

# Aproximación teleológica a la tutela cautelar en el proceso civil y en el arbitraje

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Diario La Ley, Nº 8897, Sección Tribuna, 10 de Enero de 2017, Editorial Wolters Kluwer

## Resumen

La justicia cautelar ocupa un lugar prioritario en el proceso hasta el punto de que la eficacia misma de éste puede hacer depender la posibilidad de la ejecución de la sentencia de fondo. Es un derivado directo del principio constitucional de la tutela judicial efectiva y desempeña un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias. Es cierto que un buen sistema de medidas cautelares constituye un instrumento valioso del cual hoy en día los ordenamientos jurídicos no pueden prescindir, pero de ahí a creer que estamos frente a sistema taumatúrgico que va a solucionar gran parte de los múltiples problemas que aquejan a los procedimientos judiciales, hay largo camino que recorrer.

## I. LA JUSTICIA CAUTELAR

### 1. TUTELA JUDICIAL Y DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

1. La transgresión del derecho a la tutela judicial o del derecho al debido proceso pone en marcha uno de los más frecuentes recursos suscitados ante la justicia, tanto en volumen como en alcance y profundidad de contenidos. El propio contorno del derecho a la tutela judicial lleva aparejado el reconocimiento de un derecho prestacional que exige del Estado la protección jurídica debida y la igualdad en el ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales. En este contexto, la tutela judicial efectiva lleva aparejada el derecho subjetivo de que el favorecido por un pronunciamiento judicial pueda contar con su cumplimiento íntegro. Por ello, la tutela cautelar judicial se erige como una manifestación del derecho de acceso a la justicia configurándose como un derecho al aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y a la

neutralización de eventuales perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso.

Los justiciables tienen derecho a acceder a los tribunales y, una vez obtenida una resolución favorable, a que ésta se ejecute; pero tal ejecución no sería posible sin la acción decidida de la justicia cautelar cuyos fines primordiales son, de un lado, garantizar el posible derecho que sea declarado por el órgano jurisdiccional y, de otro lado, evitar que sus resoluciones devengan ineficaces o de imposible cumplimiento. En este contexto el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a que los jueces y tribunales adopten los instrumentos procesales oportunos para evitar que las eventuales demoras generadas para obtener una sentencia favorable por el justiciable no malogren su cumplimiento por el tiempo transcurrido o, dada la eventual ejecución del acto en virtud de la autotutela, sea imposible la restitución de los derechos infringidos al mismo.

Es cierto que, **a deferencia de lo que acontece con el derecho a la tutela judicial efectiva, la tutela cautelar no suele establecerse explícitamente como un derecho de configuración constitucional**, sin embargo, en función de su relevancia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se instituye como una manifestación implícita del derecho al debido proceso. Dicho tutela podría quedar afectada si existiera una ejecutividad ilimitada que impidiera la eficacia del control judicial. *V.gr.*, en España, la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1984, de 6 de junio (LA LEY 8885-JF/0000), ha señalado que ese derecho a la tutela cautelar se satisface facilitando un control de la ejecutividad por parte de los órganos judiciales competentes para el control judicial de la concreta actividad administrativa litigiosa en cada momento.

2. Pese a ser una prolongación del mismo, la tutela cautelar no constituye parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva; si así fuera debería concurrir siempre en todo procedimiento, cuestión que no acaece puesto que está en función de los escenarios inherentes a la propia naturaleza de la pretensión. *V.gr.*, en España, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 159/2008, de 2 de diciembre de 2008 (LA LEY 189324/2008)** afirmó en tal sentido que «las pretendidas vulneraciones del art. 24.1.º CE (LA LEY 2500/1978) producidas en el proceso separado de tutela cautelar no pueden ser solventadas en el proceso constitucional de amparo cuando se refieran a medidas cautelares que pretendan evitar unos daños en los derechos o intereses objeto del litigio principal que no afecten a la supervivencia de los mismos en el momento de dictar la resolución del proceso principal». **La tutela cautelar no constituye parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva**

Teniendo en cuenta los diversos escenarios en que se desarrolla la tutela cautelar puede adelantarse que:

- **i)** Desde la perspectiva del proceso civil, este último carecería de sentido si, tras el fallo del juez, no es factible llevar a cabo el cumplimiento de la decisión adoptada por éste, por lo que se articula un complejo mecanismo cuya función es asegurar la eficacia del proceso, neutralizando, en beneficio del actor, la posibilidad de que el demandado realice cualquier acto material o jurídico destinado a evitar el cumplimiento total o parcial de su obligación en caso de perder el pleito.
- **ii)** Desde la perspectiva del proceso contencioso-administrativo, su finalidad esencial es asegurar que, cuando se obtenga una sentencia sobre el fondo del recurso contencioso-administrativo, la situación sobrevinida por la actuación de la Administración en cumplimiento del acto recurrido, sea ya irreversible; en realidad, es el ámbito de la justicia cautelar donde se manifiesta con toda su relevancia la inadecuación entre garantías jurisdiccionales cautelares, que están expresamente establecidas en el Derecho administrativo, y la protección jurídica cautelar con la que cuentan los justiciables en su impugnación contra la actividad sancionadora de la Administración.
- **iii)** Desde la perspectiva penal, comporta un conjunto de actuaciones practicadas por el juez o el órgano jurisdiccional competente encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se pronuncie, con el objeto de que la persona que es responsable en un proceso penal no haga desaparecer pruebas, datos etc...; y así poder asegurar que pueden realizarse correctamente actos que conforman el proceso y que la sentencia sea eficaz.

Dejando a un lado las ópticas administrativa y penal, el objeto de este mecanismo de carácter cautelar, articulado a través de una serie de medidas específicas, no es otro que el aseguramiento de la efectividad del derecho demandado a lo largo del proceso civil, señaladamente cuando éste: a) esté sometido a dilaciones injustificadas; b) se prolongue más allá de los plazos establecidos en las leyes procesales; c) pueda constituir un serio peligro para eficacia del derecho, aunque el proceso se tramite dentro de los plazos legalmente previstos. Se trata de asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización.

Nos hallamos, pues, ante el derecho al aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva concretado por la neutralización de los perjuicios irreparables derivados de la duración del proceso.

## 2. CARÁCTER INSTRUMENTAL

3. La importancia de la tutela cautelar es de tal entidad que, desde ciertos planteamientos doctrinales se ha llegado a hablar de que su puesta en marcha da lugar a un tercer tipo de

proceso, junto al declarativo o al ejecutivo y, por ende, un tercer tipo de tutela jurídica. Al margen de esta consideración, es innegable que la función cautelar posee un carácter esencialmente instrumental con respecto a la efectividad futura de la sentencia, sea porque el proceso tenga una duración excesiva o porque se produzcan acciones dilatorias que lo demoren. Ahora bien, este carácter instrumental no debe ser entendido únicamente en relación al proceso «principal», en términos de asegurarlo, sino desde una dimensión de mayor amplitud, orientada teleológicamente a facilitar la tutela, haciendo posible que la sentencia se cumpla en sus propios términos.

La tutela cautelar, formalizada por vía requerimiento manifestado ante órgano jurisdiccional por los justiciables con carácter de urgencia, acompañada de apreciación favorable, ha sido extendida a figuras distintas de aquéllas que simplemente tienden a asegurar el resultado de la acción, integrándose en un bloque de mecanismos más dinámicos y menos instrumentales. Dada la interacción entre la tutela cautelar judicial y el desarrollo del derecho constitucionalmente protegido de acceder a la justicia de manera igualitaria y efectiva, resulta menester clarificar la metodología en que este mecanismo ha de ser interpretado por la autoridad judicial encargada de velar por la protección de ese derecho. En esencia dicha autoridad deberá admitir cualquier mecanismo que garantice de una manera razonable la protección cautelar de los intereses en litigio. Una suerte de *numerus apertus* que incluye desde las medidas más tradicionales, recogidas en los Códigos de Procedimiento Civil, hasta las que se acomodan mejor a las pretensiones del demandante.

4. Constituye un lugar común que toda la construcción dogmática de las medidas cautelares se instaure para contrarrestar el tiempo que emplean los tribunales de justicia en resolver el conflicto ante ellos suscitado. Con este cometido el juez debe arbitrar un cauce para que las afirmaciones de las partes puedan ser probadas y, a partir de aquí, alcanzar la convicción de que el tiempo para resolver el litigio, puede transformarse paradójicamente en el gran enemigo del resultado del proceso. Dicho cauce, indudablemente, está en franca contradicción con el aforismo según el cual durante la tramitación del procedimiento nada debe innovarse en él (*lite pendente nihil innovetur*). **La justicia cautelar ocupa un lugar preeminente en cualquier procedimiento de arreglo de controversias**

En definitiva, la justicia cautelar ocupa un lugar preeminente en cualquier procedimiento de arreglo de controversias, actuando en una doble dirección. Por un lado, a través de la protección de la situación de las partes en, espera de la solución del litigio existente entre ellas y, por otro lado, con el aseguramiento de la ejecutabilidad de la decisión final. Su esencia estriba la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Y, en tanto

que parte de la tutela judicial efectiva, juega un papel extremadamente importante, pues tiende a la universalidad *ratione temporis*; es decir, cubre de forma efectiva la laguna temporal que se produce entre los hechos que dan lugar al litigio y la resolución final de fondo.

## II. DELIMITACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

### 1. NOCIÓN

5. El Derecho procesal ha diseñado, tradicionalmente, una serie de acciones judiciales para la protección de los derechos civiles; en este marco el proceso cautelar es un mecanismo cuya finalidad no es facilitar exclusivamente el acceso a la justicia, sino que tiene como función asegurar adecuadamente el amparo de los derechos cuya protección se postula. Dicha función colisiona con uno de los problemas atávicos del proceso civil, cual es el de su excesiva duración, de lo que se desprende la necesidad del establecimiento de tutelas específicas cuando el peligro que comporta una decisión jurisdiccional tardía para los derechos e intereses legítimos de los justiciables así lo aconseje. El reconocimiento de derechos impone la creación de acciones judiciales que permitan a su titular reclamar ante una autoridad judicial y semejante especificidad se concreta en una serie de medidas, denominadas tutelas de urgencia, que comportan funciones múltiples, pues pueden ser sumarias, autosatisfactivas, cautelares innovativas o simplemente cautelares, y facilitan la necesaria tutela jurisdiccional al ciudadano que la reclama, en unos plazos mucho más breves que la tutela ordinaria. La pretensión de estos instrumentos es garantizar la eficacia de la protección que se otorga como manifestación del principio de economía procesal. V.gr., según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 26 de marzo de 1992 (asunto C-261/1990 (LA LEY 5527/1992): *Reichert*), son aquellas medidas destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho a fin de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento, por otro lado, se ha pedido al juez encargado de conocer el fondo del asunto.

A pesar del movimiento en favor de la promoción de estas nuevas figuras, en la práctica su desarrollo es mayoritariamente dogmático y jurisprudencial, faltando en muchos sistemas estatales un adecuado desarrollo legislativo y la acomodación de las estructuras procesales tradicionales a estas nuevas formas de tutela, que precisan procesos más sencillos y más rápidos. El legislador cuenta, en efecto, con la potestad de regular el procedimiento cautelar en determinados procesos, en tanto no desnaturalicen su esencia, alterando y desvirtuando las propiedades que caracterizan a este tipo de tutela. No obstante, para ello debe tener muy en cuenta los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por el ejercicio de una

administración de justicia indiferente ante la protección de los derechos constitucionales. Se procura, con disposiciones concretas, que las medidas cautelares no se pongan en marcha por sí mismas, como fin exclusivo o primordial de la actividad procesal, sin estar suficientemente precisadas, de suerte que los justiciables dispongan de cauces más enérgicos que para lograr sus objetivos. Con ello se persigue que las medidas resulten en verdad eficaces para lograr, no sólo que la sentencia de condena pueda ejecutarse de alguna manera, sino para evitar que sea ilusoria, en sus propios términos.

Esta facultades atribuidas a la jurisdicción ordinaria se extiende a los árbitros facultados por las partes para proferir un fallo en derecho o en equidad, de manera que si los jueces están habilitados para decretar y levantar medidas cautelares, nada impide que la ley les atribuya a los árbitros esa misma facultad. Así lo corroboran las Leyes estatales de arbitraje, sobre todo las inspiradas en la versión de 2006 de la Ley Modelo Uncitral.

6. Con carácter muy general puede definirse la protección cautelar como toda actuación cuya función es asegurar la efectividad de una eventual y futura sentencia estimatoria. Esta actuación puede tener carácter directo o carácter indirecto pero ambos poseen un objetivo común: hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Esto es, que dicha tutela no pueda verse impedida o perturbada por incidentes generados durante la tramitación del proceso correspondiente. Dentro de las múltiples definiciones de las medidas cautelares podemos quedarnos con la ofrecida por J. Almagro Nosete, según la cual son «aquellas adoptadas judicialmente tras un juicio de procedencia y oportunidad, antes o en el curso de un proceso, que tienen por finalidad evitar que el estado de las cosas o de cualquier situación jurídica determinada se altere o se modifique en perjuicio de la efectividad de la sentencia que deba recaer o subvenir en torno a la situación provisional *sub iudice*». **La protección cautelar será toda actuación para asegurar la efectividad de una eventual y futura sentencia estimatoria**

A dichas medidas se le atribuyen numerosas denominaciones, tales como, medidas de seguridad, acción asegurativa, medidas precautorias, acciones preventivas, etc. Estamos, en todo caso, ante instrumentos que tienen una función principal de aseguramiento de la ejecución de potenciales resoluciones de condena; por esa razón más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia misma. Es obvio que, además del aseguramiento de las sentencias condenatorias, las medidas cautelares también pueden adoptarse en otros ámbitos. En este caso cabe hablar de medidas cautelares meramente declarativas.

Obligado es reiterar que, desde un punto de vista ontológico, **el principal objeto de las medidas cautelares en el procedimiento civil es mitigar el riesgo inherente al transcurso**

del lapso de tiempo, a veces extraordinariamente dilatado, que puede ocasionarse en tanto se sustancian las distintas fases del procedimiento declarativo. Con ello se pretende impedir la posibilidad de que, a lo largo del *iter* procesal, la parte demandada pueda obstaculizar o imposibilitar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria.

7. La justicia cautelar se manifiesta a través de una serie de actos o instrumentos propios del proceso, mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar los instrumentos necesarios, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho, o para la defensa a lo largo del proceso de una debida protección de los derechos e intereses de las personas, pero depende en muchas oportunidades que el juez pueda, a efectos de un proceso, detener, retroceder o acelerar el curso del tiempo.

A partir de aquí, las medidas cautelares

- **i)** podrán adoptarse en cualquier fase del procedimiento;
- **ii)** no están sometidas a restricciones pudiendo adoptarse por el órgano jurisdiccional cuantas se consideren oportunas para garantizar la efectividad de la sentencia;
- **iii)** se implantan dentro del conjunto de facultades y garantías que conforman el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva;
- **iv)** deben acoplarse a la decisión de fondo y ser proporcionales a lo que se desea asegurar;
- **v)** no deben tener carácter irreversible, pues han de garantizar exclusivamente lo imprescindible para que el fallo pueda ejecutarse;
- **vi)** poseen esencialmente un contenido patrimonial, esto es, el aseguramiento de uno o más bienes para posibilitar una eventual ejecución forzosa si el fallo es favorable a quien la solicita;
- **vii)** sirven para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor;
- **viii)** soslayan la puesta en marcha de una posterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento.

8. Semejantes manifestaciones justifican el fortalecimiento de nuevas formas de tutela cautelar, que permiten acceder a una justicia más cercana, rápida y eficaz, incrementándose los estándares de protección y de prevención. Existe en la mayoría de los sistemas estatales el convencimiento de la necesidad de mejorar los mecanismos de fundamentación de las razones que determinan la procedencia de medidas cautelares frente a una determinada situación.

Por eso, el incidente cautelar

- **i)** no tiene un contenido propio ni se desarrolla con carácter autónomo, sino que se inserta en el proceso principal a instancia de parte interesada;

- **ii)** es una garantía subordinada a la evolución del procedimiento principal, a la que las partes pueden acudir entendiéndose que el éxito real de su pretensión no padece por ello;
- **iii)** responde al interés particular del recurrente, libremente valorado por él, antes de poner en marcha el proceso cautelar;
- **iv)** puede ser objeto de denegación por afectar o perturbar gravemente los intereses de terceros afectados.

## 2. MANIFESTACIONES

9. Las medidas cautelares pueden agruparse en conservativas e innovativas. Las primeras son aquellas que tienen por objeto facilitar el resultado práctico de una futura ejecución impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Las segundas pretenden asegurar el ejercicio de mismo de un derecho, tutelando la posibilidad de hacerlo efectivo y que será resuelto una vez que el juez dicte sentencia favorable.

Cuando las medidas estén expresamente previstas en los distintos códigos procesales estatales, se les denomina medidas cautelares típicas (v.gr., las contenidas en el [art. 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#) española). En dichos códigos se especifican los casos concretos los cuales se puedan otorgar, y las condiciones en que éstas se justifican. Por lo que en estos casos el juez está obligado a establecer una credibilidad que descarte una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable. No obstante, en los últimos tiempos, el sistema cautelar ha sido objeto de una sustancial reformulación: el carácter tasado de las medidas ha sido gradualmente sustituido por un sistema mixto, según el cual, el juez puede conceder no sólo las cautelares expresamente previstas, sino crear, con respaldo en su poder interpretativo, y contando en la mayoría de casos con la colaboración del solicitante, medidas cautelares específicamente aptas para el caso concreto. Son las llamadas medidas cautelares atípicas. Este sistema de *numerus apertus* en orden a las concretas medidas cautelares, condiciona su solicitud a la necesidad asegurativa de la efectiva tutela judicial que se solicita.

## III. TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

### 1. EQUILIBRIO DE INTERESES

10. La simple solicitud del derecho a la tutela cautelar no implica que deba ser aceptado o concedida de manera automática, siendo el razonamiento del juez esencial en su adopción. Este último debe resolver una importante disyuntiva pues, si accede a la concesión de la medida puede dar lugar a un daño irreparable para el demandado; por el contrario, si la deniega, otro daño no menos irreparable afectaría al actor. Uno de los grandes problemas con



el que se encuentran los tribunales en esta materia es el empleo del proceso cautelar para fines ajenos a su esencia. Por esa razón debe dilucidarse en justicia que la decisión cautelar no sea un abuso del demandante, que conduzca a un sometimiento inevitable al ejecutado o que sea un factor de coerción para decidir el proceso principal. Consiguientemente, es la respectiva autoridad judicial la encargada de valorar, en función al caso concreto, si corresponde dictar una medida cautelar o, en su caso, mantenerla o revocarla, garantizando el debido proceso de las partes del proceso. Si la buena fe es exigible a todos los sujetos que intervienen en el proceso, dicha circunstancia ofrece un especial contenido en la justicia cautelar.

Cabe reiterar que **la intervención del juez es esencial para evitar una extendida práctica común en el sentido de impedir que el demandante consiga medidas precautorias de exagerada amplitud que se conviertan en un instrumento improcedente**, antes de la resolución del asunto. Más concretamente, el juez debe evitar que las medidas cautelares se conviertan en armas abusivas, adoptando mecanismos adecuados de contrapeso que garanticen el necesario equilibrio entre las partes. Ha de verificar, pues, que quien solicita la medida sea consecuente con sus propios actos en el proceso, teniendo muy presente que tal actitud puede dar lugar al nacimiento de responsabilidad cuando la medida no esté justificada o su solicitud refleje una conducta maliciosa.

De esta suerte las medidas cautelares:

- **i)** Desde el punto de vista del solicitante, han de buscar la celeridad, la agilidad y la flexibilidad de la administración de Justicia lo cual, en última instancia, protege el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la efectividad de la tutela cautelar.
- **ii)** Desde el punto de vista del demandado, al invadir su ámbito de intereses es necesario que, *prima facie*, se le comuniquen oportunamente para que pueda ejercer su derecho de defensa y de oponerse a los argumentos esgrimidos por el demandante; esto es, rigen en esta materia las habituales garantías procesales de audiencia y contradicción e igualdad de partes.

11. A la hora de adoptar la medida el juez desempeña una delicada misión pues debe resolver un complejo proceso dialéctico. De un lado, debe asegurar la eficacia del fallo, estableciendo el mayor número posible de actuaciones ejecutivas; pero, de otro lado, debe cuidar que tales medidas no den lugar a perjuicios irreparables produciendo en la práctica algo similar a la ejecución de la sentencia y ello sin contar con título ejecutivo alguno y sin atender a la alegación del demandado de su derecho a la tutela.

Las medidas cautelares no dejan de suponer ciertos peligros y riesgos, de suerte que es preciso regular con precisión la oposición a las mismas, su razonable sustitución, revisión y modificación y las posibles contracautelas o medidas que neutralicen o enerven las cautelares, haciéndolas innecesarias o menos gravosas. Pero también es menester un control

exhaustivo del cumplimiento de los requisitos establecidos por cuanto cada vez son mas frecuentes los abusos en el empleo de esta figura y donde se pretende con su solicitud frenar no ya una situación perjudicial o irreparable sino un posible abuso no muchas veces justificado. Como pusiera de relieve en España la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1995, de 13 de febrero (LA LEY 13039/1995): «siendo uno de los caracteres de las medidas cautelares la homogeneidad con las medidas ejecutivas, es decir, el que anticipan en parte los efectos de la decisión final; resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final». **Es preciso también regular con precisión la oposición a las medidas cautelares**

En la práctica, la apreciación de este requisito es extremadamente delicada pues puede adelantar el resultado del litigio, siendo especialmente determinante en los casos en los que la medida cautelar sea un trasunto de las pretensiones planteadas por el demandante. Por esta razón, para la adopción de la medida cautelar es preciso la aportación de un principio de prueba, bien es verdad que no de prueba plena, pues de exigirse esta última haría innecesario el procedimiento principal.

## **2. FINALIDAD**

12. La finalidad de la tutela cautelar es la actuación en un plazo breve dentro del proceso principal de suerte que el lapso de tiempo necesario para el reconocimiento definitivo del derecho no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho, haciendo inviable la posibilidad de su ejercicio. Su objeto es, de conformidad con el criterio emitido en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Tesis: P./J. 21/98), «previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica». Pretende, en tal sentido, garantizar la efectividad de lo que se resuelva en la sentencia, al punto que sin ella en muchos casos el proceso principal carecería de contenido y el fallo sería meramente ficticio. Con este objetivo el proceso cautelar busca posibilitar que el fallo que pronuncie el juez, referido a la tutela de un determinado derecho subjetivo o interés legítimo de una persona, pueda cumplirse en sus propios términos y no se haga así ficticio, producto de sucesos que hayan acaecido durante el normal *iter* del proceso. Con este propósito las medidas cautelares aseguran la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictase, incumbiendo por tanto a los tribunales

impedir cualquier situación de ineffectividad que conduzca a la conversión de las resoluciones emitidas en simple papel mojado, o en puras afirmaciones doctrinales o retóricas de derechos.

Porque **si con esta modalidad de actividad jurisdiccional se contribuye a un eficaz comportamiento de los procesos de carácter declarativo o de ejecución, siempre estará presente un interés público**, más allá del exclusivamente privado, para que de acuerdo a las funciones constitucionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se desarrolle de manera correcta, conveniente y útil.

En términos simples se puede afirmar que las medidas cautelares pueden cumplir dos fines: conservativos, por una parte, e innovativos, por la otra:

- **i)** Finalidad conservativa. Es la tradicional de la tutela cautelar en el sentido de que las medidas tienen como objetivo facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma.
- **ii)** Finalidad anticipativa. Con ella se pretende homologar la medida cautelar con el fallo que en su día deba acordarse.

### 3. CARACTERÍSTICAS

13. No es pretensión de las medidas cautelares incorporar un carácter indefinido, justificándose su establecimiento únicamente hasta que se cumpla la función de aseguramiento, pudiendo variar si se produce en cambio en la situación fáctica que motiva su solicitud; y deben guardar una relación de proporcionalidad para conseguir el fin perseguido que es el aseguramiento de la efectividad de la decisión que decida sobre el fondo del asunto. Su cometido es evitar el fallo frustrado y los daños inminentes, o ya iniciados, durante la tramitación del juicio, en cualquiera de las materias sometidas a proceso. Así pues, la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial. Puede afirmarse que su adopción constituye un verdadero derecho fundamental del justiciable tanto en el proceso judicial como en el arbitral.

14. A partir de lo anterior las medidas cautelares se caracterizan por la existencia de una serie de rasgos comunes:

- **i)** Instrumentalidad: La tutela cautelar, se presenta como un medio instrumental respecto de un proceso principal, buscando proteger la resolución definitiva que se pueda alcanzar, sin que la decisión sobre el fondo se vea afectada por el ínterin existente entre el ejercicio de la acción, y la sentencia que declara el derecho ejercido. El fin asegurativo del proceso principal justifica plenamente la instrumentalidad que tradicionalmente se atribuye a las medidas pues el resultado de dicho proceso estipulará su extinción, bien por ser rechazada la

demanda, o bien por transformarse la medida asegurativa en ejecutiva. La instrumentalidad del proceso cautelar puede ser entendida como una vía que facilitaría los medios precisos para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia, por eso, la medida cautelar debe ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de suerte que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente.

- **ii)** Efectividad: La medida cautelar ha de ser adecuada para cumplir la función asignada de asegurar la efectividad práctica de la decisión definitiva, y debe serlo respecto de quien la demandó y frente a quien resultó ser autor de la resolución cuyo contenido puede poner en peligro un concreto derecho.
- **iii)** Provisionalidad: En esencia las medidas cautelares serán siempre medidas provisionales. La tutela cautelar no constituye un fin en sí mismo, sino que cumple una función asegurativa de la eficacia de la tutela satisfactiva, ya sea esta una tutela de cognición, o una tutela de ejecución. Por esa razón las medidas cautelares desaparecen cuando se produce la decisión que pone fin al proceso principal, es decir, tienen vida propia e independiente mientras dura el proceso. La regla de base es que únicamente pueden acordarse cuando un proceso se haya iniciado, mas pueden aparecer motivos de tanta envergadura que obliguen a una solicitud urgente de la medida cautelar en cuya caso la subsistencia de la misma dependerá de su vinculación ulterior al litigio principal, lo que lleva aparejada la obligación de subsanar los defectos que pudieran registrarse en el *petitum* inicial.
- **iv)** Temporalidad: La exigencia de la resolución del conflicto dentro de un plazo razonable se impone no sólo como garantía, sino que también, como exigencia natural del ejercicio de la jurisdicción. Nacida la medida cautelar en previsión de la prestación de una concreta actividad jurisdiccional de carácter declarativo o ejecutivo, su mantenimiento carece de sentido al estar supeditado a una situación real de litispendencia.
- **v)** Irreversibilidad: Por su propia naturaleza, la medida cautelar debe constituir una tutela de urgencia, por lo que su concesión no debe superar el límite de la irreversibilidad, esto es que sus consecuencias no alcancen un punto tal que más tarde impida que puedan ser objeto de reparación.
- **vi)** Accesoriedad: Estas medidas son siempre accesorias al proceso principal del que depende, no constituyendo un fin en sí mismo; de ahí que su tramitación se resuelva en pieza separada cuyo objeto será resolver la pretensión de tutela cautelar. Cualquier eventualidad que suponga la finalización del proceso principal, supondría su pérdida de razón de ser y, por tanto, de su eficacia. La accesoriedad establece que la medida dejará de tener sentido cuando el proceso principal haya concluido por cualquier causa, salvo que se trate de decisión condenatoria.
- **vii)** Revocabilidad. Si cambiaran los presupuestos que justificaron su adopción las medidas cautelares podrán ser revocadas en cualquier fase del procedimiento; dicho en otros términos, ante una modificación de las circunstancias que fundamentaron su adopción puede producirse su sustitución o revocación. Corresponde al juez decidir al respecto.
- **viii)** Sumariedad. Son medidas que no contrarían el debido proceso, aún si se ejecutan antes de la notificación de la decisión que las establece. En todo caso, deben tramitarse en un plazo breve; es más, en ocasiones, habida cuenta que su función es salvaguardar los derechos

subjetivos, esencialmente garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia, resulta obligado que se pronuncien y practiquen antes de que el titular de los derechos cautelados tenga conocimiento de ellas. Lo contrario haría ineficaz la medida y, por ende, su misión protectora del derecho amenazado o violado.

- **ix) Motivación:** Las resoluciones que otorguen las medidas deben estar fundadas y motivadas por lo que deben explicitar, en primer lugar, las razones por las cuales el juez considera que los hechos en que se sustenta se encuentran acreditados, en segundo lugar, la indicación de las pruebas indiciarias que den lugar a su convicción para adoptarlas; por último, el porqué del posible malogro que podría ocasionarse al fallo con la tardanza de tal providencia; en caso de que la medida adoptada tenga un soporte legal la motivación deberá aludir al precepto concreto en que descansa.

#### 4. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO: AUDIENCIA DEL DEMANDADO

15. Las medidas cautelares pueden solicitarse antes de comenzar el proceso, junto con la demanda o pendiente ya el litigio. Como regla general, no se adoptan sin previa contradicción y el juez acordará la petición previa audiencia del demandado. *V.gr.*, en México, de acuerdo con la referida decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (*vid. supra*, n.º 12) «la garantía de previa audiencia, establecida en el segundo párrafo del art. 14 constitucional, únicamente rige respecto de los actos privativos, entendiéndose por éstos los que en sí mismos persiguen la privación, con existencia independiente, cuyos efectos son definitivos y no provisionales o accesorios». No obstante, se prevé que, en casos justificados, puedan acordarse sin oír al sujeto pasivo de la medida que se postula. En efecto, cuando el solicitante lo pida expresamente y quede acreditada la concurrencia de motivos de urgencia, o que la audiencia previa del demandado pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar, el juez podrá acordar la medida *inaudita parte* adoptando la decisión de amparar o denegar la petición cautelar sin notificación alguna. Dicha posibilidad se justifica en que no se frustre tanto la finalidad de la medida cautelar como su eficacia pues la notificación pondría en inminente peligro la finalidad de la medida misma. Estamos, pues, ante una excepción al principio procesal de contradicción, reforzándose el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva del solicitante con la prohibición absoluta de indefensión del demandado, postergando a una etapa procesal posterior la resolución del incidente. En consecuencia, se establece una oposición inmediatamente posterior, aunque en este punto entra en juego la contracautela que equilibra la medida cautelar solicitada.

Frente a alguna posición favorable en atribuir el conocimiento y resolución de las medidas cautelares a un órgano jurisdiccional distinto del competente para el proceso principal, no es aconsejable esta bifurcación competencial. Y ello aunque semejante opción corra el riesgo de que la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o a lo largo del

procedimiento, genere algunos prejuicios o consideraciones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la decisión principal. Pero, debe repararse en que ese riesgo existe también al margen de las medidas cautelares, pues el perjuicio podría generarse en la audiencia previa al juicio o tras la lectura de demanda y contestación.

#### IV. PRESUPUESTOS

##### 1. ELEMENTOS PARA LA ELABORACIÓN DE UN JUICIO PROVISIONAL

16. Es menester que el órgano jurisdiccional corrobore la presencia de un conjunto de presupuestos, cuyo consideración concurrente, podrá corroborar la injerencia que la medida supone en ámbito de los intereses del demandado. Dos reglas previas deben tenerse en cuenta: a) que las alegaciones del demandante estén revestidas de una sólida fundamentación y b) que la medida resulte apropiada. Ello justifica la existencia de una serie de presupuestos necesarios para acceder a lo solicitado. En efecto, la adopción de medidas cautelares precisa la presentación de datos, argumentaciones y justificaciones documentales que permitan fundar al juzgador, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión, es decir, que exista *fumus bonis iuris*, sobre la proporcionalidad de la medida, sobre la caución, y sobre el *periculum in mora* en el sentido de que de no adoptarse tales medidas durante la pendencia del proceso se puedan producir situaciones que impidan o dificultan la efectividad de la tutela que pudiera otorgar una eventual sentencia estimatoria. Corresponde, pues, al solicitante justificar las eventuales dificultades en presencia cuando no una imposible o compleja ejecución de la proyectada decisión condenatoria.

En consecuencia, el solicitante deberá acreditar cuáles son los hechos que fundamentan la existencia actual, siquiera indiciaria, del peligro alegado y que pueden determinar que, contestados en el futuro, impidan que pueda hacerse efectiva la eventual sentencia estimatoria. Precisamente, porque de lo que se trata es de justificar la existencia de un peligro actual, resulta oportuna la prohibición legal de que la puesta en marcha de la medida cautelar tenga como objetivo alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante largo tiempo, salvo que se justifiquen cumplidamente las razones por las que no se han solicitado las medidas.

Por lo general, el *fumus bonis iuris* junto al *periculum in mora*, son los presupuestos empleados para la obtención de la tutela cautelar y deben operar de manera concurrente, al punto que la falta de uno de ellos da lugar a que se rechace la medida cautelar o se

otorgue la medida de manera limitada. Por eso, cuando no concurra alguno de estos dos presupuestos, dicha tutela no podrá conseguirse.

## 2. FUMUS BONUS IURIS

17. El *fumus bonis iuris*, es la apariencia de buen derecho, es decir, el buen aroma a derecho del recurso que impugna el acto cuya tutela cautelar pretende alcanzarse. Ciertas normativas estatales y algunos desarrollos jurisprudenciales añaden para acreditar este aroma el hecho de que no se produzca perturbación o afectación grave del interés general. Si la medida cautelar tiende a asegurar la efectiva tutela de una pretensión principal, es razonable que su adopción considere convenientemente este presupuesto que no responde a la posibilidad subjetiva de que la pretensión sea estimada, sino a la posibilidad objetiva de que pueda ser estimada.

El fundamento de este presupuesto se encuentra en el hecho de que una intromisión y afectación en la esfera jurídica del sujeto pasivo no resulta justificada sin que la pretensión del demandante sea razonablemente plausible. Lo fundamental, más allá de los argumentos con que se pretenda configurar (verosimilitud, probabilidad, posibilidad, certeza, etc.), es el hecho de que no exige la certeza absoluta del juzgador, ni siquiera una certeza que posibilite una adjudicación en sede civil, y que dé, preeminencia o preponderancia a la pretensión de una parte por sobre la de otra. Y ello, porque, la prueba de los hechos, tendiente a dicha finalidad, será aquella que emane del proceso principal con dicho objetivo, el que resulta excesivo a los fines cautelares, que se satisface con la sola posibilidad de que la pretensión sea en definitiva aceptada. De ahí que lo que se exija del juzgador sea un juicio simple de verosimilitud, es decir, que mediante los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar se genere en el juez un juicio de apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declararía fundada la demanda.

18. El peticionario tiene la carga de acreditar, sin control de la parte contraria, que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho en el que se funda la pretensión. Para ello es natural que se requiera del demandante la presentación de los documentos o comprobantes que permitan al juez tener como muy probable la existencia del derecho cuya tutela se reclama. Más exactamente, se impone al solicitante el deber de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. Ahora bien, en modo alguno debe acreditarse una certeza absoluta, porque de ser así se desnaturaliza la función de la medida cautelar ya que se realizaría un examen que haría

innecesaria la sentencia definitiva, pues ya estaría resuelta la procedencia de la demanda. Bien entendido que cuanto mayor sea el grado de intromisión en el patrimonio del perjudicado, mayor deberá ser la intensidad del *fumus bonus iuris*. El peticionario tiene la carga de acreditar un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva sea estimatoria

Consiguientemente, no se reclama del juez un juicio de certeza, pues éste es exigible al momento de sentenciar. Por esta razón, la mera petición no será suficiente para la adopción de la medida, sino que es indefectible que el derecho lesionado o que se pretende asegurar emerja no solo como probable, sino como cualificadamente probable. En suma, para la adopción de medidas cautelares no basta la mera posibilidad del derecho, sino que se requiere algo más que esta posibilidad y algo menos que la certeza.

El contenido de la formulación previa de la apariencia de buen derecho será de mayor o menor intensidad en función de la particular medida cautelar que se solicite. Estamos en presencia, en todo caso, del elemento más delicado de este juicio previo, porque juzgar sobre la probabilidad de que el actor tenga derecho a lo que pide para acordar o denegar una medida cautelar no es otra cosa que adoptar una posición preliminar en orden a la decisión sobre el fondo. No es infrecuente, por tanto, que el *fumus boni iuris* encuentre dificultades para su apreciación, tanto por la pérdida de la finalidad legítima del recurso o por haberse convertido en un daño de imposible restablecimiento a su estado primitivo.

### 3. PERICULUM IN MORA

19. El contenido mismo de la tutela cautelar explica por sí mismo lo que es el elemento o presupuesto denominado *periculum in mora*. Un presupuesto que se encuentra referido al daño que se produciría o agravaría, como consecuencia del transcurso del tiempo, si la medida cautelar no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia que ponga fin al proceso. Con la misma finalidad de asegurar el resultado del proceso en tanto que requisito fundamental, se considera el *periculum in mora* como aquel temor urgente y razonable de un daño jurídico posible, inminente e inmediato que puede ocasionar el demandado durante el desarrollo del proceso principal, alterando la situación inicial existente. Nos hallamos ante un daño marginal que puede resultar del retraso inevitable habida cuenta de la lentitud de proceso ordinario, en la resolución definitiva, como el temor de la insolvencia, la desaparición de las cosas, el empobrecimiento de los bienes productivos, o simplemente la molestia que al demandante pueda producir la continuación del estado actual hasta que recaiga el fallo ejecutorio. Insistiendo en la noción, el *periculum in mora* es una situación que



se deriva de la inmediata ejecución del acto en conjunción con el necesario transcurso del tiempo para resolver el incidente cautelar.

El fundamento de este presupuesto reposa en la circunstancia de que, al no ser las medidas cautelares de concesión necesarias dentro del proceso, el demandado cuenta con un periodo de tiempo en el curso del cual puede distraer bienes de su patrimonio a fin de hacer inalcanzable la tutela definitiva futura, en cuyo caso, esta se transforma en una declaración jurisdiccional sin posibilidad de cumplimiento. En consecuencia, para ordenar una medida cautelar, en principio, basta comprobar que el recurrente pueda experimentar un perjuicio irreparable que haría ineficaz la sentencia sobre el fondo, en caso de no obtener preventivamente el beneficio de la tutela cautelar. Puede afirmarse, en tal sentido, que el *periculum in mora* configura la propia esencia de las medidas cautelares.

Más concretamente:

- **i)** es un presupuesto necesario, pues el objeto mismo de la medida cautelar consiste en asegurar el resultado del proceso permitiendo que la decisión que se dicte pueda cumplirse en sus justos cauces;
- **ii)** su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato pueda producirse una situación que haga ineficaz el proceso;
- **iii)** no basta con su presunción, sino que debe quedar suficientemente acreditado en la pieza separada, aunque el juez goza de absoluta libertad para apreciar en el caso concreto su concurrencia concediendo o denegando la medida solicitada.

#### 4. CAUCIÓN

20. Como regla general, el solicitante de la medida cautelar debe prestar fianza suficiente para responder de eventuales los daños y perjuicios que pueda causarle al demandado si se demuestra que su pretensión carecía de fundamento y, en consecuencia, es revocada con posterioridad. Por eso, su prestación previa y efectiva es requisito ineludible de cualquier acto de ejecución de las medidas cautelares ya acordadas. Precisamente uno de los elementos que con más vigor favorece una posición equilibrada de las partes en la pieza separada es la adecuada ponderación del importe de la fianza que debe prestar el actor.

En la adopción de la medida cautelar, el juez debe sopesar cuidadosamente si con ella se evitan mayores daños que aquellos que inevitablemente puede ocasionar. Ello excluye el estudio de las probabilidades del demandante de obtener un resultado favorable y el relativo al daño esperado con la medida, en caso de no concederse. Bien entendido que la medida cautelar debe superar las probabilidades para el demandado obtenga un resultado favorable,

multiplicado por los costos totales esperados que se pretende con ella, y en esta estimación los costos totales están conformados, de un lado, por el daño esperado para el demandado y, de otro, por cualquier menoscabo que afecte a dicha parte, y que vaya asociada a la medida.

Ello justifica plenamente la presentación de caución o garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado por lo que, salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar dicha caución de manera rápida y efectiva. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida. La posibilidad de que la adopción de la medida cautelar pueda suponer la causación de perjuicios al demandado, bien por ser rechazada la demanda, o por la falta de presentación de la misma dentro del plazo preclusivo establecido para el supuesto de interesarse y obtenerse con anterioridad a aquella, son consideraciones que han movido a exigir como regla general la prestación de caución por el solicitante de la medida, constituyéndose así en presupuesto o condición para ello.

21. En todo caso, la prestación de la caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada cuya idoneidad y suficiencia será decidida por el juez.

A partir de aquí la caución

- **i)** se configura como una «contracautela» cuya función es la garantía de la medida cautelar solicitada;
- **ii)** permite que el solicitante sopesa su pretensión, al ofrecer en ocasiones un coste excesivo articulándose como un filtro para reclamaciones provisionales infundadas, toda vez que, una vez estimada, el demandado tendrá un fondo donde concurrir para resarcirse de sus perjuicios;
- **iii)** podrá otorgarse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho;
- **iv)** puede dispensarse en función de las circunstancias del caso, *v.gr.*, en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

## V. PROBLEMAS PARTICULARES EN RELACIÓN CON EL ARBITRAJE

### 1. AVANCES LEGISLATIVOS Y RETICENCIAS JURISDICCIONALES

22. Es obvio que tanto el procedimiento jurisdiccional como el arbitral, deben contar con los mismos instrumentos para la protección del objeto de la controversia. El hecho de que los particulares elijan someter sus controversias a arbitraje no debe suponer ninguna renuncia a la tutela judicial efectiva; en consecuencia, negar la posibilidad de medidas cautelares en el arbitraje implicaría la violación directa de este principio sólidamente establecido en las Constituciones estatales.

Aunque se registra una tendencia expansiva, aún quedan Estados que no sólo restringen el ámbito de la tutela cautelar judicial en el arbitraje, sino que se niegan a reconocer a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares, evidenciándose la reticencia que muestran los jueces y tribunales en ciertos sistemas para admitir que estos últimos tengan un protagonismo en el establecimiento de medidas cautelares, sin distinguir entre la decisión de la procedencia de la medida y la ejecución de la misma, o para otorgar éstas con ocasión de procedimientos arbitrales. El esquema utilizado habitualmente es buscar el soporte del sistema judicial para que sean los jueces los encargados de decretar y ejecutar las medidas. Y este tema está relacionado con el debate acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje pues aún predominan modelos estatales de corte marcadamente jurisdiccionalista que no regulan la facultad de dictar las medidas por los tribunales estatales estando pendiente un procedimiento arbitral.

Las jurisdicciones estatales han desarrollado una abundante práctica para la aceptación, del alcance y los efectos de este tipo de medidas, generándose de hecho una apreciable armonización en la mayor parte de las jurisdicciones nacionales en esta materia. Sin embargo, esta armonización no ha contado con una proyección generalizada en las reglamentaciones sobre arbitraje; y ello pese a que, con todas las reservas que ello entraña, en el proceso arbitral se producen las mismas vicisitudes y limitaciones procesales que acontecen en el procedimiento judicial. Muchos sistemas, continúan negándose a reconocer a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares, manteniendo una actitud de gran cautela hacia el empleo de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral y reconociendo únicamente el poder de los tribunales para decretar estas medidas y ello, incluso, con notables limitaciones. Resulta sumamente expresivo de esta orientación que el art. 357.2.º del Proyecto de Código Procesal para Iberoamérica mantenga la reticencia al afirmar que «Las partes, y en su caso el tribunal arbitral, podrán solicitar del tribunal judicial la adopción de medidas cautelares y la asistencia necesaria para realizar cualquier medida que requiera el uso de la fuerza pública»; con ello las facultades del árbitro se reducen a «solicitar» a la autoridad judicial la adopción de estas medidas lo que está en contradicción con la propia esencia de las mismas, que tratan de evitar con rapidez que se produzca un

daño irreparable que haga en la práctica inútil la decisión que debería poner fin a la controversia.

23. Aún no se ha conseguido la equiparación de la justicia cautelar en ambos métodos, judicial y arbitral, de arreglo de controversias, en función, *prima facie*, de la carencia de *imperium* de los árbitros. Y a esto hay que oponer que, sobre todo en lo que respecta al arbitraje comercial internacional, el particularismo es la nota dominante y la elección por las partes de una determinada sede arbitral obedece muchas veces a esta circunstancia. La apuntada diversidad ha movido a un amplio debate, sobre todo en el seno de la Uncitral, que se centra en la determinación de cuáles deberían ser las facultades que los tribunales arbitrales para dictar este tipo de medidas. Dicho debate en relación con el procedimiento arbitral pone esencialmente el acento en la determinación del órgano ante el cual se deberán solicitar las concretas medidas cautelares y en la eventual colaboración de la justicia estatal con los árbitros y, en segundo lugar, en la eficacia extraterritorial de las decisiones en esta materia. **Aún no se ha conseguido la equiparación de la justicia cautelar en ambos métodos, judicial y arbitral**

Es evidente que la Ley Modelo Uncitral de 1985 supuso un importante avance, en el sentido de que muchos sistemas nacionales comenzaron a incorporar sus previsiones en materia de justicia cautelar. Sin embargo su regulación pronto quedó superada por las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional. A este respecto la Uncitral, durante las dos últimas décadas ha venido revisando e insistiendo en la necesidad de ciertas reformas a su articulado y, concretamente, ha reconocido la necesidad de ajustar a las actuales prácticas del comercio internacional, entre otras cuestiones, el régimen de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral que culminó con la reforma de la Ley Modelo de 2006 que contiene un extensísimo nuevo art. 17 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».

24. Un importante interrogante derivado de la práctica atañe a la reticencia de los tribunales arbitrales a dictar este tipo de medidas por temor a exceder sus facultades. La consecuencia de esta actitud no es otra que retrasar indefinidamente el procedimiento y poner en peligro a eventual ejecución del laudo final. En caso de que el tribunal arbitral adopte la medida aparece de inmediato la determinación de cuál es su carácter y si ésta debe estar o no motivada; no en vano cierto sector de la doctrina considera que debe instrumentarse a través de un «laudo parcial». Otra cuestión vinculada a la anterior deriva directamente del catálogo de medidas que pueden decretarse y del alcance de las mismas. Las normas tanto legales como reglamentarias que regulan esta materia, salvo excepciones muy concretas, confieren a

la autoridad concernida en cada caso, juez o árbitro, una amplia libertad para dictar las que consideren conveniente. Su alcance viene determinado por el propio objeto del litigio siendo improcedente respecto de bienes que no estén claramente prefijados en el objeto de la controversia. En cualquier caso el catálogo difiere respecto a que sea un juez o un árbitro el encargado de decretarlas, pues en el caso del primero la operatividad de la medida es mucho más intensa por que a él compete su ejecución, pero en el caso del segundo la flexibilidad es mucho mayor por no estar constreñido al estricto ámbito de las leyes procesales internas. Es más, los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen insistir en esta flexibilidad al permitir que decreten en las medidas que considere apropiadas, aunque luego se suscitarán los problemas consiguientes a la hora de su ejecución si el sistema concernido desconoce la concreta medida cautelar. Como regla general será la ley rectora del procedimiento arbitral la que determine a qué órgano compete la adopción de una concreta medida.

**25. Una de las novedades más destacadas de los nuevos Reglamentos de arbitraje, a partir de la revisión del de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012, es la regulación que en él se hace de la posibilidad que las partes tienen de solicitar de la Corte el nombramiento de un «árbitro de emergencia» para la adopción de medidas cautelares urgentes.** Para que la Corte pueda nombrar dicho árbitro, no es necesario que las partes hayan pactado esta posibilidad al tiempo de firmar la cláusula compromisoria o en un acuerdo posterior. Al efecto los Reglamentos referidos incorporan un mecanismo en virtud del cual, las medidas cautelares de emergencia procederán siempre que las partes no las hayan excluido. La parte interesada en la adopción de medidas cautelares por un árbitro de emergencia deberá formular su pretensión mediante una solicitud dirigida a la Corte. Comprobado el cumplimiento de las exigencias contempladas por el correspondiente Reglamento y en un plazo muy breve (*v.gr.*, dentro de las 72 horas siguientes a la recepción de la solicitud), la Corte notificará la pretensión cautelar a la parte contraria y nombrará un árbitro de emergencia, sujeto a breves plazos de recusación, el cual deberá tramitar el incidente de tal forma que su decisión, escrita y motivada, sea adoptada dentro también de otro breve plazo (*v.gr.*, 30 días siguientes a la fecha de remisión por la Corte del expediente), cesando desde ese instante en sus funciones. Las partes se obligan a cumplir lo acordado por el árbitro de emergencia y, en su caso, a incorporar a la tramitación del procedimiento, una vez constituido el tribunal arbitral, el cual podrá confirmar, modificar o revocar la decisión adoptada por dicho árbitro

## **2. HACIA UNA CONSOLIDACIÓN DE LOS PODERES CONCURRENTES ENTRE JUECES Y ÁRBITROS**

26. La consolidación de los poderes concurrentes que atribuyen competencia a jueces y árbitros es la que mejor responde a las necesidades del arbitraje. Bajo su enunciado, las partes pueden interponer la solicitud de medidas de protección de forma indistinta ante cualquiera de ellos. Si el arbitraje se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, éstas están habilitadas para decidir en todo lo que concierne al procedimiento arbitral, incluyendo el régimen de las medidas cautelares y esta es, de hecho, la solución mayoritariamente aceptada en los diferentes sistemas estatales e institucionales de arbitraje. Todo lo relacionado con «las normas procedimiento» es materia de orden público, tal como lo tiene establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia y en las Leyes de arbitraje el legislador suele otorgar un extenso margen de discrecionalidad a las partes hasta el punto de que éstas están habilitadas para establecer sus propias reglas de procedimiento, incluyéndose constitución del tribunal arbitral, lugar, idioma, plazos, pruebas y, lo que nos interesa ahora, el otorgamiento de la facultad cautelar a los árbitros. La regla de base es la «libertad de las partes para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones»; así lo establecen las leyes que siguen el tenor de la Ley Modelo de Arbitraje de la Uncitral. Precisamente uno de los elementos que condiciona la elección de la sede del arbitraje es la posibilidad de que la ley de ese lugar contemple la posibilidad de que los árbitros puedan pronunciarse sobre las medidas cautelares. Y esta inclusión es automática cuando las partes se remiten a un Reglamento de arbitraje que incluya los poderes de los árbitros para adoptar estas medidas. Asimismo, si las partes otorgan poderes a los árbitros para que decidan sobre el fondo del asunto, no existe ninguna razón para que esta competencia no se extienda a las medidas cautelares.

La adopción de estas medidas, ya sea por jueces como por árbitros, presenta algunas ventajas e inconvenientes. Por esta razón es menester prestar atención a las consecuencias de su pronunciamiento por cada uno de estos órganos para determinar cual se estima más apropiado. La práctica arbitral apunta a que sean los árbitros quienes las adopten y así lo disponen numerosas leyes de arbitraje y reglamentos de instituciones arbitrales. Los problemas se suscitarán cuando el arbitraje se remita a una sede y a un centro que guarde silencio sobre esta cuestión, aunque la doctrina suele hablar de una competencia implícita de los árbitros en materia cautelar derivada del propio tenor del convenio arbitral.

El otro problema planteado se refiere a que, con carácter general, en los conflictos surgidos en el comercio internacional las medidas cautelares deberán ejecutarse en un Estado diverso de aquél en que se está celebrando el arbitraje. Surge así la necesidad de conseguir la eficacia extraterritorial de estas decisiones. Cuando estas medidas son adoptadas por los árbitros, como quiera que no son títulos ejecutivos, resultará en la práctica muy difícil

conseguir su eficacia en caso de incumplimiento. Pero su adopción por parte de los jueces tampoco garantiza su eficacia en otros Estados dada la ausencia de convenios internacionales que se detengan a regular esta cuestión. De ahí que todavía estemos lejos de una solución legal satisfactoria.

27. Los diferentes sistemas jurídicos han materializado medidas cautelares muy diversas y en su sistematización pueden utilizarse clasificaciones diferentes. Con una finalidad meramente descriptiva 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. Desde otra perspectiva 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. Una tercera clasificación válida distinguiría, en primer lugar, las medidas que están 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; en segundo lugar, 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; y, por fin, 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, pues en cierto modo su adopción puede adelantar el resultado del litigio. 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...

Al diferir el alcance y la heterogeneidad de las medidas cautelares a que se puede recurrir de un Estado a otro son frecuentes los supuestos, fundamentalmente en los conflictos transfronterizos, en los que el solicitante de una medida cautelar pueda verse obligado a recurrir a tribunales judiciales situados en el extranjero donde se desconozcan las medidas cautelares que pueden solicitarse y los requisitos necesarios para que se dicten dichas medidas. En la reforma de la Ley Modelo Uncitral de 2006 se puso de relieve la necesidad de su potenciación por la trascendencia que poseen en la resolución cualquier litigio mercantil. Resulta habitual que al iniciar una acción, ó incluso antes de iniciarla, deban, por ejemplo,

congelarse fondos que podrían ser transferidos al extranjero, protegerse pruebas que pudieran ser destruidas o, por sólo citar otro supuesto, impedir la venta del bien objeto del litigio. Cualquier armonización legislativa de esta materia tendría consecuencias insospechadas dentro de las estrategias procesales en los contenciosos tanto internos como transnacionales.

### **3. GARANTÍA DEL EFICIENTE DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y DEL CUMPLIMIENTO DEL LAUDO**

28. En términos muy similares al procedimiento judicial, en el procedimiento arbitral las medidas cautelares pretenden dos objetivos esenciales: garantizar el eficiente desarrollo del proceso preservando las posiciones de las partes en tanto se soluciona el litigio y garantizar el cumplimiento del laudo conservando los bienes o efectos necesarios para poder proceder, en su caso, a la ejecución de éste. En el arbitraje comercial, y señaladamente en su dimensión internacional, no existe un régimen uniforme de medidas cautelares, pues éste varía en función de la sede elegida. No puede sorprender que la deslocalización de los procedimientos arbitrales sea en esta materia un factor que favorece el particularismo del cual no es en modo alguno ajena la posibilidad de elegir, con la sede del arbitraje, el régimen de medidas cautelares que impone la ley del Estado designado: una ley que determina el ámbito de las facultades que los tribunales arbitrales para adoptar este tipo de medidas. Cosa distinta es la eventual sujeción del árbitro en esta materia a un Derecho procesal estatal determinado, sea el del lugar del arbitraje o el que rige el fondo de la controversia. La deslocalización del arbitraje permite al árbitro, a diferencia del juez que está constreñido por la *lex loci processum*, a decidir acerca de la procedencia de la medida cautelar de acuerdo con las reglas jurídicas que considere más apropiadas y teniendo en cuenta la eficacia de dichas medidas; y ello al margen de si tales medidas precisan de ejecución forzosa.

29. La búsqueda del soporte del sistema judicial para que sean los jueces los encargados de decretar y ejecutar las medidas cautelares está directamente relacionada con el debate acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje y aún existen modelos estatales que no regulan la facultad de dictar las medidas por los tribunales estatales estando pendiente un procedimiento arbitral. Con estos datos es frecuente escuchar que el contenido de la jurisdicción delegada a los árbitros no sólo alcanza a la resolución del conflicto sino también a las accesorias de aquellas. El pronunciamiento de una medida cautelar es accesorio a las cuestiones que las partes les sometieron pues su finalidad es asegurar los derechos a debatir y no tiene carácter autónomo sino que actúa como una garantía para que el resultado del proceso se pueda concretar y no quede en forma declarativa de derechos. La conclusión es



obvia: las medidas cautelares deberán estar comprendidas dentro de aquellas cuestiones respecto de las cuales los árbitros tienen posibilidad de juzgar, siguiendo para dictarlas la regla que es competente el que deba conocer en el proceso principal. Si el juez carece de competencia para conocer en el proceso principal, porque las partes le han privado de la jurisdicción para dicho proceso y se la entregaron al árbitro, deberá abstenerse de decretar medida cautelar alguna por no ser la causa de su competencia.

En suma, al tener los árbitros potestad de evaluar la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares solicitadas por las partes en el proceso cuentan con la atribución exclusiva para examinar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, determinar la extensión de la medida y de la contracautela que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento o sustitución y los eventuales pedidos de ampliación o mejora. Está dentro de las facultades de los árbitros disponer una medida distinta de la solicitada o limitarla teniendo en cuenta la importancia y la naturaleza del derecho que se intenta proteger.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

30. La justicia cautelar ocupa un lugar prioritario en el proceso hasta el punto de que la eficacia misma de éste puede hacer depender la posibilidad de la ejecución de la sentencia de fondo. Es un derivado directo del principio constitucional de la tutela judicial efectiva que desempeña un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias por su doble cometido: proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas y asegurar la ejecutabilidad de la decisión final. Su esencia estiba la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Es cierto que un buen sistema de medidas cautelares constituye un instrumento valioso del cual hoy en día los ordenamientos jurídicos no pueden prescindir, pero de ahí a creer que estamos frente a sistema taumátúrgico que va a solucionar gran parte de los múltiples problemas que aquejan a los procedimientos judiciales, hay largo camino que recorrer.

De esta suerte, las medidas cautelares

- **i)** son mecanismos jurídico-procesales apropiados para evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad real de la satisfacción no sólo de la pretensión principal de un proceso sino también, en su caso, de las subsidiarias;
- **ii)** juegan un papel extremadamente importante, pues tienden a la universalidad *ratione temporis*, es decir, cubren de forma efectiva la laguna temporal que se produce entre los hechos que dan lugar al litigio y la resolución final de fondo;

- **iii)** no pretenden ser indefinidas, justificándose únicamente hasta que se cumpla la función de aseguramiento, pudiendo variar si se produce en cambio en la situación fáctica que motiva su solicitud y deben guardar una relación de proporcionalidad para conseguir el fin perseguido que es el aseguramiento de la efectividad de la decisión que decida sobre el fondo del asunto;
- **iv)** 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.

Así pues, la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial. Puede afirmarse que su adopción constituye un verdadero derecho fundamental del justiciable tanto en el proceso judicial como en el arbitral.

Ante conductas practicadas por la contraparte con la finalidad de impedir el pronunciamiento de un fallo en su contra, como la destrucción de documentos o la desaparición de pruebas, el objetivo de la tutela cautelar consiste en lograr que la decisión que pueda obtenerse mediante el ejercicio e intervención de la acción jurisdiccional o arbitral, no llegue demasiado tarde. Trata pues de asegurar el éxito del proceso definitivo salvaguardando derechos y favoreciendo la propia consecución de la demanda o impidiendo que la demanda quede frustrada y su objetivo esencial es la salvaguardia de derechos.

31. La justicia cautelar posee un contenido meramente preventivo, temporal y variable. En primer lugar, no tiene *per se* sustantividad propia justificándose en razón de la existencia de un proceso principal, por consiguiente no juzga ni prejuzga sobre el derecho del peticionante limitándose su extensión a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros; en segundo lugar, no puede mantenerse de forma indefinida pues está condicionada a lo que resuelva en el fondo del asunto; por último, la justicia cautelar anticipa de un modo provisional los efectos de una sucesiva garantía jurisdiccional definitiva, por eso es menester que se ajuste, caso por caso, al contenido de ésta última manteniéndose únicamente mientras cumpla con su función de aseguramiento.

El carácter insuficiente y poco protector de los planteamientos clásicos de las medidas cautelares ha dejado desvalidas ciertas situaciones en las que era necesaria la anticipación total de la tutela reclamada en un proceso; frente a ello no puede sorprender que en el actual estado de los procedimientos civiles se reclame con éxito la solución de ciertas situaciones merecedoras de tutela jurisdiccional urgente que hasta la fecha no figuraban en los mecanismos clásicos. En todo caso, sigue siendo una constante la invocación de la medida cautelar genérica o innominada a los fines de obtener la protección jurisdiccional de los derechos. Recurrir a la tutela jurisdiccional urgente para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos parece ser una vía acertada por la cual debería transitar la justicia civil para

hacer frente así a las dilaciones excesivas que se producen en los procesos ante la jurisdicción ordinaria y ante los árbitros.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BACRE, A.: *Medidas cautelares: doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2005.
- BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en el arbitraje*, Madrid, Thomson Civitas, 2006.
- CALAMANDREI, P.: *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P.: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, Cívitas, 1992.
- CARRILLO, M.: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- CHAMORRO BERNAL, F.: *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, Bosch, 1994.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: «Arbitraje y justicia cautelar», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, págs. 23-60.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS, P.: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, Civitas, 1994.
- FUENTES CAMACHO, V.: *Las medidas provisionales y cautelares en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid, Eurolex, 1996.
- GHAFFARI, A. y WALTERS, E.: «Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?», *Arbitration International*, vol. 30, núm. 1, 2014, págs. 153-167.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 2004.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: *La adopción de métodos cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, Cedecs, 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984.

- MARIN, J.C.: *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno (doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado)*, Santiago. Editorial Jurídica, 2004.
- MONROY PALACIOS, J.J.: *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, Comunidad, 2002.
- ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, Madrid, Ed. LA LEY, 2000.
- PALACIO, L.E.: «Medidas cautelares en general», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, nos 10, núms. 10-11, 1991, págs. 93-123.
- PRIORI POSADA, G.F.: *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*, Lima, Ara Editores, 2006.
- RAMOS ROMEU, F.: *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, Barcelona, Atelier, 2006.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1974.
- TARUFFO, M.: *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002.
- URDANETA SANDOVAL, C.A.: «Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Venezolano», *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Andrés Bello*, Caracas, núm. 59, 2004, págs. 49-235.