventario del activo y del pasivo. Si los cónyuges no se pusieren de acuerdo en la liquidación, ésta se practicará judicialmente.

2.7.3.6 Anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales

Generalmente se entiende que es una medida cautelar de naturaleza registral cuya finalidad es asegurar la pretensión ejercitada en el proceso para el caso de que finalmente se estima, es por tal razón se dice que está íntimamente relacionada con los derechos de carácter registrable tal y como se apuntaba, el ejemplo típico se dan en aquellos bienes jurídicos de naturaleza inmobiliaria, y que por tanto registrables en el registro de propiedad raíz u otro registro.¹¹² Es llamada también "inscripción provisional" y es un asiento registral de vigencia temporalmente limitada, que publica la pendencia de un proceso sobre una situación jurídica registrada o registrable.¹¹³

Es el asiento registral cuya vigencia temporal es limitada, publica la pendencia de un proceso sobre una situación jurídica registrada o registrable y es utilizada como un instrumento de seguridad y garantía cuya finalidad es la de asegurar la pretensión ejercida ante la autoridad judicial en forma completa y con ello evitar la burla y el perjuicio de los derechos actuales o futuros del solicitante, frente a las posibles enajenaciones y gravámenes del titular registral.¹¹⁴ Engloba dos aspectos importantes a mencionar:

- a. Procesalmente, es una medida cautelar utilizada para asegurar la efectividad de la sentencia y esta pueda ser ejecutada en iguales

¹¹² Celestino Pardo Núñez, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Estudios Jurídicos (Cataluña, Madrid: Marcial Pons ; Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1997): 17.

¹¹³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 24-98* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002).

¹¹⁴ Ibid. "En cuanto a los grupos o clases en que pueden clasificarse los asientos registrales de anotación preventiva de demandas sobre la propiedad, se tiene que, en primer lugar, existen los que tienen por objeto asegurar registralmente un derecho o situación real ya existente; y, en segundo lugar, los que se refieren a una situación real potencial, de tal forma que de la misma se deriva una pretensión que puede conducir a la adquisición, constitución o extinción de un derecho real."

condiciones a las que ocurrían al momento de interponerse la demanda anotada.

- b. Dentro del Registro, se puede utilizar para hacer constar la existencia de una causa que puede dar lugar a una nulidad, resolución, rescisión, revocación, de una titularidad o acto inscrito anteriormente¹¹⁵.

2.7.3.6.1 Otras anotaciones registrales

El artículo 436 del CPCM en su ordinal 5° además de la anotación preventiva de la demanda, menciona “otras anotaciones registrales”; no obstante, no son desarrolladas dentro de dicho cuerpo normativo, por lo que se infiere que la publicidad registral es útil para garantizar el cumplimiento de la ejecución de la sentencia por lo que dicho ordinal establece una medida de carácter amplio y abierto cuya finalidad es reconocer que existen otro tipo de anotaciones con diferentes finalidades y que podrían encontrarse previstas en normas dispersas. De cualquier modo, la finalidad perseguida es la misma que la anotación preventiva de la demanda; es decir, la publicidad del proceso frente a terceros.

Como ejemplos de tales anotaciones registrales se pueden mencionar las anotaciones registrales que procedan en pretensiones sobre propiedad industrial o anotaciones en procedimientos sobre impugnación de calificaciones registrales. Esta medida puede ser utilizada en todo tipo de procesos gracias a su finalidad de la mera publicidad de la situación procesal pendiente ya que goza de gran amplitud sin importar la acción que se ejercite, mientras la anotación guarde relación con la finalidad de asegurar la tutela

¹¹⁵ Cámara Primera de lo Civil de la primera sección del centro, San Salvador, *Sentencia Definitiva, Referencia: 115-30-c2-2003* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003). El Art. 443 del CPCM establece que la anotación de la demanda será procedente cuando se dedujere una pretensión que pudiera tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente.

judicial en el proceso, en el sentido exigido legalmente, debiendo ser útil para garantizar el cumplimiento de la ejecución.¹¹⁶

2.7.3.7 Prohibición de innovar y de contratar

Se trata de dos medidas las cuales no fueron mencionadas en el artículo 436 del CPCM; sin embargo, dicho cuerpo normativo destina una disposición para el desarrollo de las mismas, regulada en el artículo 444 CPCM.

Ambas medidas le ordenan al sujeto pasivo que cumpla con una conducta de no hacer. No obstante, a pesar de estar reguladas en una misma disposición, ambas medidas son diferentes en el sentido que la prohibición de innovar se refiere a un hecho jurídico, mientras que la prohibición de contratar hace se concentra en una declaración de voluntad que pueda generar efectos jurídicos; en ese orden de ideas, la primera es una acción que puede manifestarse de una multiplicidad de maneras y la segunda solo a través de un contrato.¹¹⁷

2.7.3.7.1 Prohibición de Innovar

Consiste en evitar la alteración del estado de hecho existente al tiempo de iniciarse el proceso como cuando se ordena conservar el estado de no ocupación en que se encuentra un inmueble, o la prohibición de destrucción de una cosa. Otro caso de aplicación de esta medida es cuando se pretende impedir la alteración de un estado de hecho existente con anterioridad al proceso y el juez ordena el restablecimiento luego de iniciado el proceso, por

¹¹⁶ Diez, *Medidas cautelares en el nuevo código*, 138-139. Los ejemplos de cada uno de los diferentes tipos de anotaciones registrales deberán ser buscados en cada una de las normas vigentes.

¹¹⁷ Martínez, *Ventajas de las medidas*, 132-133.

ejemplo, cuando se decreta la paralización de una obra produciendo efectos sobre la sentencia dictada excluyendo cualquier innovación irrelevante que no afecte la sentencia o ejecución de la misma.¹¹⁸ Una diferencia entre prohibición de innovar y prohibición de contratar sería en que la primera se refiere a un hecho jurídico, mientras que la otra hace hincapié en una declaración de voluntad, en el mayor de los casos solemne y consciente de producir ciertos efectos jurídicos; por lo tanto, el primero es una acción que puede manifestarse de una multiplicidad de maneras, la segunda solo a través de un contrato.

2.7.3.7.2 Prohibición de Contratar

Esta medida requiere de la existencia de un convenio entre las partes o puede devenir precisamente por ley sustantiva a fin de asegurar la ejecución forzosa de los bienes objeto del proceso para que el juez ordene la misma. Ejemplo de ello es en el caso de créditos a la producción, donde solo se puede constituir uno nuevo hasta que el primero haya sido cancelado en su totalidad.

El juez está facultado para ordenar que los eventuales interesados se abstengan de celebrar nuevos contratos requiriéndose la verosimilitud del derecho invocado presentando el contrato que establece la prohibición que originara tal medida cautelar. Otro caso de aplicación es la prohibición de constituir segunda hipoteca con un acreedor diferente al primero.¹¹⁹

2.7.3.8 Ordenes de Cesación, Abstención y Prohibición

El artículo 436 del CPCM en su ordinal sexto establece la orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente

¹¹⁸ Palacio, Manual de derecho procesal, 799.

¹¹⁹ Ibid., 800. En otros países como en España se las encuentra como “Orden judicial de cesar provisionalmente una actividad o prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que se estuviere llevando cabo”

de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación. Las cuales son tres medidas cautelares diferentes y que con el fin de sistematizar e incluir en el CPCM, medidas cautelares que se encontraban dispersas en ordenamientos jurídicos parciales, tales como la Ley de Propiedad Intelectual, ley de marcas y Otros signos distintivos; Código de Comercio, incluso como norma supletoria a la ley de competencia desleal que es particularmente administrativa, es que se establecieron de esta manera.

Estas medidas son poco tradicionales y de poco conocimiento, así como de regulación en las Leyes de otros Estados; se relacionan a la protección de los derechos de propiedad intelectual por mencionar un ejemplo.

Normalmente estas medidas conllevan a una anticipación del resultado de la sentencia por ejemplo la realización de una determinada obra, el impedimento para la distribución o difusión de noticias de una persona determinada, secuestro de publicaciones, entre otras. Esto dependerá de la medida que más se adapte a la naturaleza del derecho reclamado. Por ejemplo, la primera medida (Orden judicial para cesar provisionalmente una actividad)¹²⁰ consiste en imponer una obligación de no hacer al demandado, a fin de que se abstenga de realizar una actividad, misma que al no obedecer el mandato o no ser impuesto, podría resultar perjudicial para el proceso; generalmente es aplicada en materia de propiedad intelectual un daño probablemente irreparable para el actor.

Este tipo de medidas cautelares son una serie de medidas cautelares que suponen limitaciones temporales en la actuación del demandado, cuya

¹²⁰ Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena, *Derecho procesal civil* (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008), 425. Con esta medida se persigue paralizar provisionalmente la realización de aquellos actos que, en principio, se presentan como transgresores de un ámbito de exclusividad reservado al titular del derecho, y que sea previsible que vayan a seguir causando sus efectos ininterrumpidamente y de forma continuada.

característica común es el hecho de ser órdenes que implican una concreta obligación de actuar ya sea de hacer como de no hacer; la cual es impuesta al demandado; así se tiene la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la orden de abstenerse temporalmente de realizar alguna conducta y la orden para no interrumpir o cesar la realización de una prestación. Además, estas medidas poseen efectos anticipatorios de la sentencia ya que el legislador asume la existencia de medidas que además de ser aseguratorias, conservan e incluso anticipan la situación jurídica sobre la que se proyecta la tutela cautelar.¹²¹

2.7.3.8.1 Orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad

Esta medida cautelar supone una limitación ya que le impone al demandado una carga procesal de no realizar una actividad en específico, de ahí que esta medida afecte a una generalidad de actuaciones, precisamente aquellas que integran la actividad cuyo cese se ordena. La finalidad de esta medida es paralizar provisionalmente la realización de aquellos actos que se presume son los transgresores de un ámbito de exclusividad reservado al titular del derecho, de manera que se evite que tales actos continúen causando efectos ininterrumpidos y de forma continuada.¹²²

Tradicionalmente se ha entendido que la orden judicial para cesar provisionalmente una actividad es una medida cautelar aplicable solamente sobre violaciones al derecho de marca, en el sentido que el titular de una marca presuntamente usurpada solicita al juez que dicte una orden requiriendo al usurpador a que se abstenga del uso de la marca mientras se dicta la

¹²¹ Diez, *Medidas cautelares en el nuevo código*, 139.

¹²² *Ibid.*, 140. En cuanto a la orden de abstención, supone una concreta limitación de la capacidad de obrar del demandado, referida únicamente a una concreta conducta, que no puede predicarse como continua y general, sino aislada, pues en caso contrario la medida adecuada sería el cese de la actividad

sentencia correspondiente. Del mismo modo, puede ocurrir en el caso de las patentes, los derechos de autor y derechos conexos; sin embargo, el área de la propiedad intelectual, no es el único caso donde puede aplicarse tal medida¹²³; así se tienen como ejemplos de la aplicación de esta medida los casos siguientes:

- a. Cesación provisional de los actos de competencia desleal mientras se determina la existencia de la misma.
- b. Cesación provisional de los actos que violen el derecho de propiedad industrial del solicitante de la medida cautelar.
- c. Cesación provisional de la publicidad ilícita.

2.7.3.8.2 Orden judicial para abstenerse temporalmente de alguna conducta

Al igual que la orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, la abstención de una conducta supone la imposición al demandado una obligación de no hacer; en este caso concreto es la prohibición de llevar a cabo una determinada actuación que, de realizarse, afectaría a los derechos de la sentencia que se dicte en el proceso, limitando o impidiendo la tutela judicial cuya diferencia con la medida estudiada anteriormente es que el cese supone una limitación general implicando la continuidad en la actuación infractora; distinto de la orden de abstención ya que esta supone una concreta limitación de la capacidad de obrar del demandado, en cuanto a una determinada conducta que no necesariamente será continua y general, sino aislada.¹²⁴ Esta

¹²³ Martínez, Ventajas de las medidas, 111-119. La medida tiene carácter conservativo, toda vez que pretende mantener durante la litispendencia el estado anterior al conflicto; no es, por ello, propiamente innovativa en cuanto no cambia la situación jurídica preexistente.

¹²⁴ Díez, *Medidas cautelares en el nuevo código*, 140.

medida, pretende evitar la producción de una conducta que no tiene existencia física aun, cuya aplicación es preferible antes de interponer una demanda, debido a que el solicitante ha tenido conocimiento de la posible realización de una conducta perjudicial.¹²⁵ Ejemplos claros de esta medida cautelar son:

1. Suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública en el área de la propiedad intelectual. En el caso de las mercancías que, interceptadas por la Dirección General de Aduanas, las cuales son sospechosas de que su creación vulnera el derecho de exclusividad de la marca, por lo que al solicitar la suspensión del ingreso producto al país o la salida de este, se impide su comercialización, beneficiando al solicitante de la medida cautelar.
2. Prohibición temporal de publicidad, evitando que se lance a la audiencia una campaña publicitaria sobre un producto determinado.
3. Suspensión de obra nueva.

2.7.3.8.3 Prohibición de cesar o interrumpir temporalmente la realización de una prestación

A diferencia de las dos medidas cautelares estudiadas anteriormente, la Prohibición de cesar o interrumpir temporalmente la realización de una prestación, es una medida con sentido positivo ya que implica la imposición al demandado de una obligación de hacer la cual consiste en continuar realizando lo una conducta ya iniciada, por ejemplo, prohibir temporalmente la interrupción de un contrato de suministro debido a que su paralización puede provocar la graves dificultades en la realización de un producto. La característica principal de esta medida es su cualidad conservativa cuya

¹²⁵ Martínez, Ventajas de las medidas, 119-122.

finalidad es mantener la continuidad de la actividad mientras se desarrolla el proceso correspondiente.¹²⁶

Cabe destacar que uno de los principales motivos por los que se solicita esta medida es que el solicitante considere que tal actividad o prestación goza de carácter lícito y en consecuencia requiere de la continuidad de la prestación, pues hacerlo recaería en un hecho ilícito causando un daño irreparable para el actor.¹²⁷

La similitud de esta medida con las medidas de cesación provisional y abstención temporal de una conducta es que todas sin excepción tienen la cualidad de no innovativas, debido a sus efectos de mantener un *status quo* de la situación cautelable.¹²⁸

2.7.3.9 Intervención y depósito de ingresos procedentes de actividades que se consideren ilícitas

Estas medidas están muy ligadas a la protección del derecho de propiedad intelectual. Se trata de dos medidas cautelares que pueden actuar ya sea juntas o separadas, quedando a disposición de la solicitud o si serán idóneas o efectivas.

A través de estas medidas se intenta proteger pretensiones patrimoniales ejercitadas ante la explotación ilícita de un derecho de propiedad

¹²⁶ Diez, *Medidas cautelares en el nuevo código*, 140.

¹²⁷ Silvia Barona Vilar et al., *Las medidas cautelares*. (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993), 385. En tal caso sería únicamente abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta que se llevaría a cabo por medio de una prestación.

¹²⁸ E. C. García Lajara, *Manual práctico de medidas cautelares*. Procesos Constitucionales, Ordinarios y Especiales (España: Editorial Comares, 2000), 87. Cabe mencionar que una cosa es el ilícito civil y otra el ilícito penal, el primero busca una sanción pecuniaria, mientras que el segundo no le basta la sanción pecuniaria, sino que una sanción de carácter personal denominada pena.

intelectual, derechos afines o conexos, protegiendo además el derecho a la exclusividad de una persona natural o jurídica.

2.7.3.9.1 Intervención

La intervención procede como una medida eficaz a fin de determinar el lucro obtenido por una persona, ya sea natural o jurídica, al momento de adquirir ilícitamente beneficios con un derecho del cual no tenía la titularidad de explotarlo.

2.7.3.9.2 Deposito

La intervención no puede subsistir sin el depósito que constituye una medida cautelar complementaria, que se encarga de ordenar el depósito de la cantidad determinada anteriormente con la intervención.

Su objetivo primordial es identificar el hecho de que el demandado se benefició de un derecho ilícitamente, en consecuencia, este no puede adueñarse de los beneficios y ganancias emanados ya que sería injusto que el infractor se apropie de las ganancias ilícitas.

2.7.3.10 Depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos, materiales y cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual

El último numeral del catálogo de medidas cautelares del artículo 436 CPCM, hace mención de dos medidas cautelares; el depósito de los ejemplares de obras u objetos con infracción a las normas de propiedad intelectual.

Así como el depósito del material empleado para la fabricación de objetos que hayan sido creados violando la propiedad intelectual o industrial,

y el depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.¹²⁹

2.7.3.10.1 Depósito temporal elementos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual

Esta medida va dirigida a recuperar los objetos que han sido creados sin el consentimiento previo del titular del derecho de propiedad intelectual o industrial. Los objetos sobre que los pueda recaer esta medida cautelar son:

- a. Obras, entendiendo por tales los ejemplares producidos o utilizados en materia de propiedad intelectual. Al solicitante le interesan que dejen de producir estos ejemplares o que se sigan produciendo para sufragar una condena posterior a prestación patrimonial. Para la primera finalidad el depósito de los ejemplares es perfectamente útil; para la segunda, podría serlo también, con el fin de venderlos para beneficiarlo de las ventas;
- b. Objetos creados a través de la explotación de una patente o de una marca, existiendo un interés de no continuidad de la explotación de las mismas y, por tanto, de expansión en el mercado, y;
- c. Material, entendiéndolo en sentido amplio como tintes, papeles, grabados, planchas, ordenadores, accesorios electrónicos, programas ofimáticos, videos, entre otros.

En cuanto al depósito del material empleado para la producción del objeto infractor, será meramente temporal; sin embargo, lo más probable es que luego de la controversia y comprobando la violación del derecho de propiedad intelectual o industrial, será destinado a la destrucción, o si es

¹²⁹ Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos (El Salvador; Asamblea Legislativa, 2002) art. 92 literal b.

el caso y el titular del derecho lo permite, o podrían ser donados a la caridad, bajo ciertas condiciones como la remoción de la marca, el objetivo es que no ingrese al mercado.

2.7.3.10.2 Consignación o depósito de las cantidades que se reclaman en concepto de remuneración de la propiedad intelectual

En cuanto a esta medida cautelar, a diferencia de la medida anterior, su aplicación no proviene de una actividad ilícita, sino más bien de una actividad completamente legal o lícita; con la finalidad de garantizar la efectividad y ejecución de una eventual sentencia estimatoria de una pretensión económica, la obligación de remuneración en los casos en que un contrato o la misma ley establezcan una obligación de este carácter. En este una remuneración contractualmente determinada, no hace falta la intervención, sino que basta con la o depósito de la cantidad adeudada determinada por la pretensión económica en concepto de remuneración en el proceso principal.¹³⁰

2.7.4 Regulación internacional sobre medidas cautelares

Los tratados internacionales revisten múltiples formas, aparte los propiamente tales, y son los denominados convenios, convenciones, acuerdos, actas, protocolos, actos y protocolos adicionales, notas revérsales, pactos, concordatos, *modus vivendi*, declaraciones. Se llaman tratados-contratos los que regulan materias que afectan directamente a las partes intervinientes, como los relativos a límites, alianzas, relaciones comerciales.

Y se denominan tratados-leyes los que adoptan reglas o normas de Derecho en una materia común: unificación de Derecho Internacional Privado o declaración de derechos individuales. En materia de tratados y convenios

¹³⁰ Cea, Arbitraje civil y comercial.

relacionados al arbitraje y medidas cautelares en El Salvador, cabe mencionar que solo existe un instrumento:

2.7.4.1 La Convención Interamericana Sobre cumplimiento de Medidas Cautelares

Posee instituciones muy afines, con la institución cautelar, establecida en el Código Procesal Civil y Mercantil. Este convenio regula aspectos muy importantes sobre la implementación, adopción y ejecución de medidas cautelares, El Salvador solo se encuentra suscrito a dicho Convenio no lo ha ratificado, pero sería de vital importancia su ratificación ya que estamos frente a unas eras globalizadas en la cual las aplicaciones de medidas cautelares en el Arbitraje están en el auge comercial.¹³¹

2.7.5 Medidas cautelares en otras áreas del Derecho

Finalmente queda por establecer cómo se comportan las medidas cautelares en otras áreas de derecho y por ende en otros cuerpos normativos y diferentes procesos en El Salvador, para el caso en particular, se estudia el comportamiento de las medidas cautelares en el Derecho Penal, Derecho de Familia, Derecho Laboral y Derecho Administrativo, los cuales se desarrollan a continuación.

2.7.5.1 Medidas cautelares en el Derecho Penal

El Derecho Penal se auxilia de Medidas Cautelares para garantizar sus efectos y la eficacia de la futura sentencia, y debido a que el objeto del proceso penal es doble, en cuanto que no solo se extiende a la pretensión punitiva, sino también a la declaración de las responsabilidades civiles derivadas del

¹³¹ Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares.

delito, las medidas cautelares se dirigen tanto a asegurar la pretensión penal como la civil. Por tanto, existen dos clases de medidas cautelares: Personales y Patrimoniales.

Las medidas cautelares personales: son instrumentos utilizados por el juzgador, para asegurar la comparecencia del imputado en todas las etapas del proceso; así también para garantizar el cumplimiento de la sentencia.¹³² Son coactivas puesto que pueden ejecutoriarse mediante la fuerza, dichas medidas deben ser aplicadas de manera excepcional, y reguladas categóricamente para evitar una mala aplicación.¹³³

Las medidas cautelares personales que contemplan el proceso penal son:

- a. La detención provisional; es la más grave de las medidas de coerción personal, pues consiste en privarle la libertad a una persona artículo 292 y 293 del Código Procesal Penal derogado.
- b. Medidas sustitutivas a la detención provisional; son las medidas impuestas cuando concurren elementos o circunstancias que permiten que el imputado goce de algunas libertades o se le dé un trato diferente; entre estas se encuentran las siguientes¹³⁴:
 1. Arresto domiciliario en la residencia del imputado o en custodia de otra persona, con o sin vigilancia, de conformidad a lo ordenado por el juez.

¹³² José María Casado Pérez et al., *Código procesal penal comentado*, (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, T. II), 1086. Las medidas cautelares en el proceso penal son el instrumento por medio del cual se limita provisionalmente la libertad.

¹³³ Erazo, Aplicación de las medidas, 9.

¹³⁴ Víctor Humberto Álvarez Hernández et al., "Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo" (bachelor, Universidad de El Salvador, 2012), 179-180.

2. Obligación de someterse a cuidado o vigilancia de persona o institución determinada quienes deben informar periódicamente al juez sobre tal situación.
3. Obligación de presentarse en forma periódica ante el juez a la autoridad que este designe;
4. Prohibición de salir del país de la localidad de residencia del imputado o de la circunscripción territorial que el juez fije;
5. Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar determinados lugares;
6. Prohibición de comunicarse con ciertas personas siempre y cuando no se afecte el derecho de defensa y
7. Prestación de caución económica adecuada, por el imputado u otra persona mediante depósito de dinero, valores, constitución de prendas e hipotecas, entrega de bienes, o fianza de personas, o institución idónea.

Las medidas cautelares patrimoniales también son denominadas reales, las cuales están destinadas a asegurar el contenido preparatorio o resarcitorio de la sentencia, a fin de restablecer eficazmente, y en la medida de lo posible, el perjuicio irrogado a las víctimas del delito, son medidas de aseguramiento y conservación de bienes y cosas que deberán ser apreciadas por el tribunal con posterioridad.

Son las mismas que las del proceso civil, a cuya regulación se remite expresamente el Art. 305 CPP y, en este sentido, entre ellas se incluyen las fianzas, las cauciones, los embargos, los depósitos y los precintos.

2.7.5.2 Medidas cautelares en el Derecho Laboral

La finalidad preventiva de la aplicación de medidas cautelares en un proceso laboral, es la de detectar alguna situación que podría no garantizar la efectividad de la eventual ejecución de la sentencia estimatoria, por lo que se busca anticiparse a un daño inminente. Dentro del Derecho Laboral la legislación salvadoreña establece en el Código de Trabajo no de manera expresa, pero si tácitamente algún caso de aplicación de medidas cautelares.

En los procesos de pago de las indemnizaciones que tienen lugar por o con motivo del acaecimiento de riesgos profesionales, el artículo 351 del Código de Trabajo, establece que en cualquier momento en que pudiere volverse nugatoria la obligación de pagar las indemnizaciones, podrán los interesados recurrir al Juez de Trabajo competente para que, con conocimiento de causa, ordene al patrono que en un término prudencial caución en debida forma su obligación legal, si éste no lo hiciere en el plazo dicho, podrá entonces el juez ordenar que la indemnización se pague en forma global.

Para el caso anterior se consideran cauciones suficientes: la hipoteca, las pólizas de seguro de compañías aseguradoras solventes, las fianzas bancarias y cualquier otra garantía que a juicio del juez ampare debidamente la solvencia patronal; las cuales se tratan de medidas cautelares de carácter patrimonial y de aseguramiento; sin embargo, el Código Procesal Civil y Mercantil amplía la gama de las medidas cautelares en material laboral, permitiendo al juez de lo laboral hacer una aplicación supletoria de las medidas contenidas dentro de ese cuerpo normativo. Algunas de estas medidas cautelares aplicadas de forma supletoria son:¹³⁵

¹³⁵ Diez, *Medidas cautelares en el nuevo código*.

- a. La anotación preventiva en la demanda, y otras anotaciones registrales. (cuando esté en juego el pago de prestaciones laborales y se tema la pérdida de derechos como consecuencia del alzamiento de bienes)
- b. Cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación. (permite ordenar que haga o deje de hacer alguna actividad que enerve el derecho del trabajador, mientras se decide el proceso laboral como tal).

2.7.5.3 Medidas cautelares en el Derecho Administrativo

Para el caso de El Salvador en materia de tutela cautelar en el Derecho Administrativo podría hablarse de una clasificación específica, atendiendo a: Si las medidas son adoptadas con motivo del procedimiento administrativo o, por otro lado, se trata de aquellas que pueden dictarse en el contencioso administrativo.

En el primer caso, se refiere a las medidas que se adoptan al iniciar el procedimiento administrativo, estas son determinadas por la autoridad judicial, con el que se pretenden asegurar a la eficacia de su actuación.

En el segundo caso, se encuentran las medidas cautelares que puede Solicitar el demandante con motivo del recurso contencioso administrativo, esto es, ante el órgano de la jurisdicción administrativa. En el Derecho Contencioso Administrativo las medidas cautelares se pueden dividir en dos clases, dependiendo de la naturaleza:

Medidas cautelares Positivas: las cuales requieren la existencia de un acto negativo por lo que se necesita una acción que evite perjuicios al demandante. Y Medidas Cautelares Negativas: las cuales se toman al existir

un acto positivo, en tanto que se necesita que se suspenda este acto para evitarle perjuicios al demandante.¹³⁶

A la hora de querer hacer una enunciación de las medidas cautelares en sede administrativa, se encuentra la situación introducida en la Ley de lo Contencioso Administrativo, la cual en su artículo 16 enuncia como única medida cautelar la “Suspensión del acto administrativo impugnado”, sin embargo como se ha hecho mención antes no solo existen actos positivos impugnados, también lo hay negativos, para los cuales se resuelve con medidas innominadas, siempre que concurren los presupuestos de las medidas cautelares.

¹³⁶ José Alexander Francia Escobar, “Amplitud de la tutela cautelar, como parte integrante de la tutela judicial efectiva, en el proceso contencioso administrativo, de manera que la sentencia emitida en esta jurisdicción pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente” (tesis para optar al grado Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2007), 107-108. La decisión de conceder o no la medida cautelar negativa o positiva deberá ser tomada por el juez o el tribunal a través de una “ponderación de intereses” en forma circunstanciada, cuyo objeto es revisar si existe o no la finalidad legítima del recurso o comprobar la actualización de los supuestos de inactividad o de la vía de hecho, pero sin que en la resolución del incidente se revise el fondo de la materia en conflicto.

CAPITULO III MARCO DOCTRINARIO Y JURÍDICO DEL ARBITRAJE

El propósito de este apartado es examinar las nociones generales relacionadas al arbitraje, para determinar el avance de dicha figura dentro del fundamento constitucional y legal tanto en El Salvador como a nivel internacional; así como para establecer que el arbitraje es una herramienta útil para todo el que necesita obtener una solución a su disputa de una manera menos engorrosa.¹³⁷

En ese sentido, en este apartado se desarrollan los conceptos, naturaleza jurídica, clasificación, tipos de arbitraje existente para determinar la teoría adoptada por El Salvador, lo cual ayudara para lograr una efectiva y favorable aplicación del procedimiento; del mismo modo, en este apartado se establecen las bases constitucionales y legales, así como los tratados internacionales ratificados por El Salvador que constituyen ley de la República.

3.1 Definiciones de Arbitraje

Según Guillermo Cabanellas, el arbitraje se entiende como “...*toda decisión dictada por un tercero con autoridad para hacerlo, en una cuestión o asunto de las partes que, por intereses divergentes, han sometido a su decisión...*”¹³⁸.

En cambio, Graham Tapia dice que es un “...*procedimiento de solución de controversias...*”, que de alguna forma contribuye a la administración de

¹³⁷ Una de las ventajas principales de la aplicación del Arbitraje en determinados litigios es que contribuye a la disminución de la carga judicial por lo que es un medio efectivo para combatir la mora judicial.

¹³⁸ Susana Esmeralda Romero de Leonor, “Efectividad del arbitraje comercial en la ley de mediación, conciliación y arbitraje en El Salvador” (Tesis para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2013), 25.

justicia.¹³⁹ Por su parte, Medina Mora, dice que “es el desarrollo procesal de un convenio privado que, con el apoyo del ordenamiento jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles, entre las partes que lo han celebrado, a un árbitro o aun tribunal arbitral independientes, les señala los términos básicos de su misión, indica el derecho aplicable al fondo de la controversia y las reglas del procedimiento arbitral, conviene en el lugar y en la lengua del arbitraje”¹⁴⁰

Para Gustavo Arce Cano, el Arbitraje es “el procedimiento que resulta del compromiso de someterse dos o más personas a una tercera, denominada árbitro, para que arregle sus diferencias, una vez que aquellas hayan expuesto sus pretensiones y aportado sus pruebas, teniendo el árbitro la función y la potestad pública de declarar la terminación del pleito.”¹⁴¹

Según la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje, el arbitraje es: Un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difiere su solución a un tribunal arbitral, el cual estará investido de la facultad de pronunciar una decisión denominada laudo arbitral.

En este sentido se debe entender que el arbitraje en El Salvador es extrajudicial, por ende las partes en contienda de manera voluntaria acuerdan solucionar el conflicto jurídico haciendo uso del procedimiento arbitral, mismo que se realizara por un tercero, es decir por una persona ajena al conflicto,

¹³⁹ Javier Arce Gargollo, *Arbitraje y función notarial* (México: Ed. Porrúa, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2007), 11. Se ha comprobado que la utilización del arbitraje contribuye a aligerar la mora judicial que aqueja a la gran mayoría de Juzgados del Órgano Judicial, volviendo al arbitraje como la figura idónea de la resolución de determinados conflictos en los que el Estado debe tener la más mínima intervención.

¹⁴⁰ *Ibid.*, 12. Es notable que esta definición se encuentra más apegada a las teorías que definen la naturaleza del arbitraje, especialmente la teoría mixta que será estudiada más adelante.

¹⁴¹ Gustavo Arce Cano, *Las juntas de conciliación y de conciliación y arbitraje* (México: UNAM, 1938), 33. Similar a la definición de Medina Mora se apoya en la teoría mixta, con la excepción de que este autor ya establece las posibles fases a desarrollar dentro del procedimiento arbitral.

que se le denominara arbitro y será designado por las partes de común acuerdo; el árbitro será quien deberá tomar una decisión y la pronunciarla conforme a derecho por medio de una sentencia que se le conoce como laudo arbitral y en el establecerá la forma en que quedara resuelto el problema.

3.2 Naturaleza Jurídica del arbitraje

Existen diversas posturas que discuten la esencia del arbitraje, lo cual constituye un problema y un interés particular, esto debido a las distintas teorías que encasillan la naturaleza del arbitraje dentro de una diversidad de teorías clásicas o contemporáneas, dependiendo del punto de vista de cada autor. Por ello es menester referirse a las distintas concepciones en las que a lo largo de la historia se ha equiparado el arbitraje con el procedimiento judicial o se destaque su origen convencional, las clasificaciones suelen esconder esas pequeñas grandes divergencias de los autores incluidos en un mismo rubro, por ello resulta preferible atender a los argumentos en sí, que forman la tesis de la interminable polémica acerca de la naturaleza del arbitraje.¹⁴²

La naturaleza del arbitraje es controversial, debido a que no se puede situar específicamente en la tradicional división del derecho positivo, ya sea público o privado, por lo que su naturaleza atiende a diversas teorías, por todo ello se discute si el arbitraje tiene un carácter público o meramente privado, si el árbitro es en algún modo un funcionario público, un verdadero juez o solo un particular que deriva de las partes todos sus poderes. Si el arbitraje posee una especie de jurisdicción debe tener, necesariamente un carácter público, ya que la facultad de administrar justicia es atributo exclusivo del poder soberano y solo de este pueden sustraerla los árbitros. Pero si admite la

¹⁴² Humberto Briseño Sierra, *El arbitraje en el derecho privado: situación internacional* (México: Imprenta Universitaria, 1963), 34. Doctrinariamente se encuentran un sinfín de teorías que desarrollan la naturaleza del arbitraje; pero, dado el objeto de la investigación solamente se expondrán las tres teorías con mayor influencia entre los distintos estudiosos de esta temática.

naturaleza contractual del arbitraje, debe considerarse de carácter enteramente privado, y el árbitro como unas simples partículas designadas por las partes para hacer lo que ellas por si mismo podrían efectuar, es decir, un arreglo convencional de la diferencia que las divide. Las teorías en las que se trata de fundamentar la naturaleza del arbitraje son:

- a. Teoría contractualista o privatista,
- b. Teoría jurisdiccional o publicista; y
- c. Teoría ecléctica o mixta.

3.2.1 Teoría contractualista o privatista

Establece que el arbitraje consiste en un contrato basado en la voluntad de las partes, equiparable a un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas, que delegan el arreglo de sus diferencias en un tercero neutral llamado árbitro, en ese sentido el arbitraje tiene carácter contractual, y por lo tanto privado.

Quien se inclina por esta corriente manifiesta que el arbitraje es una decisión voluntaria basada en la libre determinación porque son las partes, que, al expresar su voluntad, se someten al juicio arbitral. Pero, así como es privado el litigio del que los árbitros derivan de sus facultades, así es privado su función, y son derechos privados las relaciones que se generan entre ellos y las partes.¹⁴³

En esta teoría se encuentra un elemento importante que será desarrollado más adelante en la investigación, la falta de *imperium* del árbitro

¹⁴³ Romero, Efectividad del arbitraje, 21-30.

como imposibilidad de ejercer coerción en los particulares para obtener el cumplimiento forzado de determinadas conductas dado que el árbitro no posee una verdadera jurisdicción.

En conclusión, el árbitro no es juez ni forma parte de la jurisdicción y tampoco está facultado para ejecutar sus propias decisiones. El compromiso arbitral implica una renuncia a la jurisdicción estatal por acuerdo de las partes en el que se comprometen a tramitar el proceso y a cumplir con lo resuelto en el laudo, como en cualquier otro negocio de derecho privado. Hay un contrato de mandato, donde al árbitro se le obliga a resolver bien con arreglo a derecho o bien con arreglo a equidad.

En tal sentido para el caso del El Salvador se puede decir que debido a la autonomía de la voluntad de las partes y a la libertad de contratación, así como es un derecho Constitucional el resolver los problemas por arbitramento como lo menciona el artículo 23 de nuestra Constitución, en este caso cabría la opción que la naturaleza jurídica del arbitraje de equiparar a la establecida por la teoría contractualista o privatista, ya que el someterse al procedimiento arbitral no sería obligatorio sino voluntario y por ende de naturaleza privada por derivar este de negocios jurídicos de índole privada, como por ejemplo de un contrato o un convenio.

3.2.2 Teoría jurisdiccional o publicista

Esta corriente sostiene que el arbitraje es una institución de índole procesal, por lo tanto, de orden público, tiene carácter de juicio, en donde el árbitro cumple la función de juez y su laudo se equipara la sentencia, por lo tanto, tiene naturaleza jurisdiccional.

Los autores que apoyan esta teoría se apoyan en el carácter público de la administración de justicia como garantía que debe proporcionar el Estado

mismo al reconocer al arbitraje como medio de solución de conflictos a través de las leyes.¹⁴⁴

Con base en esta tesis se puede afirmar que en El Salvador si existen estas similitudes entre arbitraje y el proceso judicial, primero porque ambos pretenden lograr la solución del caso y en segundo porque en base al Artículo sesenta y tres de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, existe equivalencia entre el laudo arbitral y la sentencia Judicial.

Sin embargo, con el proceso arbitral salvadoreño de ninguna forma se resta a las partes la posibilidad de regulación autónoma sobre el procedimiento; tampoco se suele equiparar la figura del árbitro a la del juez, porque, aunque ambos son terceros imparciales que dan solución a un conflicto jurídico, el primero puede basarse en principios de equidad, técnicos o de ley, mientras que el juez conforme a derecho y con base a un procedimiento establecido en la ley.

3.2.3 Teoría ecléctica o mixta (intermedia)

De las dos teorías antes planteadas, surge una tercera. Esta teoría busca armonía entre la teoría Contractualista o Privatista y la Teoría Jurisdiccional o Procesalista, esta tercera teoría plantea que si se llega justificadamente a refutar la jurisdicción de los árbitros como negocio privado y se rechaza la posibilidad de asimilar a los organismos del Estado, surge por tanto, una estructura sui generis, denominada jurisdicción convencional; esto es lo que se conoce como la teoría Intermedia o mixta.

Esta teoría toma los mejores elementos de las teorías anteriores y al fusionarlos para mantener la armonía se establece entonces que el arbitraje

¹⁴⁴ Ibid., 30-31.

deriva de un contrato que debe cumplir ciertos estatutos establecidos por las leyes del Estado.¹⁴⁵

Carnelutti la define como la teoría que establece que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, que a través de él se pueden obtener los mismos objetivos que la jurisdiccional civil. Según María de los Ángeles Nahid Cuomo, la teoría mixta o también llamada conciliatoria considera el arbitraje como una institución sui generis, de naturaleza mixta o híbrida, en la que conviven, como todo indisoluble, el origen contractual del mismo y la teología jurisdiccional que explica su aparición, institución contractual por su origen, procesal por sus defectos.

En cuanto a que la ley debe aplicarse para esta teoría surge un problema, pues sería diferente si se toma el punto de vista contractual o el carácter jurisdiccional. Si se adopta el punto de vista contractual, debe apegarse a la ley que elijan las partes, ósea que se elegirá como punto de conexión de las normas del conflicto el mismo utilizado en materia de obligaciones contractuales; pero si se acentúa el carácter jurisdiccional del arbitraje, el punto de conexión será del lugar de la sede del tribunal Arbitral.

La responsabilidad de los árbitros, esta teoría afirma que, si adoptamos el punto de vista contractual, dicha responsabilidad se regula mediante el régimen de los contratos, pero si nos inclinamos por la vía judicial, es adecuado valorar la responsabilidad equiparándola a la de los jueces. Respecto al laudo arbitral esta teoría reconoce al laudo arbitral carácter jurisdiccional hasta cuando el órgano jurisdiccional del Estado le otorga carácter ejecutivo.

¹⁴⁵ Heaveling Krupskaya Mendoza Andino, “Las medidas cautelares en los procesos arbitrales comerciales, en el ordenamiento jurídico nicaragüense” (tesis para obtener el grado de Licenciada en Derecho, Universidad Centroamericana, 2010), 16.

3.2.4 Teoría autónoma

Según el Autor peruano Ulises Montoya, existe una cuarta teoría desarrollada originalmente por la autora Francesa Madame Rubellin Deviche en el año de 1965. Según la cual el arbitraje es autónomo por el uso y su propósito, por lo que no puede ser considerado contractual, jurisdiccional y menos mixto por no estar de acuerdo con la realidad, pues el arbitraje hay que mirarlo per se, es decir, como es, en qué consiste, la forma y modo como funciona, las leyes que se han dictado para ayudar y facilitar su desenvolvimiento.¹⁴⁶

El arbitraje es un fenómeno económico cuya naturaleza no puede enmarcarse en las teorías explicadas anteriormente, en tanto, este fenómeno hay que observarlo como una realidad práctica del comercio.¹⁴⁷ Esta cuarta teoría, observa el arbitraje desde una óptica diferente admitiendo que ninguna de las tres anteriores brinda una explicación satisfactoria al problema, capaz de aprehender con carácter universal.

Como consecuencia de los anteriores razonamientos expuestos se reconoce en el arbitraje un carácter jurisdiccional intrínseco, porque es una forma de administración de justicia, reconocida y respaldada por el Estado que confiere a los particulares la facultad de escogerles para sustituir a la que el imparte.

Cabe aclarar que, aunque el árbitro actué por designación de las partes o por mandato judicial; sea que deba resolver en equidad o en derecho, en ninguno de los dos modos, hace la labor de juez, porque no tiene el poder y la

¹⁴⁶ Romero, Efectividad del arbitraje, 32-34. La teoría de más reciente creación, argumenta que el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, autónomo.

¹⁴⁷ Francisco González de Cossío, "La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. (México: Ed. Scielo).

autoridad para imponer, sancionar, para exigir juramentación o la comparecencia de un testigo, o hacer que su decisión se cumpla coercitivamente. En muchas legislaciones no tienen siquiera la capacidad para disponer medidas cautelares.¹⁴⁸

3.2.5 Teoría adoptada por El Salvador

La determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje como ya se explicó es polémica; así como existen diferentes doctrinas y opiniones existen además tesis que adoptan posturas diferentes analizando el mismo tema.

En tal sentido que la naturaleza del arbitraje depende en gran medida del sistema legal bajo el que se analiza la cuestión.

En El Salvador la naturaleza jurídica del arbitraje se puede equiparar a la teoría mixta o intermediaria, que por una parte se le reconoce una naturaleza contractual o convencional, ya que como mecanismo de resolución de controversias tiene su origen en un acuerdo de voluntades a través de un pacto o convenio y además rige el principio de autonomía de las partes, tanto para establecer el procedimiento a seguir, así como la ley aplicable.

Además, se acepta que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional porque mediante él se determinan el derecho de dos o más partes en conflicto o se dirimen las controversias de relevancia jurídica.

En otras palabras, la administración de justicia en materia arbitral, no puede materializarse sin que el Órgano Jurisdiccional deje de intervenir a través del poder de *imperium* principalmente con la ejecución del Laudo

¹⁴⁸ Moreno, Aplicación de medidas cautelares, 13. Un árbitro no tiene jurisdicción aun cumpliendo el objetivo de buscar la paz como una finalidad importante de las personas y del Estado, por lo que en ese cumplimiento obtiene buenos resultados, que es lo que las partes y la comunidad desean.

Arbitral y otras decisiones que no pueden ser ejecutadas por medio del Árbitro.¹⁴⁹

3.3 Clasificación del Arbitraje

Doctrinariamente se clasifica al arbitraje encasillándolo por varias categorías, indudablemente estas categorías de clasificación varían según el autor, sin embargo, la clasificación que se considera la más completa es la descrita por el autor Teodoro Pozo Illinworth, en su obra “Resolución Alternativa de Conflictos”, esta clasificación se divide en tres sub clasificaciones: Origen; Formas de desarrollo; Forma de Decidir y por el lugar en el que se lo practica.¹⁵⁰

3.3.1 De acuerdo a los principios en que se fundamentan los árbitros para proferir su decisión

Arbitraje en derecho: es aquel en el cual los árbitros deben fundamentar su laudo, teniendo en cuenta, las normas sustantivas vigentes y la tarifa de legal probatoria. Es decir que en el arbitraje el fundamento de las decisiones que deben tomar los árbitros debe basarse en el derecho positivo vigente, resolviendo los conflictos según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico a aplicar.

El Arbitraje en conciencia: es aquel en el cual los árbitros declaran su fallo sin sujeción a la tarifa legal probatoria. En tal sentido se deberá entender que los árbitros no están sujetos a emitir un fallo con apego a las reglas procesales escritas, si no que como su clasificación lo dice deben pronunciar su fallo a conciencia, según su sentido común de acuerdo a su experiencia. El Arbitraje Técnico: es aquel en el cual los árbitros pronuncian su fallo con

¹⁴⁹ Romero, Efectividad del arbitraje, 33-34.

¹⁵⁰ Moreno, Aplicación de medidas cautelares, 17.

fundamento en precisos conocimientos que deban tener sobre determinada conciencia, arte o profesión. Esta clasificación se refiere a que el árbitro que ha sido encargado para resolver la disputa entre las partes debe poseer y manejar los aspectos técnicos del asunto que se pretende dirimir.

3.3.2 En razón de su origen

Según la presente clasificación, el arbitraje se origina ya sea de forma voluntaria o forzosa dependiendo de la situación en concreto.

El Arbitraje Voluntario, tiene su origen en el pacto arbitral suscrito libremente por las partes para resolver su conflicto de intereses presentes o futuros. Es decir que en este tipo de arbitraje son las partes por el principio de autonomía de la voluntad quienes deciden que en un futuro llegasen a tener cualquier disputa o conflicto entre ellos lo resolverán por medio del arbitraje, por tal motivo es voluntario.¹⁵¹ El Arbitraje Forzoso, en cambio, tiene su origen en la ley como instancia obligatoria en la solución de conflictos. La Ley es quien obliga a las partes a someterse a un arbitraje como medio de solución a su controversia, en cuyo caso no podrían negarse a someterse a este, pues es una solución que la misma ley establece como forma de solución al conflicto.¹⁵²

3.3.3 De acuerdo con la forma de funcionamiento del árbitro de arbitramiento

Al igual que la clasificación anterior, dependerá de la situación concreta para determinar el tipo de arbitraje. El Arbitraje Independiente (ad-hoc): es aquel en el cual la conformación del tribunal la adelanta las partes, nombrando directamente los árbitros o delegados este nombramiento es un tercero no especializado en la materia. Para esta clasificación de arbitraje se crea un

¹⁵¹ Cea, Arbitraje civil y comercial, 30.

¹⁵² Ibid., 31.

tribunal específicamente para resolver las necesidades de las partes, es decir que habrá un tribunal para cada caso en específico, es por tal motivo que son las partes quienes designan directamente el tribunal que dirimirá el conflicto y que posterior a ello se disolverá ya que se crea especialmente para resolver tal caso en particular.

Institucional o administrado: es aquel que se inicia, desarrolla y finaliza con el concurso y administración de una entidad o institución especialidad en la materia. El arbitraje institucional se caracteriza, entonces, por la presencia de un organismo que tiene por objeto servir de manera profesional, aunque sin ánimo de lucro, a los contratantes, profiriéndoles no solo una nómina de árbitros o técnicos, sino también de reglas cada vez más adecuadas al tipo de los negocios involucrados en cualquier litigio. Tal como su nombre lo indica es un arbitraje mediante al cual se involucra una corporación, centro, asociación u otro organizo profesional que se dedica exclusivamente a ello, es decir que en este tipo de arbitraje existe entre las partes y el árbitro una persona profesional prestando accesorias o recomendaciones para que se dirima el conflicto con una mayor eficacia y eficiencia.

3.3.4 En razón del acuerdo de las partes

Se clasifica en voluntario y necesario; para el primero, las partes deciden someterse al arbitraje y el segundo deriva de una disposición legal o de un compromiso previo adquirido por las partes.¹⁵³

Es voluntario cuando las partes, de común acuerdo, se someten a él mediante la celebración de un compromiso, sin que haya existido un concierto de voluntades previo, que estableciera que, en caso de conflicto, se

¹⁵³ ibid. 33. En ocasiones se dice que arbitraje puede ser forzoso pero este tipo de arbitraje no se da en El Salvador desnaturalizaría el arbitraje ya que debe estar originado por un previo acuerdo de las partes.

sometieran a arbitraje; el arbitraje es voluntario porque es acordado por las partes con antelación al caso, en el cual convienen someterse al procedimiento arbitral si llegare a surgir una disputa entre ambos; y es

Necesario cuando la celebración del compromiso arbitral es exigible, ya sea como consecuencia de una disposición legal o de una cláusula compromisoria, en la cual las partes han previsto el arbitraje como medio de solución de sus controversias (arbitraje necesario convencional).

El arbitraje se convierte en necesario cuando la ley así lo establece en alguna de sus disposiciones, o si las partes estipulan en el contrato someterse al arbitramiento, por ende, se prevé que en el momento necesario se dirimirá el conflicto a través del arbitraje.

3.3.5 Según su regulación en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje

Se presenta el Arbitraje Ad-Hoc, Arbitraje o Mediación Institucional, Arbitraje Internacional y el Arbitraje Extranjero.

El Arbitraje Ad-hoc, es aquel en el cual las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su controversia; es decir que libremente las partes determinan todas las reglas a seguir del procedimiento, así como la forma de proceder, los derechos a respetar todo lo necesariamente útil para resolver el conflicto. Por su parte, el Arbitraje o Mediación Institucional: aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el respectivo Centro de Arbitraje o de Mediación, autorizado de conformidad a esta ley; en este caso las partes deciden someterse o convienen en resolver su conflicto ante un ente especializado, es decir que tal institución debe ser profesional y además poseer experiencia y prestigio con la finalidad de obtener un resultado eficaz.

Arbitraje Internacional: se materializa en dos momentos; el primero, cuando las partes de un convenio arbitral tengan, al momento de celebración del mismo, sus domicilios en Estados diferentes. El segundo momento se da cuando uno de los lugares del litigio está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios, ya sea el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el Convenio Arbitral, o con arreglo al mismo sea distinto; o cuando 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.

Para los efectos del arbitraje internacional si alguna de las partes tiene más de un domicilio, éste será el que guarde una relación más estrecha con el Convenio Arbitral; si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia.

Esencialmente, este tipo de arbitraje se da cuando para dirimir un conflicto, la solución de controversia sobre pase el territorio de un Estado, en cuyo caso la LMCA es clara en establecer los presupuestos que harán posible determinar cuándo estaremos frente a un arbitraje internacional.

Finalmente, el Arbitraje Extranjero: aquél cuyo laudo arbitral no ha sido pronunciado en El Salvador; es decir, todos los casos en los cuales se ha resuelto una controversia fuera de El Salvador, en cuyo caso el laudo arbitral pronunciado en este se ha dictado fuera del país de El Salvador.

3.3.6 Según los principios con los que los árbitros fundamentan las resoluciones

Según el Artículo 5 de la ley de Mediación Conciliación y Arbitraje se establece que deben Adoptarse las siguientes reglas de interpretación comunes a la presente ley:

a. El Arbitraje puede ser en derecho, equidad o técnico¹⁵⁴.

1. El Arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. Específicamente se refiere a que es aquel mediante el cual el laudo arbitral será fundamentado en todas las reglas y normas preestablecidas por la ley, los árbitros en tal sentido están obligados a resolver conforme a todos los parámetros legales establecidos por la ley.
2. El Arbitraje en equidad o de amigables componedores es aquel en que los árbitros proceden con entera libertad, deciden según sea más conveniente al interés de las partes, sin atender más que a su conciencia, la verdad y la buena fe.

Es aquel en el que los árbitros no necesitan pronunciar el laudo arbitral con apego a lo establecido por la Ley, es decir que pueden dictarlo conforme a las reglas de la sana crítica utilizando la experiencia y la lógica.

3. En cambio, cuando los árbitros pronuncien su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico. Ya que como su nombre y definición lo indican debe dictarse el fallo en razón al conocimiento del ejercicio de su profesión.

b. Cuando una disposición de la presente ley otorgue a las partes la facultad de decidir libremente sobre una cuestión determinada, dicha facultad implicará la de autorizar a una tercera persona, natural o jurídica, a que adopte esa decisión. Es decir que, aunque el contrato se pactó otorgar el derecho a decidir específicamente sobre un punto en particular a una de las

¹⁵⁴ El Artículo 5 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje dispone las reglas de interpretación comunes.

partes involucradas, esta para ejercer tal derecho deberá necesariamente tener una autorización por una tercera persona ajena al conflicto la cual deberá estar en acuerdo con esta.

- c. Cuando una disposición de la presente ley, se refiera a un convenio arbitral celebrado o por celebrar, se entenderán comprendidas en ese convenio todas las disposiciones del Reglamento de Arbitraje que las partes hayan decidido adoptar.
- d. Por autonomía de la voluntad, las partes deciden el contenido por el cual se integrará el contrato y las distintas reglas o artículos que se aplicarán en relación al Reglamento de Arbitraje, las cuales serán únicamente los pactados en el convenio.
- e. Las normas referidas a la integración del Tribunal Arbitral y al procedimiento arbitral son de carácter supletorio con relación a la voluntad de las partes.¹⁵⁵

Esencialmente el procedimiento arbitral es autónomo, y se regirá por la autonomía de la voluntad de las partes, motivo por el cual la aplicación de este como un mecanismo de resolución de conflictos se aplicará voluntariamente.

3.4 Arbitraje en El Salvador

Luego de estudiar lo que la doctrina refiere sobre el arbitraje, y revisar la evolución histórica del arbitraje, lo que hace necesario ver cómo esta figura es interpretada y puesta en la práctica en El Salvador por lo que se debe estudiar el fundamento constitucional y legal, siendo estos los desarrollados a continuación.

¹⁵⁵. Ibid. Esto ocurrirá siempre y cuando las partes decidan someterse a tal procedimiento y por ende la integración del tribunal también está sujeta a lo pactado por las partes.

3.4.1 Fundamento Constitucional

Como se decía anteriormente, el artículo 23 de la Constitución establece que todas las personas capaces tienen la libertad de contraer derechos y obligaciones es decir celebrar contratos de acuerdo a su voluntad y conforme a la ley.

Este artículo es la base y el fundamento constitucional para la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje por establecerse en su inciso segundo la libertad que tienen las personas de resolver sus asuntos civiles y comerciales mediante la transacción y el arbitraje sin necesidad que se tenga que acudir siempre a los tribunales.

Lo anterior se infiere en primer lugar por la lectura del primer romano de la exposición de motivos de la Ley de Mediación, Conciliación, y Arbitraje, establece que la Constitución establece en el Artículo 23 que 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.

La Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro afirma que esta institución jurídica, tiene su génesis en la voluntad, o bien, en la libre contratación, y esto se encuentra regulado consagrado en el Art. 23 de la Constitución; en consecuencia, el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos; aun a pesar de la existencia del principio de que nadie puede juzgar ni ejecutar lo juzgado sino exclusivamente el Órgano Judicial, según lo dispone el art. 172 inc. 1° de la Constitución.

La Constitución reconoce que en base al principio de la libre contratación regulada en el artículo 23; en materias consentidas por la Ley suprema le es permitido a las partes, acudir al arbitraje. Lo anterior implica que las partes quienes son libres para ejercer la contratación pueden disponer de

su derecho para excluir la justicia ordinaria, otorgándole a terceros particulares a quienes consideren idóneos y capaces, funciones y facultades jurisdiccionales, derivado éstas del convenio arbitral.

Sin voluntad no puede ni debe haber arbitraje, ya que sería desconocer su génesis, mismo que ha sido reconocido como un derecho en la Constitución, dentro de la libertad de contratación y no como una obligación, en ese sentido de ideas, ninguna ley puede imponer tal método de resolución de conflictos ni privarlo, a excepción de cuando se trate de las materias excluidas por la misma ley suprema, pues sería pernicioso y desconocedor del sistema constitucional establecido.¹⁵⁶

Asimismo, exponía es importante destacar que uno de los principios inspiradores a la institución del arbitraje es el Principio de Libertad, el cual se puede traducir como *“el reconocimiento de las facultades potestativas de las personas para adoptar medios alternativos al proceso judicial para la resolución de controversias, éste como un principio universal de dicha institución”*¹⁵⁷

3.4.2 Fundamento Legal

A fin de que las personas puedan decidir libremente sobre resolver sus conflictos jurídicos a través del arbitraje, se debe tener cuerpos normativos que brinden la seguridad a las personas para que puedan poner en práctica este medio y agilizar de esta forma el término de las controversias suscitadas, provenientes de las relaciones civiles o comerciales establecidas por las

¹⁵⁶ El primer inciso del artículo 172 de la Constitución de la República establece lo siguiente: *“...Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucionales, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley...”*

¹⁵⁷ Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, *Sentencia Definitiva, Referencia: 4-RN-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

partes, para El Salvador se cuentan como normas relativas al arbitraje y medidas cautelares los siguientes:

3.4.2.1 Ley de Conciliación, Mediación y Arbitraje

Dentro de la Ley de Mediación conciliación y Arbitraje, como ley secundaria derivada del artículo 23 de la Constitución, se encuentran los requisitos, el procedimiento, conformación del tribunal entre otras cosas; asimismo, esta ley se ve fundamentada, gracias al inciso segundo del art. 23 de la Constitución de la República, ya que se creó con la finalidad de darle cumplimiento a dicha disposición legal, la cual establece que las personas tienen la libertad de resolver sus asuntos civiles y comerciales mediante la transacción y el arbitraje sin necesidad que se tenga que acudir siempre a los tribunales; y de esta manera poder cubrir la necesidad de descongestionar al Órgano Judicial así como de lograr alcanzar la pronta y cumplida justicia que beneficie a las partes en conflicto.

A pesar de que la LMCA en algún momento representó un avance pionero en Centroamérica cuando entró en vigencia en El Salvador no incluyó ningún apartado destinado a desarrollar el tema de la aplicación de las medidas cautelares, situación que sigue igual hasta la fecha.¹⁵⁸

Es conveniente analizar algunas disposiciones de dicha ley; así se tiene que el Título Primero de la ley, regula las disposiciones generales comprendiendo los artículos del uno al seis los cuales establecen el objeto de la LMCA, las reglas y principios que regirán el procedimiento arbitral en El Salvador; definen los conceptos esenciales para la aplicación de la ley y la cuantía aplicable al procedimiento, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales que se encuentren vigentes al momento

¹⁵⁸ Cea, Arbitraje civil y comercial, 45-53.

de su aplicación; mismos que prevalecen sobre las leyes secundarias según lo dispuesto en el artículo 144 de la Constitución de la República.

La LMCA viene a convertirse en el instrumento idóneo para darle solución a los asuntos civiles que son aquellos actos o contratos de derecho civil, realizados por personas particulares y los asuntos comerciales que son todos los actos y contratos típicos del derecho comercial ya sea realizado por comerciantes individuales o sociales.¹⁵⁹

En ese sentido, las personas naturales y jurídicas que estén investidas de la capacidad de ejercer derechos, contraer y cumplir obligaciones, en asuntos civiles y comerciales, tienen la libertad de elegir si resuelven sus conflictos jurídicos a través de medios alternativos de solución de diferencias como lo es el Procedimiento Arbitral.

En cuanto a los principios que rigen la ley sometida a análisis, es de comprender que se trata de fuentes o directrices generales que se encargan de resolver el conflicto jurídico dentro del marco legal ya establecido, dichos principios se encuentran estipulados en el artículo 4 de dicha Ley, los cuales son: Principio de libertad, de flexibilidad, privacidad, de idoneidad, celeridad, igualdad, audiencia, y contradicción.

Las reglas de interpretación reguladas en el artículo 5 de la Ley, también son importantes ya que se basan en los lineamientos que utilizaran los árbitros para fundamentar sus decisiones, mismas que van a depender del tipo de árbitro que esté dirigiendo el procedimiento. La segunda regla se basa

¹⁵⁹ Los considerandos de la LMCA exponen que es importante fomentar dentro la cultura de solución de diferencias, por medio del diálogo y uso de medios alternativos, que la búsqueda de diversas soluciones creativas y ágiles a los asuntos tratados, con sencillez y mayor privacidad; además se requiere que los medios de solución alternativos de diferencias, se desarrollen adecuadamente, por lo es necesario fortalecer tales figuras, especialmente las relativas a la mediación, conciliación y arbitraje.

en la libertad de las partes de disponer sobre las reglas del procedimiento y delegar en los árbitros el señalamiento de las mismas, esto se relaciona con el artículo 45 de la ley; la tercera se basa en que siempre que la ley haga referencia al convenio arbitral, se comprenderán las disposiciones del reglamento de arbitraje adoptado por las partes. Finalmente, la última regla, se fundamenta en la voluntad de las partes la cual se antepone a lo establecido en la ley.

Por último, la cuantía, llegando al artículo 6 de esta ley, el cual establece una clasificación parecida a la del CPCM; en ese sentido, si la pretensión es igual o superior a 25,000 colones, se considera de mayor cuantía y si es menor a 25,000 colones es de menor cuantía; sin olvidar su equivalente en dólares, se dice que estas cifras son importantes para determinar el número de árbitros que integraran el tribunal arbitral. Si se da el caso en que las partes no hayan establecido el número de árbitros por mutuo acuerdo, y la controversia sea de mayor cuantía, corresponderá a tres árbitros, y si es de menor cuantía, será de uno, según lo establecido por el artículo 34, la idea es tener un número impar de árbitros.¹⁶⁰ En el Título Segundo de la ley se desarrollan las reglas relativas a la mediación y conciliación artículos 7 al 20, debido a que no pertenecen al objeto de estudio no serán incluidas en este apartado.

El Título Tercero comprende desde el artículo 21 al artículo 83, mismos que se dividen en tres secciones; la primera se encuentra compuesta por un solo capítulo el cual contiene las disposiciones generales referentes al arbitraje; comenzando por el artículo 21 que regula la aplicabilidad de la ley está dirigida tanto al arbitraje nacional como internacional, sin embargo, según lo dispuesto en el artículo 144 de la Constitución, los que prevalecerán serán

¹⁶⁰ Cea, Arbitraje civil y comercial, 56. El Título Primero de la LMCA establece las disposiciones generales del Art. 1 al 6 que regirán el procedimiento arbitral en El Salvador, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales vigentes

los tratados sobre la ley secundaria. En cuanto a las materias objeto de arbitraje, reguladas en el Art. 22 de la ley, los cuales son todos los conflictos jurídicos que surjan en el ámbito del derecho privado, especialmente en el ámbito civil o comerciales entre las personas naturales o jurídicas, respecto de las cuales tengan libre disposición; sin embargo, los artículos 23 y siguientes¹⁶¹, plantean algunas excepciones en las que el arbitraje no puede intervenir, que son las siguientes:

- a. Los asuntos contrarios al orden público o directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas de derecho público;
- b. Las causas penales, excepto en lo relativo a la responsabilidad civil proveniente del delito;
- c. Los alimentos futuros; así como las controversias relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial;
- d. Aquellos conflictos relacionados con el estado familiar de las personas, excepto en lo relativo al régimen patrimonial atinente con éste; y,
- e. Las cuestiones sobre las cuales haya recaído sentencia judicial firme. Y las controversias en materia laboral ya que tiene una regulación especial en el Código de Trabajo.

Con relación al arbitraje en controversias Estatales y la aplicación preferente de Leyes especiales y Tratados vigentes, el artículo 25 expresa que

¹⁶¹ Se observa que las situaciones en las que el arbitraje no tiene cabida son en su mayoría circunstancias de naturaleza pública o social donde solamente el Estado puede disponer de la decisión final para resolver tales conflictos.

en los casos en que el Estado, personas jurídicas de derecho público o sociedades de economía mixta llegasen a tener conflictos, puedan hacer uso del arbitraje en tanto que atiendan a derechos disponibles y deriven de relaciones jurídicas patrimoniales de derecho privado o de naturaleza contractual, tomándose en cuenta lo dispuesto en leyes especiales, los tratados y convenios internacionales, y lo establecido en la ley.

En cuanto a los Convenios Arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación, contratos normalizados o contratos por adhesión, el artículo 23 establece que estos serán plenamente válidos entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos más su manifestación de voluntad de someterse al arbitraje; además, la negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.

Respecto a las notificaciones y comunicaciones preliminares y a la competencia y auxilio judicial; el artículo 27 de la ley ofrece formas mucho más flexibles para notificar, siempre y cuando quede constancia de su recepción, por ejemplo, fax, correo electrónico, etc.¹⁶²

Además, las situaciones en las que será necesaria la intervención judicial, asimismo se establecen los criterios de competencia; esta disposición se relaciona con el artículo 57, el cual determina que el tribunal arbitral podrá solicitar el auxilio de la autoridad judicial para la ejecución de pruebas que no pueda llevar por sí mismo.

A partir del artículo 29 se inicia la sección segunda, titulada del Arbitraje Nacional, la cual está compuesta de seis capítulos, el primer capítulo “Del

¹⁶² Cea, Arbitraje civil y comercial, 58. En la práctica, son pocas las instituciones que utilizan el correo electrónico para notificar debido a la poca fiabilidad que tiene este medio para comprobar la recepción de tales comunicaciones.

Convenio Arbitral”, que “es el acuerdo entre las partes por el cual deciden someter un conflicto al arbitraje”¹⁶³ sin embargo, para que este sea reconocido como tal, debe cumplir con ciertas formalidades establecidas en el artículo 29 con el objetivo de que quede constancia documental de la decisión de las partes de someterse al arbitraje. Este convenio goza de autonomía propia, según lo dispuesto en el artículo 30 de la ley, por lo que el mismo es independiente del contrato principal del que forma parte, consecuentemente, si el contrato principal sufre la declaración de nulidad, el convenio se mantiene en virtud de la autonomía que le ha conferido el legislador.

Como en casi toda regla, existen excepciones y de eso se encarga el artículo 31; establece que es la única que se puede oponer ante el órgano judicial, debido a que al tener un juez conocimiento de una controversia sujeta a un convenio arbitral, este debe declararse incompetente cuando la parte demandada oponga dicha excepción, ya que según esta disposición, el convenio arbitral implica la renuncia de las partes a la instancia judicial; en el caso de la renuncia a la instancia arbitral, solamente puede ocurrir cuando concorra la voluntad de ambas partes de forma expresa o tácita.

Los artículos 33 y siguientes son disposiciones del Capítulo Segundo referentes a los árbitros, establecen las características que debe reunir una persona para ser árbitro, así como el número de árbitros que deben conformar el tribunal arbitral, el cual siempre debe ser impar, respecto a las cualidades que deben reunir los árbitros son que deben cumplir con la mayoría de edad y ser capaces, para poder realizar actos propios de su función.

El artículo 36 se refiere a la inhabilitación de los árbitros; donde la ley es clara al establecer que no podrán ser árbitros los funcionarios públicos, los

¹⁶³ Ibid. El primer capítulo es comprendido por los artículos 29 al 44, regula como su mismo nombre lo dice al convenio arbitral.

empleados del órgano judicial y los diputados, además que se podrán aplicar las reglas de la excusa y recusación comunes al derecho. Ahora bien, el artículo 37 de la ley determina la forma de designación de los árbitros, que puede ser de tres maneras:

1. de manera directa y de común acuerdo
2. delegar en un tercero, persona natural o jurídica
3. la designación parcial o total de los árbitros

La nulidad en la designación en los árbitros está contemplada en el artículo 38 cuando el convenio arbitral coloque a una de las partes en situación de privilegio, sin embargo, solo se anulará la parte del convenio arbitral donde una de las partes quede en ventaja sobre la otra y se conservara valido el resto del convenio. El artículo 40 señala las obligaciones de los árbitros que deben cumplir luego de aceptado el nombramiento según el artículo 39, que es cumplir su encargo con esmero y dedicación, incurriendo en la obligación de reparar los daños y perjuicios que llegaren a causar a las partes o a terceros, en caso de no hacerlo así. El procedimiento de recusación, según el artículo 43 de la ley establece que en el caso en que el árbitro no acepte la recusación, será el centro de arbitraje quien tome la resolución de la misma, esto en el caso de arbitraje institucional o por los árbitros restantes cuando fuere ad-hoc.¹⁶⁴

Los artículos 45 y siguientes se encuentran contemplados en el capítulo tercero, mismo que regula al Procedimiento arbitral que constituye “las diligencias cumplidas con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral integran una fase preparatoria o actividad preliminar del juicio arbitral a lo que

¹⁶⁴ Cea, Arbitraje civil y comercial, 63

se denomina preparación de la vía arbitral, la cual comprende todas las actuaciones encaminadas a la designación de los árbitros y abarca las alternativas que puedan presentarse, tales como la recusación y excusación de los árbitros.”

La Libertad de Procedimientos se encuentra en el artículo 45 donde se establece que las partes (si así lo desean) pueden sujetarse a las reglas del procedimiento del centro de arbitraje al que se someterá el tribunal arbitral; del mismo modo, pueden determinar libremente las reglas del procedimiento; y, además, pueden delegar en los árbitros el señalamiento de las mismas.

Sin embargo, el procedimiento arbitral no admite el trámite incidente más que los señalados por la ley.

En la ley se regulan tres tipos de procedimiento arbitral:

- a. procedimiento para el arbitraje ad-hoc, en el caso en que las partes no lo hayan establecido, las partes lo establecen;
- b. el procedimiento de mero derecho y
- c. el procedimiento de menor cuantía.

Para el caso de los Tribunales Arbitrales, el artículo 46 regula sus actuaciones, siendo estas las siguientes:

- a. La decisión será por mayoría de votos, salvo acuerdo en contrario.
- b. Si las partes o todos los árbitros lo autorizan, el árbitro presidente puede decidir sobre cuestiones de procedimiento.
- c. La recepción de pruebas solo podrá realizarse con la presencia de todos los árbitros.

El artículo 57 se encarga de formular las reglas para el procedimiento ad-hoc que generalmente son las siguientes:

- a. Demanda, Contestación, Plazos y Excepciones: La parte demandante deberá presentar ante los árbitros su demanda agregando los anexos necesarios, dentro de los ocho días hábiles contados a partir de la aceptación del último Árbitro. Una vez recibida la demanda, inmediatamente se correrá traslado de ella al demandado, quien tiene ocho días hábiles para contestar, agregando los anexos respectivos. En este mismo plazo y oportunidad deberá presentar sus excepciones y demanda de reconvención si fuere el caso. La Prueba documental debe ir agregada a la demanda, a la contestación o la demanda de reconvención, deberá agregarse toda, salvo en el caso de no tenerla, se indicará su contenido, el lugar en que se encuentra y se pedirá su incorporación al proceso.¹⁶⁵
- b. Caducidad y Rebeldía: En caso de que quien promueva la actuación arbitral no presentare su demanda dentro de la oportunidad prevista o no lo hiciera cumpliendo los requisitos legales, el Tribunal puede dar por terminadas sus funciones y devolverá las actuaciones a fin de que las partes promuevan su acción ante la justicia ordinaria. No habrá acuse ni declaratoria de rebeldía, por lo que, a falta de contestación de la demanda, el trámite continuará su curso.
- c. Cita a Conciliación: Vencidos los plazos antes indicados, los árbitros citarán a las partes a una audiencia de conciliación. En caso de llegarse a un acuerdo los árbitros darán por terminado el trámite. Las partes podrán

¹⁶⁵ En caso de que se interpongan excepciones o se presente una demanda de reconvención, según sea el caso, se correrá traslado al demandante, quien deberá contestar dentro de los diez días hábiles para oponerse o proponer las excepciones respectivas.

solicitar del Tribunal que el arreglo logrado sea elevado a la categoría de laudo arbitral definitivo; relacionado a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley.

- d. Prueba: Si en dado caso no se llega a un acuerdo total de las pretensiones, se continuará con el trámite de la evacuación de la prueba a excepción de la prueba documental que ya fue presentada con anterioridad, que será practicada en audiencia y deberán producirse dentro del plazo máximo de treinta días hábiles, contados desde la fecha de la contestación de la demanda o de la reconvenición; el artículo 55 dispone las reglas probatorias necesarias para apoyar lo dispuesto en el artículo 47.¹⁶⁶
- e. Alegatos: Una vez han sido evacuadas las pruebas, los árbitros podrán solicitar a las partes la presentación de un resumen escrito de sus alegaciones.
- f. Laudo: Finalizando las fases anteriores, los árbitros procederán a emitir el laudo teniendo en cuenta el plazo máximo establecido para el trámite arbitral.

El capítulo cuarto en el artículo 59 y siguientes, se encuentran algunas reglas para el laudo, en primer lugar, el artículo 59 dispone que los árbitros deben decidir la cuestión sometida a su consideración con sujeción a derecho, equidad, salvo pacto en contrario o conforme a normas y principios técnicos, de conformidad a lo estipulado en el Convenio Arbitral. El laudo debe pronunciarse por escrito y deberá contener designación del lugar y fecha; nombres, nacionalidad, domicilio y generales de las partes y de los árbitros; la

¹⁶⁶ Sin embargo, cabe aclarar que en caso de que las reglas establecidas en la LMCA no sean suficientes, se puede recurrir perfectamente a las establecidas en los artículos 312 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil tomando como base la aplicación supletoria del artículo 20 del mismo cuerpo normativo.

cuestión sometida a arbitraje y una síntesis de las alegaciones y conclusiones de las partes; la valoración de las pruebas practicadas, si se tratare de arbitraje en derecho o su fundamentación, en caso de arbitraje en equidad.

La resolución deberá ser clara, precisa y congruente con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos; guardando el orden lógico que corresponde; es decir, la determinación de las costas del proceso, si las hubiere; y, las firmas de todos los miembros del Tribunal Arbitral o de la mayoría de ellos.

Respecto a la votación, el laudo podrá adoptarse por unanimidad o por simple mayoría de votos y estará firmado por los árbitros¹⁶⁷. Y en el caso de que no hubiese mayoría la decisión la tomará el presidente del Tribunal; así lo dispone el artículo 61 de la ley.

El artículo 62 en su segundo inciso establece que para este tipo de arbitraje; el laudo deberá ser protocolizado notarialmente; asimismo, cuando el laudo arbitral deba registrarse, bastará la presentación al registro de una copia certificada por el director del Centro de Arbitraje o por el notario.

3.4.2.2 Reglamento de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje

Fundamentado en el artículo 91 de la LMCA, con el fin de desarrollar preceptos de la Ley; en otras palabras se encarga de definir aspectos generales que no fueron desplegados en la LMCA; desdobra además, las

¹⁶⁷ En caso de que haya un árbitro disidente, este deberá manifestar por escrito las razones que motivan su separación del criterio de los árbitros mayoritarios.

funciones de los Centros de Arbitraje, las facultades del Ministro de Gobernación referentes a la vigilancia, control y fiscalización de los Centros de Arbitraje; forma de autorización de los mismos y del registro público encargado de registrar la creación y el labor de estos, así como las sanciones en las que pueden incurrir los mismos.

3.4.2.3 Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador

Del mismo modo, en la normativa nacional aplicable, se encuentra el Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje el cual regula el funcionamiento del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador, como también las funciones de los agentes que intervienen en el los procesos, sus perfiles, formas de participación, procedimientos.

Dicho Reglamento establece un procedimiento ágil, confidencial y moderno para la el desarrollo de la mediación y el arbitraje, congruente con la dinámica del ámbito comercial; es por ello que además cuentan con un Código de Ética que les permite dotar de valores, responsabilidad social, imparcialidad, honestidad y muchas herramientas de utilidad a los árbitros.

Este reglamento ha sido creado por la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador¹⁶⁸, cuyo fin es organizar el Centro de Mediación y Arbitraje, como una dependencia de dicha entidad, y poder contribuir a la solución de las controversias o conflictos que le presenten, mediante la institucionalización de Medios Alternativos de Solución de Controversias, siempre apegados a la LMCA y a su reglamento; según lo dispone el artículo uno del Reglamento del

168 Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador.

Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador.

3.5 Tratados, Pactos y Convenios sobre Arbitraje, suscritos por El Salvador

En materia de arbitraje El Salvador ha suscrito muchos convenios y tratados que refuerzan la normativa interna como lo son la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales y Extranjeras, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, las reglas de la OMS y el Convenio del CIADI, los cuales se encuentran vigentes hasta la fecha y se desarrollan a continuación.

En cuanto a la aplicación de los Tratados y Convenios siempre se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 144 de la Constitución el cual literalmente dice: *“...Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado...”*

3.5.1 Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional

Adoptada por El Salvador el día treinta de enero de 1975 en Panamá durante la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado y ratificado el 27 de junio de 1980. Establece que las sentencias o laudos arbitrales firmes, tendrán la misma fuerza de sentencia judicial; en consecuencia, exige el mismo trato en el reconocimiento y

ejecución que con las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios tanto nacionales como extranjeros, según las leyes vigentes del país donde se ejecuten, o establecido en los tratados internacionales.

3.5.2 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales y Extranjeras

Firmado por El Salvador el 10 de junio de 1958 en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, convocada según la resolución (604) XXI del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, adoptada el 3 de mayo de 1956. La Conferencia tuvo lugar en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, del 20 de mayo al 10 de junio de 1958. Y ratificada el 26 de febrero de 1998.

Intenta establecer normas legislativas comunes para que los acuerdos o pactos de arbitraje y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales sean reconocidos, con el objeto de evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean sujetas a discriminación, obligando a los Estados partes a velar por que tales sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en la misma, así como las sentencias o laudos arbitrales nacionales.

Además, se puede exigir que los tribunales de los Estados partes den pleno efecto a los acuerdos arbitrales, negándose a admitir demandas en las que la actuación del demandante vulnere un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.

Bajo estos términos se entiende por "sentencias o laudos no nacionales"; aquellos que, si bien han sido dictados en el Estado donde se prevé su ejecución, son considerados "extranjeros" por la ley de ese Estado porque el procedimiento seguido conlleva algún elemento de extranjería, por

ejemplo, cuando se apliquen normas procesales de otro Estado. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.¹⁶⁹

3.5.3 Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional

Elaborada el 21 de junio de 1985, Uno de los objetivos de esta ley era evitar la concepción equivocada de equiparar el arbitraje a los litigios de los tribunales nacionales, así como complementar las disposiciones de derecho sustantivo dispersas existentes, la cuales no alcanzaban para regular por completo el arbitraje internacional.

Acá se desarrolla temas como el Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares, respecto al último desarrolla la facultad de los árbitros y las condiciones para otorgarlas por el tribunal arbitral, los cuales son temas de interés para esta investigación, la composición, la competencia de los árbitros, pronunciamiento e impugnación de los laudos arbitrales.

3.5.4 Reglas de la Organización Mundial de Comercio

La Organización Mundial del Comercio (OMC) y su sistema de solución de controversias, han sido reconocida unilateralmente como un instrumento fundamental para el funcionamiento de esta organización internacional, y ha constituido un modelo único especialmente efectivo en el marco de las relaciones interestatales, ya que continúa siendo en la actualidad, contar con un régimen sancionador particular que “incentiva” el cumplimiento de las

¹⁶⁹ Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Estados Unidos de América, Organización de las Naciones Unidas, 1958).

normas cuando los infractores no se avienen a hacerlo una vez establecida su violación.¹⁷⁰

La Organización Mundial del Comercio (OMC), regula el arbitraje específicamente en el artículo 25, el cual literalmente establece lo siguiente:

1. Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes.
2. Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje.
3. Sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros Miembros si las partes que han convenido en recurrir al arbitraje están de acuerdo en ello. Las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral. Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada.
4. Los artículos 21 y 22 del presente Entendimiento serán aplicables mutatis mutandis a los laudos arbitrales. Además, como lo establece el inciso anterior las reglas establecidas en los artículos 21 y 22 del mismo cuerpo normativo son aplicables al arbitraje.

¹⁷⁰ Carmen Otero García Castrillón, “El arbitraje en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio”, *revista de arbitraje comercial y de inversiones*, n. 3 (2010): 151-59.

5. En el Artículo 21 se encuentran las recomendaciones y resoluciones; el Artículo 22 regula la Compensación y suspensión de concesiones, ambos artículos son reglas normas a seguir dictadas por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD).¹⁷¹

3.5.5 Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

El arbitraje es regulado también por El CIADI entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio). Fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial). Este Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, el cual fue ratificado por 20 países. Para el 10 de abril de 2006, 143 países habían ratificado el Convenio para convertirse en Estados miembros, el CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. Se complementaron las disposiciones del Convenio CIADI mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con el Artículo 6(1) (a)-(c) del Convenio (Reglamento y Reglas del CIADI).

El Reglamento y las Reglas del CIADI incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero; las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación); las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación); y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje). Las últimas enmiendas al Reglamento y las Reglas del CIADI adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro entraron

¹⁷¹ La OMC establece en el artículo 25 que además en lo referente al arbitraje son aplicables las normas establecidas en los artículos 21 y 22 del mismo cuerpo normativo.

en vigor el 10 de abril de 2006.¹⁷² Dentro del convenio del CIADI se encuentra en el Capítulo IV El Arbitraje en la Sección 1 Solicitud de arbitraje, en el Artículo 36 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados el cual literalmente establece:

1. Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.
2. La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.
3. El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación. Cuando el tribunal no se constituya a tiempo las partes pueden solicitar que se nombre un árbitro o árbitros que aún no hayan sido nombrados que designe a un árbitro para que actúe como presidente del tribunal. El CIADI además reguladas las reglas de arbitraje bajo la denominación de *reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje (reglas de arbitraje)*.

En el capítulo V dentro de los Procedimientos especiales, en la Regla 39, el cual, dispone de forma convencional que la mayoría de los árbitros no

¹⁷² Convenio CIADI, (Estados Unidos de América: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006).

pueden tener ni la nacionalidad del Estado del que es nacional el inversor, ni del Estado que es parte en la controversia las Medidas provisionales; por lo que se tiene que:

- a. En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas. El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes.
- b. El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento. El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.
- c. Si una parte presenta una solicitud de adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la solicitud, de tal forma que la solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido. Además, nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a 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.

CAPITULO IV PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

El objetivo de este capítulo es proponer un Procedimiento para aplicar Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral de El Salvador a través del establecimiento de las disposiciones legales y la doctrina relacionada al tema en estudio.¹⁷³ Cuyo propósito es establecer el funcionamiento de las medidas cautelares en el arbitraje en el derecho comparado para conocer su aplicación en otros ordenamientos jurídicos; además, determinar la situación actual de las Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral en El Salvador para conocer los obstáculos en relación a su aplicación y que puedan ser superados.

Finalmente, indagar la posibilidad de establecer normas relacionadas a la procedencia de Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral, para enriquecer a la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Por lo que se analizara la jurisdicción y facultades de los árbitros, el momento procesal oportuno para decretarlas cuya consecuencia de todo lo anterior, es una propuesta de aplicación de medidas cautelares por medio de los árbitros.

4.1 Procedimiento actual para la adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral de El Salvador

El trámite que se sigue para la aplicación de medidas cautelares en el procedimiento Arbitral de El Salvador, se toma de la aplicación supletoria que se hace con el artículo 20 del CPCM, debido a que dentro de la LMCA no existe la forma de proceder en caso de las medidas cautelares, sin embargo deja

¹⁷³ El énfasis en particular se centra en la facultad de los árbitros para aplicar medidas cautelares en el procedimiento Arbitral.

abierta la posibilidad de que existan tales medidas en el procedimiento arbitral según su artículo 32¹⁷⁴, lo mismo es confirmado en los artículos 431¹⁷⁵ y 435¹⁷⁶ del CPCM, los cuales expresamente se refieren a la aplicación de medidas cautelares en los procedimientos arbitrales.¹⁷⁷

De la lectura del artículo 32 de la LMCA, deja entrever cuatro situaciones interesantes, primero la procedencia de las medidas cautelares en el arbitraje, segundo que las medidas cautelares pueden ser aplicables en el arbitraje antes y después de la constitución del arbitraje, tercero, la facultad de las autoridades judiciales para decretar medidas cautelares en procedimientos arbitrales, y por último en relación a la ejecución de las mismas, que de igual forma es la autoridad judicial.

En este punto, lo importante es desarrollar la primera de las situaciones, como se advirtió anteriormente en el artículo 32 de la LMCA, se abre la posibilidad de aplicar medidas cautelares en el arbitraje pero no dice como, por lo que se debe abocar al Código Procesal Civil y Mercantil, encontrando el procedimiento en el apartado referido a las medidas cautelares que se encuentra entre los artículos 431 al 456 del CPCM, Procedimiento Cautelar

¹⁷⁴La única mención que se encuentra en la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje, respecto de las medidas cautelares es la contenida “la renuncia al arbitraje”, en el inciso final de dicho artículo el cual literalmente 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 precautorias o que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas”*, por lo que no hay un artículo específico para hablar sobre el tema,

¹⁷⁵ Se refiere a que las medidas cautelares pueden adoptarse en cualquier proceso civil o mercantil para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria, lo cual abre la puerta para la aplicación de medidas cautelares en el arbitraje.

¹⁷⁶ En este se confirma lo que se sostuvo anteriormente porque establece literalmente “El que acredite ser parte en un proceso arbitral iniciado en El Salvador podrá solicitar del juez la adopción de las medidas cautelares pertinentes.

¹⁷⁷ Según el artículo 20 del Código Procesal Civil y mercantil, que establece 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”

que es llevado a cabo por medio de una autoridad Judicial de la siguiente forma:

1. Según el artículo 451 del CPCM se inicia por medio de solicitud, formulada con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción misma que debe contar con todas las formalidades de la demanda las cuales se encuentran ampliamente establecidas en el artículo 276 CPCM, la cual puede presentarse antes de la presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso, esta debe ser a petición de parte y sin audiencia de la contraparte, en el cual deberán acreditarse la apariencia de buen derecho y del peligro, lesión o frustración por demora. Además de prestarse una caución suficiente para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran causar al patrimonio del demandado.
2. La solicitud se presentará ante el juez de primera instancia del lugar donde se deba ejecutar la sentencia arbitral o donde deban surtir efecto las medidas.¹⁷⁸ El Juez examinará de oficio su jurisdicción y competencia para conocer de la solicitud de medidas cautelares, y rechazará su intervención si considera que carece de alguna de aquéllas, debiendo remitir al solicitante al tribunal que corresponda.
3. El Juez se pronunciará en el plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud en el tribunal, si considera que concurren los presupuestos y requisitos para su adopción decretará las medidas, razonando su procedencia con precisa indicación de las que se acuerden y determinará el régimen a que han de estar sometidas, estableciendo en su caso la forma,

¹⁷⁸ Lo mismo se aplicará respecto de las medidas cautelares solicitadas para procesos jurisdiccionales o arbitrales extranjeros, salvo que dispongan cosa distinta los tratados aplicables.

cuantía y tiempo en que deba prestar caución el solicitante, de lo contrario puede desestimar la solicitud.

4. En caso de que el juez desestime la medida cautelar el solicitante puede solicitar la apelación¹⁷⁹ de su resolución para lo cual seguirá el trámite establecido en el artículo 511 y siguientes del CPCM. Por otro lado, 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 sentencias, cuyas normas serán de aplicación supletoria.
5. Una vez ejecutada la medida se notificará a la parte afectada quien podrá impugnar la medida cautelar mediante el recurso de apelación, pero sin efecto suspensivo. Posterior a la adopción de las medidas cautelares si sobrevienen hechos nuevos o de nuevo conocimiento, podrá el juez, a instancia de parte, modificar el contenido de la medida acordada.

4.2 Regulación del Procedimiento Cautelar en el arbitraje dentro de la Ley De Mediación Conciliación y Arbitraje

El hecho es contundente, la LMCA se hizo para regular los medios alternativos de solución de controversias entre ellos el arbitraje, sin embargo, como se ha anotado en párrafos anteriores, es incomprensible porque hacer una mención tan vaga sobre las medidas cautelares en el arbitraje, no dedicándosele ni un artículo específicamente. Decir que se pueden dictar medidas cautelares y que este establecido en el CPCM y tácitamente en la LMCA, es un logro a medias, puesto que al solo hacer el mero planteamiento

¹⁷⁹ Según el artículo Art. 510 El recurso de apelación tendrá como finalidad revisar: 1º. La aplicación de las normas que rigen los actos y garantías del proceso. 2º. Los hechos probados que se fijan en la resolución, así como la valoración de la prueba. 3º. El derecho aplicado para resolver las cuestiones objeto de debate. 4º. La prueba que no hubiera sido admitida

se deja sin disciplinar las muchas cuestiones que suscita esta institución. Si bien se podría decir que la forma de actuar por parte del juez se resuelve con el procedimiento establecido en el CPCM; lo cierto es que respecto a esta situación se tienen que abordar algunas situaciones como, por ejemplo, que de la aplicación de las medidas cautelares se tienen dos posibles escenarios que pueden darse, primero que las soliciten antes de la constitución del tribunal arbitral y otra después de constituido.

En el caso de que lo hagan después de la constitución del tribunal arbitral, hay algunas cosas que se deben establecer, como lo son diferentes actos de comunicación del juez al árbitro. Se da el caso en relación a que una vez estimada la medida cautelar debe establecerse un plazo del que disponga el Juez para remitir las actuaciones al árbitro o tribunal arbitral, ya que por el tipo de procedimiento se busca que los tramites del proceso sean más rápidos que si se tratase de un proceso común¹⁸⁰, así que él no dejar establecido este punto podría causar dilaciones innecesarias.

Lo que significa necesariamente, se tendría que haber un apartado específico, el cual establezca la forma de proceder en caso de que las medidas cautelares sean decretadas por el juez, antes de la constitución del tribunal arbitral y después de la constitución del tribunal arbitral.

En relación a las medidas cautelares aplicables al arbitraje, de la aplicación supletoria que se hace del CPCM se puede establecer que las medidas cautelares que pueden decretarse, son las establecidas en el citado

¹⁸⁰ La magnitud de la mora judicial en El Salvador es tal que por medio del Decreto Legislativo No. 614 aprobado el día 23 de febrero del año 2017 se ha establecido que la Cámara Ambiental deberá ampliar su competencia de forma transitoria y conocerá casos relativos a asuntos civiles, mercantiles y de inquilinato que sean remitidos de los juzgados de lo Civil en Santa Tecla y Quezaltepeque, así como de los asuntos civiles tramitados en el Juzgado de Tránsito de Santa Tecla, Juzgado de Primera Instancia de San Juan Opico, La Libertad, Chalatenango, Tejutla y Dulce Nombre de María.

cuerpo normativo, pero que, de otras medidas cautelares que no estén establecidas en el mismo como lo establece el artículo 437, por ser un procedimiento especial se debe dejar registro dentro de la ley cuales medidas se pueden aplicar.

Todas estas situaciones merecen la pena ser establecidas en la LMCA, para poder así tener una idea clara de cómo proceden las medidas cautelares en el procedimiento arbitral de El Salvador, debido a la singularidad del procedimiento es necesario establecerlo en la misma, y no simplemente hacer una aplicación supletoria que como se ha dejado establecido deja muchas situaciones específicas sin regularse.

Del árbitro no se ha dicho nada expresamente dentro de la LMCA, en relación a la aplicación de medidas cautelares, sin embargo, hay algunas situaciones que se deben tomar en cuenta en torno a este punto y se desarrollaran en los puntos siguientes.

4.3 Doctrina relacionada a la aplicación de medidas cautelares por los árbitros en el arbitraje

A pesar del auge que ha tenido el arbitraje en las últimas décadas, pese a que se registra una tendencia expansiva aún son muy pocos los países que reconocen a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares. Las reglas en tal materia siempre ha sido buscar el soporte del sistema judicial para que sean los jueces los encargados de decretar y ejecutar las medidas cautelares.

Tal dificultad se debe a la naturaleza jurídica del arbitraje y aún existen modelos estatales que no regulan la facultad de dictar las medidas por los tribunales arbitrales. Por ello sin duda alguna una de las manifestaciones más relevantes de la función de apoyo del juez atañe a las medidas cautelares que pueden ser dictadas a lo largo del procedimiento arbitral. La facultad de los

árbitros de otorgar medidas provisionales es una posibilidad teórica, en la cual la materialización en la práctica de algunos países depende de la voluntad expresada por las partes al respecto, ya sea directamente, ya sea por remisión a un reglamento arbitral o a la ley que resulte aplicable al arbitraje en defecto de toda indicación.

Es una posibilidad limitada, como ponen de manifiesto, por ejemplo, el supuesto de que el tribunal arbitral no se encuentre formado cuando surge la necesidad de la medida o, en cualquier caso, el hecho de que un árbitro no puede llevar a cabo la ejecución forzosa de una medida.¹⁸¹

Ejemplo de lo anterior es el caso de El Salvador, puesto que aun contando con una ley especial como lo es la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje no regula en tal cuerpo normativo las facultades para que un árbitro otorgue medidas cautelares o las ejecute, mucho menos cuenta con un procedimiento para la aplicación de las mismas, su regulación se limita únicamente a lo expresado en el artículo 32 referido a la renuncia, lo cual lo convierte en un caso típico de aplicación supletoria, como se mencionó anteriormente.

En vista que las opiniones y las legislaciones que difieren de la aplicación o no de las medidas cautelares por un árbitro, es necesario hablar sobre la justicia cautelar, la cual desempeña un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias por su doble cometido: los cuales son proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas y asegurar la ejecutabilidad de la decisión final. Con ello se quiere evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un

¹⁸¹ Roque J Caivano, *Arbitraje* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008). 136-137. Debido a que, en el primer caso si no se ha formado el tribunal arbitral, el árbitro no tendría competencia para conocer, a menos que como otro sector de la doctrina y legislaciones se pueda recurrir a un árbitro de emergencia.

pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso.¹⁸² En este punto es esencial determinar si existe una unificación en cuanto a la aplicación de medidas cautelares en el arbitraje.

Es sabido que las medidas cautelares son las encargadas de evitar el fallo frustrado y los daños inminentes, o ya iniciados, durante la tramitación del juicio, en cualquiera de las materias sometidas a proceso. Por ello, la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial. Según José Carlos Fernández Rozas Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid se puede afirmarse que su adopción constituye un verdadero derecho fundamental del justiciable tanto en el proceso judicial como en el arbitral.¹⁸³

Precisamente, por lo ya dicho La Ley Modelo UNICITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) contempla la adopción de medidas cautelares por los jueces y por los árbitros. Esta fue una reforma que se presentó como propuesta a las disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo”, donde se convino en la necesidad de insertar un Capítulo IV bis (“Medidas cautelares y órdenes preliminares”) a LMU con una especial atención a las potestades del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, a las condiciones para su otorgamiento, modificación, suspensión y revocación y al reconocimiento y ejecución de las mismas. Esta iniciativa ofrece un especial interés, pues, así como existe una tendencia a la unificación en lo que concierne la regulación de las medidas cautelares en los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria,

¹⁸² José Carlos Fernández Rozas, “Arbitraje y justicia cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, n. 22 (2007).

¹⁸³ Ibid. Las Medidas Cautelares tratan de asegurar el éxito del proceso definitivo favoreciendo la propia consecución de la demanda o impidiendo que la demanda quede frustrada; en definitiva, las medidas pretenden salvaguardar derechos.

su proyección en el procedimiento arbitral sigue registrando un marcado particularismo.

La propuesta contiene un extensísimo nuevo art. 17 con 5 secciones y 11 apartados donde se reitera en términos tajantes que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares”, pero también se presta atención a las medidas cautelares dictadas por el juez en apoyo al procedimiento arbitral, y aunque la inclusión de esta materia supone una cierta ruptura sistemática del texto del Proyecto ofrece la ventaja de su utilidad, pero cabe considerar que esta cuestión bien pudiera figurar como un nuevo art. 9 bis. Conforme al art. 17. Estas propuestas fueron reconocidas en las enmiendas aprobadas en el año dos mil seis.

En ese orden de ideas es necesario mencionar que Perú expresa al tenor de la a sentencia del Tribunal Constitucional lo siguiente: “...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...”¹⁸⁴

En consecuencia, se denotan diferencias entre opiniones u aplicaciones de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral dictadas por un árbitro, podemos analizar diversos países y en unos las opiniones serán similares o quizá contrarias totalmente, lo cierto es, que, dependiendo la necesidad, el

¹⁸⁴ Tribunal Constitucional, *Sentencia, Referencia: 6167-2005-PHC/TC* (Perú, 2006).

momento, lugar, en el que se desarrolle el tema así será el tratamiento que cada país le dará.

4.4 Legislación que ampara la aplicación de medidas cautelares por medio de los árbitros

Debido a las diferencias entre los sistemas jurídicos¹⁸⁵ que existen en el mundo, hace que diste mucho la forma de proceder en cada país en relación al arbitraje, incluso, entre los países que se rigen por un mismo sistema, existen diferencias marcadas, aun siendo países de la misma región, o que hayan inspirado su legislación en un mismo instrumento internacional.

Por lo que se vuelve necesario revisar diferentes legislaciones a fin de encontrar en esas diferencias, algo novedoso que pueda ser replicado o que simplemente se encuentren mucho más avanzados en relación a la aplicación de medidas cautelares en el arbitraje, por lo que esos dos criterios son lo que se utilizan para hacer este apartado, mismo que además será estudiado por regiones continentales para mejor comprensión.

4.4.1 Europa

Los países europeos con leyes explícitas e innovadoras en relación a las medidas cautelares en el arbitraje, son España Suiza y Grecia, razón por la cual son los países que serán estudiados a continuación:

4.4.1.1 España

Si bien España no tiene el procedimiento dentro de la Ley de Arbitraje 60/2003, en el artículo 23 de la misma, confiere potestad a los árbitros para

¹⁸⁵ Los sistemas jurídicos que existen son: el Derecho Continental o neorromanista (en inglés *Civil Law*), el Derecho anglosajón (en inglés *Common Law*), el Derecho socialista, Los sistemas de Derecho religioso y existen sistemas mixtos.

dictar medidas cautelares con arreglo a las siguientes previsiones: “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*”.

4.4.1.2 Suiza

El Reglamento Suizo de Arbitraje internacional el cual entro en vigencia en el año 2004, regula la potestad de los árbitros para dictamen medidas cautelares, estableciendo en el artículo 26 cuatro puntos a considerar.

El primero de ellos da la facultad al tribunal arbitral de poder adoptar todas las medidas cautelares que considere apropiadas. Y se establece además que la medida cautelar puede ser solicitada por una de las partes sin darle conocimiento de esa solicitud a la otra parte. El segundo que dichas garantías se establecerán en un laudo provisional.

El tercero permite la posibilidad de que las partes acudan a una autoridad judicial para pedir que dicten medidas cautelares, y esto no se considera incompatible con el arbitraje ni se considera una renuncia al mismo. Y el último que el tribunal arbitral decidirá según su mejor criterio si reparte las costas relativas a la solicitud de medidas provisionales en el laudo provisional o en el laudo final.

El artículo 42 del mismo reglamento sostiene que el tribunal arbitral puede dictar petición de cualquiera de las partes, cualquier orden provisional o tomar otras medidas provisionales que estime necesarias respecto del objeto de la controversia, incluidas las medidas cautelares, así como otras destinadas

a la conservación de los bienes que constituyan el objeto de la controversia; además este artículo, no solamente prevé expresamente el adoptar medidas cautelares por medio de los árbitros a petición de parte, sino que además extiende la competencia en los casos que él lo encuentre necesario.. Con la reforma que se hace la reglamento en el año 2012, se amplió aún más las facultades de los árbitros, permitiéndole a este aplicar medidas cautelares incluso antes de la constitución del tribunal.

El artículo 43 introduce la figura del procedimiento arbitral de emergencia que tiene la finalidad de proteger a la parte que, antes de la constitución del tribunal arbitral, solicite la adopción de medidas conservatorias o provisionales urgentes.¹⁸⁶ Para poder aplicar este procedimiento de emergencia es necesario además contar con un árbitro de emergencia el cual tiene las mismas facultades de los árbitros que pide el artículo 30 en los literales a y b del mismo cuerpo normativo.¹⁸⁷

Este árbitro de emergencia dirige el procedimiento de emergencia del modo que considere apropiado, tomando en consideración la urgencia de la solicitud y asegurándose de que cada una de las partes tenga una oportunidad razonable de hacer valer sus medidas de defensa respecto de la solicitud de procedimiento de emergencia. El árbitro de emergencia podrá decidir que el procedimiento se realice mediante conferencia telefónica o presentaciones por escrito, como alternativas a la audiencia. Y puede ordenar cualquier medida provisional que considere necesaria. También deberá terminar el

¹⁸⁶ Dentro de la solicitud se debe incluir la descripción de la medida o medidas provisionales requeridas, su justificación y los motivos de la pretendida urgencia; los comentarios sobre el idioma, la sede del arbitraje y el derecho aplicable, y la constancia del pago mediante transferencia bancaria o mediante cheque, a la cuenta correspondiente.

¹⁸⁷ Esto es que está facultado para conocer y decidir sobre las objeciones relativas a su falta de competencia, incluso las objeciones respecto de la forma, existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje; y que el Tribunal estará facultado para determinar la existencia o validez de cualquier contrato del que forme parte el acuerdo de arbitraje.

procedimiento de emergencia si el arbitraje no se inicia dentro de los 30 días siguientes a la fecha de inicio del procedimiento de emergencia.

Sin embargo, en caso que las partes hayan llegado a un acuerdo, el árbitro de emergencia no podrá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la disputa y no estará facultado para actuar una vez que se establezca el Tribunal, de otra manera, podrían surgir dudas sobre si el árbitro esta parcializado en el litigio principal.

4.4.1.3 Grecia

La ley griega del 18/08/99 sobre el arbitraje comercial internacional (N.º: 2735/99), contempla normativas relativas a la aplicación de medidas cautelares en el procedimiento arbitral, para el caso se establece en su Art. 17, que, salvo acuerdo en contra de las partes, el tribunal arbitral puede, a instancia de una parte, ordenar a la otra parte que tome las medidas cautelares que él estime necesarias en lo que concierne el objeto de la controversia.

Establece además la facultad de los tribunales comunes para dictar medidas cautelares, antes o una vez constituido el tribunal arbitral, según el artículo 9 de la citada ley.

Sin embargo, esta ley no ofrece un apartado que establezca alguna condición para el ordenamiento de medidas provisionales, por lo que están a lo dispuesto en el ordenamiento común, al igual que lo relativo al tipo de medidas aplicables. En relación al tema de la ejecución de las medidas cautelares se tiene que las órdenes arbitrales pronunciando las medidas provisionales no son automáticamente ejecutables debido a que los árbitros carecen de control; es así que sólo se pueden cumplir por medio de una decisión de la autoridad competente.

4.4.2 Norteamérica

De los países norteamericanos únicamente se estudia México, en razón del lenguaje y por las enormes diferencias que existen entre el sistema del Common Law de Estados Unidos y de Canadá con el que además se debe hacer referencia a la casuística de cada estado, porque varía la forma de proceder en cada uno, lo que hace difícil su estudio.

4.4.2.1 México

El régimen de las medidas cautelares en el arbitraje en México está contemplado en el código de comercio en el Título Cuarto Del Arbitraje Comercial. El artículo 1433 establece la facultad de tribunales arbitrales para emitir medidas cautelares, lo cual se dará a petición de una de las partes y también faculta al mismo a pedir que se rinda una garantía por la medida.

Este cuerpo normativo también se refiere a la ejecutabilidad de las medidas cautelares dictadas por el árbitro, en la cual se requiere la utilización de fuerza pública estatal mexicana para ejecutarlas, según lo dispone el artículo 1749.

En relación al procedimiento para aplicar las medidas cautelares en el arbitraje, es menester hacer referencia al Reglamento de arbitraje de la cámara nacional de comercio de la ciudad de México, el cual a partir del artículo 31 se refiere a las medidas cautelares.

En el cual se establecen las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares en el artículo 31 A, a la petición de ordenes preliminares sin que se le dé aviso a la contra parte, esto establecido en el Artículo 31 B, establece el procedimiento para decretar ordenes preliminares según el artículo 31C. Dicho procedimiento, establece las siguientes etapas:

1. Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello.

Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.

2. El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar. Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

4.4.3 Centroamérica y el Caribe

Los países que se estudian se han elegido por novedad en sus legislaciones, así se tiene que Costa Rica, cuenta con legislación reciente que, sobre arbitraje, en la que se ha profundizado en relación a las medidas cautelares; Panamá aporta la separación de los árbitros y jueces ordinarios estableciendo sus respectivas competencias finalizando con República dominicana, que presenta la novedad de las medidas cautelares provisionales.

4.4.3.1 Costa Rica

Costa Rica ha llegado a representar un ejemplo en cuanto normativa en materia de arbitraje se trata; después de la promulgación de la Ley Sobre Arbitraje Comercial Internacional Basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o Ley 8937.¹⁸⁸

El sistema que opera en Costa Rica es dualista, en el sentido que Ley N° 7727 o Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social es la normativa para el arbitraje nacional desde el año 1997, y la Ley 8937 está destinada para el arbitraje internacional, desde el año 2011.

La Ley 8937 se le concede la facultad al Tribunal Arbitral de dictar medidas cautelares; diferente de la ley 7727, que no establece esta función para los árbitros, sino que le concede esta potestad a la autoridad judicial; de esta manera el Tribunal Arbitral podrá solicitar de oficio o a instancia de parte, la aplicación de las medidas cautelares que considere pertinentes al caso y no se considerará como renuncia o revocación del acuerdo arbitral¹⁸⁹.

No obstante, las disposiciones relativas a las medidas cautelares de la Ley 8937 se encuentran a partir del capítulo IV. Establece tres momentos en que se pueden dictar medidas cautelares, esto es antes de la constitución del tribunal arbitral lo cual habilita un procedimiento de emergencia, durante la tramitación del arbitraje y Posterior al Pronunciamiento del Laudo.

¹⁸⁸ Herman M. Duarte y Roger Guevara Vega, “¿Pueden los árbitros dictar medidas cautelares? el caso de Costa Rica”, *Revista Judicial*, n. 118 (2016): 169. Para promover la inversión de un país, garantizar a los inversionistas un derecho fundamental, es sin duda una ventaja de seguridad jurídica y respeto en un Estado de Derecho a seguir.

¹⁸⁹ *Ibid.* 161. Con este cambio, se confirma la importancia de las medidas cautelares para configurar al arbitraje como el mecanismo idóneo para la resolución de disputas comerciales internacionales

La ley 8937 establece además los requisitos de las medidas cautelares, a partir del artículo 17, los cuales se resumen en que el daño se considere irreparable, que sea potencial y que la demanda no debe carecer de sentido.

4.4.3.2 Panamá

Actualmente la regulación de las medidas cautelares se encuentra en la Ley 131 de 31 diciembre 2013, que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá, en el Capítulo VI, bajo la denominación de “Medidas Cautelares y Ordenes Preliminares, en la Sección 1a. Medidas cautelares; específicamente en el Art. 33 regula el otorgamiento de medidas cautelares, el cual le otorga la potestad al tribunal arbitral a excepción de existir acuerdo en contrario de las partes, así mismo la misma ley establece en el mismo artículo una definición de medida cautelar.¹⁹⁰

De igual manera en el artículo 34 y 35 se regula las condiciones bajo las cuales se otorgan las medidas cautelares y especifica los presupuestos que se deben de cumplir para que se pueda otorgar la medida solicitada. Se puede observar además que en dicha ley en la Sección segunda las Órdenes preliminares, en los artículos 36 el cual regula lo referente a la Petición de orden preliminar y sus condiciones, y el trámite de las órdenes preliminares las regula en el artículo 37.

En la Sección tercera regula las Disposiciones Comunes a la Medidas Cautelares y Órdenes Preliminares; encontramos que el Art. 38 Se refiere a la Modificación, suspensión o revocación; el Art. 39 Trata sobre la exigencia de una garantía por el tribunal arbitral; el Art. 40, establece la Comunicación de

¹⁹⁰ Entendiendo como medida cautelar, toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes alguna o algunas de las siguientes medidas

información; y, el Art. 41 Costas, daños y perjuicio; consecutivamente se encuentra en la Sección 4, el reconocimiento y ejecución de medidas y órdenes preliminar, específicamente en el art. 42 bajo el nombre de Reconocimiento y ejecución; y, en el Art. 43 regula las Medida cautelares y órdenes preliminares de tribunal con sede en el extranjero; así mismo en la Sección 5a regula lo referente a las medidas cautelares dictadas por el tribunal judicial, y en el art. 44 la competencia de los tribunales judiciales.¹⁹¹

Lo cual lo hace una legislación muy importante en relación a las medidas cautelares en el arbitraje, porque se encarga de tender muchas cuestiones que merece la pena el ser tomadas en cuenta al tratarse de un procedimiento tan especial.

4.4.3.3 República Dominicana

La Ley de Arbitraje Comercial fue promulgada bajo el número 489-08, en diciembre del año 2009; con la finalidad de satisfacer la necesidad de actualizar la legislación de República Dominicana relacionada al arbitraje comercial.

Sobre la aplicabilidad de medidas cautelares, la referida ley menciona en su artículo 21 la facultad del Tribunal Arbitral de Ordenar Medidas Provisionales Cautelares, estableciendo que, salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral en caso de estimarlo necesario, podrá ordenar la adopción de medidas provisionales cautelares, siempre que tal situación sea planteada por una de las partes. Lo anterior, faculta al tribunal arbitral a exigirle

¹⁹¹ Ley 131, (Panamá, 2014). En cuanto al ámbito de aplicación expresa literalmente en el artículo 1. Esta ley se aplica a los arbitrajes cuya sede se halle dentro del territorio panameño, sean de carácter nacional o internacional. Sin perjuicio de lo establecidos en contratos o acuerdos internacionales de los que el Estado panameño sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de la presente Ley será de aplicaciones supletoria.

a la parte solicitante que garantice por medio de una caución la aplicación de la medida cautelar. Sin embargo, a diferencia de otros países, en esta ley se establece algo diferente y es que, si el tribunal arbitral considera necesario, puede hacer que la parte que será afectada por la medida cautelar, comparezca por ante él, con el fin de ordenarle que se abstenga de realizar cualquier acción que pueda afectar su patrimonio o el asunto objeto de arbitraje, cuya violación a esta orden podrá resultar en daños y perjuicios.¹⁹²

A la resolución que ordena la adopción de medidas cautelares se le llama Laudo Arbitral Provisional ya que estos no se refieren al fondo del asunto sino a la aplicación y levantamiento de las medidas cautelares. No obstante lo anterior, el Estado también puede intervenir en la aplicación de medidas cautelares, así lo dispone el artículo el artículo 13 que establece la facultad para las partes participantes en un arbitraje de obtener medidas cautelares por medio de la jurisdicción pública, es decir, ante un Juez competente; sin embargo, esto debe de ser previo a la constitución del tribunal arbitral que una vez constituido puede dejar sin efecto o modificar tales medidas si así lo desea y esto deberá ser acatado por las partes y las autoridades judiciales.¹⁹³

Sumado a lo anterior, el Juez competente, en caso de ordenar la aplicación de una medida cautelar, deberá requerir al solicitante que presente la demanda ante la jurisdicción arbitral competente dentro de un plazo no mayor a sesenta días a partir de la autorización correspondiente.

Por último, cabe destacar que el artículo 9 de la referida ley, establece que para la adopción judicial de medidas cautelares el tribunal competente será el que tenga jurisdicción en el lugar en que el laudo deba ser ejecutado

¹⁹² Antecedentes y proceso de elaboración sobre la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial

¹⁹³ Ibid. La aplicación de medidas cautelares por una autoridad judicial solo es una opción más para las partes.

y, en su defecto, el del lugar donde las medidas produzcan su eficacia, o donde se encontrasen los bienes sobre los que se tomarán las medidas, de conformidad con lo previsto en el Artículo 48 del Código de Procedimiento Civil.

4.4.4 Sur América

Finalmente, los países de Sur América examinados son: Colombia, Perú y Argentina, el primero por referirse al decreto de las medidas cautelares por medio de los árbitros, Perú por tener una ley tan específica sobre arbitraje en donde, en relación a la aplicación de medidas cautelares, tiene procedimientos separados tanto si se trata de un árbitro como de un juez, y el ultimo para que sirva de parámetro de diferencia, al establecer todo lo relacionado a la aplicación de medidas cautelares en una sola disposición pero esta es clara y concisa, lo cual a continuación se explica.

4.4.4.1 Colombia

La Ley 1563 del año 2012 llamada Estatuto De Arbitraje Nacional E Internacional en su capítulo 5 que va desde el artículo 80 al 90, regula lo relativo a las medidas cautelares dentro del arbitraje. En esta ley, se establecen facultades al tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, delegando esta atribución al árbitro según se desprende de la lectura del artículo 80. Sin embargo, el artículo 90 del mismo cuerpo normativo da la opción a la parte para que con anterioridad a la iniciación del trámite arbitral o inclusive en el transcurso del mismo acuda a una sede judicial para que este dicte una medida cautelar, teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

El artículo 81 establece los presupuestos, de conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad de la medida cautelar. Por su parte en el 82 y 83

se permite la posibilidad de solicitar una medida cautelar preliminarmente sin darle aviso a la otra parte para con ello salvaguardar el derecho que se persigue y ademas establece el régimen específico para poder hacerlo. Permite también la modificación de las medidas cautelares por medio del árbitro según el artículo 84, Además de permitir al árbitro la potestad de pedir caución según el artículo 85.

En relación a la ejecución de las medidas cautelares y la denegación la ley expresa en sus artículos 88 y 89 que la decisión de los árbitros en relación al decreto de medidas cautelares es vinculante sin ningún procedimiento, sin embargo, sigue expresando que salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial.

4.4.4.2 Perú

La nueva ley peruana de arbitraje de 2008 constituye, junto con la ley de la República Dominicana del mismo año y la reciente reforma en Costa Rica, uno de los esfuerzos de actualización legislativa más recientes en América Latina en el área de arbitraje.¹⁹⁴

La Ley de Arbitraje peruano, Decreto Legislativo 1071, dispone normativa relacionada a las medidas cautelares para el caso al examinar el artículo 8, presenta la posibilidad de colaboración judicial en la adopción judicial de medidas cautelares. Una de las cosas más fascinantes que contiene esta ley es que dentro de la misma se encuentra el procedimiento a seguir para dictar medidas cautelares por los jueces y por los árbitros, a manera que según la relación que tiene con el artículo 47 numerales 4 y 5 del mismo cuerpo normativo, el proceso que se sigue en sede judicial es el siguiente:

¹⁹⁴ Fernando Mantilla Serrano, "Breves comentarios la nueva Ley Peruana de Arbitraje", *Lima Arbitration*, n. 4 (2010): 37-52.

1. Se solicitan medidas cautelares ante una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, esto no se considera incompatible con el arbitraje ni se considerada como una renuncia a él.
2. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho
3. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar.
4. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar. En este punto en adelante la tramitación es la misma que la que se sigue en la medida cautelar decretada por un árbitro.

Dentro de los numerales 1, 2, 3, 6 del mismo artículo se observa la forma de proceder en caso de medidas cautelares en el arbitraje por medio de un árbitro, siendo que el numeral 1 da la facultad a los árbitros para decretar medidas cautelares una vez se hayan constituido; también, permite que el árbitro pueda pedir que la parte que solicita la medida rinda una garantía.

De ahí la importancia de la colaboración judicial para dictarlas antes de la constitución del mismo. Esto debido a que las medidas cautelares siempre deben tender a garantizar la eficacia del futuro laudo y, naturalmente, en caso los tribunales arbitrales las dicten, deben exigir las garantías respectivas.

En Derecho Procesal se conoce a este hecho como la contracautela para garantizar la eficacia, es decir para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran generarse para la parte que sufre o padece la medida cautelar, precisamente, si es que el laudo no termina dando la razón a aquella parte que solicita esa medida cautelar.¹⁹⁵

En consecuencia, antes de resolver sobre una medida cautelar el árbitro debe poner en conocimiento esta situación a la otra parte, sin embargo, en casos excepcionales en que se justifique que el hacerlo pone en riesgo la eficacia de la medida.

Asimismo, el tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes.

Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas. Además, el tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.

4.4.4.3 Argentina

No es hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en agosto de 2015, donde se comienza a hacer referencia al arbitraje de una forma más específica. Se puede advertir en la Exposición de Motivos del CCCN, que el Código Civil de Quebec, la Ley Modelo CNUDMI

¹⁹⁵ Mario Castillo Freyre et al., "La constitución del Tribunal Arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje", *Arbitraje PUCP* 0, n. 3 (2014): 7-17.

(UNCITRAL) así como algunos de los principios universales¹⁹⁶ son los que dan vida a ese capítulo referente al arbitraje del CCCN.¹⁹⁷

El Código Civil y Comercial de la Nación contempla la adopción de Medidas Cautelares en el Arbitraje Argentino en una sola disposición, que literalmente dice:

Dictado de medidas previas excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros. Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables.

Lo anterior quiere decir que el árbitro tiene facultad de dictar medidas cautelares, a menos que una de las partes desee acudir a un Juez del órgano jurisdiccional para solicitar las mismas; no obstante, esta decisión no debe interpretarse como una renuncia a ejercer los derechos emanados de la

¹⁹⁶ Cristián Conejero Roos, "La influencia de la ley modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo", *Revista Chilena de Derecho*, n. 32, (2005): 89-138. Este artículo tiene por objeto analizar la influencia que ha tenido la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional del 21 de junio de 1985, en las recientes leyes sobre arbitraje adoptadas por la mayoría de los países de América Latina.

¹⁹⁷ Ibid. 38-40 no obstante la mayoría de los Códigos de Procedimiento de cada jurisdicción lo siguen regulando.

cláusula arbitral, tampoco se considera un incumplimiento al contrato de arbitraje ni mucho menos que se deja sin facultades a los árbitros que conocerán del caso.

En ese sentido el árbitro podrá adoptar las medidas que considere pertinentes y que se adecuen a la naturaleza del litigio pudiendo solicitar la caución que considere suficiente a la parte interesada. Sin embargo, la ejecución de tales medidas deberá ser a través de la sede judicial competente especialmente cuando se trate de diligencias preliminares.¹⁹⁸

4.5 Jurisdicción Arbitral – Facultades de los Árbitros

Otro tema en discusión para arribar al tema de la aplicación de las medidas cautelares por medio de los árbitros es la que responde a la interrogante de si los árbitros están dotados de jurisdicción; al analizar las teorías de la naturaleza del arbitraje se determinó que la naturaleza del arbitraje dependerá del sistema legal de cada país, en el caso de El Salvador la naturaleza jurídica del arbitraje se puede equiparar a la teoría mixta o intermediaria.

La jurisdicción consiste en el ejercicio de una función cuya finalidad es solucionar los conflictos sometidos a la decisión quede una autoridad competente para resolverlos por medio de un proceso o procedimiento que fenece con la emisión de una sentencia, misma que determinara la situación correspondiente de conformidad a las pretensiones de las partes en conflicto; en otras palabras, se requiere de un tercero imparcial para que restablezca el equilibrio entre las partes conflictuadas.

¹⁹⁸ Rodríguez, *Medidas cautelares*. Las medidas cautelares inicialmente fueron entendidas como meros incidentes procesales, su trascendencia práctica desencadenó un cambio en su concepción hasta tal punto que de meros incidentes pasaron a ser consideradas el núcleo del proceso cautelar, que, a su vez, tiene como objetivo conseguir la tutela cautelar.

Los Árbitros también son una especie de Juez;¹⁹⁹ sin embargo, es menester aclarar que esta jurisdicción difiere en algunos aspectos a exponer; la tesis contractualista se basa en la falta de *Imperium (coerción)*,²⁰⁰ en el sentido que los árbitros están imposibilitados para ejercer coerción sobre los particulares a fin de obtener el cumplimiento de una conducta; estableciéndose que los árbitros no ejercen una jurisdicción verdadera debido a que esta lleva implícita la fuerza coercitiva que solamente le corresponde al Estado.

No obstante, si se concibe que de la jurisdicción se desprenden dos funciones; es decir, la de juzgar o decidir y la de ejecutar lo juzgado; en la primera, el juzgador conoce el fondo del asunto y determinará la decisión a tomar respectivamente; en la segunda, se ejecuta lo juzgado, es decir, se hace efectiva y válida la decisión tomada anteriormente por el juez materializando la coacción misma que solamente el Estado puede monopolizar.²⁰¹

El Estado al promover el arbitraje, reconoce a los árbitros como jueces, no estatales, pero si son jueces; en ese sentido ¿Los árbitros tienen o no atribución para disponer medidas cautelares en el procedimiento arbitral? El Estado les atribuye jurisdicción a los árbitros a través del ordenamiento jurídico, desplazando parte de esa facultad a determinadas personas que cumplen con las condiciones que el Estado establezca.²⁰² La tesis

¹⁹⁹ Caivano, *Arbitraje*, 92-94. El órgano judicial es la autoridad que goza del uso de la jurisdicción independientemente de los otros poderes del Estado; en tanto la Función Jurisdiccional es una de las formas en que se exterioriza la soberanía del Estado mismo, se dice que esta facultad es indelegable, no obstante, en la actualidad algunos han determinado y dependiendo el sistema legal que los árbitros también pueden ejercer la jurisdicción.

²⁰⁰ Real Academia Española, Diccionario Jurídico; <http://dej.rae.es/#/entry-id/E260380>; Poder de Imperium: "Conceptos utilizados para denominar las dos clases de poder de que disponían los magistrados republicanos en Roma, que eran uno de carácter genérico (potestas) y otro de carácter específico (*imperium*) ...el *imperium* se concreta ordinariamente en su carácter específico para diferenciarlo de la potestad."

²⁰¹ Caivano, *Arbitraje*, 91. La función jurisdiccional ha sido considerada el corazón de la autoridad y el poder estatal al ser la mayor manifestación de soberanía.

²⁰² *Ibíd.*, 96. Significa que no solo las partes por medio del acuerdo arbitral les conceden jurisdicción a los árbitros.

contractualista olvidó que los jueces del Poder Judicial además de ejercer la jurisdicción pertenecen estructuralmente a uno de los Poderes del Estado, por lo que no existe ninguna limitación para que el Estado decida delegar la función jurisdiccional a los particulares, rompiendo con el fundamento principal de dicha tesis.

Por lo tanto, los árbitros ejercen jurisdicción aun cuando su origen es meramente contractual; no obstante, esta jurisdicción arbitral difiere de la jurisdicción estatal en algunos aspectos, tomando como punto de partida que el origen jurisdiccional de los árbitros deriva de un acuerdo entre las partes.²⁰³ En ese orden de ideas ¿Qué sucede con los árbitros en relación al ejercicio de la jurisdicción específicamente con la aplicación de medidas cautelares? Esta interrogante será respondida en los párrafos siguientes donde se desarrollará el Decreto y la Ejecución de las Medidas Cautelares en el Procedimiento Cautelar.

4.6 Decreto de Medidas Cautelares Versus Ejecución de Medidas Cautelares

Antes que nada, se debe establecer una base conceptual para poder trabajar la idea dentro del procedimiento arbitral. Decretar y ejecutar, dos acciones cuyas definiciones difieren entre sí; sin embargo, dentro del Derecho Procesal, están son dos situaciones estrictamente vinculadas ya que una sin la otra no podría subsistir. La primera consiste en acordar, declarar²⁰⁴ o decidir respecto a una situación; y, la segunda hace referencia a “*proceder a dar*

²⁰³ Ibid., 97-102. Una de las diferencias más remarcada entre la jurisdicción arbitral y la estatal es que la jurisdicción de los jueces es permanente cuya única limitación es su competencia funcional y territorial, en cambio los árbitros poseen una jurisdicción limitada por la materia en tanto solo pueden conocer y resolver de los asuntos para los que fueron nombrados y por ser una potestad temporal en tanto su competencia durara hasta que dicten el laudo arbitral.

²⁰⁴ Diccionario jurídico de la RAE. Para el caso se sabe que el Juez es quien generalmente decreta medidas en un proceso, por ello es sinónimo también de orden.

cumplimiento a una disposición, una resolución judicial o administrativa, un acto o un contrato".²⁰⁵ En materia de Derecho Arbitral son las protagonistas de diversas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, especialmente a la hora de aplicar Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral. En este apartado se desarrollan las dos últimas situaciones derivadas de la simple lectura del artículo 32 de la LMCA; es decir, quien esta investido de la facultad para decretar medidas cautelares en procedimientos arbitrales, y quien puede ejecutar y hacer efectivas las mismas.

4.6.1 Decreto de Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral

Ahora que se sabe que los árbitros carecen de *imperium* y que la jurisdicción que ejercen consiste en sustanciar y decidir sobre el asunto para el que han sido nombrados,²⁰⁶ de esto se desprende una interpretación que considera que la falta de *imperium* de los árbitros deriva en que estos no pueden decretar medidas cautelares sino que deben avocarse a las autoridades judiciales para que las mismas les presten el auxilio correspondiente dentro del conflicto, tal es el caso de El Salvador,²⁰⁷ similar a Costa Rica.²⁰⁸ Sin embargo, hay que subrayar que la falta de *imperium* no necesariamente significa que esta atribución le será negada a los árbitros y el artículo 32 de la LMCA no representa un obstáculo para tal interpretación

²⁰⁵ Ibid. La ejecución puede ser voluntaria o forzosa, en cuyo caso es necesario utilizar un procedimiento de Ejecución forzosa, ya sea administrativo, para la ejecución forzosa de actos administrativos haciendo uso la propia administración de su prerrogativa de auto tutela ejecutiva, o judicial mediante la interposición de una demanda basada en un título ejecutivo.

²⁰⁶ Caivano, *Arbitraje*. 235; Está de más decir que para poder utilizar la fuerza coactiva requieren imperantemente del auxilio del Estado a través del Poder Judicial para garantizar la efectividad de sus decisiones.

²⁰⁷ De la simple y rápida lectura del artículo 32 LMCA se puede inferir que esta atribución le corresponde solamente al Órgano Judicial; no obstante, al estudiar la doctrina se infiere una interpretación distinta.

²⁰⁸ Duarte, ¿Pueden los árbitros dictar Medidas, 160-169. No obstante, lo expuesto en el apartado de la legislación que aprueba el decreto de medidas cautelares por medio de los árbitros establece en el apartado relativo a costa rica que para el caso del arbitraje internacional si es permitido.

doctrinaria. Ya se sabe que las medidas cautelares son decisiones destinadas a ser ejecutadas; una cosa es decidir la aplicación de una medida cautelar y otra muy distinta es ejecutar la medida cautelar.

Tal como ocurre con el Laudo Arbitral que es dictado por el Tribunal Arbitral y es ejecutado por las autoridades del Órgano Judicial ventilado a través de un proceso de ejecución forzosa; de esa situación se colige que la decisión de aplicar una medida cautelar tomada por un árbitro podría volverse jurídicamente posible de acuerdo al sistema legal actual, distinta suerte corre la ejecución de la medida cautelar, pero este es un tema que será estudiado más adelante.

Para llegar a lo establecido anteriormente hay que recalcar que el acuerdo arbitral desplaza la competencia que hubiera tenido un juez del Poder Judicial y dada la condición accesoria de las medidas cautelares derivado de su propósito de asegurar el derecho debatido, se puede inferir que las medidas cautelares están dentro de la jurisdicción arbitral por lo que la falta de *imperium* no significa que perjudicara la toma de decisiones de los árbitros referentes al asunto debatido.²⁰⁹

Los árbitros ejercen su jurisdicción consistente en conocer y decidir mas no ejecutar, debido a que los árbitros una vez nombrados se comportan como verdaderos juzgadores titulares de la jurisdicción, siendo independientes; no obstante debido a su falta de *imperium* los árbitros deben recurrir a las autoridades judiciales para obtener el apoyo necesario en la ejecución de las decisiones tomadas por el árbitro o el tribunal arbitral.²¹⁰ En la actualidad, la

²⁰⁹ Caivano, *Arbitraje*, 237. Se debe tener en cuenta que la competencia se la otorgan las partes al árbitro.

²¹⁰ Julio César Rivera, *Arbitraje comercial: internacional y doméstico* (Buenos Aires, Argentina: LexisNexis, 2007), 284; Los árbitros tienen la jurisdicción que antiguamente se denominaba como la *notio* y el *iuditium*

mayor parte de cuerpos legales internacionales prevé la atribución de los árbitros para decidir sobre la procedencia de medidas cautelares, como o se ha advertido antes.

4.6.2 Ejecución de Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral

Practicar y promover al arbitraje no significa privatizar la justicia, tampoco que se le restara protagonismo al Poder Judicial, el Estado ha facultado a los jueces para hacer cumplir sus decisiones de manera coactiva.

Aquí entra un punto en discordia, es decir, los árbitros carecen de la facultad de imponer sus decisiones de manera coactiva; no obstante, hay dos aspectos fundamentales que justifican el carácter jurisdiccional del arbitraje y es que la facultad de decidir sobre los conflictos sometidos a la autoridad de los árbitros y el carácter de título de ejecución que contiene el Laudo son aspectos de los que goza un ente con autoridad.²¹¹

El arbitraje debe coexistir con la justicia de manera armónica; los árbitros deben ser conscientes de sus limitaciones (falta de *imperium*), y los jueces deben aceptar que el arbitraje coopera con el sistema al resolver conflictos por lo deben prestar su auxilio cuando les sea requerido, en este caso en la ejecución de medidas cautelares y ser conscientes de sus limitaciones en casos sustraídos de su competencia.²¹²

Para finalizar este apartado es menester aclarar que ya que el juez está obligado a prestar auxilio en la ejecución de una medida cautelar y no podrá

²¹¹ Caivano, *Arbitraje*. 100. Es importante saber que la jurisdicción de los árbitros, a diferencia de la que tienen los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado que las partes -o en defecto de pacto expreso, la ley- le otorgan para la expedición del laudo.

²¹² *Ibíd.* 34-35. El arbitraje no puede existir sin la justicia estatal, necesita del apoyo indispensable de los jueces para ejecutar sus decisiones y que le ayude a suplir los inconvenientes y limitaciones derivados de su origen privado.

negarse ya que su jurisdicción en ese caso es utilizada solamente para hacer cumplir la medida decretada por el árbitro; careciendo de la atribución para revisar el contenido de la medida cautelar teniendo el impedimento de modificarla, o permutarla por otra; salvo que el juez detecte que la medida decretada por el árbitro atente contra el orden público.

4.7 Momento procesal para la solicitud de medidas cautelares

Es obvio que este hecho está relacionado con los supuestos del apartado anterior ¿Cuándo es el momento ideal y oportuno para solicitar medidas cautelares dentro del procedimiento arbitral?

Doctrinariamente se hace mención de tres momentos procesales para solicitar medidas cautelares; antes y durante la constitución del Tribunal Arbitral y posterior a la emisión del laudo arbitral, sin embargo, el inciso último del artículo 32 LMCA,²¹³ solamente hace mención de dos de estos momentos, mismos que serán abordados a continuación.²¹⁴

4.7.1 Antes de la Constitución del Tribunal Arbitral

Se plantea el supuesto de que previo a la designación del Árbitro o Árbitros que se encargaran de conocer del conflicto entre las partes, una de estas considere que es necesario solicitar el decreto de medidas cautelares.²¹⁵ En el caso de El Salvador, la LMCA en el inciso último del artículo 32 ha previsto tal situación, y es que la parte solicitante puede avocarse ante una

²¹³ Artículo 32, inciso último LMCA: “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 precautorias o que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas...”

²¹⁴ Rivera, *Arbitraje comercial*. 391-394; sobre las medidas cautelares posteriores al laudo arbitral, el autor refiere que las medidas cautelares pueden decretarse aun después de haberse dictado el laudo arbitral a fin de asegurar su cumplimiento; no obstante, la ejecución de tales medidas es única y exclusiva de las autoridades judiciales competentes.

²¹⁵ Caivano, *Arbitraje*. 341-343.

autoridad judicial competente a fin que esta decreta la adopción de tales medidas, a simple vista podría considerarse que la jurisdicción arbitral se verá afectada ante la posibilidad de una prórroga de competencia de forma tácita ante los jueces.

No obstante, tal situación también ha sido solventada por la misma disposición legal ya que la solicitud y la autorización del cumplimiento de medidas cautelares no será considerada como renuncia a someterse al arbitraje. Lo anterior es motivado, además, debido a que las medidas cautelares pueden ser solicitadas en cualquier momento del proceso y es lógico que los árbitros no dicten medidas previo a su designación y antes de iniciado el proceso.²¹⁶

En todo caso la adopción de medidas cautelares antes de la constitución del arbitraje y tomando en cuenta una posible aplicación supletoria a través del CPCM,²¹⁷ tales medidas se materializarían de forma similar a la de una diligencia preliminar según el artículo 434 de dicho cuerpo legal, cuestión que antes fue abordada.

En relación a la caducidad; la parte solicitante debe tener en mente que para mantener la vigencia de la medida cautelar hasta designar al árbitro o constitución del tribunal arbitral competente, de modo que ha de tomarse en cuenta las reglas de la caducidad, específicamente la establecida en la disposición mencionada anteriormente “presentar la demanda dentro del mes siguiente a la adopción de las medidas”, de lo contrario el peticionante será condenado al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados al afectado con la medida cautelar. Cabe recordar que no pueden

²¹⁶ Rivera, *Arbitraje comercial*. 391.

²¹⁷ Artículo 20 CPCM: “*En defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente.*”

mantenerse afectados los bienes de la otra parte por mucho tiempo si no se inicia la acción en su contra²¹⁸

Está claro que las medidas cautelares solo pueden ser solicitadas ante un Juez competente previo a la constitución del arbitraje; no obstante, las legislaciones de otros países han comenzado a avanzar en tales aspectos, dos naciones dignas de mencionar son Suiza y Costa Rica, estos países han incorporado en sus legislaciones la figura del “Arbitro de Emergencia” que es un árbitro designado de manera simple y rápida, cuya intervención surge a solicitud de la parte interesada; se distingue de los demás árbitros por la rapidez con la que debe tomar sus decisiones, debido a la urgencia de la misma, mientras se designa al árbitro o se constituye el tribunal arbitral; solo tiene jurisdicción para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas, por lo que su competencia y jurisdicción es limitada a la labor designada.

Mientras tanto, en El Salvador solo es un concepto meramente teórico en Suiza²¹⁹ y Costa Rica,²²⁰ el Arbitro de Emergencia es un concepto importante en los aspectos prácticos del arbitraje ya que abre la posibilidad a que el solicitante pueda hacer efectiva de forma expedita y eficaz una medida cautelar a fin de proteger sus derechos, esta figura se ha vuelto atractiva para

²¹⁸ Caivano, *Arbitraje*. 242.

²¹⁹ Los avances más significativos en relación a las medidas cautelares y suiza, se encuentran sobre todo en la aplicación de un procedimiento de emergencia, que permite solicitar medidas cautelares sin necesidad de comunicarle a la contra parte sobre la solicitud, lo que de otra manera no podría hacerse y perjudicaría al solicitante.

²²⁰ Catalina Morales Ramírez, “La aplicación de medidas cautelares en el proceso de arbitraje comercial internacional en Costa Rica de acuerdo con la Ley no. 8937” (tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2014). 79-82. Algo de similar que tiene El Salvador con Costa Rica es que al igual que en el proceso judicial, las partes podrían intentar dilatar el desarrollo del proceso por ejemplo intentando obstaculizar el nombramiento de los Árbitros que van a conocer del litigio. En este sentido, la formalización judicial del arbitraje o nombramiento judicial de los árbitros, tiene como finalidad limitar la capacidad de obstrucción de las partes a fin de evitar que el procedimiento resulte inútil. Por esta razón se concede como primera opción solicitar la medida cautelar a los tribunales judiciales del país en el cual se deba ejecutar la misma.

todos los que practican el arbitraje como método alternativo de solución de controversias.²²¹

Al respecto, en Suiza, por medio de su Reglamento Suizo de Arbitraje internacional, introduce la figura del procedimiento arbitral de emergencia que tiene la finalidad de proteger a la parte que, antes de la constitución del tribunal arbitral, solicite la adopción de medidas conservatorias o provisionales urgentes.

Este árbitro de emergencia dirige el procedimiento de emergencia del modo que considere apropiado, tomando en consideración la urgencia de la solicitud y asegurándose de que cada una de las partes tenga una oportunidad razonable de hacer valer sus medidas de defensa respecto de la solicitud de procedimiento de emergencia.

El árbitro de emergencia podrá decidir que el procedimiento se realice mediante conferencia telefónica o presentaciones por escrito, como alternativas a la audiencia. Y puede ordenar cualquier medida provisional que considere necesaria. También deberá terminar el procedimiento de emergencia si el arbitraje no se inicia dentro de los 30 días siguientes a la fecha de inicio del procedimiento de emergencia.

Por su parte, Costa Rica ha dispuesto que dada la urgencia las medidas cautelares estas puedan ser solicitadas a la institución que amparará el procedimiento arbitral y sea esta institución la que designe un árbitro temporal y provisional al cual se le llama Árbitro de Emergencia a fin de que resuelva el tema de la medida cautelar solicitada; este árbitro temporal, analizará la solicitud, la ley del país aplicable, la urgencia, así como su viabilidad para

²²¹ Lo atractivo de esta figura se debe a que, sin ella, la parte que requiera la adopción de medidas cautelares previo a la constitución Arbitraje, deberá avocarse al juez competente, a fin que este las decreta.

emitir, posteriormente, una resolución ordenando o no la medida; además, teniendo los mismos derechos y obligaciones que un árbitro del tribunal a constituir.²²²

4.7.2 Después de la Constitución del Tribunal Arbitral

Se destacan dos corrientes: la primera establece que los árbitros no están facultados para dictar medidas cautelares debido a que las legislaciones no contemplan dicha atribución y disponen que los árbitros deberán requerírselas al juez para que les brinde el auxilio judicial pertinente (teoría defendida en El Salvador).

Por otro lado, se argumenta que el supuesto anterior no es una limitante definitiva ya que esta atribución ya debe haberle sido reconocida a los árbitros por lo tanto la ley ya no puede negarle la atribución de dictar medidas cautelares ya que se distinguen dos atribuciones, *imperium* de la que carecen los árbitros y la *nocio e iudicium* la capacidad de conocer y juzgar.

En consecuencia, los árbitros deben conocer de la adopción de medidas cautelares ya que solamente será un mero pronunciamiento por parte del árbitro.²²³ La norma no debe ser vista como un impedimento para los árbitros en cuanto a la adopción de medidas cautelares, sino como la prohibición de ejecutar la medida cautelar a adoptar, dejándole esta función a la autoridad judicial competente.²²⁴

Situación que va a plantearse más adelante, los árbitros son competentes para conocer tanto del conflicto principal como de lo accesorio al mismo; es decir, la adopción de medidas cautelares.

²²² Morales, Aplicación de medidas cautelares, 79-82.

²²³ Rivera, *Arbitraje comercial*. 391 al 394.

²²⁴ Caivano, *Arbitraje*. 235.

4.8 ¿Pueden los Árbitros adoptar Medidas Cautelares dentro del Procedimiento Arbitral de El Salvador?

Debido a que no basta que una situación sea viable, para ser aplicable y que para que nazca a la vida jurídica es necesario que este establecido por la ley, en aplicación del principio de legalidad es menester establecer esta situación. Para comenzar con este tema se deben tener en cuenta algunos puntos, el primero es que la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje no establece textualmente como una facultad de los árbitros el decretar medidas cautelares, la otra es que, pese a esta situación la ley tampoco lo establece como una prohibición. Sin embargo, siendo esto insuficiente para asegurar que un árbitro está autorizado para adoptar medidas cautelares, de la lectura del artículo 32 de la LMCA, es posible hacer una interpretación que permite a los árbitros tener la facultad para dictar medidas cautelares, pero antes de llegar a eso se necesita establecer a se refiere la interpretación y a qué tipo de interpretación se refiere.

Se entiende como interpretación jurídica, en un sentido amplio y creador al asignar un significado a expresiones del lenguaje jurídico; y, en un sentido más preciso, a determinar el significado de una expresión jurídica dudosa. El primer comportamiento hace parte de la tradición científica de la época moderna e iría mucho más allá de la comprensión, es algo así como darle vida al texto. En el segundo comportamiento, el intérprete debe tener capacidad para descifrar textos de difícil comprensión.²²⁵

Existen dos criterios de interpretación Jurídica, y estos son: según el sujeto que interpreta y según el sentido y alcance de la interpretación, el criterio que interesa en este momento es el segundo. Dentro de este criterio de

²²⁵ Oscar José Dueñas Ruiz, *Lecciones de hermenéutica jurídica* (Colombia: Universidad del Rosario, 5.ª ed., 2009). 60. El intérprete no es lo mismo que traductor.

interpretación se encuentran los tipos de interpretación siguientes: Declarativa, Restrictiva, Progresiva y Extensiva siendo la última la que se adecua a los fines de interpretación de la norma arriba relacionada.²²⁶

La Interpretación Extensiva es aquella en la que el sujeto extiende el alcance de la norma mediante el desarrollo razonable de su campo de aplicación. Este tipo de interpretación es confundida con la aplicación analógica²²⁷ de la ley, pero estas son diferentes, pues mediante la interpretación extensiva lo que hace el intérprete es desarrollar la norma jurídica dentro de un límite que es su radio de acción o su campo de posibilidades; o sea que la ley tácitamente contempla el caso.

Ahora, teniendo en cuenta este tipo de interpretación se puede decir que en El Salvador es posible dictar decretar cautelares dentro del procedimiento arbitral, por medio de los árbitros y se logra llegar a esa conclusión al hacer una interpretación extensiva que se sustenta en las siguientes situaciones.

Antes de todo se transcribe el artículo 32 inc. Último el cual literalmente 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 precautorias o que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas.”* Teniendo en cuenta la redacción de ese artículo es necesario hacer algunas

²²⁶ Rafael Alberto Pénate Perla, “La hermenéutica jurídica: tipos, métodos, aplicaciones” (Tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 2005). Con el uso de estos métodos se garantiza el desarrollo del Derecho junto con el desarrollo de la sociedad, pues un buen uso de esta especie de interpretación enriquece el significado de los términos legales, con conceptos capaces de entrar en la fórmula legal y no situaciones incompatibles completamente con el texto de la Ley.

²²⁷ Esta es una técnica y procedimiento de auto integración de las normas jurídicas, que descansa sobre la lógica de que el principio previsto para un caso o situación concreta puede extenderse a otro, que guarda con el primero una gran semejanza o identidad.

consideraciones, la falta de renuncia a la que hace alusión el artículo 32, se refiere a tres situaciones bien definidas:

1. Que antes del procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente la adopción de medidas precautorias.
2. Que, durante el procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente la adopción de medidas precautorias.
3. Que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas.

Lo cual lo convierte en una situación realmente interesante, puesto que para esto es menester referirse al apartado de “decretar versus ejecutar” en donde se estableció que ambas situaciones significan dos cosas diferentes por si solas pero que materia procesal ambas están íntimamente ligadas.

En relación a los jueces, la constitución de la república refiere en el artículo 172 que corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por lo que en el primer y segundo supuesto derivado del artículo 32 como lo son:

1. Que antes del procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente la adopción de medidas precautorias.
2. Que, durante el procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente la adopción de medidas precautorias.

Traen aparejado tanto el decreto de las medidas cautelares como también la ejecución de las mismas, esto entendido sobre la base de que los jueces tienen potestad coercitiva, por lo que no necesitan de nadie más que ellos mismos para hacer ejecutar la resolución a la que lleguen en un procedimiento. El procedimiento cautelar, establecido en el CPCM establece

el decreto de las medidas cautelares y la ejecución de las mismas por parte de los jueces, por lo que el último supuesto del artículo de la LMCA que se refiere a:

1. Que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas.

No estaría haciendo referencia a los jueces, debido a que se entiende en los primeros dos supuestos, por la misma potestad que le da la constitución, que ambos momentos están comprendidos como inseparables para el juez, por lo que entonces surge la pregunta ¿a quién se refiere entonces? Es ahí donde se abre la posibilidad de los árbitros para que sean estos los que dicten medidas cautelares, porque el legislador no tenía necesidad de hablar de esta situación por separado, si se hubiera referido a los jueces, pero tiene todo el sentido si las medidas cautelares a las que se refiere este último supuesto fueran dictadas por los árbitros.²²⁸

Lo anterior, permite establecer que el artículo 32 LMCA no debe ser interpretado como una limitante a los árbitros para resolver sobre la procedencia de una medida cautelar sino como la prohibición de ejecutar la misma, tarea que le correspondería al Juez pertinente para que preste el auxilio necesario y garantice el cumplimiento de la medida cautelar.

Sin embargo, siempre queda abierta la posibilidad de solicitar las medidas cautelares ante una autoridad judicial y esto no significara la renuncia a la jurisdicción arbitral.

El mismo artículo 32 de la LMCA, de igual manera abre otra interpretación en la que no solamente se piensa que los árbitros podrían adoptar medidas cautelares si no yendo aún más lejos la regla es que los

²²⁸ Caivano, *Arbitraje*. 238. Lo cual pone de manifiesta lo necesidad de una mínima intervención estatal.

árbitros pueden adoptar medidas cautelares y este artículo presenta una opción más para las partes para poder pedirle a una autoridad judicial el decreto de una medida cautelar.

Lo que es lo mismo que referirse a otro supuesto, que es el supuesto de que la parte no quiera pedirle al árbitro la medida cautelar si no que, para ahorrarse un eventual problema, se las pide de una sola vez al juez.

En lugar de hacer dos trámites hacen uno, por ejemplo, se da el caso que se tiene ya constituido un tribunal arbitral, y se está conociendo del arbitraje y necesita una medida de carácter urgente; entonces se le puede solicitar al tribunal arbitral, pero resulta que la otra parte no quiere cumplirla o se da el caso que el tercero no quiere cumplirla, entonces se debe ir al juzgado y explicar porque no quiere cumplirla y se haría el procedimiento largo.

Lo que le está diciendo el art 32 es que, aunque tenga un arbitraje en marcha puede ir ante la autoridad judicial y pedir la medida cautelar para que en caso que tenga problema esa autoridad judicial la ejecute, es como para ahorrarse un poco de tiempo, pero que de ninguna manera le está quitando la facultad al tribunal arbitral.

Esta situación no es incompatible con la legislación salvadoreña, el mismo artículo 35 de la LMCA establece que los árbitros tendrán los mismos poderes, deberes y responsabilidades de los Jueces comunes, lo que permite que las partes deleguen la resolución de determinados tipos de controversias, a los árbitros, quienes se encuentran temporalmente investidos mientras sea necesario para el desempeño de su labor de una verdadera jurisdicción.

Lo cual permite establecer que mientras estén dentro del desempeño de su labor como árbitro tienen la potestad de decretar medidas cautelares, el punto aquí no es establecer si las pueden ejecutar porque queda claro por la

misma naturaleza del arbitraje que ni siquiera la resolución sobre el fondo del asunto es decir los laudos arbitrales son ejecutados por ellos, y necesitan el auxilio judicial.

Es aún más evidente esta situación al tener en cuenta los artículos 45 y 46 de la LMCA, que se refieren a la libertad del procedimiento y a las actuaciones del tribunal respectivamente. En relación al artículo 45 este refiere que:

Las partes podrán sujetarse a las reglas de procedimiento del Centro de Arbitraje a que se someterá el Tribunal Arbitral. Podrán asimismo determinar libremente las reglas de procedimiento o delegar en los árbitros el señalamiento de las mismas.

En caso que las partes no hayan resuelto sobre el particular, 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 tratase de arbitraje ad-hoc.

En ningún caso cabrá dentro del trámite arbitral incidente alguno, excepto aquellos trámites contemplados en la presente Ley.

Lo anterior significa que las partes pueden someter su controversia a dos tipos de procedimientos, que es el institucional y el ad-hoc y refiere que las partes deben sujetarse a las reglas establecidas, bajo este supuesto al someterse a las reglas de un centro de arbitraje y siempre y cuando esas reglas contengan normas adoptivas a las medidas cautelares este artículo faculta a los árbitros para poder adoptar medidas cautelares, el art 45 inc. 3 también manifiesta que en caso que las partes no hayan resuelto sobre las reglas se seguirá las del centro del arbitraje del cual les convenga. Basta con que un reglamento de un centro de arbitraje lo permita para poder abrazar esta

norma y respaldar la adopción de medidas cautelares por medio de los árbitros.

Entonces si lo anterior se relaciona con la autonomía del procedimiento a la que se refiere el artículo 51 de la LMCA, en que textualmente se lee lo siguiente:

Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del Convenio Arbitral.

La oposición total o parcial al arbitraje por ineficacia, invalidez o caducidad del Convenio Arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros, no obstante, podrán considerar estos temas de manera oficiosa.

Las partes no se verán impedidas de oponerse por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. Sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento Arbitral de la Institución, en el caso del Arbitraje Institucional, o de lo acordado por los árbitros, o las partes, en el arbitraje ad-hoc, los árbitros resolverán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá seguir adelante con las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo.

Se rescata sobre todo el primer inciso del mismo el cual establece que los árbitros están facultados para decidir acerca de su competencia, lo que significa que dentro del procedimiento arbitral ellos pueden decidir sobre su competencia en relación a la aplicación de medidas cautelares y esto se relaciona con el artículo 38 del reglamento del Centro de mediación conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador,

que se refiere a la facultad del tribunal arbitral medida cautelares en el inciso 3 en los términos siguientes. *El Tribunal Arbitral resolverá, en la misma audiencia o en una futura oportunidad, según lo crea conveniente*, las excepciones previas y las medidas cautelares o de urgencia. Lo que permite establecer que la ley previendo que se pueden adoptar las reglas de los reglamentos de centro de arbitraje y existiendo uno como lo es anteriormente citado, con una norma clara que permite la adopción de medidas cautelares, significa que las medidas cautelares pueden ser adoptadas legalmente y no solo como una posibilidad teórica.

Son más las ventajas que tendría El Salvador, y en última instancia las partes al establecerse expresamente la aplicación de medidas cautelares por medio de los árbitros, en primer lugar, en relación a la inmediatez con que la medida cautelar puede ser pedida y otorgada o denegada ante un Tribunal Arbitral ya formado o de inminente formación. Abriendo incluso la posibilidad de habilitar la existencia de árbitros de emergencia.

Claramente necesitaría la creación de un procedimiento que venga a ayudar con este cometido, mismo a además traerá plazos bien definidos para evitar dilaciones innecesarias, pero como primera impresión se puede asegurar que debido a la rapidez con la que se tramitan los procedimientos arbitrales y a la ventaja de no poseer mora judicial como si ocurre en los procesos comunes, que las medidas cautelares podrían tramitarse mucho más rápido dentro de este proceso.

Otra ventaja es que el árbitro conoce el litigio principal, lo que significa que las argumentaciones y prueba que deben realizarse para solicitar u oponerse a la petición de medidas cautelares al estar íntimamente ligados con el proceso principal derivaría en una economía de actuaciones. Las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar que la decisión final pueda ser útil,

y que nada intervenga en su ejecución, por lo que es necesario que la persona que conoce sobre el fondo del proceso pueda conocer sobre las cuestiones que refuercen un resultado útil de su resolución final.

Se ha definido también que las medidas cautelares tienen carácter accesorio, por lo que, siguiendo la misma línea, y trayendo a colación un aforismo jurídico "A maiori ad minus", "A minore ad maius", si puede pronunciarse sobre el fondo del asunto puede pronunciarse sobre las medidas cautelares.

También, se ha sostenido que cuando las partes deciden someter una controversia al arbitraje lo hacen con la idea de que haya una mínima intervención de la jurisdicción ordinaria, por lo que, al imponerle a las partes como única forma de aplicar medidas cautelares, solicitarlas ante una autoridad judicial, se estaría violentando la libre voluntad de las partes establecido en el artículo 23 de la constitución.

4.9 Medidas Cautelares aplicables al Procedimiento Arbitral

Habiendo establecido la posibilidad de los árbitros para dictar medidas cautelares, es menester referirse a cuáles son esas medidas cautelares que pueden aplicar los árbitros. En cuanto a las taxonomías de las medidas cautelares dentro del procedimiento arbitral se encuentran que los diferentes sistemas jurídicos han materializado medidas cautelares muy diversas y en su sistematización y pueden utilizarse clasificaciones diferentes, dependiendo de diversidad de opiniones según la conveniencia de la legislación aplicable.

En tal sentido, cabe referirse a aquellas medidas dirigidas directamente contra los bienes que están en posesión de una persona para primar o limitar su control sobre los mismos y a las que poseen como función que la otra parte haga o deje de hacer alguna cosa. Contrario a lo dicho anteriormente, puede

hablarse de medidas conservatorias del estado de cosas o lugares apreciables en el momento en que se suscita la controversia, las que tienen como objeto el cumplimiento del laudo arbitral y las de aseguramiento de las pruebas.

En tercer lugar, otra clasificación aportaría, por un lado que las medidas dirigidas a la administración y conservación de las pruebas y que corresponde adoptar por entero a los árbitros por moverse en el ámbito de actuación trazado por el convenio arbitral; por otro lado, las medidas que pretenden proteger el objeto del litigio, que suelen quedar fuera de la esfera de los árbitros porque su adopción suele solicitarse antes del inicio del arbitraje, y aconsejan una actuación judicial, aunque no existe inconveniente en que sean dictadas por los árbitros si la solicitud se efectúa con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral; así como, las que intentan garantizar el resultado de la decisión final, también denominadas medidas anticipatorias, que aunque no están excluidas en muchos sistemas de la función arbitral no suelen ser pronunciadas por los árbitros.²²⁹

Entre estas actuaciones cabe referirse a la anotación preventiva de la demanda, la conservación de determinados bienes, la paralización de una obra, el nombramiento de un administrador para la gestión de dichos bienes, el embargo de los bienes objeto del litigio, la prestación de una determinada fianza, el bloqueo de una cuenta corriente, etc.

Las medidas cautelares también pueden diferenciarse, en cuanto la finalidad a la que se dirigen, se puede distinguir las siguientes:

1. Medidas que aseguran la ejecución (el ejemplo típico por excelencia de este tipo de medidas es el embargo preventivo).

²²⁹ En cierto modo su adopción puede adelantar el resultado del litigio, agilizando la administración de justicia y cumpliendo el principio de la pronta y cumplida justicia.

2. Medidas que conservan la situación de hecho tal cual se encontraba al inicio del proceso principal (prohibición de difusión de una publicidad).
3. Medidas que anticipan el resultado del proceso (la efectividad de la sentencia, como sería por ejemplo la medida de alimentos provisionales).

A consecuencia de lo anterior es difícil poder enlistar en un catálogo las diferentes medidas cautelares existentes debido a su diversidad y un más especificar exactamente las que podrían adoptarse en un procedimiento arbitral, pero lo que sí existen son una serie de recta principia que funcionan como estándares capaces de detectar ese ajuste o juicio de legalidad que requiere la imposición o establecimiento de una medida cautelar.²³⁰ Por ello, se ha tratado el tema de conceptualización, la naturaleza jurídica, características, principios y clasificaciones de las medidas cautelares que ya se han desarrollado con anterioridad. En este punto necesario preguntarse ¿qué medidas no pueden decretarse?

Se debe mencionar que hay que respetar un principio fundamental, el cual es, que las medidas dictadas por los árbitros no pueden afectar a terceros, esto en virtud que la jurisdicción de los arbitro afectan solamente a las partes que han otorgado el convenio arbitral, por ello los árbitros no tiene la potestad de dictar medidas que afecten a terceros. Debido a que las medidas cautelares, específicamente las de carácter patrimonial, por derecho fundamental de tratarse del patrimonio, y, por ende, este no puede ser afectado si no solamente por el Estado, quien atribuye tal competencia al

²³⁰ Eugenio Pizarro Moreno, Aspectos registrales del procedimiento arbitral conducente al laudo: la anotación preventiva de demanda como medida cautelar (Ed. ADC, tomo LXIV, 2011), 215-217. Las medidas no están catalogadas y, aunque lo estuvieran, sería un catálogo abierto a la inclusión de neocautelas siempre y cuando cumplieran con los requisitos y presupuestos de legalidad que exige el ordenamiento jurídico.

órgano judicial en el art. 172 de la Constitución.²³¹ El Art. 436 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil,²³² regula el catálogo de las medidas cautelares que pueden ser adoptadas dentro del proceso judicial; las cuales no son taxativas, mismas que ya han sido desarrolladas con anterioridad. Por las razones expuestas anteriormente y según la función que las medidas cautelares cumplen y su funcionamiento dentro del proceso se determinara cuales medidas son aplicables y cuáles no. Supletoriamente se pueden aplicar las siguientes:

1. Secuestro de cosa mueble; Formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga;
2. 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;
3. Depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e 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 la propiedad intelectual.

No serian aplicables las siguientes: Embargo preventivo de bienes; Intervención o la administración judicial de bienes productivos; Anotación

²³¹ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1983), Artículo 172. Corresponde exclusivamente a este Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

²³² CPCM, artículo 437. Existe la posibilidad de solicitar la adopción de otras medidas cautelares tal como lo establece el artículo 437, el cual literalmente dice: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, podrá solicitarse la adopción de otras medidas 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.

preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales; Intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda.

4.10 Procedimiento Cautelar realizado por un árbitro

Para resolver esta situación se podría tomar en cuenta diversas opciones como podría ser que el procedimiento este establecido en la LMCA, que se aplique supletoriamente el CPCM, o bien que sea establecido en el convenio arbitral. La mejor opción claramente sería que sea establecido dentro de la ley de Mediación Conciliación y Arbitraje, y que, así como ocurre en Perú se establecieran los dos tipos de procedimientos, tanto el realizado por el juez, como el realizado por el árbitro. Sin embargo, la segunda también es una opción viable y además respaldada por el artículo 20 del CPCM.

Teniendo en cuenta el procedimiento que se planteó al inicio del capítulo,²³³ al adecuarlo al procedimiento que llevaría a cabo el árbitro se tiene lo siguiente.

La forma de iniciar un proceso cautelar, debe ser indiscutiblemente por una solicitud, la cual deberá presentarse ante el árbitro una vez se haya constituido el tribunal arbitral, si por el contrario desea que se decreten medidas cautelares antes de la constitución de tribunal arbitral, tal como queda establecido dentro de la norma contenida en el artículo 32 de la LMCA, se tendrá que avocar a una autoridad judicial, deberá además en esa solicitud acreditarse la apariencia de buen derecho y del peligro, lesión o frustración por demora. Además de prestarse una caución suficiente para garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran causar al patrimonio del

²³³ Véase el punto 4.2. donde la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Mercantil es de suma importancia para la adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral de El Salvador.

demandado. En relación al examen de oficio de su jurisdicción y competencia para conocer de la solicitud de medidas cautelares, esto se vería superado en este proceso, lo que acelera incluso más el trámite puesto que como el tribunal ya está constituido esta parte ya ha sido examinada.²³⁴

El plazo establecido para el juez en relación al pronunciamiento de la procedencia o no de la solicitud es de cinco días, el cual es un plazo corto y bastante adecuarle al procedimiento arbitral y por ende al árbitro, en este plazo además se debe pronunciar sobre la concurrencia de los presupuestos y requisitos para su adopción, estableciendo en su caso la forma, cuantía y tiempo en que deba prestar caución el solicitante, de lo contrario puede desestimar la solicitud.

La medida cautelar se procederá a ejecutar la misma dejando esta tarea al juez de primera instancia donde debiera ejecutarse el laudo y se le hará de conocimiento a la parte demandada para que se pronuncie al respecto, quien podrá impugnar la medida cautelar mediante el recurso de apelación, pero sin efecto suspensivo.

²³⁴ Al constituirse el tribunal arbitral se debe constatar que los postulantes posean los requisitos necesarios de capacidad y no estar dentro de las causales de inhabilitación según los artículos 35 y 36 de la LMCA.

CONCLUSIONES

Después de finalizar la investigación, se ha llegado a las siguientes conclusiones, desarrolladas a continuación:

El Salvador fue uno de los pioneros en materia de arbitraje a nivel centroamericano; sin embargo, luego de la creación de la LMCA, quedó estancado en cuanto a la adopción de medidas cautelares en el Arbitraje, las cuales solo son mencionadas ambiguamente en una disposición de la ley, que, en lugar de favorecer su aplicación, generando debates por no haber determinado quien es el competente para ordenar su adopción.

La adopción de medidas cautelares, tanto en el procedimiento común como en el procedimiento arbitral siempre requerirán de la existencia de los presupuestos de procedencia (*periculum in mora*, *fumus bonis iuris* y el rendimiento de caución) dado que los mismos son inherentes a la naturaleza de las medidas sin los cuales, las mismas no tienen razón de ser.

Por regla general, la solicitud de adopción de medidas cautelares puede hacerse ante el órgano jurisdiccional, sin que se despoje al árbitro competente de sus atribuciones, dado que ello no significa la renuncia a la jurisdicción arbitral ni mucho menos una violación al acuerdo arbitral; en tal sentido, lo dispuesto en el art. 31 LMCA es solamente otra opción que puede acoger la parte interesada para plantear tal solicitud.

Los árbitros pueden no solo conocer de la solicitud de medidas cautelares, sino que también pueden estar facultados para decretar la adopción de las mismas; no obstante, los árbitros no pueden ordenar la ejecución de tales medidas debido a que carecen del poder de *imperium*, facultad que solamente le corresponde al Estado por medio del órgano jurisdiccional.

No se puede determinar taxativamente que medidas cautelares se pueden adoptar en el procedimiento arbitral, por la finalidad de las mismas y del caso en concreto, sin embargo, se debe mencionar que hay que respetar un principio fundamental, el cual es, que las medidas dictadas por los árbitros no pueden afectar a terceros, esto en virtud que la jurisdicción de los arbitro afecta solamente a las partes.

RECOMENDACIONES

Una vez expuestas las conclusiones se hace necesario establecer algunas recomendaciones que están destinadas a ayudar a robustecer el tema de la procedencia de las medidas cautelares en el procedimiento Arbitral de El Salvador.

A la Asamblea Legislativa, que establezca en la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje, expresamente la facultad de adoptar medidas cautelares por los árbitros, refiriéndose además a que pueden ser adoptadas en instancias judiciales, especificándose que los árbitros pueden adoptarlas mas no ejecutarlas y que para esto debe acudirse a las instancias judiciales;

A la Asamblea Legislativa, que se establezca dentro de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje los momentos en que se puedan pedir medidas cautelares ante los jueces y cuando ante los árbitros.

A la Asamblea Legislativa que elabore dentro de la ley de Mediación Conciliación y Arbitraje un procedimiento a seguir para adoptar medidas cautelares, según el momento en que se soliciten y según la autoridad que deba adoptarlas, especificando además la regla específica para el arbitraje interno e internacional.

A la Asamblea Legislativa, Que se cree un catálogo de medidas cautelares que pueden ser adoptadas por los árbitros, sin que se vuelva una lista taxativa estableciendo criterios para adoptar otras, así como identificar los presupuestos para adoptarlas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Arce Cano, Gustavo. *Las juntas de conciliación y de conciliación y arbitraje*. México: UNAM, 1938.

Arce Gargollo, Javier. *Arbitraje y función notarial*. México: Ed. Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2007.

Barona Vilar, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Madrid: Civitas, 2006.

Barrenengoa, Ainhoa Gutiérrez. *El proceso civil: recursos, ejecución y procesos especiales*. 2a ed. Madrid España: Editorial Dykinson, S.L., 2005.

Briseño Sierra, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado: situación internacional*. México: Imprenta Universitaria, 1963.

Caivano, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

Calamandrei, Piero. *Derecho procesal civil*. México: Editorial Mexicana, 1997.

Casado Pérez, José María, Juan Antonio Durán Ramírez, Cesare Duro Ventura, Juan José López Ortega, José Manuel Marco Cos, César Ernesto Salazar Grande, y Luis Ceoane Spiegelberg. *Código procesal penal comentado*. Tomo II. Consejo Nacional de la Judicatura.

Cortés Domínguez, Valentín, y Víctor Moreno Catena. *Derecho procesal civil*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ta ed. Montevideo: Editorial B de F : J.C. Faira, 2004.

De Diego Diez, Luis Alfredo. *Las medidas cautelares en el nuevo código procesal civil hondureño*. Tegucigalpa: 2008.

Dueñas Ruiz, Oscar José. *Lecciones de hermenéutica jurídica*. 5ª ed. Colombia: Universidad del Rosario, 2009.

Echandía, Hernando Devís. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Universidad, 1997.

Font, Miguel Ángel. *Guía de estudio; procesal civil y mercantil*. Buenos Aires: Ed. Estudio. S. A, 2003.

Jiménez, Carlos Manuel Martín. *Teoría y práctica del ejercicio de las acciones civiles. Comentarios y formularios*. México: Lex Nova, 2010.

Kielmanovich, Jorge L. *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2000.

Mallandrich Miret, Núria. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010.

Martínez Botos, Raúl. *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1990.

Montero Aroca, Juan, y Mauro Roderico Chacón Corado. *Manual de derecho procesal civil guatemalteco*. Guatemala: Magna Terra, 1999.

Nuta, Ana Raquel. *Medidas Cautelares y Bloqueo Registral*. Buenos Aires: Ediciones la Roca.

Palacio Lino, Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 17ª ed. Vol. II. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2004.

Pardo Núñez, Celestino. *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Estudios jurídicos. Cataluña: Marcial Pons ; Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1997.

Pérez Lasala, José Luis. *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.

Podetti, J. Ramiro. *Tratado de las medidas cautelares*. 2ª Ed. México: Ediar, 1956.

Quiroga Cubillos, Héctor Enrique. *Procesos y medidas cautelares: comentarios a la convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares*. Okey Impresores, 1991.

Rivera, Julio César. *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

Rodríguez Mejía, Marcela. *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2013.

Rojas Rodríguez, Mario. *Las medidas precautorias*. Concepción: Editorial Librote, 1965.

TESIS Y MONOGRAFÍAS

Abarca, Levis Amparo, Mario Antonio Huevo Cortez, y Edgardo Antonio Torres Alvarado. “Eficacia de las medidas cautelares de carácter patrimonial contempladas en la ley procesal de familia”. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2000.

Álvarez Hernández, Víctor Humberto, Fátima Vanessa Durán Pineda, e Ivonne Adriana Marcela Rodríguez Chávez. “Las medidas cautelares en el proceso

contencioso administrativo”. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2012.

Arias Cornejo, Vanessa Guadalupe, Yesenia Patricia Deleón Deras, y Hadee Carolina Martínez Urquilla. “Supletoriedad del proceso civil y mercantil al proceso laboral”. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2012.

Arias Salgado, Fanny Alicia y Viviana Paola Moreno Loza “Aplicación de medidas cautelares en el proceso arbitral ecuatoriano”. Tesis para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Universidad de las Américas, 2011.

Cea Flores, Marta Hortensia, Nadia Beatriz Ramos Díaz, y Mario Rodolfo Salazar Escobar. “El arbitraje civil y comercial en El Salvador dentro del marco jurídico de la ley de mediación conciliación y arbitraje”. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2004.

Cevallos Pachacama, Nathaly Zulema. “Las medidas cautelares como garantía constitucional de protección”. Tesis para obtener el título de Abogada de los Tribunales y de los Juzgados de la República, Universidad de las Américas, 2004.

Dassum Barrera, Carlos Fernando. “Las medidas cautelares en el arbitraje internacional”. Tesina para la obtención del Título de Abogado, Universidad San Francisco de Quito, 2010.

De Paz Leiva, Cecilia Isabel, Clara Patricia Gómez Chávez, y Patricia Guadalupe Monge Calles. “La eficacia de las medidas cautelares en el proceso de amparo contra ley en el salvador”. Tesis para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2011.

Erazo Menjívar, Yeni Nubia, Vicente Antonio Martínez Reyes, y Rene Eduardo Pereira Zavala. “Aplicación de las medidas cautelares de carácter personal en el proceso penal salvadoreño”. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2011.

Francia Escobar, José Alexander. “Amplitud de la tutela cautelar, como parte integrante de la tutela judicial efectiva, en el proceso contencioso administrativo, de manera que la sentencia emitida en esta jurisdicción pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente”. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2007.

Gallardo Miraval, Juvenal. “Tutela y contracautela en el proceso civil.” Tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2000.

Jovel Alfaro, Lorena Marisol, Carlos Ernesto Arturo Solano Trigueros, y José Leopoldo Vásquez Vásquez. “La necesidad de regulación de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad en el salvador”. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas., Universidad de El Salvador, 2016.

Lapiedra Alcamí, Rosa. “La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional”. Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2003.

Martínez Pérez, Ever Ulises, y Carlos Mauricio Ramírez Ramírez. “Las ventajas de las medidas cautelares en el código procesal y mercantil.” Tesis para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de El Salvador, 2011.

Mendoza Andino, Heaveling Krupskaya. “Las medidas cautelares en los procesos arbitrales comerciales, en el ordenamiento jurídico nicaragüense”. Tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho, Universidad Centroamericana, 2010.

Morales Ramírez, Catalina. “La aplicación de medidas cautelares en el proceso de arbitraje comercial internacional en Costa Rica de acuerdo con la Ley no. 8937”. Tesis para optar por el grado de académico de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2014.

Pénate Perla, Rafael Alberto. “La hermenéutica jurídica: tipos, métodos, aplicaciones”. Tesis para optar al grado de doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 2005.

Pérez Ríos, Carlos Antonio. “Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano.” Tesis para optar al grado de Doctor de Derecho., Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2010.

Quintanilla Carballo, José Amílcar. “El proceso arbitral en la legislación salvadoreña”. Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1970.

Rivera, María Cecilia. “Medidas cautelares en el derecho de familia”. Monografía para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, 2007.

Rodríguez, César Roberto. “Limitaciones legales y doctrinarias en la aplicación de medidas cautelares sustitutivas de la detención provisional”. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1988.

Romero de Leonor, Susana Esmeralda. “Efectividad del arbitraje comercial en la ley de mediación, conciliación y arbitraje en El Salvador”. Tesis para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2013.

Sáenz, Mario Enrique. “Las medidas cautelares en el arbitraje”. Tesis para optar al grado de Maestro en Derecho de Empresa, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 2010.

Suria Delgado, Ana Cecilia. “La incidencia de la medida cautelar del embargo del salario en el proceso ejecutivo. Una perspectiva constitucional y económica”. Tesis para obtener el grado de Maestría Judicial, Universidad de El Salvador, 2014.

Villalobos González, Norma Yaneth, Flor Alicia Deras Domínguez, y José Vitelio Salgado. “Medidas cautelares en la legislación civil salvadoreña.” Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, 2005.

TRATADOS PACTOS Y CONVENIOS RATIFICADOS POR EL SALVADOR

Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante). República de Cuba: 1928.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Panamá: Organización de los Estados Americanos, 1975.

Convención Interamericana Sobre cumplimiento de Medidas Cautelares. Uruguay: Organización de los Estados Americanos, 1979.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). Estados Unidos de América: Organización de los Estados Unidos, 1958.

Convenio Sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Estados Unidos de América: Banco Mundial, 1966.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional. Estados Unidos: Organización de las Naciones Unidas, 1985.

Reglas de La Organización Mundial del Comercio (OMC). Ginebra: 1995.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1983.

Código Civil de la República de El Salvador, D.E. del 30 de abril de 1860.D. O. del 19 de mayo de 1860. Cuarta edición. Con reformas de 1890 hasta 1903. Arreglada por el Doctor Rafael U. Palacios. San Salvador, Imprenta la República 1904.

Código de Procedimientos Civiles y de Formulas Judiciales. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1857. (Derogado)

Código de Procedimientos Civiles. El Salvador: 1881. (Derogado)

Código Procesal Civil y Mercantil. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2008.

Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011.

Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2002.

Reglamento de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2003.

Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Código de Comercio. Estados Unidos Mexicanos: Palacio de Gobierno Nacional, 1889.

Ley 131, que Regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá. 2013.

Ley N.º: 2735/99 Sobre el Arbitraje Comercial Internacional. Grecia: 1999.

Ley N° 489-08 de Arbitraje Comercial de Panamá. 2009.

Ley 1563 Estatuto De Arbitraje Nacional E Internacional de Colombia. 2012.

Ley 1071 de Arbitraje Peruano, 2008.

JURISPRUDENCIA

Sala de los Constitucional. *Sentencia Ref. 1-59-2003*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia Ref. 522-2006*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 24-98*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002.

Cámara Primera de lo Civil de la 1a. Sección del Centro. *Sentencia definitiva, ref. 115-30-c2-2003*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003.

Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro. *Sentencia Definitiva, Referencia: 4-RN-2010*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010.

INSTITUCIONAL

Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial Dr. Arturo Zeledón Castillo y Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia Código Procesal Civil y Mercantil de Comentado. El Salvador, 2011.

FUSADES, Departamento de Estudios Legales, DEL. “Aspectos prácticos del arbitraje en El Salvador”. Revista *Boletín de Estudios Legales* 51 (marzo de 2005).

REVISTAS

Barona Vilar, Silvia. “El proceso cautelar en el nuevo código procesal civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos”. *Revista bolivariana de derecho*, n. 19 (2015): 16-69.

Carrión García de Parada, Francisco Javier. “La tutela cautelar de los derechos en el arbitraje”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 29 (2013).

Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, y Jhoel Chipana Catalán. “La constitución del tribunal arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje”. *Revista Arbitraje* n. 3 (2014): 7-17.

Duarte, Herman M., y Róger Guevara Vega. “¿Pueden los árbitros dictar medidas cautelares? el caso de Costa Rica”. *Revista Judicial*, n. 118 (2016).

Fernández Rozas, José Carlos. “Arbitraje y justicia cautelar”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, n. 22 (2007).

Mantilla Serrano, Fernando. “Breves comentarios la nueva ley peruana de arbitraje”. *Revista Arbitration*, n.4 (2010): 37-52.

Otero García Castrillón, Carmen. “El arbitraje en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio”. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, n. 3 (2010): 151-59.

Quiñones Gómez, Carlos Ernesto. “Poderes de los árbitros vs. adopción de medidas cautelares: un motivo de tensión en el arbitraje nacional”. *Revista de Derecho*, (2012), 371-99.

Roos, Cristián Conejero. “La influencia de la ley modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo”. *Revista Chilena de Derecho*, n. 32 (2005): 89-138.

Villalba Cuéllar, Juan Carlos, y Rodrigo Andrés Moscoso Valderrama. “Orígenes y panorama actual del arbitraje”. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores XI*, n 22 (2008): 141-70.

Zappalà, Francesco. “Universalismo histórico del arbitraje”. *Revista Universitas*. n. 121 (2010): 193-216.

DICCIONARIOS

Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1974.