



ALARB

Asociación Latinoamericana de Arbitraje
Associação Latinoamericana de Arbitragem

Revista ALARB

Asociación Latinoamericana de Arbitraje

Medidas Cautelares y Procedimientos
de Emergencia en el Arbitraje Internacional
en Latinoamérica

Volumen III (2024)
Derechos Reservados

Directores
María Inés Corrá
José Ricardo Feris
Víctor Ruiz

Para esta tercera edición de la Revista ALARB, el Comité Ejecutivo de la asociación decidió enfocarse en las Medidas Cautelares y los Procesos de Emergencia en el Arbitraje Internacional en la región. Para ello, en el año 2022, se constituyó un *Task Force*, dirigido por María Inés Corrá, Víctor M. Ruiz y José Ricardo Feris, e integrado por Elsa Ortega, Humberto Sáenz y María Angélica Burgos, con el apoyo de Galo Márquez Ruiz y Federico Olsen, quienes han estado al frente del trabajo de revisión del estado de las medidas cautelares y los procedimientos de emergencia en Latinoamérica.

Task Force de la Revista ALARB Vol. 3

María Inés Corrá

Víctor M. Ruiz

José Ricardo Feris

Elsa Ortega

Humberto Sáenz

María Angélica Burgos

Comité Ejecutivo

María Inés Corrá, Presidenta

Eduardo Silva Romero, Vicepresidente

Alfredo Bullard, Vicepresidente

José Ricardo Feris, Vicepresidente

Eleonora Coelho, Vicepresidenta

Juan Manuel Marchán, Secretario

Laura Sinisterra, Secretaria Adjunta

María del Carmen Tovar, Tesorera

Elsa Ortega, Tesorera Adjunta

Tabla de Contenidos

	<u>Página</u>
Prefacio (María Inés Corrá, Claus Von Wobeser)	4
Sección I: Panorama	7
Panorama de las Medidas Cautelares y Procedimientos de Emergencia en el Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica (Elsa Ortega, Humberto Sáenz, María Angélica Burgos)	8
Sección II: Doctrina	24
Breves notas sobre las medidas cautelares en el arbitraje peruano y análisis comparativo con el proceso civil (Cecilia O’Neill de la Fuente)	25
Medidas cautelares y terceros en el arbitraje (Cinthya Sarah Villarroel Alarcón)	46
Reconocimiento y Ejecución de Medidas Cautelares Arbitrales y de Emergencia: Una Nota acerca de las Posibilidades y Límites bajo la Convención de Nueva York de 1958 (Francesco Campora Gatica)	69
Las Medidas Cautelares en el Arbitraje de Inversión (Gabriela Álvarez-Ávila y Santiago Palomo Vila)	76
El árbitro de emergencia y el dispute board – coexistencia y compatibilidad (Gustavo Scheffer da Silveira)	108
Riesgo de insolvencia y medidas cautelares (José Gregorio Torrealba R.)	119
El árbitro de emergencia (Juan Pablo Cardenas Mejía)	145
Medidas cautelares en el arbitraje societario (Leandro J. Caputo)	184
La cautio judicatum solvi en el arbitraje internacional: lo viejo y lo nuevo (Nahila A. Cortés, Fabian Zetina, Diego Zúñiga)	199
Sección III: Anexos	228
Anexo 1: Reporteros	229
Anexo 2: Fuentes	232

PREFACIO

María Inés Corrá
Presidenta de ALARB

Claus Von Wobeser
Expresidente de ALARB

La ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (“ALARB”) se enorgullece en presentar la tercera edición de su propia revista de arbitraje.

La Revista ALArb se lanzó en 2020 con el fin de promover y difundir el arbitraje internacional en nuestra región. Con ese objetivo, cada año se selecciona un tema considerado relevante para el desarrollo del arbitraje y se convoca a profesionales y expertos autorizados cuyas miradas puedan contribuir a una mejor comprensión de esa temática y su impacto para la práctica arbitral.

Asimismo, desde la segunda edición se decidió conformar un grupo de trabajo especializado (*task force*) encargado de conducir una encuesta sobre el tratamiento legal y jurisprudencial de la temática seleccionada en los países de Latinoamérica. Las encuestas constituyen una herramienta fundamental para brindar un panorama general del asunto en examen a lo largo de la región, añadiendo más valor a la revista.

Así, tras la primera edición sobre “Arbitraje y Constitución” y la segunda sobre “Inmunidad de los Árbitros en Latinoamérica: lo que hay y lo que falta”, la tercera edición se encuentra dedicada a “*Las Medidas Cautelares y Procedimientos de Emergencia en el Arbitraje Internacional en Latinoamérica*”.

Se trata de un tema de la mayor relevancia, no solo por su impacto sobre el desarrollo de las disputas y los procedimientos arbitrales de las que son objeto, sino por hacer a uno de los aspectos clave de la interrelación entre el arbitraje y la justicia estatal respecto del cual se debate no solo en la región sino en el ámbito internacional.

El *task force* constituido en esta oportunidad ha estado integrado por Elsa Ortega, Humberto Sáez Marinero y María Angélica Burgos, con la dirección de María Inés Corrá, José Ricardo Feris y Víctor Ruíz. El grupo de trabajo llevó adelante una encuesta exhaustiva sobre el tratamiento de las medidas cautelares y los procedimientos de emergencia en 16 países de la región. La encuesta estuvo dirigida a establecer en qué medida los países han acogido una regulación similar a la prevista en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), aprobada como sabemos con el fin de armonizar las legislaciones nacionales, o contienen previsiones distintas, eventualmente más avanzadas, así como el estado de la jurisprudencia de cada país al respecto. Asimismo, en relación con los procedimientos de emergencia, la encuesta tuvo por objetivo conocer en qué medida han sido recogidos en las legislaciones nacionales o en su caso en los reglamentos de arbitraje de los centros regionales.

Los resultados de la encuesta revelan un panorama bastante diverso en el tratamiento de estos institutos en los distintos países de la región, aunque con ciertos puntos en común. La sección I de este volumen aborda detalladamente estos resultados y sus conclusiones que se explican por sí solas. Primero, se advierte una clara influencia de la Ley Modelo CNUDMI en las

jurisdicciones latinoamericanas. Segundo, la solicitud de medidas cautelares ante la justicia no se considera incompatible con el acuerdo de arbitraje. Tercero, en la mayoría de las jurisdicciones la facultad de los árbitros y jueces para dictar medidas cautelares es concurrente, mientras aun son pocas las jurisdicciones en las que se regula expresamente la facultad de los árbitros de modificar las medidas cautelares dictadas por la justicia. Se advierte, no obstante, una tendencia de los jueces de algunos países de exigir razones de urgencia para otorgar medidas cautelares cuando está pactado el arbitraje. Cuarto, las medidas cautelares dictadas por los árbitros son vinculante aun cuando requieran asistencia judicial para su ejecución. Quinto, no se ha identificado un desarrollo jurisprudencial relevante sobre el uso de la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares y en algunas jurisdicciones no se ha considerado aplicable. Sexto, en algunos países se han reportado interferencias de los jueces en los procedimientos de arbitraje, sin fundamento normativo expreso que lo habilite. Por último, es escasa la regulación en las leyes de arbitraje sobre los procedimientos de emergencia pudiendo advertirse no obstante su incipiente inclusión en los reglamentos de arbitraje de centros regionales.

La sección I ha sido posible por el esfuerzo y aportes de los reporteros de cada país identificados en el Anexo 1 de este volumen, a quienes les agradecemos especialmente su colaboración. En anexo 2 se incluyen referencias a las principales legislaciones y reglamentos regionales, así como la jurisprudencia provista por los reporteros de cada país, con sus respectivos hipervínculos para facilitar su acceso.

La sección II del volumen incluye las contribuciones de reconocidos practicantes y expertos y abarcan aspectos claves referidos al uso de las medidas precautorias tanto con anterioridad como durante los procedimientos arbitrales comerciales y de inversión. Así, la sección trata: (i) la coexistencia y compatibilidad entre los procesos de emergencia y los dispute boards, particularmente importante en disputas relacionadas con proyectos de infraestructura y construcción; (ii) el uso de las medidas cautelares en el arbitraje societario y sus particularidades, en especial considerando la subsistencia de ciertas miradas restrictivas de la arbitrabilidad de las cuestiones societarias así como de la extensión de los efectos de las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales sobre terceros; (iii) las medidas cautelares y los procesos de emergencia y su (discutido) impacto en terceros interesados; (iv) el impacto y límites de las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales cuando una de las partes del arbitraje se encuentra en riesgo de insolvencia; (v) la figura del árbitro de emergencia, su rol, sus facultades y limitaciones; (vi) la regulación de estos institutos en el Perú, jurisdicción en la que el arbitraje comercial se ha desarrollado exponencialmente; (vii) el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares arbitrales y de emergencia bajo la Convención de Nueva York de 1958, cuestión que sigue siendo controvertida; a lo que se suman dos artículos específicos sobre (viii) las medidas cautelares en el arbitraje de inversión, destacando su evolución y la de los estándares para su procedencia y (ix) la particular figura de la *cautio judicatum solvi* en dichos arbitrajes.

Todas estas contribuciones tienen la virtud no solo de exponer el estado de situación de las cuestiones abarcadas sino de avanzar en la propuesta de soluciones en aquellos temas todavía abiertos a debate. También agradecemos profundamente a los autores que aceptaron colaborar y apoyar con sus aportes a nuestra revista.

Confiamos en que esta tercera edición de la Revista ALArb resulte tan provechosa para la comunidad arbitral regional e internacional, así como para los miembros del poder judicial de las distintas jurisdicciones que componen América Latina, como las anteriores.

Finalmente, queremos agradecer por todo su esfuerzo, trabajo y dedicación a los integrantes del *task force* y sus directores, por la calidad del resultado logrado, que no habría sido posible sin el compromiso personal, experiencia y conocimiento especializado de cada uno de ellos.

Sección I: Panorama

Panorama de las Medidas Cautelares y Procedimientos de Emergencia en el Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica

Overview of Interim Measures and Emergency Proceedings in International Commercial Arbitration in Latin America

Elsa Ortega¹ Humberto Sáenz² María Angélica Burgos³

Resumen

Este artículo revisa el estado de las medidas cautelares y los procedimientos de emergencia en el arbitraje comercial internacional en Latinoamérica. Los autores identifican las similitudes y diferencias de estas instituciones en cada jurisdicción a partir de una encuesta realizada a 16 distintas jurisdicciones latinoamericanas.

Abstract

This article reviews the status of interim measures and emergency procedures in international commercial arbitration in Latin America. The authors identify the similarities and differences of these institutions in each jurisdiction based on a survey of reporters in 16 different Latin American jurisdictions.

Palabras clave: Medidas cautelares; procedimientos de emergencia; Ley Modelo UNCITRAL.

Keywords: Interim measures; emergency proceedings; UNCITRAL Model Law.

Sumario: *I. Introducción. II. Descripción de las características de las jurisdicciones participantes en la encuesta. A. Jurisdicciones con sistema monista o dualista. B. Jurisdicciones que han adoptado o se han inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL. III. Medidas cautelares ordenadas por un tribunal judicial. Coordinación con las facultades de los tribunales arbitrales. A. Jurisdicciones que cuentan con una disposición similar al artículo 9 de la Ley Modelo. B. Tipos de medidas cautelares. C. Procedimiento. D. Criterios necesarios para el otorgamiento de medidas cautelares y contragarantía. IV. Medidas cautelares ordenadas por los árbitros. A. Facultades del tribunal arbitral. Jurisdicciones que cuentan con disposiciones similares al artículo 17 de la Ley Modelo. B. Tipos de medidas cautelares. C. Condiciones para el otorgamiento de las medidas cautelares por los árbitros. Jurisdicciones que cuentan con disposiciones similares al artículo 17A de la Ley Modelo. D. Petición de orden preliminar. Jurisdicciones que cuentan con disposiciones similares al artículo 17B de la Ley Modelo. E. Disposiciones en reglamentos de arbitraje. F. Fuerza obligatoria de las medidas cautelares dictadas por árbitros. G. Exigencia de garantía. H. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por árbitros. Jurisdicciones que cuentan con disposiciones similares al artículo 17H de la Ley Modelo. I. Motivos de denegación de reconocimiento y*

¹ Socia en Creel, García-Cuellar, Aiza y Enríquez, S.C. Es egresada de la Escuela Libre de Derecho, de donde se graduó con mención honorífica en 1996. Obtuvo una Maestría en Estudios Legales Europeos del *College of Europe* en Brujas, Bélgica en 1998 y cuenta con estudios de especialización en negociaciones comerciales internacionales de El Colegio de México en 2021. La autora agradece el apoyo de Galo Marquez Ruiz en esta contribución.

² Árbitro. Socio en Novis Estudio Legal. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

³ Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, LL.M en International Business Regulation, Litigation and Arbitration de la Universidad de Nueva York. Socia, *Burgos Dispute Resolution*. La autora agradece el apoyo de Federico Olsen en esta contribución.

ejecución. Jurisdicciones que cuentan con disposiciones similares al artículo 171 de la Ley Modelo. J. Experiencias de aplicación de Convención de Nueva York de 1958 para reconocimiento y ejecución de medidas cautelares por tribunales arbitrales con sede en otro país. V. Procedimiento de emergencia. A. Normas legales. B. Interpretación de los tribunales judiciales. C. Disposiciones en reglamentos de arbitraje. D. Experiencias de reconocimiento y ejecución de órdenes de emergencia. E. Experiencias de anulación de órdenes de emergencia. VI. Medidas cautelares para suspender un arbitraje. VII. Comentarios finales.

I. Introducción

Con el propósito de conocer el estado de la legislación, la jurisprudencia y la normativa o práctica de los reglamentos de arbitraje aplicables en la región en relación con las medidas cautelares y los procedimientos de emergencia en los arbitrajes internacionales, se realizó una encuesta a practicantes de la mayoría de los países de Latinoamérica⁴. En concreto, dieciséis jurisdicciones fueron encuestadas: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Esta sección recapitula y resume los principales hallazgos de las dieciséis encuestas sobre el estado de la cuestión en América Latina.

En términos generales, los reporteros consultados estiman que la solicitud y el dictado de medidas cautelares son comunes en los arbitrajes comerciales en sus jurisdicciones. En algunos casos, puede haber una preferencia por las medidas cautelares dictadas por los jueces frente a aquellas que puede dictar un tribunal arbitral, entre otras razones, por la facilidad o conveniencia de su ejecución.

Sólo en algunos países, se observa que el uso de medidas cautelares previas al arbitraje es poco frecuente.

Los procedimientos de emergencia son, en términos generales, menos frecuentes y tienden sólo a instaurarse en aquellas jurisdicciones en donde existe algún tipo de regulación al respecto (por ejemplo, en los reglamentos de algunos centros de arbitraje o con regulaciones específicas en las leyes de arbitraje). Algunos reporteros han considerado que para que el uso de los procedimientos de emergencia se expanda se requiere una mayor regulación al respecto, así como conocimiento sobre dichos mecanismos.

II. Descripción de las características de las jurisdicciones participantes en la encuesta

A. Jurisdicciones con sistema monista o dualista

De las dieciséis jurisdicciones encuestadas, seis son dualistas - Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Uruguay- y diez son monistas -Brasil, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

⁴ Las encuestas se completaron entre agosto de 2022 y agosto de 2023. El Grupo de Trabajo agradece especialmente a los colegas mencionados en el Anexo 1 que colaboraron, por sus valiosos aportes y por sus respuestas a las preguntas de la encuesta para su jurisdicción específica.

B. Jurisdicciones que han adoptado o se han inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL

De las dieciséis jurisdicciones encuestadas, todas se han inspirado en gran medida en la Ley Modelo UNCITRAL (la “Ley Modelo”), sin adoptar la totalidad de sus disposiciones: Argentina⁵, Brasil⁶, Chile⁷, Colombia⁸, Costa Rica⁹, Ecuador¹⁰, El Salvador,¹¹ Guatemala¹², México¹³, Nicaragua¹⁴, Panamá¹⁵, Paraguay¹⁶, Perú¹⁷, República Dominicana¹⁸, Uruguay¹⁹ y Venezuela²⁰.

III. Medidas cautelares ordenadas por un tribunal judicial. Coordinación con las facultades de los tribunales arbitrales

A. Jurisdicciones que cuentan con una disposición similar al artículo 9 de la Ley Modelo

La mayoría de las jurisdicciones encuestadas contemplan en su legislación una disposición idéntica o similar al artículo 9 de la Ley Modelo que establece:

“No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas.”

En los casos de (i) Paraguay no existe una disposición legal en este sentido y (ii) Venezuela la posibilidad de solicitar medidas cautelares a los tribunales ordinarios aun cuando exista un acuerdo de arbitraje ha sido admitida por la jurisprudencia.²¹

⁵ Ley No. 27.449 sobre Arbitraje Comercial Internacional, en vigor desde el 4/08/ 2018.

⁶ Ley No. 9.307/96, en vigor desde el 17/12/1996. La Ley de Arbitraje brasileña fue modificada por la Ley No. 13.129/2015, con modificaciones en vigor desde el 26/07/2015.

⁷ Ley No. 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, en vigencia desde el 29/09/ 2004.

⁸ Ley No. 1563 del 12/07/2012, vigente desde el 12/10/2012.

⁹ Ley No. 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional, vigente desde 2011.

¹⁰ Ley de Arbitraje y Mediación, promulgada el 4/09/1997 y codificada el 14/12/2006, y el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, expedido el 26/08/2021.

¹¹ Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje del 23/07/2002.

¹² Ley de Arbitraje, Decreto 67-95, en vigencia desde el 25/11/1995.

¹³ Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, artículos 1415-1480. México adoptó la versión de 1985 de la Ley Modelo en su totalidad, pero luego realizó modificaciones y ajustes teniendo en cuenta, entre otras, las modificaciones contenidas en el texto revisado en 2006.

¹⁴ Ley No. 540 “Ley de Mediación y Arbitraje” del 24/06/2005.

¹⁵ Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013 (Gaceta Oficial No. No.27449-C), en vigor a partir del 9/01/2014.

¹⁶ A partir del año 2002, la legislación de arbitraje aplicable es la Ley No. 1879/2002 “De Arbitraje y Mediación”.

¹⁷ Decreto Legislativo No. 1071 – Ley Peruana de Arbitraje vigente desde el 1/09/2008. Algunas de sus disposiciones son únicamente aplicables a arbitraje internacional.

¹⁸ Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial promulgada el 19/12/2008.

¹⁹ Ley No. 19.636 de Arbitraje Comercial Internacional promulgada el 13/07/2018 y vigente desde el 26/07/2018.

²⁰ Ley de Arbitraje Comercial, publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7/04/1998.

²¹ Tribunal Supremo de Justicia – Sala Constitucional, 03-11-2010 (1.067) Caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. Magistrado ponente: Luisa Estella Morales.

En general, el principio de concurrencia, mediante el cual las partes pueden solicitar medidas cautelares a los tribunales ordinarios y al tribunal arbitral, es reconocido en la gran mayoría de las jurisdicciones.²² Dicho principio, en su mayoría, deriva de un reconocimiento expreso en la ley, salvo por el caso de Venezuela.²³ En aquellas jurisdicciones, como Argentina, Chile, Costa Rica y Uruguay,²⁴ donde se legisló una ley específica para el arbitraje internacional, se adoptó una disposición *ad verbatim* al artículo 9 de la Ley Modelo²⁵.

Si bien algunas jurisdicciones autorizan a su judicatura para emitir medidas cautelares en concurrencia con el tribunal arbitral, algunos países también prevén la posibilidad de que los árbitros modifiquen, revoquen, o confirmen dichas medidas.

En una reforma del 2015 a la Ley de Arbitraje de Brasil se precisó la posibilidad de recurrir al Poder Judicial para el otorgamiento de medidas provisionales o de emergencia previo a la iniciación del arbitraje, las cuales cesarán sus efectos si el interesado no inicia el arbitraje en un plazo de treinta días. Una vez instituido el arbitraje, corresponderá a los árbitros mantener, modificar o revocar la medida judicial o de emergencia otorgada por el poder judicial y a partir de ese momento, las medidas cautelares se solicitarán al tribunal arbitral.²⁶

Sin embargo, la facultad anterior puede resultar controversial tratándose del empoderamiento al tribunal arbitral para modificar o afectar una medida cautelar decretada por una corte doméstica. En algunos reglamentos de arbitraje, esta facultad se otorga expresamente solo en cuanto a la posibilidad de anular o modificar una orden emitida por un árbitro de emergencia. Tal es el caso del artículo 29(3) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que dispone que “El tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia”.

De esta forma, las legislaciones en las jurisdicciones de Latinoamérica han adoptado una de tres posturas:

- a) La minoría de las jurisdicciones, otorgan al tribunal arbitral la facultad de modificar las medidas cautelares emitidas por un juez;

²² Paraguay no contempla una disposición ni idéntica ni similar al artículo 9 de la Ley Modelo UNCITRAL.

²³ Para el caso de Venezuela, como se señaló previamente, dicha facultad ha sido reconocida mediante precedentes.

²⁴ Ley No. 27.449 sobre Arbitraje Comercial Internacional, en vigor desde el 4/09/2018; Ley No.19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, en vigencia desde el 29/09/2004; Ley No. 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional, vigente desde 2011; Ley de Arbitraje Comercial Internacional promulgada el 13/07/2018 y vigente desde el 26/07/ 2018.

²⁵ No obstante, en Argentina existen precedentes recientes que, sin desplazar el principio de concurrencia, han adoptado un criterio restrictivo para el otorgamiento de medidas cautelares por los jueces cuando está pactado el arbitraje, exigiéndose, entre otros requisitos, la prueba de la urgencia que impide aguardar la constitución del tribunal arbitral o su pronunciamiento. En ese sentido: CNCom., Sala D, 09/04/2015, “Methanex Chile Limited c/ Petrobras Energía S.A. (Argentina)” y CNCom., Sala C, 14/09/2021, “Energías Renovables del Sol S.A. c/ Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (CAMMESA) s/ medida precautoria”.

²⁶ Ley de Arbitraje brasileña, modificada por la Ley No. 13.129/2015, con modificaciones en vigor desde el 26/07/2015, Arts. 22-A y 22-B: (“Antes de la iniciación del arbitraje, las partes podrán recurrir al Poder Judicial para el otorgamiento de medidas provisionales o de emergencia. La medida cautelar o de emergencia cesará en sus efectos si el interesado no solicitare la institución del arbitraje en el plazo de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de entrada en vigor de la respectiva decisión”).

- b) La mayoría de las jurisdicciones fueron o son omisas sobre la materia o conllevan una redacción que puede considerarse restrictiva; o,
- c) En el caso de algunas jurisdicciones, el contenido de su normatividad es ambiguo o puede interpretarse de forma facultar al tribunal arbitral para modificar las medidas cautelares emitidas por cortes domésticas.²⁷

No obstante la multiplicidad de posturas que existen, debido a la adopción en la mayoría de las jurisdicciones de la Ley Modelo (sea en su letra o en su espíritu), la postura prevaleciente consiste en una opción concurrente donde tanto el tribunal arbitral como las cortes domésticas pueden otorgar medidas cautelares. Peculiarmente, tres de las jurisdicciones que categóricamente empoderan al tribunal arbitral para modificar medidas cautelares rendidas por la judicatura, no adoptaron el texto de esta disposición de la Ley Modelo. Estos países –Ecuador, Guatemala y Panamá–, utilizan una variedad de verbos para empoderar al tribunal arbitral, incluyendo: (i) modificar;²⁸ (ii) suspender o revocar;²⁹ y, (iii) ordenar que se decrete o levante una medida cautelar emitida por una corte doméstica.³⁰

Un factor adicional que considerar en este tipo de medidas, es la temporalidad de la medida. Tanto Paraguay como Ecuador, prevén la facultad del tribunal arbitral para modificar medidas decretadas por cortes domésticas, cuando éstas se hubieran emitido “antes de la constitución del tribunal arbitral”.³¹ La pluralidad del lenguaje aplicado en las leyes de arbitraje comentadas facilita la existencia de diversas interpretaciones sobre el tema en cuestión.

B. Tipo de medidas cautelares

De las dieciséis jurisdicciones encuestadas, trece reportan que los tipos de medidas cautelares que puede dictar un tribunal judicial en el marco de un arbitraje no se encuentran definidas en sus leyes de arbitraje, sino que están enumeradas en las leyes o códigos de procedimientos ordinarios que resulten aplicables. Al respecto, (i) Uruguay reporta que su ley de arbitraje señala el tipo de medidas cautelares que puede dictar un tribunal judicial en el marco de un arbitraje;³² y (ii) México reporta que sus disposiciones en materia de arbitraje contemplan que el juez tendrá plena discreción en la adopción de medidas cautelares en el marco de un arbitraje.³³

²⁷ Por ejemplo, para el caso de Ecuador, el Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación empodera al tribunal arbitral para modificar o suspender una medida emitida por una corte doméstica. Sin embargo, se ha reportado que en ciertos casos, como en el caso de un procedimiento de emergencia ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana, el árbitro de emergencia resolvió que no tenía competencia para para modificar o dejar sin efecto una medida cautelar dictada por una corte doméstica.

²⁸ El artículo 9(2) de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador y el artículo 35 de la Ley No. 131 de Panamá utilizan el verbo ‘modificar’.

²⁹ El artículo 9(2) de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador dispone que el tribunal podrá ‘suspender’ toda medida cautelar decretada antes de que el tribunal arbitral se constituyera.

³⁰ El artículo 22 de la Ley de Arbitraje de Guatemala expresamente permite que las partes o el tribunal arbitral soliciten a las cortes domesticas que decrete o levante una medida cautelar.

³¹ Ambas jurisdicciones aplican el mismo lenguaje en cuanto a la temporalidad para que el tribunal arbitral modifique una medida cautelar emitida por un juez.

³² Artículo 17 numeral 3 de la Ley No. 19.636 de Uruguay.

³³ Artículo 1478 del Código de Comercio de México.

Siete de las jurisdicciones encuestadas reportan que su legislación contempla la discrecionalidad que tendrá el juez para dictar cualquier medida cautelar que resulte razonable o necesaria para el propósito que haya sido solicitada.³⁴

C. Procedimiento

Cada una de las jurisdicciones reporta un procedimiento distinto para la solicitud de medidas cautelares ante un tribunal judicial. Entre los temas comunes en la mayoría de las jurisdicciones encuestadas se encuentra el hecho de que las disposiciones aplicables a este tema subyacen en los códigos de procedimientos aplicables a otros juicios del orden común, y que dichas medidas cautelares ante tribunal judicial pueden solicitarse antes del inicio del arbitraje o ya iniciado éste.³⁵ Además, para el caso en que las medidas cautelares se soliciten antes de la sustanciación del arbitraje, muchas de estas jurisdicciones establecen un plazo máximo corto para la presentación de la solicitud de arbitraje o la constitución del tribunal arbitral.³⁶

Otros temas abordados como parte del procedimiento de solicitud de medidas cautelares ante tribunal judicial son la posibilidad de que las medidas cautelares sea dictadas sin audiencia de parte,³⁷ la necesidad o posibilidad de que se otorgue una garantía contra el otorgamiento de las medidas,³⁸ y la posibilidad de que la orden del juez que ordene las medidas pueda ser recurrida.³⁹

D. Criterios necesarios para el otorgamiento de medidas cautelares y contragarantía

De las dieciséis jurisdicciones encuestadas, ninguna reporta que sus leyes de arbitraje contemplen disposiciones específicas sobre los criterios necesarios para el otorgamiento de las medidas cautelares ordenadas por los tribunales de justicia.

Siete de las jurisdicciones encuestadas señalan que criterios tales como apariencia de buen derecho y peligro en la demora se encuentran definidos en sus leyes o códigos de procedimientos ordinarios y resultarían aplicables en casos de medidas cautelares otorgadas por tribunales judiciales en el marco de un arbitraje: Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

³⁴ Argentina bajo el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Colombia bajo el artículo 590 del Código General del Proceso; Costa Rica bajo el artículo 92 del Código Procesal Civil; Ecuador bajo el artículo 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación; México bajo el artículo 1478 del Código de Comercio; Nicaragua bajo el artículo 344 del Código Procesal Civil; y Perú bajo el artículo 629 del Código Procesal Civil.

³⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículo 195; Código de Procedimiento Civil de Chile, artículo 290 CPC; Código Orgánico General de Procesos para Ecuador, artículo 127, RO No. 506, 22/05/2015.

³⁶ Ley No. 1879/2002 “De Arbitraje y Mediación” de Paraguay, artículo 17.

³⁷ Código Orgánico General de Procesos para Ecuador; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para Argentina, artículo 195. En México, las cortes domésticas comúnmente ordenan medidas cautelares *ex parte*.

³⁸ Ley No. 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional de Argentina, artículo 51; Código General del Proceso de Colombia, artículo 590. La aplicación de este artículo continúa siendo un tema controversial; Código Procesal Civil de Colombia, artículos 80; Código de Comercio de México, artículos 1433 y 1479.

³⁹ Para Costa Rica, *ver* Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José Sección Segunda, Resolución N° 00351 – 2022; En México, la decisión de una corte doméstica en otorgar una medida cautelar posteriormente puede ser combatida mediante un amparo indirecto.

Siete jurisdicciones encuestadas reportan que estos criterios, aun cuando no estén contemplados por su legislación, han sido desarrollados por su jurisprudencia: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Perú.

Doce jurisdicciones encuestadas señalan que, por regla general, se requiere del otorgamiento de una garantía para el otorgamiento de una medida cautelar: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

IV. Medidas cautelares ordenadas por los árbitros

A. Facultades del tribunal arbitral. Jurisdicciones que cuentan con disposiciones similares al artículo 17 de la Ley Modelo

Catorce de las jurisdicciones encuestadas reportaron contar con una disposición similar al artículo 17 de la Ley Modelo: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela:

“Artículo 17.

Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá 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 ordene a una de las partes que:

a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;

b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.”

El Salvador reporta no contar con una disposición que regule de forma clara las medidas cautelares otorgadas por los árbitros aunque éstas han sido dictadas con fundamento en la doctrina y derecho comparado. En el caso de Brasil, la ley de arbitraje establece que el árbitro tiene la facultad de conceder medidas de emergencia, tanto las de carácter cautelar como las que anticipan la decisión final prevista⁴⁰.

⁴⁰ Ley No. 9.307/96, artículos. 22 A y 22 B.

B. Tipos de medidas cautelares

Todas las jurisdicciones establecen una solución similar según la cual los árbitros podrán dictar todas las medidas que estimen necesarias para garantizar la eficacia del laudo, siempre que estén relacionadas con el objeto del litigio. Dicho de otra manera, en las jurisdicciones encuestadas en Latinoamérica no se ha establecido un catálogo cerrado de medidas cautelares. Algunas de las jurisdicciones fijan de forma muy general algunas finalidades que estas medidas puedan tener como sería: (i) el mantenimiento o restablecimiento del status quo; (ii) medidas para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral; (iii) medidas para preservar bienes; y (iv) medidas que preserven elementos de prueba relevantes.

C. Condiciones para el otorgamiento de las medidas cautelares por los árbitros. Jurisdicciones que cuentan con disposiciones similares al artículo 17A de la Ley Modelo

Solo tres jurisdicciones encuestadas reportaron contar con una disposición similar al artículo 17A de la Ley Modelo: Argentina, Costa Rica y Panamá.

“Artículo 17 A.

Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que:

a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno”.

Al respecto, Colombia reportó contar con una disposición legal que establece las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares por un tribunal arbitral, aun cuando diferente al artículo 17A de la Ley Modelo.⁴¹

D. Petición de orden preliminar. Jurisdicciones que cuentan con disposiciones similares al artículo 17B de la Ley Modelo

Cuatro jurisdicciones encuestadas reportaron contar con una disposición similar al artículo 17B de la Ley Modelo: Argentina, Colombia, Costa Rica y Panamá.

⁴¹ Ley No. 1563 del 12 de julio de 2012 de Colombia, artículo 81.

“Artículo 17 B.

Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.
- 2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.
- 3) Las condiciones definidas en el artículo 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.”

Para el caso de Colombia, el artículo 83 de la respectiva ley establece un régimen específico para la solicitud y obtención de órdenes preliminares. En el proceso, el artículo 83 referido destaca que el tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre cualquier objeción a la orden preliminar.⁴² De igual forma, se prevé que toda orden caducará a los treinta días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la emita.

E. Disposiciones en reglamentos de arbitraje

En doce jurisdicciones se reporta que algunos de los reglamentos de los centros de arbitraje, prevén y regulan las medidas cautelares dictadas por los árbitros.⁴³ En Brasil y El Salvador los reglamentos de los centros de arbitraje consultados no tendrían disposiciones específicas sobre esta facultad cautelar de los árbitros.

La mayoría de las jurisdicciones prevé la posibilidad de que se emitan ordenes preliminares, las cuales podrán solicitarse previo a la constitución del tribunal arbitral.⁴⁴ Para el caso de Argentina, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios dispone que las medidas pre-arbitrales estarán disponibles antes de la constitución del tribunal arbitral.⁴⁵ Un lenguaje similar se incluye en el artículo 35 del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio

⁴² Ley No. 1563 del 12/07/ 2012 de Colombia, artículo 83, fracción 3.

⁴³ Por ejemplo: Reglamento del Centro de Arbitraje de México, artículo 30; Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, artículo 45; Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, artículo 3.17 y Reglamento de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de la Industria de Guatemala, artículo 19.

⁴⁴ Ley No. 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile, artículo 17; Ley de Arbitraje Comercial, publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7/04/ 1998 de Venezuela, artículo 26.

⁴⁵ Reglamento de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios, artículo 15(1).

y Servicios de Uruguay.⁴⁶ En el caso de Guatemala, esta posibilidad no ha sido regulada por los centros de arbitraje consultados.

F. Fuerza obligatoria de las medidas cautelares dictadas por árbitros

En todas las jurisdicciones las medidas cautelares tienen efectos vinculantes. Doce de ellas señalan que, no obstante, su ejecución requiere siempre el auxilio judicial.

En el caso de Ecuador la legislación arbitral establece que los árbitros solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir al juez ordinario del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar la medida.⁴⁷

En el caso de Paraguay, además de tener fuerza obligatoria se subraya que las medidas cautelares se ejecutan *inaudita parte*.⁴⁸

En el caso del Perú, la ley de arbitraje dispone que los árbitros pueden ejecutar sus propias medidas cautelares aunque siempre existe la posibilidad de recurrir a los jueces.⁴⁹ En otras jurisdicciones, como Brasil, se reconoce que las medidas de urgencia determinadas por los árbitros son vinculantes y su incumplimiento permitirá la interposición de un procedimiento de ejecución provisional ante el poder judicial para la práctica de los actos de fuerza necesarios para el cumplimiento de la decisión.⁵⁰

G. Exigencia de garantía.

En la gran mayoría de jurisdicciones la garantía ante la emisión de una medida cautelar es facultativa. Únicamente en el caso de Paraguay se reporta obligatoria.⁵¹

En el caso de Costa Rica, el Código Procesal Civil requiere el otorgamiento de una garantía para solicitar y decretar una medida cautelar, y excepcionalmente, cuando existan motivos fundados o prueba fehaciente de la seriedad de la pretensión o se trate de procesos de interés social, el tribunal podrá eximir de este requisito⁵².

H. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por árbitros. Jurisdicciones que cuentan con disposiciones similares al artículo 17H de la Ley Modelo

Siete jurisdicciones encuestadas reportaron contar con una disposición similar al artículo 17H de la Ley Modelo: Argentina, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, Perú y Uruguay.

⁴⁶ Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Uruguay, artículo 35 (“*Antes de la constitución del Tribunal Arbitral, y en circunstancias apropiadas aun después, las Partes podrán solicitar [...] al Árbitro de Emergencia la adopción de Medidas Cautelares*”).

⁴⁷ Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, artículo 9, RO No. 417, 14/12/2006.

⁴⁸ Ley No. 1879/2002 de Arbitraje y Mediación de Paraguay, artículo 17.

⁴⁹ Ley de Arbitraje del Perú, en vigor por Decreto Legislativo No. 1071, artículo 48.

⁵⁰ Código de Proceso Civil de Brasil, artículo 300.

⁵¹ Ley de Arbitraje de Paraguay, artículo 20 y Ley No. 1337/1988, Código Procesal Civil, artículo 693.

⁵² Código Procesal Civil de Costa Rica, artículo 80.

“Artículo 17 H.

Reconocimiento y ejecución

- 1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I.
- 2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.
- 3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.”

Para el caso de Brasil, no se reportó ninguna disposición equivalente al artículo 17H de la Ley Modelo. Para el caso de Chile, se reporta que las medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales no califican como sentencias o laudos arbitrales en términos de la ley local.⁵³ Por lo cual, estas no podrían ser ejecutadas en Chile.

I. Motivos de denegación de reconocimiento y ejecución. Jurisdicciones que cuentan con disposiciones similares al artículo 17I de la Ley Modelo

Siete jurisdicciones encuestadas reportaron contar con una disposición similar al artículo 17I de la Ley Modelo: Argentina, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, Perú, República Dominicana.

“Artículo 17 I.

Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

- 1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:
 - a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que:
 - i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o
 - ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

⁵³ Ley No. 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile, artículo 35.

iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

b) si el tribunal resuelve que:

- i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que
- ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.

2) Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.”

Para el caso de Ecuador, no se prevé una disposición similar al artículo 17I y se reconoce que las medidas cautelares se ejecutarán por las cortes domésticas.⁵⁴ Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Uruguay reportan no tener una disposición semejante a la Ley Modelo.

⁵⁴ Código Orgánico General de Procesos de Ecuador, Artículo 363, RO No. 506, 22/05/2015.

J. Experiencias de aplicación de Convención de Nueva York de 1958 para reconocimiento y ejecución de medidas cautelares por tribunales arbitrales con sede en otro país

Salvo el caso de Argentina⁵⁵, Chile y Perú,⁵⁶ no se reportan experiencias en las que se haya requerido la aplicación de la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares.

En el caso de Chile la interpretación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional descarta que las medidas cautelares califiquen como laudos extranjeros y por lo tanto no podrían quedar bajo el amparo de la Convención de Nueva York.⁵⁷

V. Procedimiento de emergencia

A. Normas legales

Quince de las dieciséis jurisdicciones encuestadas no cuentan con disposiciones legales que regulen procedimientos de emergencia. La única excepción la constituye el Ecuador donde el Reglamento de la Ley de Arbitraje hace referencia a los árbitros de emergencia, aunque sin establecer procedimiento alguno⁵⁸.

B. Interpretación de los tribunales judiciales

En las jurisdicciones revisadas no se han reportado casos públicos que contengan la interpretación de los tribunales judiciales domésticos sobre las regulaciones del arbitraje de emergencia. Esto se debería principalmente a la ausencia de disposiciones específicas en las leyes de arbitraje que regulen el procedimiento del arbitraje de emergencia. En el caso del Ecuador, no se conocen pronunciamientos judiciales debido a la incorporación reciente de disposiciones legales sobre el arbitraje de emergencia en su ley de arbitraje.

⁵⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B (CNCom), 11/04/2002, “Forever Living Products Argentina SRL y otros c. Beas, Juan y otro”, publicado en LA LEY2003-C, 676, cita online: AR/JUR/3190/2002 (desconociendo la facultad para dictar medidas cautelares por no surgir expresamente del acuerdo de arbitraje, así como su reconocimiento bajo la Convención de Nueva York). No obstante, cabe notar que con posterioridad a ese precedente se sancionaron el Código Civil y Comercial de la Nación (que rige el arbitraje doméstico) y la Ley No. 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional (que rige con exclusividad el arbitraje internacional, sin perjuicio de los tratados aplicables), normas que reconocen que, salvo disposición expresa en contrario en el acuerdo de arbitraje, los tribunales arbitrales tienen la facultad de ordenar medidas cautelares. Asimismo, la Ley No. 27.449 adoptó el régimen de la Ley Modelo en este punto, permitiendo su reconocimiento y ejecución cualquiera sea el Estado en que se hayan ordenado. Por lo tanto, el precedente de “*Forever Living Products*” perdió importancia actual.

⁵⁶ Para el caso del Perú, ver Expediente 00199-2018-0: Aguaytía Energy del Perú S.R.L c. Maple Gas Corporation del Perú S.R.L, Resolución Nro. 5 del 22 de octubre de 2019 (“*La decisión arbitral que se solicita se reconozca, en sentido estricto no es un laudo extranjero y la Convención de Nueva York no regula expresamente el reconocimiento de decisiones cautelares emitidas por el tribunal arbitral que se halle fuera del territorio del estado donde se quiere ejecutar*”).

⁵⁷ Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile, artículo 35.

⁵⁸ Artículo 8, número 1 del Decreto Ejecutivo No. 165 de 2021 de Ecuador: “[...] *los árbitros de emergencia que estén previstos en los reglamentos de los Centros de Arbitraje y Mediación, podrán dictar cualquier medida cautelar que consideren necesaria para cada caso*”.

C. Disposiciones en reglamentos de arbitraje

En Brasil, Ecuador, Perú y Venezuela, existen reglamentos de los centros de arbitraje que regulan los procedimientos de emergencia⁵⁹. En el resto de las jurisdicciones no se reportan tales regulaciones de procedimientos de emergencia en los reglamentos de instituciones arbitrales.

D. Experiencias de reconocimiento y ejecución de órdenes de emergencia

En Panamá se tiene conocimiento de la ejecución directa de una orden de emergencia que fue dictada en un arbitraje CCI con sede en dicho país, con base en el artículo 42 de la Ley 131 de 2013 sobre el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Panamá⁶⁰, que prevé la ejecución directa de medidas cautelares u órdenes preliminares ordenadas por un tribunal arbitral con sede en Panamá.

En la práctica, se ha reportado que se ha obtenido la ejecución de una orden de emergencia a través de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela que permite la ejecución de medidas cautelares en su artículo 28. Sin embargo, esta disposición no hace referencia expresa a las órdenes de emergencia sino que señala que las cortes domésticas apoyarán para la ejecución de las medidas cautelares.

No fueron reportadas experiencias en las demás jurisdicciones.

E. Experiencias de anulación de órdenes de emergencia

En Venezuela existe un precedente en el que se impugnó una orden de emergencia por la vía del amparo constitucional.⁶¹

No fueron reportadas experiencias en las demás jurisdicciones.

VI. Medidas cautelares para suspender un arbitraje

Un tema controversial en el arbitraje continúa siendo el otorgamiento de medidas cautelares que suspendan o se entrometan en un procedimiento arbitral. De las jurisdicciones reportadas sobre este punto, ninguna prevé una norma que expresamente autorice la emisión de medidas cautelares que suspendan o interfieran con un arbitraje.

⁵⁹ Brasil: artículo 22-A y 22-B del Reglamento RA 44/20 del Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canada; artículo 1.1 de la Resolución 4/2018 de la Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp. Ecuador: artículo 19 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana; artículo 25 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Perú: artículo 66 del Reglamento de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Apéndice I del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; Apéndice III del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú. Venezuela: artículos 12 a 26 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas; artículo 38.2 del Reglamento del Centro de Empresarial de Conciliación y Arbitraje.

⁶⁰ Ley de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Panamá, artículo 42, Reconocimiento y ejecución (“*Toda medida cautelar u orden preliminar ordenada por un tribunal arbitral cuya sede del arbitraje se encuentre en la República de Panamá se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga ejecutarla por sí mismo, será ejecutada de inmediato al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal judicial competente.*”)

⁶¹ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. Oficio 2021-A-0039.

En algunos casos, incluyendo Costa Rica, Ecuador y Guatemala, se reporta que las cortes domésticas tienen un grado de discreción tal para emitir medidas cautelares cuando lo consideren necesario, que esto podrían ser interpretado como un fundamento para ello.⁶² A pesar de la inexistencia de una norma habilitante para emitir medidas cautelares de esta naturaleza, Argentina, Uruguay, México, Ecuador y Costa Rica cuentan con precedentes donde una corte judicial doméstica emitió una medida cautelar que pretendía interferir con un procedimiento arbitral.⁶³

En México, los tribunales judiciales nacionales han señalado que el Código de Comercio, que regula el arbitraje comercial en dicha jurisdicción, no reconoce las medidas cautelares que tengan como efecto la suspensión del procedimiento arbitral.⁶⁴

En ciertas jurisdicciones, también se destaca el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje.⁶⁵ La aplicación de dicho principio y las medidas cautelares que ordenan la suspensión del procedimiento arbitral, podrían continuar siendo un tema de discusión.

VII. Comentarios Finales

De la información recolectada se puede concluir que:

- 1) Las medidas cautelares solicitadas ante los tribunales de justicia son más frecuentes y conocidas. Esto puede estar asociado al poder de imperio con el que cuentan los jueces.
- 2) Existe una clara influencia de la Ley Modelo en jurisdicciones latinoamericanas. En sentido similar a la Ley Modelo, la vasta mayoría de los países reportaron que la solicitud de una medida cautelar no es incompatible con el acuerdo de arbitraje.
- 3) En general, las facultades para dictar medidas cautelares por los jueces y los árbitros son concurrentes. Asimismo, no se reporta una predominancia donde la ley empodere expresamente al tribunal arbitral para modificar medidas cautelares emitidas por la judicatura.
- 4) Ninguna jurisdicción indica una regulación expresa sobre criterios específicos para que una corte doméstica otorgue las medidas cautelares peticionadas, por lo que resultan aplicables los criterios generales para la procedencia de dicha clase de medidas.

⁶² Código Procesal Civil de Costa Rica, artículo 92; Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 9; Ley de Arbitraje de Guatemala Decreto 67-95, artículo 22(1).

⁶³ Resolución N° 00548 – 2020 del 2 de noviembre de 2020 del Tribunal Contencioso Administrativo de Guatemala; Sentencia No. 107-13-SEP-CC Corte Constitucional de Ecuador; Sentencia R.C. 383/2019 dictada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y Amparo en revisión civil 322/2013 Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en México; Sentencia 223/2008, del 19 de agosto de 2008, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to Turno en Uruguay. En Argentina se destaca el caso “Ente Binacional Yacretá (“EBY”) c. ERIDAY y otros” (2004), en trámite ante la justicia contencioso administrativa federal con asiento en Buenos Aires. Otro precedente reciente del mismo fuero es: CNCAF, Sala IV, Exp. 41.255/2013/1/RH1, “Incidente de recurso de queja de YPF S.A. en autos ‘YPF S.A. c/ AES Uruguaiana Emprendimientos S.A. y otros s/ recurso directo de organismo externo’” y Exp. 41.255/2013/CA, “YPF S.A. c/ AES Uruguaiana Emprendimientos S.A. y otros s/ recurso directo de organismo externo”, sentencia del 7/10/2014 (cons. 33 y 34 y resolutorio 5°).

⁶⁴ Sentencia R.C. 383/2019 dictada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

⁶⁵ Ley No. 1879/02 de Arbitraje y Mediación de Paraguay, artículo 8; Ley No. 19.636 de Arbitraje Comercial Internacional de Uruguay, artículo 5.

- 5) En general, las leyes de arbitraje actuales facultan a los árbitros a dictar medidas cautelares, con un alcance amplio.
- 6) Para todas las jurisdicciones, se reportó que las medidas cautelares dictadas por los árbitros tienen efectos vinculantes, incluso si su ejecución requiere de asistencia judicial.
- 7) No se identifica un desarrollo jurisprudencial extenso sobre el uso de la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares, con excepción de algunas jurisdicciones (en las cuales no se ha considerado aplicable dicha convención a las medidas cautelares).
- 8) Existe muy poca regulación en las leyes de arbitraje sobre los procedimientos de emergencia -sólo una jurisdicción reportó un desarrollo legal. Esto puede ser un factor para su escaso uso. Se estima que el mayor conocimiento de estos procedimientos y recepción en la regulación puede favorecer su mayor uso en el futuro.
- 9) No se reportó un fundamento normativo para la emisión de medidas cautelares para suspender un arbitraje. Sin embargo, en algunas jurisdicciones se han presentado casos en donde tribunales judiciales dictan medidas cautelares destinadas a suspender u obstruir un procedimiento arbitral, aún en ausencia de norma expresa que habilite a ello.

Sección II: Doctrina

Breves notas sobre las medidas cautelares en el arbitraje peruano y análisis comparativo con el proceso civil

Brief notes on precautionary measures in Peruvian arbitration and comparative analysis with civil proceedings

Cecilia O'Neill de la Fuente¹

Resumen:

En el presente artículo la autora presenta la regulación peruana sobre las medidas cautelares, tanto en el sistema arbitral como judicial. La autora destaca las similitudes, diferencias y la interacción entre ambos sistemas.

Abstract:

In this article, the author presents the Peruvian regulation on precautionary measures, both in the arbitration and judicial systems. The author highlights the similarities, differences and the interaction between both systems.

Palabras claves: Medidas cautelares – Arbitraje – Proceso judicial – Requisitos- Garantía

Keywords: Interim measures – Arbitration – Court procedures- Requirements - Guarantee

Sumario: *I. Introducción. II. Regulación de las medidas cautelares en el Perú. II.1 Medidas cautelares en el proceso judicial civil. II.2 Medidas cautelares en el arbitraje. III. Conclusiones.*

I. Introducción

Las partes que inician un litigio, ya sea en sede arbitral o judicial, tienen como propósito obtener una decisión favorable y, sobre todo, que sea pueda ejecutar en el menor tiempo posible. Desde luego, existe el fundado temor de que cuando finalice el proceso sea demasiado tarde y la decisión no se pueda hacer efectiva. Para mitigar este riesgo, las partes pueden recurrir a las medidas cautelares, las cuales tienen como fin asegurar la eficacia de una futura decisión.

Evidentemente, tramitar una medida cautelar en la vía arbitral no es igual que hacerlo en la vía judicial, pues se trata de fueros diferentes. En efecto, el propósito del arbitraje es funcionar como un mecanismo de solución de controversias alternativo al poder judicial y desarrollarse en un camino paralelo al proceso civil, pues tiene características y reglas particulares. El Perú no es la excepción. Es más, las buenas prácticas arbitrales promueven la no “judicialización” del proceso arbitral en Perú².

Ahora bien, el hecho que el arbitraje y el proceso civil vayan por caminos paralelos no implica que coexistan en universos diferentes. En más de una ocasión esos caminos se entrelazan con el objetivo de llegar a un mismo destino: resolver controversias de forma eficaz y, en última instancia, alcanzar la justicia. Precisamente, en el caso de la tutela cautelar los tribunales

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Derecho por la Universidad de Pennsylvania, Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesora asociada de la Universidad Carlos III de Madrid. Árbitra. La autora agradece el valioso aporte de Melissa del Pino Yupari, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y SERVÁN EYZAGUIRRE, Nicolás, “¿Arbitraje Procesal Civil? La necesidad de implantar buenas prácticas en el arbitraje”, *Forseti. Revista De Derecho*, Lima, núm 10, 2019-I, 2019, p. 29-41, <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1097>.

estatales cooperan con los árbitros cuando se requiere apoyo para ejecutar las decisiones de estos últimos.

En este contexto, el propósito del presente artículo es exponer el panorama peruano sobre las medidas cautelares tanto en el sistema arbitral como judicial, destacando la interacción entre ambos sistemas.

II. Regulación de las medidas cautelares en Perú

2.1 Medidas cautelares en el proceso judicial civil

Las normas que rigen el proceso civil en el Perú se encuentran en el Código Procesal Civil³. En el caso de las medidas cautelares, la regulación está contenida a partir del artículo 608, el cual dispone que su objetivo es garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva. Asimismo, señala que se puede solicitar una medida cautelar antes o en el transcurso del proceso civil:

“Artículo 608.- Juez competente, oportunidad y finalidad

El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código (...).

La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva” (énfasis agregado).

Conceptualmente, la medida cautelar es definida por el jurista Monroy Gálvez como “*una institución procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo (es decir, del que se va a ejecutar), ordenando se adelanten algunos efectos del fallo o asegurando que las condiciones materiales existentes durante la interposición de la demanda, no sean modificadas*”⁴.

En el artículo 611 del Código Procesal Civil Peruano, se establecen los presupuestos que el juez debe verificar para otorgar una medida cautelar:

“Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. *La verosimilitud del derecho invocado.*
2. *La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.*
3. *La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.*

³ Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, que aprobó el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, promulgado por el Decreto Legislativo N° 768.

⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan “El Juez Nacional y la Medida Cautelar”, Derecho y Sociedad, Lima, N° 2, 1990, p. 43. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196/14809>

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad” (énfasis agregado).

Como se puede apreciar, la ley contempla tres presupuestos: a) *verosimilitud del derecho*, b) *el peligro en la demora* y c) *adecuación de la medida*. Además, como cuarto presupuesto se menciona a la *contracautela*.

La doctrina peruana sostiene que la verosimilitud del derecho se configura cuando, a criterio del juez, existe una apariencia de derecho que lo persuade de que el futuro resultado podría ser favorable⁵. En otras palabras, existe una probabilidad razonable de que el demandante tenga razón en el fondo de su reclamo. Desde luego, no podemos equiparar la probabilidad razonable de un resultado favorable, con la certeza de que este resultado se va a obtener.

Respecto al peligro en la demora, la doctrina nacional señala que para determinar si se configura este presupuesto “el juez debe evaluar si el tiempo que transcurra entre el inicio y la conclusión del proceso va a generarle daño al peticionante”⁶. De ser así, se afectaría la efectividad de la sentencia⁷. Por su parte, Calamandrei indica que el peligro en la demora es “el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares”⁸.

El tercer presupuesto es conocido en la doctrina como la adecuación y consiste en verificar que la medida cautelar a conceder sea idónea y proporcional respecto del reclamo que se pretende asegurar⁹.

Adicionalmente, la ley dispone que en la resolución judicial que otorga la medida cautelar se fijen los términos de la contracautela. El propósito de la contracautela es asegurar que, en caso la decisión de fondo no resulte favorable, se repare el daño al afectado con la ejecución de la medida cautelar¹⁰. En el artículo 613 del Código Procesal Civil Peruano está regulada la contracautela, según el cual, la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

Otro aspecto a destacar de las medidas cautelares son sus características, las cuales se encuentran descritas en el artículo 612 del Código Procesal Civil Peruano:

⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan “El Juez Nacional y la Medida Cautelar”, Derecho y Sociedad, Lima, N° 2, 1990, p. 43. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196/14809>

⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan “El Juez Nacional y la Medida Cautelar”, Derecho y Sociedad, Lima, N° 2, 1990, p. 44. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196/14809>

⁷ PRIORI, Giovanni, El Proceso y La Tutela de Los Derechos, 1era. ed., Lima, El Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p.133.

⁸ CALAMANDREI, Piero. “Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares”, El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 40.

⁹ PRIORI, Giovanni, El Proceso y La Tutela de Los Derechos, 1era. ed., Lima, El Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 134.

¹⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan “El Juez Nacional y la Medida Cautelar”, Actualidad. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196/14809>

Artículo 612.- *Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.*

El citado artículo señala que la medida cautelar implica un prejuzgamiento, pues para concederla el juez ha debido realizar un análisis preliminar de la controversia y determinar que existe verosimilitud del derecho invocado por quien solicita la medida cautelar. Nuevamente, no debe confundirse la verosimilitud del derecho con la certeza de que este existe.

La segunda característica es la provisionalidad. La provisionalidad de la medida cautelar se explica en el hecho que su vigencia depende del fallo definitivo. Es, en cierta forma, una situación precaria, en el sentido que los derechos que otorga sufren de vulnerabilidad, según sea el sentido de la sentencia definitiva.

La tercera característica es la instrumentalidad. En palabras de Monroy: *”esto significa que la medida es expedida para servir a otro objetivo más importante, no es un fin en sí misma. En este caso, la medida es un instrumento del fallo definitivo, está al servicio de él, existe sólo para asegurar su cumplimiento”*¹¹.

Finalmente, la última característica es la variabilidad, pues en cualquier momento del proceso el juez puede variar la medida cautelar si cambian las circunstancias en base a las cuales fue otorgada. Esta posibilidad está regulada en el artículo 617 del Código Procesal Civil Peruano¹².

2.1.1 Trámite de la medida cautelar y ejecución

A partir del artículo 635 del Código Procesal Civil peruano se regula el procedimiento judicial referido a la medida cautelar. En el artículo 637 se establece que la solicitud es resuelta sin conocimiento de la parte afectada. Una vez que se dicta la medida cautelar le es notificada al afectado y recién puede presentar su oposición, sin que ello suspenda la ejecución de la medida.

Que se resuelva de forma *inaudita pars* resulta de gran utilidad cuando existe peligro de que la parte -contra quien se solicita la medida- realice acciones que afecten la eficacia de una eventual medida cautelar si es que toma conocimiento del proceso desde el inicio.

Por otro lado, un aspecto a destacar es que desde que el juez ordena la medida cautelar, esta se ejecuta de inmediato y, en caso sea necesario, se recurre al auxilio policial. Ello se debe a que los jueces cuentan con la potestad de *ius imperium* para hacer cumplir sus decisiones, incluso, de forma coercitiva.

Una vez que se resuelve la controversia y el resultado es favorable para el titular de la medida cautelar ordenada por el juez, se da paso a la fase de ejecución judicial de la sentencia. En estos casos, el artículo 619 del Código Procesal Civil señala que la ejecución se inicia afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar.

¹¹ MONROY GÁLVEZ, Juan “El Juez Nacional y la Medida Cautelar”, Actualidad.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196/14809>

¹² “Artículo 617.- A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.
La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte. (...)”.

2.1.2 Tipos de medida cautelar

El Código Procesal Civil peruano establece una serie de medidas cautelares específicas, entre las cuales la parte solicitante puede elegir la mejor alternativa que permita asegurar la eficacia de una futura decisión favorable. Así pues, se clasifican en medidas para futura ejecución forzada (embargo y secuestro), medidas temporales sobre el fondo, medidas innovativas y medidas de no innovar.

Además, en el artículo 629 del Código Procesal Civil Peruano¹³ se deja abierta la posibilidad de solicitar otras medidas aunque no se encuentren tipificadas, siempre y cuando cumplan con el propósito de asegurar adecuadamente la efectividad de la futura decisión. Que se recoja expresamente esta flexibilidad resulta positivo.

En esta sección, se ha presentado un panorama general de la regulación de la tutela cautelar en el proceso civil. A continuación, se expondrá lo propio respecto del arbitraje en Perú, resaltando las diferencias y los puntos de convergencia con el sistema judicial.

2.2 Medidas cautelares en el arbitraje

En el Perú la normativa arbitral se expone en la Ley de Arbitraje¹⁴. A continuación se explicará la regulación sobre las medidas cautelares, tanto en la ley peruana como en los reglamentos arbitrales de los principales centros de arbitraje del país.

2.2.1 Trámite de las medidas cautelares

En el artículo 47 de la Ley de Arbitraje peruana se encuentra regulado el proceso a seguir para la adopción de medidas cautelares. Esta norma contempla el procedimiento cuando (i) se solicita ante el tribunal arbitral y (ii) ante el poder judicial (si el tribunal arbitral no está constituido). Por el momento, solo se abordará el primer supuesto, ya que el segundo será parte de la sección sobre las medidas cautelares fuera del proceso arbitral.

En el primer inciso del artículo mencionado, se reconoce la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares a fin de asegurar la eficacia del laudo. Asimismo, se señala que los árbitros pueden exigir garantías al solicitante para asegurar la reparación de los daños que, eventualmente, ocasione la medida cautelar:

“Artículo 47.- Medidas cautelares.

Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida” (énfasis agregado).

Como puede advertirse, la ley no enlista los presupuestos típicos de la medida cautelar¹⁵, a diferencia del Código Procesal Civil. Sin embargo, de forma general, se refiere a la necesidad

¹³ “Artículo 629.- Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”.

¹⁴ Decreto Legislativo N° 1071.

¹⁵ Verosimilitud del derecho, peligro en la demora, adecuación y contracautela.

de la medida para garantizar la eficacia del resultado del proceso. De otro lado, la alusión a las garantías es similar a la mención de la contracautela en el proceso judicial. Cabe destacar como una particularidad de la ley arbitral peruana que, en los arbitrajes en los que participa el Estado peruano, se exige como contracautela una carta fianza en los siguientes términos:

“Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

(...)

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda” (énfasis agregado).

Ahora bien, el hecho que la Ley de Arbitraje no mencione expresamente los presupuestos taxativos necesarios para la adopción de medidas cautelares, no obsta a que los árbitros sí planteen exigencias para dictar una medida cautelar. Por cierto, los reglamentos de los principales centros arbitrales del país suelen establecer requisitos similares.

Por ejemplo, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, resalta los factores relevantes para otorgar o no una medida cautelar, tal como se aprecia en su artículo 34:

“1. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, a petición de cualquiera de las partes, puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias o apropiadas. El Tribunal Arbitral puede supeditar dichas medidas al otorgamiento, por la parte que las solicite, de una garantía adecuada en favor de la otra parte. Las medidas cautelares son adoptadas en una decisión motivada.

2. Al resolver una solicitud de medidas cautelares, el Tribunal Arbitral tiene en cuenta todas las circunstancias del caso. Los factores relevantes, pueden incluir, sin carácter limitativo:

a) El daño que no pudiera ser adecuadamente reparado por un laudo que reconozca una indemnización si la medida cautelar no fuera otorgada y que tal daño sea sustancialmente mayor a aquel que pueda afectar a la otra parte en caso de ser otorgada; y

b) La posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo de la controversia prospere. La determinación del Tribunal Arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzga ni condiciona, en modo alguno, cualquier determinación posterior a la que pueda llegar en el laudo” (énfasis agregado).

Como puede apreciarse, los árbitros evalúan factores adicionales al hecho que sean medidas necesarias para asegurar la eficacia del laudo, y analizan si consideran necesario solicitar garantías al peticionante.

Es un acierto que en el inciso 2.a) se establezca la pertinencia de efectuar un balance de daños entre “el daño que no pudiera ser adecuadamente reparado por un laudo que reconoce una indemnización si la medida cautelar no fuera otorgada” y “el daño que se pueda ocasionar a la parte afectada con la medida cautelar en caso sí sea otorgada”. El primer daño, en otras palabras, es el peligro en la demora y debe ser sustancialmente mayor al potencial daño que pueda sufrir la otra parte.

De otro lado, en el inciso 2.b) se señala la “posibilidad razonable de que la demanda prospere”. Esto es equivalente a analizar la verosimilitud del derecho invocado. Cabe resaltar que el reglamento precisa que la determinación de la verosimilitud del derecho no implica un prejuzgamiento o adelanto de opinión sobre el fondo de la controversia. En contraste, el artículo 612 del Código Procesal Civil Peruano señala que toda medida cautelar importa prejuzgamiento. Independientemente de los términos utilizados, la vocación de las medidas cautelares, tanto en el proceso judicial como en el arbitral, no es definir los términos en que la controversia es resuelta, sino proveer de una solución temporal, que incluso puede ser contraria a la que resulte de la emisión de la decisión final.

De lo anterior puede deducirse fácilmente que la emisión de una medida cautelar no es *per se* una excusa para plantear recusaciones contra los árbitros, invocando que se configuró un adelanto opinión y/o que carece de imparcialidad. Cuando esto ocurre, lo natural es rechazar la recusación.

El análisis conjunto de los dos factores antes mencionados (2.a y 2.b) se puede resumir en un balance de daños sobre la medida cautelar solicitada. Realizar este balance de daños o análisis costo-beneficio es una práctica usual en el arbitraje, por lo que la doctrina y jurisprudencia arbitral han establecido guías al respecto.

En este sentido, es bastante útil la fórmula propuesta por Richar Posner en el caso Hospital Supply Co. 780 F. 2d,598, que se explica de la siguiente manera:

$$P \times Ds > (1-P) \times Dd$$

Donde,

“- *P es la posibilidad de que la pretensión pueda ser declarada fundada (la verosimilitud o apariencia de buen derecho).*

- *Ds es el daño estimado que sufriría el solicitante de la medida cautelar si no se concediera la medida.*

- *Dd es el daño estimado que sufriría el demandado de dictarse la medida”¹⁶.*

Aplicando la fórmula al caso concreto, los árbitros deberían conceder la medida cautelar si el valor obtenido al multiplicar la probabilidad de que la demanda sea fundada por el daño que sufriría el solicitante si no se otorga la medida cautelar, sería mayor al valor obtenido de multiplicar la probabilidad de que la demanda sea infundada por el daño que sufriría el afectado por la eventual medida cautelar. El resultado anterior deberá tenerse en consideración junto a la idoneidad o adecuación de la medida y si es necesario fijar alguna contracautela.

¹⁶ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, “Apuntes sobre medidas cautelares” Justicia y Derecho, Lima, N° 6, julio de 2011. <http://www.justiciayderecho.org.pe/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>

Por su parte, el Reglamento de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú) regula, de manera general, las medidas cautelares en su artículo 36:

“Artículo 36: Medidas cautelares

1. Una vez constituido el tribunal arbitral, a solicitud de cualquiera de las partes, puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, exigiendo las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida”.

Como se puede apreciar, el reglamento citado solo se remite a la necesidad de la medida cautelar y la posibilidad de exigir garantías (contracautela). No menciona los demás requisitos que los árbitros deben evaluar, pero ello no implica que se omita el análisis completo, incluyendo el balance de daños y la aplicación de la fórmula de Posner.

En lo que respecta al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la regulación sobre las medidas cautelares en sede arbitral se encuentra en el artículo 63 de su Reglamento:

“Medida cautelar en sede arbitral

Artículo 63o.-

Una vez constituido el tribunal arbitral a pedido de cualquiera de las partes, los árbitros podrán dictar las medidas cautelares que consideren necesarias, para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estimen necesarias para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución de la medida. (...).”

El citado reglamento tampoco especifica todos los elementos que los árbitros analizan al conceder una medida cautelar. Solo se refiere a la necesidad de la medida y la facultad de exigir una contracautela. No obstante, en la práctica arbitral, sí se verifica que también concurrir la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora, el balance de daños y la adecuación antes de dictar una medida cautelar, pues no se debe perder de vista que los árbitros emiten dicisiones motivadas.

a) Características y tipos de medida cautelar

La Ley de Arbitraje establece que la medida cautelar es temporal, provisional y que la decisión puede tener o no forma de laudo. Además, en el numeral 2 del artículo 47 se lista las medidas que los árbitros pueden ordenar.

“2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;

b. *Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;*

c. *Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o*

d. *Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia” (énfasis agregado).*

Del texto citado se desprende que contiene un listado genérico enfocado en el propósito de la medida y no en su nomenclatura. Este enfoque es positivo, toda vez que otorga flexibilidad a las partes y los árbitros al momento de solicitar o dictar la medida, más allá de que esta se encuentre tipificada. Asimismo, guarda armonía con el numeral 1 del mismo artículo, según el cual, el árbitro tiene la facultad de adoptar las medidas cautelares “que considere necesarias”.

En la ley también se destaca la característica variable de la medida cautelar, tal como se puede apreciar en los numerales 6 y 7 del artículo 47:

“6. 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.

7. 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” (énfasis agregado).

Similar redacción tiene el reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tal como se puede apreciar en los artículos 63 y 68:

“Medida cautelar en sede arbitral

Artículo 63°.-

Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal contenida en una decisión motivada que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, los árbitros ordenan a una de las partes:

a) *Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia.*

b) *Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral.*

c) *Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o*

d) Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia” (énfasis agregado).

“Variación de la medida cautelar

Artículo 68°.-

A pedido de parte o excepcionalmente de oficio, los árbitros están facultados para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que hubiesen dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes” (énfasis agregado).

Por su parte, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, solo señala, de forma amplia y general, que el Tribunal Arbitral puede ordenar las medidas que considera “necesarias” o “apropiadas”. No menciona qué tipos de medidas puede conceder, sino que, con buen criterio, esta decisión la deja a criterio de los árbitros. Ciertamente, los árbitros no deben actuar de forma arbitraria, ya que están obligados a justificar su decisión cautelar, lo que pasa por analizar la adecuación de la medida.

El mencionado reglamento también contempla expresamente el carácter variable de la medida cautelar. Así se lee en el numeral 4 del artículo 35:

“4. El Tribunal Arbitral puede modificar, suspender o revocar las medidas cautelares que haya otorgado así como las medidas cautelares dictadas por cualquier autoridad judicial o árbitro de emergencia, a iniciativa de cualquiera de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes” (énfasis agregado).

Sobre las características de las medidas cautelares, el Reglamento de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú) tiene un texto muy similar al Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima. En efecto, en el numeral 1 del artículo 36 solo se menciona la “necesidad” de la medida cautelar para asegurar la eficacia del laudo; y en el numeral 3 del mismo artículo se reconoce la variabilidad de la medida cautelar:

“3. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como aquellas dictadas por una autoridad judicial o un Árbitro de Emergencia, salvo disposición legal diferente. Esta decisión puede ser adoptada por el tribunal arbitral, a solicitud de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes” (énfasis agregado).

En tal sentido, los comentarios expuestos en los párrafos precedentes también son aplicables para el Reglamento de Amcham Perú.

b) Trámite Inaudita Altera Pars

En el proceso civil, el juez resuelve la solicitud cautelar sin correr traslado a la parte afectada, y solo una vez que se dicta, el afectado puede presentar su oposición. En cambio, en el arbitraje la regla general es que el tribunal arbitral debe notificar a la contraparte y resolver luego de escuchar a ambas partes. No obstante ello, de manera excepcional puede tramitar la solicitud cautelar *inaudita altera pars*, es decir, sin notificar a la contraparte. Esta regla está prevista en el numeral 3 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje:

“3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión” (énfasis agregado).

Los Reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de Amcham Perú y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú contemplan el mismo criterio que la Ley de Arbitraje y tienen una redacción muy similar sobre el trámite *inaudita altera pars*:

Cámara de Comercio de Lima:

“34.2. El Tribunal Arbitral, antes de resolver, notifica la solicitud de medidas cautelares a la otra parte para que exprese su posición. En circunstancias excepcionales, cuando sea necesario para la propia eficacia de la medida, el Tribunal Arbitral puede decidir sobre la solicitud de medidas cautelares antes de que sea notificada a la otra parte. Notificada la medida cautelar a la otra parte, tiene un plazo de diez días para formular una reconsideración contra la medida ordenada por el Tribunal Arbitral”.

Amcham Perú:

“36.2. El tribunal arbitral, antes de resolver, notifica la solicitud a la otra parte. No obstante, puede dictar una medida cautelar sin necesidad de notificar a la otra parte, siempre que la solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Notificada la decisión del tribunal arbitral puede formularse reconsideración contra la medida adoptada”.

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú:

“67. Antes de resolver, los árbitros ponen en conocimiento de la parte contraria la solicitud cautelar; no obstante ello, pueden dictar una medida cautelar sin conocimiento de la parte contraria cuando quien la solicite justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida cautelar, cabe interponer recurso de reconsideración”.

Como se puede apreciar de las normas citadas, el criterio esencial para tramitar una medida cautelar, sin correr traslado a la contraparte, es que la omisión de notificación a la contraparte sea necesaria para evitar que se frustre el propósito de la eventual medida. En estos casos es fundamental entonces que el solicitante acredite la existencia del peligro de que la otra parte realice acciones en contra de la futura medida cautelar. Tanto la parte solicitante como los árbitros deben justificar este peligro en su solicitud y decisión, respectivamente.

c) “Cautelar de la Cautelar”

Cuando existe peligro de que la medida cautelar pierda eficacia mientras los árbitros toman una decisión, existe otro mecanismo -además del trámite *inaudita altera pars*- que se puede emplear para garantizar la eficacia de la futura medida cautelar. En la práctica arbitral se conoce a este mecanismo como la “cautelar de la cautelar”, pues lo que se busca con él no es asegurar

la eficacia de la futura decisión sobre el fondo, sino solamente la eficacia de la medida cautelar, en caso esta se otorgue.

La forma en la que típicamente opera la “cautelar de la cautelar” es que, cuando el tribunal arbitral tiene dudas considerables sobre la pertinencia de la medida cautelar solicitada, y al mismo tiempo, existen razones plausibles para temer por la inutilidad de la medida, los árbitros ordenen que la situación de hecho se mantenga hasta que pueda atender los argumentos de ambas partes sobre el pedido cautelar. Por ejemplo, el Tribunal Arbitral podría ordenar, a pedido del solicitante de la medida cautelar, que la contraparte se abstenga de ejecutar una fianza mientras analiza el asunto con más detenimiento. Lo que correspondería hacer después es convocar a las partes para que presenten sus argumentos a favor y en contra de la medida cautelar, analizarlos con detenimiento, y luego resolver el pedido cautelar. Todo esto, sin comprometer la eficacia de la medida ni el derecho de la parte afectada con ella.

Como puede apreciarse, con este mecanismo no es necesario tramitar la medida cautelar de forma *inaudita altera pars*. De hecho, este mecanismo permite a los árbitros conciliar el derecho del afectado de manifestar lo conveniente a su derecho con la necesidad de tutelar el derecho que eventualmente podría resultar a favor del solicitante de la medida cautelar.

2.2.2 Ejecución de la medida cautelar y colaboración judicial

A diferencia de los jueces, los árbitros carecen de la potestad de *ius imperio* para hacer cumplir por la fuerza sus decisiones¹⁷. En este sentido, la Ley de Arbitraje permite la colaboración judicial, sin que ello menoscabe el principio de no intervención en el arbitraje, reconocido por la propia ley. En el artículo 8.2 de la Ley de Arbitraje se explica la competencia judicial para la colaboración judicial en el caso de medidas cautelares:

“Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable”.

A su vez, el artículo 48 de la Ley de Arbitraje establece que los árbitros están facultados, en principio, para ejecutar las medidas cautelares, pero la falta del *ius imperio* hace necesario que, en los casos de incumplimiento o cuando se requiera el uso de la fuerza, se debe recurrir a la autoridad judicial:

“Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

¹⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, “La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho”, Derecho PUCP, Lima, núm. 71, 2013, pp. 392-393.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32501.pdf>

2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

En el numeral 3 del citado artículo también se precisa que el juez solo tiene competencia para ejecutar, no para alterar, ni siquiera vía interpretación, el alcance de la medida cautelar dictada por los árbitros:

“3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.”

Que la ley disponga este límite es saludable para el arbitraje, pues si los jueces no respetaran la decisión de los árbitros se vulneraría el principio de no intervención judicial en el arbitraje, lo que restaría potencia al sistema arbitral.

En la práctica peruana, es común que se produzca esta colaboración entre los árbitros y los jueces a fin de ejecutar las medidas cautelares. Por ejemplo, si el juez requiere alguna precisión en relación con los datos de los inmuebles sobre los cuales se ha dictado un embargo, solicita a los árbitros que emitan una orden procesal complementaria con la respectiva aclaración. Sin duda, estas actuaciones generan retrasos, máxime cuando se busca que las medidas cautelares sean eficaces en el menor tiempo posible. Por ello, es imperioso que los árbitros sean prolijos al emitir las decisiones cautelares.

La Ley de Arbitraje también regula el supuesto en que la medida cautelar se haya dictado por un tribunal arbitral extranjero y se pretenda ejecutar en el Perú:

“4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades (...).”

El procedimiento para ejecutar una medida cautelar dictada en el extranjero se remite a los artículos 75, 76 y 77, que norman el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, con sus respectivas salvedades.

En general, la regulación sobre la colaboración entre los jueces y árbitros para ejecutar medidas cautelares es positiva. El reto es más práctico que teórico, pues en los hechos no siempre es tarea sencilla que los actores involucrados cumplan con lo dispuesto de manera celeridad y eficaz. Sin esta celeridad y eficiencia, no puede haber una verdadera colaboración, sino que además la ejecución judicial podría convertirse en un obstáculo.

Al respecto, es pertinente traer a colación lo que sucede en la práctica peruana cuando se trata de ejecutar embargos a las cuentas que una de las partes mantiene en entidades financieras. Es usual que una de las partes solicite como medida cautelar el embargo de las cuentas que su contraparte tiene en el país. Como se desconoce en qué entidades la contraparte posee cuentas, se suele pedir al tribunal que una vez dictada la orden de embargo se oficie a las principales

entidades financieras del país, a fin de que informen si el cliente es titular de cuentas y procedan a ejecutar el embargo.

Los tribunales arbitrales con frecuencia offician a las entidades bancarias, informando sobre la medida cautelar dictada. Ante ello, las entidades financieras suelen responder que no están autorizadas para brindar información de sus clientes, sobre la base del secreto bancario, y que para ejecutar la medida requieren la orden de un juez. En otras palabras, el beneficiado con la medida cautelar debe iniciar un proceso judicial de ejecución.

Dado que el tribunal arbitral carece del poder de coerción, no puede obligar a las entidades financieras a que en los hechos ejecuten el embargo, con lo cual se se da paso a la ejecución judicial.

Sobre este interesante asunto, cabe señalar que en agosto de 2021, bajo el expediente N° 00305-2021-PA/TC¹⁸, el Tribunal Constitucional del Perú se pronunció sobre la posibilidad de interponer un recurso constitucional de amparo contra las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales en el marco de la ejecución de una medida cautelar. Ese caso resulta ilustrativo, toda vez que versa sobre un embargo a las cuentas bancarias del demandado.

En el proceso arbitral, el árbitro concedió un embargo en forma de retención sobre las cuentas bancarias de la demandada. En tal sentido, el árbitro ordenó a un banco peruano que cumpla con ejecutar el embargo, y para ello emitió las siguientes resoluciones arbitrales:

- (i) Resolución 1-2015-Árbitro Único/CC, por la cual extendió los efectos del convenio arbitral al banco, considerándolo parte no signataria, e impuso un apercibimiento de multa de doble pago si no cumplía con ejecutar la retención¹⁹.
- (ii) Resolución 2-2015-Árbitro Único/CC, por la cual dio por consentida la extensión del convenio arbitral al banco y le reiteró la orden de embargo en forma de retención, bajo apercibimiento de doble pago²⁰.
- (iii) Resolución 4-2015-Árbitro Único/CC, que resolvió hacer efectivo el mencionado apercibimiento en perjuicio del banco y, en tal sentido, multarla con S/ 380,000.00 soles en favor de la demandante en el arbitraje²¹.

El banco afectado con la resoluciones del árbitro interpuso una acción de amparo a fin de que se declare la nulidad de dichas resoluciones arbitrales. Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo y ordenó la nulidad de las resoluciones emitidas por el árbitro.

En relación con este asunto debe tenerse en consideración que en el Perú está vigente un conocido precedente vinculante sobre la procedencia del amparo arbitral, el cual es de aplicación para laudos arbitrales (“caso María Julia”). Este precedente limitó a situaciones muy puntuales la posibilidad de interponer acciones de amparo contra las decisiones de los árbitros. Este precedente constitucional ha atenuado considerablemente la incertidumbre de las partes de un arbitraje sobre si la controversia realmente había terminado.

¹⁸ <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00305-2021-aa-855-2021>

¹⁹ <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00305-2021-aa-855-2021>

²⁰ <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00305-2021-aa-855-2021>

²¹ <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00305-2021-aa-855-2021>

En el expediente N° 00305-2021-PA/TC, con el cual se embargaron las cuentas bancarias de una de las partes, el Tribunal Constitucional ha señalado que el “caso María Julia” no aplica a este caso, pues las resoluciones arbitrales en cuestión no son laudos: *“no resultan de aplicación las reglas de improcedencia del amparo arbitral previstas en el precedente recaído en la sentencia recaída en el expediente 142-2011-PA/TC [“caso María Julia”], en vista de que no se está cuestionado un laudo, sino actuaciones previas al mismo que, a su vez, únicamente afectan a un tercero ajeno al proceso arbitral”*.

Además, el Tribunal Constitucional señaló que: *“(…) aunque el mencionado precedente fijó una lista de supuestos de procedencia y de improcedencia del amparo arbitral; no reguló la procedencia o improcedencia de cuestionamientos relativos a resoluciones arbitrales expedidas con anterioridad al laudo arbitral que afectan a terceros ajenos al proceso arbitral, en cuyo caso la demanda resulta procedente, en la medida en que no existe una vía judicial ordinaria en la que pueda cuestionarse la actuación arbitral que, según alegatos del recurrente, conculca sus derechos fundamentales al juez predeterminado por ley y a la propiedad”*.

No es propósito de este artículo determinar si las entidades financieras están o no vinculadas por las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales como parte de las decisiones cautelares. De un lado, los árbitros están plenamente facultados para tomar las medidas que sean necesarias para garantizar el resultado del proceso, y con mayor razón en aquellas situaciones en las cuales las propias partes o los reglamentos arbitrales les han dado facultades de ejecución. De otro lado, las entidades bancarias argumentan que son ajenas al proceso, pues no tienen legitimidad para intervenir en él.

En el caso antes mencionado, es cuestionable que el árbitro único haya calificado a la entidad financiera como parte no signataria para conseguir que acatase la medida cautelar dictada contra su cliente. La solución a este problema no debería pasar por calificar a los bancos como partes no signatarias, sino a procurar encontrar una solución a este problema sin desnaturalizar su rol. Una posibilidad para ello la ofrece la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, según la cual:

“Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales en el marco de este Decreto Legislativo”.

2.2.3 Medidas cautelares previas a la constitución del Tribunal Arbitral

Hasta este punto se ha destacado que el tiempo y el peligro en la demora son factores que juegan en contra de la eficacia de la futura decisión sobre la controversia e, incluso, de la decisión sobre la medida cautelar. Si bien el arbitraje se distingue por su eficiencia y celeridad, es innegable que desde que el demandante presenta la solicitud de arbitraje hasta que se constituye el Tribunal Arbitral transcurre un tiempo, que muchas veces el demandante no puede darse el lujo de esperar para asegurar el resultado que procura.

En esos casos, la regulación arbitral peruana brinda dos opciones diferentes: a) tramitar la medida cautelar ante el poder judicial o b) recurrir a un árbitro de emergencia. Veamos cada una de esas opciones.

a) **Medida cautelar ante el poder judicial**

El numeral 4 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje permite solicitar una medida cautelar ante la autoridad judicial cuando todavía no se ha constituido el Tribunal Arbitral:

“4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) 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, esta caduca de pleno derecho”.

Tal como lo dispone el texto citado, esta alternativa es una muestra de la colaboración entre el sistema judicial y el arbitraje, sin que ello signifique una intromisión o afectación a la independencia del proceso arbitral. De ninguna manera se debe considerar una renuncia al arbitraje, el cual fue pactado por las partes como método de solución de sus controversias. Es por ello que, una vez obtenida la medida cautelar en sede judicial, la parte beneficiada tiene la obligación de iniciar el arbitraje; y la constitución del tribunal arbitral también se debe realizar con prontitud.

En el numeral 5 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje se explica la interacción entre la autoridad judicial y los árbitros cuando ya se inició el proceso arbitral:

“5. 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. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. 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” (énfasis agregado).

Una vez que el tribunal arbitral está constituido, este asume la competencia del trámite de la medida cautelar. Incluso si el juez demorara en remitir los actuados en el proceso cautelar, lo cual le genera responsabilidad, los árbitros tienen la facultad de decidir por sí mismos. Es más, podría darse el caso que el juez sí conceda la medida cautelar solicitada y los árbitros no estén de acuerdo con lo decidido. En ese supuesto, los árbitros tienen la facultad de modificar, suspender y hasta dejar sin efecto la medida dictada en sede judicial, conforme lo dispone el numeral 6 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje²².

De otro lado, los Reglamentos de los principales centros de arbitraje del país también reconocen esta alternativa otorgada por la Ley de Arbitraje y establecen disposiciones compatibles.

²² “6. 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”.

b) La figura del árbitro de emergencia

Esta opción no está disponible en la Ley de Arbitraje peruana; solo está regulada en los principales centros de arbitraje peruanos, que exigen cumplir los requisitos establecidos en esas normas para recurrir al árbitro de emergencia. La principal ventaja es que las partes ya no tienen necesidad de acudir al poder judicial para conseguir una solución inmediata, de modo que las medidas de protección puedan ser abtenidas en sede arbitral de forma célere.

La figura del árbitro de emergencia fue regulada por primera vez por el Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR) en el año 2006 y desde entonces los principales centros de arbitraje internacional del mundo lo han ido incorporando a sus respectivos reglamentos²³. Los centros de arbitraje del Perú no han sido ajenos a esa influencia, por lo que en sus últimos reglamentos han regulado esta figura que ya se venía empleando en la práctica arbitral internacional.

Así, el artículo 35 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima regula la solicitud de medidas cautelares ante el árbitro de emergencia:

“1. Hasta antes de la constitución del Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes que requiera medidas cautelares urgentes puede solicitar que se inicie un procedimiento ante un árbitro de emergencia (el “Árbitro de Emergencia”), quien conoce y resuelve la respectiva solicitud, según el procedimiento establecido en las “Reglas del Árbitro de Emergencia” (Apéndice I del Reglamento).

2. Las decisiones adoptadas por el Árbitro de Emergencia son vinculantes para las partes, quienes por el hecho de haber sometido la controversia a arbitraje bajo el Reglamento, se obligan a cumplirlas sin demora.

3. Se extingue la competencia del Árbitro de Emergencia por la constitución del Tribunal Arbitral.

4. El derecho de las partes de recurrir a un Árbitro de Emergencia no impide que cualquiera de ellas pueda solicitar a la autoridad judicial competente que dicte medidas cautelares”.

El mencionado Reglamento también expone los supuestos en los que no se puede designar a un árbitro de emergencia:

“4. Las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no son aplicables en los siguientes supuestos:

a) si el convenio arbitral fue celebrado con antelación al inicio de vigencia del Reglamento;

b) si las partes del convenio arbitral han excluido previa y expresamente su aplicación; o

²³ CASAVARDE, Fiorella, “Medidas Cautelares en el arbitraje”, Foro jurídico, Lima, núm. 18, 2020, p. 176. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/23391/22411>.

c) si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del Árbitro de Emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del Centro”.

Si se incurre en alguno de los supuestos listados, la parte que requiera una medida cautelar antes del inicio del arbitraje solo podrá recurrir al poder judicial.

Por su parte, el Reglamento de la Cámara de Comercio Americana del Perú también permite solicitar medidas cautelares ante un árbitro de emergencia:

“Artículo 37: Árbitro de Emergencia

1 En cualquier momento anterior a la constitución del tribunal arbitral, se haya presentado o no una solicitud de arbitraje, se puede solicitar a la Corte el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para que conozca sobre la adopción de una medida de emergencia, según el procedimiento establecido en las Reglas de Árbitro de Emergencia (Apéndice III)”.

De otro lado, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, también pone a disposición de las partes la figura del árbitro de emergencia:

“Medida Cautelar emitida por Árbitro de Emergencia

Artículo 66°.-

En tanto quede constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar al Centro la designación de un árbitro de emergencia, quien una vez constituido estará facultado para dictar las medidas cautelares que considere necesarias, siendo de aplicación el procedimiento específicamente establecido para el Servicio de Árbitro de Emergencia del Centro y, en lo que sea pertinente, la regulación de las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje”.

Si bien las decisiones del árbitro de emergencia son vinculantes para las partes, una vez constituido el Tribunal Arbitral, los árbitros no pierden su potestad de modificar, suspender o revocar las medidas cautelares dictadas por el árbitro de emergencia. Además, los reglamentos también señalan que el derecho de las partes a recurrir a un árbitro de emergencia no excluye su derecho a solicitar la medida cautelar ante el poder judicial. En tal sentido, la figura del árbitro de emergencia es una alternativa y depende de las partes recurrir o no a ella cuando todavía no se ha instalado el Tribunal Arbitral.

2.2.4 Aspectos adicionales sobre las medidas cautelares en sede arbitral

La normativa arbitral peruana sobre medidas cautelares tiene como objetivo garantizar la eficacia de las futuros laudos. Sin perjuicio de ello, la ley no ignora que conceder una medida cautelar puede ocasionar daños a la parte afectada con ella. En tal sentido, expresamente, establece que el solicitante de una medida cautelar será responsable si de forma posterior el Tribunal Arbitral considera que no debió otorgarse tal medida. El mecanismo de mitigar el daño ocasionado por un medida que no debió dictarse es establecer la regla de responsabilidad en contra del solicitante. Así lo dispone el numeral 8 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje:

“8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal

arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios”.

Esta regla de responsabilidad también ha sido recogida por los Reglamentos de los principales centros de arbitraje del Perú, tal como se expone a continuación:

Cámara de Comercio de Lima:

“34.5. La parte que solicite una medida cautelar es la única responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a cualquier parte. El Tribunal Arbitral puede resolver sobre estos temas y sobre la ejecución de las garantías de cualquier medida cautelar”.

Amcham Perú:

“36.4. El solicitante de una medida cautelar es responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debía haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral puede condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios pudiendo disponer la ejecución de las garantías otorgadas”.

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú:

“69. La partes serán responsables de los costos y de los daños y perjuicios que la ejecución de las medidas cautelares solicitadas le ocasione a la contraparte, siempre que los árbitros consideren que dadas las circunstancias del caso no debió otorgarse la medida. En este caso, los árbitros pueden condenar al solicitante en cualquier momento del proceso, al pago de los costos y de los daños y perjuicios”.

Finalmente, es oportuno resaltar que en el laudo final los árbitros deben pronunciarse sobre las medidas cautelares que se encontrasen vigentes. En la práctica arbitral es un error recurrente que los árbitros omitan este asunto y ello conlleva a que las partes presenten solicitudes de integración contra los laudos, lo cual se debería evitar. En tal sentido, es positivo que los reglamentos de los centros de arbitraje señalen que el laudo final debe incluir un pronunciamiento sobre las medidas cautelares vigentes²⁴.

III. Conclusiones

Tanto en el arbitraje como en el proceso civil el tiempo es esencial en el trámite de una medida cautelar. A partir de esta premisa es que se ha contruido, con sus propios matices, el esquema para obtener medidas cautelar que garanticen la eficacia del resultado del proceso.

Los árbitros y jueces deben colaborar para que las medidas cautelares dictadas en sede arbitral sean eficaces. La colaboración de los jueces debe realizarse respetando el principio de no

²⁴ Artículo 34.6 del Reglamento de la CCL y artículo 36.5 del Reglamento Amcham Perú.

intervención en el arbitraje. Esta colaboración y no intervención están previstas en la Ley de Arbitraje peruana.

Bibliografía

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, “*La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho*”, Derecho PUCP, Lima, núm. 71, 2013, pp. 387-411. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32501.pdf>

CALAMANDREI, Piero, “*Introducción al estudio sistemático de las medias cautelares*”, El Foro, Buenos Aires, 199.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Serván Eyzaguirre, Nicolás, “¿Arbitraje Procesal Civil? La necesidad de implantar buenas prácticas en el arbitraje”, *Forseti. Revista De Derecho*, Lima, núm 10, 2019-I, 2019. <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1097>

CASAVERDE, Fiorella, “*Medidas Cautelares en el arbitraje*”, Foro jurídico, Lima, núm. 18, 2020, pp. 166 – 180. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/23391/22411>

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, “*Apuntes sobre medidas cautelares*” Justicia y Derecho, Lima, N° 6, julio de 2011. <http://www.justiciayderecho.org.pe/revista6/articulos/Apuntes%20s...pdf>

MONROY GÁLVEZ, Juan, “*El Juez Nacional y la Medida Cautelar*”, Derecho y Sociedad, Lima, N° 2, 1990. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196/14809>

PRIORI, Giovanni, *El Proceso y La Tutela de Los Derechos*, 1era. ed., Lima, El Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

Medidas cautelares y terceros en el arbitraje

Conservatory Measures and Third Parties in Arbitration

Cinthya Sarah Villarroel Alarcón*

Resumen

La mayoría de las legislaciones en América Latina, inspiradas en la Ley Modelo, han optado por circunscribir el poder cautelar de los árbitros a las partes del proceso y del acuerdo arbitral, de conformidad con la naturaleza contractual del arbitraje. Sin embargo, ciertas legislaciones abren la puerta a un poder cautelar contra terceros, planteando así ciertos desafíos.

Abstract

Most countries in Latin America, inspired by the UNCITRAL Model Law, have chosen to limit the arbitrators' conservatory powers to the parties to the arbitration proceedings and arbitration agreement, in accordance with the contractual nature of arbitration. However, some of them have open the door to a conservatory power against third parties, which raises some challenges.

Palabras clave: medidas cautelares; terceros; tribunal arbitral, árbitro de emergencia, arbitraje internacional, arbitraje doméstico.

Keywords: conservatory measures; third parties, arbitral tribunal, emergency arbitrator, international arbitration; domestic arbitration.

Sumario: *I. Introducción. II. El poder cautelar de los árbitros para ordenar medidas que afectan a terceros: consideraciones generales. A. La noción de “tercero” en el arbitraje y la diversidad de medidas que pueden afectarlos. B. La tendencia en el arbitraje comercial internacional: Un poder cautelar de los árbitros circunscrito a las partes. III. El poder cautelar de los árbitros para ordenar medidas que afectan a terceros: perspectivas de la práctica del arbitraje en América Latina. A. El poder cautelar del tribunal arbitral para ordenar medidas que afectan a terceros: Una tendencia contrarrestada por ciertas excepciones legislativas. 1. La inclinación por un poder cautelar limitado. a) La fuerte influencia de la Ley Modelo en la región. b) Los excesos cometidos por los tribunales arbitrales en detrimento de los derechos procesales de los terceros. 2. Una abertura en dirección de un poder cautelar más amplio. a) Legislaciones dualistas: Un poder cautelar más amplio en los arbitrajes domésticos. b) Un distanciamiento de la Ley Modelo: Reflexiones a partir del caso ecuatoriano y boliviano. B. El poder cautelar de los árbitros de emergencia para ordenar medidas que afectan a terceros: Posiciones contrastadas. IV. El poder cautelar de los árbitros para ordenar medidas contra terceros: desafíos. A. ¿Es necesario acompañar este poder declarativo de un poder coercitivo? B. La intervención de los terceros y la impugnación de las medidas ordenadas por los árbitros. V. Conclusiones.*

I. Introducción

La tutela cautelar es uno de los pilares fundamentales del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que, a su vez, garantiza el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. En el ámbito del arbitraje, la tutela cautelar tiene como finalidad tratar de garantizar, antes -de tramitarse- o

* Abogada graduada de la Universidad Paris 2 Panthéon-Assas (Francia), Master en Derecho Internacional Económico por la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Francia). Asociada Senior del Estudio Wayar & von Borries Abogados S.C. (La Paz). Contacto: cinthyavillarroel@wayarabogados.bo.

durante el proceso arbitral, el statu quo entre las partes y/o la ejecutabilidad del laudo arbitral que eventualmente será dictado, a objeto de hacerlo viable y que su materialización no se torne en imposible de cumplimiento¹. Sin embargo, el ejercicio de este importante derecho fundamental y garantía procesal en el arbitraje, puede verse limitado cuando su alcance involucra a terceros, es decir, a aquellas personas - individuales o jurídicas- que no son parte del acuerdo o proceso arbitral.

Generalmente, las medidas cautelares involucran a terceros ante dos escenarios principales: 1) Cuando se requiere determinado comportamiento de parte de aquellos terceros para que la medida cautelar sea efectiva, sin que exista una afectación directa hacia estos. Por ejemplo, un banco al que se le requiere retener fondos de alguno de sus clientes que es parte en el proceso arbitral; o, 2) cuando la medida cautelar está dirigida y afecta directamente a un tercero, como es el caso de un embargo sobre un bien de su propiedad.

La naturaleza contractual del arbitraje se inclina por un poder limitado de los árbitros² respecto de aquellas medidas cautelares que afectan a terceros; y, es en esa línea que se posicionan la mayor parte de las legislaciones nacionales en América Latina, especialmente en materia de arbitraje comercial internacional.

No obstante, como se verá en el presente artículo, ciertas legislaciones parecen abrir la puerta a un poder más amplio; lo que nos lleva a cuestionarnos sobre los desafíos de otorgar facultades más amplias a los árbitros en discordancia -al menos aparente- con la naturaleza contractual del arbitraje.

II. El poder cautelar de los árbitros para ordenar medidas que afectan a terceros: consideraciones generales

Antes de analizar el tratamiento que se le da a este tipo de medidas en los países de América Latina, corresponde definir la noción de “tercero” en el arbitraje, ilustrar las medidas que pueden afectarlos y exponer brevemente el tratamiento que se le da en el contexto del arbitraje comercial internacional.

A. La noción de “tercero” en el arbitraje y la diversidad de medidas que pueden afectarlos

La noción de “tercero” en el arbitraje se entiende desde dos perspectivas. Por una parte, tercero es aquel que no ha consentido expresa o tácitamente al convenio arbitral y, por otra parte, tercero es aquel ajeno al proceso arbitral.

En ese marco, las medidas que pueden afectar a un tercero en un arbitraje son de diversos tipos.

Así, por una parte, tenemos las medidas que afectan indirectamente a terceros, es decir aquellas que, si bien no recaen sobre sus bienes o derechos, deben ser cumplidas por los mismos. Entre otros, forman parte de este grupo de medidas: la solicitud de bloqueo de cuentas bancarias o de retención de fondos dirigida a instituciones financieras, la solicitud de prohibición de pago o de

¹ La tercera manifestación de la función jurisdiccional implica dentro de un proceso que las partes cuenten con los instrumentos necesarios para garantizar el cumplimiento de las decisiones.

² Para efectos del presente trabajo, el término “árbitros” hace referencia tanto al tribunal arbitral como al árbitro de emergencia.

contratar dirigida a un tercero, la solicitud de embargo o conservación de un bien en posesión de un tercero y/o la solicitud de entrega de documentos en posesión de un tercero.

Por otra parte, tenemos las medidas que afectan directamente a terceros al recaer sobre sus bienes y derechos. A modo de ejemplo podemos citar: la solicitud de prohibición de venta, prenda y gravamen de acciones y bienes pertenecientes a personas que no son parte del proceso y la solicitud de una medida anti-proceso³ en contra de una persona ajena al acuerdo y al proceso arbitral.

Finalmente, existen aquellas medidas dirigidas contra una parte, pero con el objeto de que adopte ciertas acciones con relación a terceros. Así, por ejemplo, el caso en el que se pide a la parte demandada que tome las acciones necesarias para que un tercero vinculado o sometido a su control no continúe con un proceso judicial iniciado en contra de la parte demandante y referido a la misma controversia.

B. La tendencia en el arbitraje comercial internacional: Un poder cautelar de los árbitros circunscrito a las partes

Ahora bien, la problemática de otorgar un poder cautelar a los árbitros en materia de medidas que involucren a terceros, surge de la naturaleza contractual del arbitraje. En efecto, al ser el convenio arbitral un contrato, este tiene efecto relativo (inter partes) y, en consecuencia, no produce efecto obligatorio respecto de terceros ajenos al acuerdo y al proceso arbitral.

Aplicado al caso de las medidas cautelares que puede ordenar un árbitro, esto implica que estas se limitan a aquellos que son partes del proceso y del acuerdo arbitral.⁴ Por consiguiente, solo las partes podrían ser solicitantes y destinatarias de las medidas.

Que solo las partes puedan ser las destinatarias de las medidas supone que los árbitros solo pueden adoptar medidas dirigidas a realizar o abstenerse de realizar actos cuyo cumplimiento única y exclusivamente dependa de las partes.

En el contexto del arbitraje comercial internacional, es evidente que la balanza se ha inclinado a favor de un poder cautelar de los árbitros circunscrito a las partes, de conformidad con la naturaleza contractual del arbitraje.

Con relación al tribunal arbitral, esta regla no solamente ha sido consagrada por varias legislaciones⁵, sino que ha sido adoptada por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional⁶ (en adelante “Ley Modelo”).

³ Medidas dictadas por el tribunal arbitral por la que se ordena a una parte abstenerse de iniciar o de proseguir un proceso ante las cortes judiciales por la misma controversia.

⁴ Ver en ese sentido Born, Gary B., Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration en *International Commercial Arbitration*, 3a ed., Alphen aan den Rijn: Países Bajos, Kluwer Law International, 2021 (versión en línea).

⁵ Así, por ejemplo: Hong Kong, Ordenanza de Arbitraje de 2011, Parte 6 Division 1, Art. 17 “(1) *Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.*

(2) *An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: (...).*”

⁶ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, enmendado en 2006, Art. 17. “*Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares 1) Salvo acuerdo en contrario de las*

Si bien mayormente los reglamentos de arbitraje, como el de la Cámara de Comercio Internacional⁷, no hacen referencia expresa al destinatario de la medida, esta omisión no ha dado lugar a una interpretación en favor de un poder cautelar más amplio⁸. Así, como se evidencia de la práctica, los tribunales arbitrales tienden a considerar que no tienen competencia para ordenar medidas cautelares que afectan a terceros⁹.

En ese marco, conviene realizar ciertas precisiones sobre los contornos de esta restricción. Por una parte, se considera que la competencia de los tribunales arbitrales se extiende a los agentes, funcionarios, empleados, abogados y todos aquellos órganos controlados por las partes¹⁰. Por otra parte, las medidas que afectan directamente bienes o derechos de terceros son usualmente

partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares. 2) Por medida cautelar se entenderá 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 ordene a una de las partes que. a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; b) adopte las medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.”

⁷ Ver Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Art. 29 (1) “*Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. (...)*.”

⁸ Probablemente porque en muchos casos la legislación aplicable si incluye esta referencia.

⁹ Ver Laudo Final en el Caso CCI No.7828 citado en Lew, Julian D. M., “*Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*”, Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, vol. 11(1), 2000.

¹⁰ Rab, Ajar, *Interim Measures in International Commercial Arbitration, A Comparative Review of the Indian Experience*, Alphen aan den Rijn: Países Bajos, Kluwer Law International, 2022. (versión en línea).

¹¹ Así, por ejemplo, en el caso Plama, la sociedad Plama había solicitado al tribunal arbitral que le ordenara a Bulgaria que suspenda los procedimientos de insolvencia iniciados por terceros contra ella. Solicitud que fue denegada bajo el fundamento de que no existía identidad entre las partes en el arbitraje y las partes en el procedimiento de insolvencia nacional y que, por el contrario, había derechos de terceros involucrados. (Ver *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI N° ARB/03/24, Decisión sobre la solicitud por parte del demandante de medidas provisionales urgentes, 6 de septiembre de 2005, para. 43); Por otra parte, con relación a las medidas anti-proceso que afectan a terceros, más allá del vínculo que puede existir entre un tercero y una parte, estas medidas generalmente no son admitidas. En esa línea, el tribunal arbitral del caso CCI 16240 *Ciment francais c. Sibirskiy Cement* rechazó la solicitud de medida anti-proceso a pesar de que el tercero que había iniciado el proceso judicial era el accionista propietario del 100% de las acciones de la demandada. (Ver Vishnevskaya, Olga, “*Anti-suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration: A Necessary Evil?*” *Journal of International Arbitration*, vol. 32(2), 2015, p.197); No obstante lo anterior, queda la duda de saber si la respuesta podría ser distinta de encontrarse en discusión la incorporación de este tercero al proceso como parte no signataria y más precisamente, si se podría dictar este tipo de medidas antes de que sea incorporado al proceso (Ver Reggiardo Saavedra, Mario, Cuba Horna, Álvaro, “*Las medidas Anti-proceso en el arbitraje peruano*”, *THÉMIS-Revista de Derecho*, núm. 77, enero-junio 2020, pp. 243-244, 248-249.) En apoyo de una interpretación favorable se podría señalar que el tribunal arbitral cuenta con una jurisdicción prima facie sobre el tercero (Ver en ese sentido Caron, David, Caplan, Lee, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2a ed., Oxford: Reino Unido, Oxford University Press, 2013, p. 331 “*although the tribunal may not order interim measures in the absence of jurisdiction over the merits of the case, considerations of urgency dictate that a prima facie showing of jurisdiction is sufficient at the stage that interim measures are requested*”).

rechazadas, aun cuando estas son dirigidas a una parte¹¹. Sin embargo, con relación a este último escenario, un comentarista señala que pueden existir ciertas circunstancias apropiadas en las que la adopción de medidas que afectan los bienes o derechos de un tercero sea justificada¹².

Ahora bien, con relación al poder cautelar de los árbitros de emergencia que pueden intervenir con carácter previo a la constitución del tribunal arbitral¹³, generalmente, las legislaciones¹⁴ y los reglamentos que incluyen esta figura, no excluyen expresamente la posibilidad de que éstos puedan adoptar medidas cautelares respecto de terceros. Tal es el caso del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional¹⁵.

¹¹ Así, por ejemplo, en el caso Plama, la sociedad Plama había solicitado al tribunal arbitral que le ordenara a Bulgaria que suspenda los procedimientos de insolvencia iniciados por terceros contra ella. Solicitud que fue denegada bajo el fundamento de que no existía identidad entre las partes en el arbitraje y las partes en el procedimiento de insolvencia nacional y que, por el contrario, había derechos de terceros involucrados. (Ver *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI N° ARB/03/24, Decisión sobre la solicitud por parte del demandante de medidas provisionales urgentes, 6 de septiembre de 2005, para. 43); Por otra parte, con relación a las medidas anti-proceso que afectan a terceros, más allá del vínculo que puede existir entre un tercero y una parte, estas medidas generalmente no son admitidas. En esa línea, el tribunal arbitral del caso CCI 16240 *Ciment francais c. Sibirskiy Cement* rechazó la solicitud de medida anti-proceso a pesar de que el tercero que había iniciado el proceso judicial era el accionista propietario del 100% de las acciones de la demandada. (Ver Vishnevskaya, Olga, “Anti-suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration: A Necessary Evil?” *Journal of International Arbitration*, vol. 32(2), 2015, p.197); No obstante lo anterior, queda la duda de saber si la respuesta podría ser distinta de encontrarse en discusión la incorporación de este tercero al proceso como parte no signataria y más precisamente, si se podría dictar este tipo de medidas antes de que sea incorporado al proceso (Ver Reggiardo Saavedra, Mario, Cuba Horna, Álvaro, “Las medidas Anti-proceso en el arbitraje peruano”, *THÉMIS-Revista de Derecho*, núm. 77, enero-junio 2020, pp. 243-244, 248-249.) En apoyo de una interpretación favorable se podría señalar que el tribunal arbitral cuenta con una jurisdicción prima facie sobre el tercero (Ver en ese sentido Caron, David, Caplan, Lee, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2a ed., Oxford: Reino Unido, Oxford University Press, 2013, p. 331 “*although the tribunal may not order interim measures in the absence of jurisdiction over the merits of the case, considerations of urgency dictate that a prima facie showing of jurisdiction is sufficient at the stage that interim measures are requested*”).

¹² A modo de ejemplo, cita aquella medida por la que se pide que se ordene a una casa matriz que solicite a su filial que conserve ciertos bienes específicos en su posesión. Ver Born, Gary B., Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration en *International Commercial Arbitration*, 3a ed., Alphen aan den Rijn: Países Bajos, Kluwer Law International, 2021. (versión en línea)

¹³ Muchos reglamentos como los de la Cámara de Comercio Internacional (Art. 29 y Apéndice V) y la Cámara de Comercio de Estocolmo (Apéndice II) han incluido la figura del árbitro de emergencia para intervenir con carácter previo a la constitución del tribunal arbitral.

¹⁴ Contadas son las legislaciones que incluyen esta figura, entre las cuales se encuentra la boliviana que será objeto de análisis en la próxima sección.

¹⁵ Ver Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Art. 29 (1) “**La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral** (“Medidas de Emergencia”), **podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. Tal petición será aceptada por la Corte solo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su Solicitud de Arbitraje.**» En ese mismo sentido, el Art. 35 (1) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima señala que «**Hasta antes de la constitución del Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes que requiera medidas cautelares urgentes puede solicitar que se inicie un procedimiento ante un árbitro de emergencia (el “Árbitro de Emergencia”), quien conoce y resuelve la respectiva solicitud, según el procedimiento establecido en las “Reglas del Árbitro de Emergencia” (Apéndice I del Reglamento).**”

No obstante, como señalan algunos comentaristas, a pesar de que no existe una limitación expresa con relación a los destinatarios de la medida, ciertos elementos apoyan esta interpretación¹⁶. Por ejemplo, algunos reglamentos, como el de la Cámara de Comercio Internacional, además de señalar quienes pueden solicitar las medidas, mencionan aquellos que se comprometen a cumplirlas¹⁷.

Esta posición ha sido confirmada por la práctica, dado que, por lo general, los árbitros de emergencia han concluido que no son competentes para adoptar medidas cautelares que afectan a terceros.

A modo de ilustración podemos retomar tres casos administrados por la Cámara de Comercio de Estocolmo¹⁸.

El primer caso (SCC064/2010)¹⁹ estaba relacionado con un contrato de compraventa de un negocio de transbordo. La demandante de nacionalidad neerlandesa reclamaba a la demandada de nacionalidad chipriota el incumplimiento del contrato al haber fallado con el pago de una suma pendiente. En ese contexto, la demandante presentó una solicitud de arbitraje de emergencia pidiendo: i) una orden que prohíba tanto a la demandada como a las sociedades X e Y enajenar, pignorar, gravar, vender o disponer de cualquier otro modo de las acciones de la sociedad Y, así como de los bienes inmuebles enumerados en el anexo del contrato de compraventa de las acciones de la sociedad X; ii) una orden que prohíba tanto a la demandada como a las sociedades X e Y, así como a sus agentes corporativos, directores y otros órganos corporativos emitir resoluciones corporativas, aprobaciones y decisiones que autoricen cualquier transacción para enajenar, pignorar, gravar, vender o disponer de cualquier otro modo de las acciones de la sociedad Y, así como de los bienes inmuebles enumerados en el anexo del contrato de compraventa de las acciones de la sociedad X; iii) una orden que prohíba al Registrador, Sr. Z, llevar el registro de los accionistas de la sociedad Y, registrar cualquier transacción relacionada con las acciones de la sociedad Y, incluyendo la enajenación, prenda, gravamen, venta o disposición de cualquier tipo; iv) una orden que prohíba a las autoridades estatales del país A registrar cualquier transacción relativa a los bienes inmuebles enumerados en el anexo del contrato de compraventa de las acciones de la sociedad X.

¹⁶ Ciertos comentaristas consideran que bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, el arbitraje de emergencia está expresamente limitado a los signatarios del convenio arbitral. Ver en ese sentido Cavalieros, Philippe, Kim, Janet, “Emergency Arbitrators Versus the Courts: From Concurrent Jurisdiction to Practical Considerations”, *Journal of International Arbitration*, 2018.

¹⁷ Ver Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Art. 29 (2) “*La decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia.*”

¹⁸ Ver Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Apéndice II Art.1 “(1) **Una parte puede solicitar el nombramiento de un Árbitro de Emergencia** hasta que el caso sea remitido a un Tribunal Arbitral de conformidad con el Artículo 22 del Reglamento de Arbitraje. (2) Los poderes del Árbitro de Emergencia serán aquellos establecidos en el Artículo 37 (1)-(3) del Reglamento de Arbitraje. Tales poderes terminan al remitirse el caso a un Tribunal Arbitral de conformidad con el Artículo 22 del Reglamento de Arbitraje, o cuando una decisión de emergencia deje de ser vinculante de acuerdo al Artículo 9 (4) de este Apéndice.»; Apéndice 2 Art. 9 «(1) Una vez dictada la decisión de emergencia, ésta será vinculante para las partes.”

¹⁹ Lundstedt, Johan, SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions, 1 January 2010-31 December 2013, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, pp.3-5.

En este caso la solicitud de medidas cautelares fue denegada. Con relación al destinatario de las medidas, el árbitro de emergencia señaló que solo podía ordenar a una entidad o particular que era parte del arbitraje de realizar o abstenerse de realizar determinadas acciones. En ese entendido, después de mencionar que la solicitud de la demandante no sólo comprendía a la demandada, sino también otras sociedades, autoridades estatales, registrador, agentes corporativos, entre otros, que no eran parte del convenio arbitral, concluyó que no era competente para conceder medidas cautelares respecto a estos terceros²⁰.

El segundo caso (070/2011)²¹ también comprendía un contrato de compraventa. La demandante de nacionalidad rusa alegaba que había cumplido con sus obligaciones contractuales y reprochaba a la demandada alemana de no haberlo hecho. En ese marco, la demandante presentó una solicitud al árbitro de emergencia pidiendo que se ordene el bloqueo de las cuentas bancarias en euros y dólares de la demandada en un importante banco europeo.

En este caso la solicitud también fue rechazada. Más allá de haber considerado que no había urgencia ni daño irreparable que justificase la medida, el árbitro de emergencia señaló que, si en aplicación del Art. 9 del Apéndice II del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo las partes tienen la obligación de cumplir con sus decisiones, la misma obligación no recae sobre los terceros, como las instituciones financieras que retienen los fondos por cuenta de una parte.

El último caso (087/2012)²² estaba relacionado con una joint-venture entre dos sociedades. La demandante de nacionalidad americana había iniciado el arbitraje con el objetivo de liquidar los activos de la joint-venture; empero, había descubierto que el bien aportado por la demandada de nacionalidad china se encontraba en posesión de un tercero que carecía de título de propiedad. En ese contexto, presentó una solicitud de arbitraje de emergencia pidiendo que se declare: i) que el terreno y la construcción eran de la propiedad de la joint-venture; ii) que la sociedad X o cualquier otra entidad, con excepción de la joint-venture no tenían derecho a poseer el terreno y la construcción, y;

iii) que la sociedad X y todas las otras entidades con excepción de la joint-venture sean inmediatamente desalojadas de la propiedad y se les impidiera seguir utilizando los locales.

En este caso la solicitud también fue rechazada. Primero, con relación a aquellas declaraciones que estaban dirigidas contra la sociedad X y otras entidades, el árbitro de emergencia manifestó que solo tenía competencia sobre las partes que habían consentido al arbitraje y en ese entendido, no tenía competencia para imponer obligaciones a terceros. Segundo, con relación a la declaración que pretendía establecer que el bien pertenecía a la joint-venture, el árbitro de emergencia manifestó que bajo la ley procesal sueca (*lex arbitri*) una parte no puede solicitar una medida para el beneficio de un tercero pero que en derecho corporativo puede ocurrir que

²⁰ Con relación a las medidas dirigidas contra la demandada, el árbitro de emergencia denegó la solicitud al considerar que no había urgencia ni riesgo de daño irreparable. Respecto al daño irreparable alegado por la demandante, subrayó que éste no solo derivaría de las actuaciones de la demandada sino también de la actuación de terceros. Consecuentemente, como carecía de competencia para dictar medidas contra terceros, no podía conceder una protección a la demandante que le permita proteger su prioridad en activos frente a reclamaciones de terceros.

²¹ Lundstedt, Johan, *SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions*, 1 January 2010-31 December 2013, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, pp. 12-15.

²² *Ibid.*, pp. 20-22.

se permita a una parte interesada actuar en nombre de una empresa. Sin embargo, también señaló que la demandante no había aportado ningún elemento que sugiriese que, bajo la ley china, que era la ley aplicable a la joint-venture, se admitía la concesión de medidas en beneficio de un tercero. Consecuentemente, concluyó que cualquier declaración relativa a los derechos de la joint-venture sobre el bien en cuestión debía ser solicitada por esta en el foro apropiado.

Considerando lo expuesto con relación al tratamiento que reciben estas medidas en el contexto del arbitraje comercial internacional, es tiempo de comprobar si esta tendencia ha sido adoptada por los países de América Latina o por el contrario existen legislaciones que van en otra dirección.

III. El poder cautelar de los árbitros para ordenar medidas que afectan a terceros: perspectivas de la práctica del arbitraje en América Latina

Esencialmente, las legislaciones nacionales y reglamentos institucionales adoptados en la región se inclinan por restringir el poder cautelar de los árbitros. No obstante, algunas de ellas abren la puerta a un poder más amplio.

A. El poder cautelar del tribunal arbitral para ordenar medidas que afectan a terceros: Una tendencia contrarrestada por ciertas excepciones legislativas

Con relación al poder cautelar de los tribunales arbitrales, los países de la región se inclinan por un poder circunscrito a las partes, en especial en los arbitrajes a carácter internacional. Sin embargo, ciertas legislaciones abren la puerta a un poder más amplio. Por una parte, las legislaciones dualistas, es decir aquellas que mantienen la distinción entre arbitraje nacional e internacional, suelen otorgar un poder cautelar más amplio a los tribunales arbitrales dentro de un arbitraje doméstico. Por otra parte, la amplitud presente en la redacción de ciertas legislaciones favorece una interpretación amplia de los poderes cautelares del tribunal arbitral.

1. La inclinación por un poder cautelar limitado

a) La fuerte influencia de la Ley Modelo en la región

En gran medida, las leyes de arbitraje en América Latina se han inspirado de la Ley Modelo²³ y, como consecuencia de ello, han circunscrito el poder cautelar de los tribunales arbitrales a las partes del proceso y del acuerdo arbitral.

Si bien algunas legislaciones se han tomado ciertas libertades con relación a la redacción propuesta en la Ley Modelo, la mayoría ha retomado la referencia expresa tanto al solicitante

²³ Así, por ejemplo: Argentina, Arts. 38 y 39 de la Ley N° 27449 de Arbitraje Comercial Internacional; Chile, Art. 17 de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional; Colombia, Art. 80 de la Ley N° 1563 de 2012 por la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones; Costa Rica, Art. 17 de la Ley N° 8937 del 27 de abril de 2011 sobre Arbitraje Comercial Internacional Basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); Guatemala, Art. 22 del Decreto Ley N° 67-95 de Arbitraje de 1995; Panamá, Art. 33 de la Ley N° 131 de 31 de diciembre de 2013 que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá y dicta otra disposición; Perú, Art. 47 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje de 2008; Uruguay, Art. 17 de la Ley N° 19.636 de 26 de 2018 Apruébense normas para el arbitraje internacional.

como al destinatario de la medida. Así, por ejemplo, el Art. 17 de la ley chilena sobre arbitraje comercial internacional establece que:

“ Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio.»²⁴

Esta inclinación por restringir el poder cautelar de los tribunales arbitrales se ha confirmado en los últimos años con las nuevas leyes de arbitraje adoptadas en la región. Tal es el caso de la nueva ley argentina sobre arbitraje comercial internacional:

“Art. 38.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.”

Art. 39.- Por “medida cautelar” se entenderá 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 ordene a una de las partes que: (...).”²⁵

Los ejemplos anteriores demuestran que, en gran parte, se trata de legislaciones que regulan el arbitraje comercial internacional²⁶. No obstante, también existen casos en los que se ha adoptado esta regla para arbitrajes domésticos. Tal es el caso de las legislaciones de Guatemala²⁷ y de Perú²⁸, que aplican un mismo régimen para el arbitraje nacional e internacional.

La referencia expresa al destinatario de las medidas, denota una claridad normativa y, por esta razón, no debería haber espacio para que los tribunales arbitrales adopten una interpretación distinta. No obstante, como en otras jurisdicciones, la práctica en la región está plagada de decisiones originales.

b) Los excesos cometidos por los tribunales arbitrales en detrimento de los derechos procesales de los terceros

²⁴ Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 17.

²⁵ Ley N° 27449 de Arbitraje Comercial Internacional, Argentina, Arts. 38 y 39.

²⁶ Ver también Costa Rica, Art. 17 de la Ley N° 8937 del 27 de abril de 2011 sobre Arbitraje Comercial Internacional Basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); Uruguay, Art. 17 de la Ley N° 19.636 de 26 de 2018 Apruébense normas para el arbitraje internacional

²⁷ Decreto Ley N° 67-95 de Arbitraje de 1995, Art. 22 *“Facultad del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares. 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las providencias cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes que haya solicitado la providencia, una garantía suficiente para caucionar su responsabilidad en conexión con tales medidas. (...)»*

²⁸ Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje de 2008, Art. 47 *“1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida. 2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes: (...)”.*

Los excesos incurridos por los tribunales arbitrales en la adopción de medidas cautelares, pueden ser atribuidos a diversas causas. En algunos casos, puede deberse al afán de velar por el derecho a la tutela cautelar de las partes, mientras que, en otros casos, la raíz puede situarse en la falta de experiencia de los árbitros²⁹.

Sean cuales sean las razones que llevan a los tribunales arbitrales a excederse en sus poderes, lo que se tiene que tener presente es que estas extralimitaciones crean un escenario en el que no se encuentran garantizados los derechos procesales de los terceros. En principio, la naturaleza del arbitraje restringe la intervención de terceros en el proceso arbitral³⁰ y, por esta razón, un tercero afectado por una medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral no podría impugnarla ante éste³¹.

En ese entendido, el tercero perjudicado por una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se ve obligado a acudir a la jurisdicción ordinaria en busca de un remedio. Sin embargo, como se evidencia de la práctica en la región, muchas veces no existe certeza en cuanto a la vía que puede ser utilizada por los terceros³².

Para comprender los escenarios que se pueden dar en la práctica y las posibles soluciones que pueden ser aportadas, partiremos de dos casos con sede en el Perú.

En el primer caso, el tribunal arbitral, a través de una medida cautelar, suspendió una sanción administrativa emitida por el Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (“OSCE”)³³.

A este respecto, conviene mencionar que este caso tenía como antecedente un primer arbitraje entre el Consorcio IDC-HK (conformado por Instituto de Consultoría S.A. y HK Consulting S.A.C) y Provías Nacional que concluyó en un laudo de fecha 1 de octubre de 2010 que declaró infundadas las pretensiones del Consorcio³⁴. Habiéndose rechazado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo, Provías Nacional solicitó al Tribunal de Contrataciones del OSCE que inicie un procedimiento administrativo sancionador en contra del Consorcio, con el fin de que éste sea sancionado de conformidad con lo resuelto en el respectivo laudo. Es así que, en fecha 9 de octubre de 2012, el Tribunal de Contrataciones del OSCE a través de la Resolución N° 107-2012-TC-S2, resolvió sancionar a las dos empresas integrantes del Consorcio, con un periodo de 14 y 12 meses respectivamente de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratación con el Estado.

²⁹ En América Latina, todavía muchos practicantes llevan muy marcada su formación procesalista.

³⁰ Uno de los efectos de la convención arbitral está relacionado con el derecho de las partes de que su controversia sea resuelta sin la intervención de terceros.

³¹ Salvo que esto haya sido acordado con las partes involucradas en el arbitraje.

³² En teoría, varias son las opciones que podrían explorarse. Así, por ejemplo, un incidente semejante al que existe contra las medidas ordenadas por una corte judicial, un recurso similar al recurso de anulación de laudos, la vía del amparo, etc.

³³ Espinoza Quiñones, Sandro, “¿Puede un Árbitro, a Través de una Medida Cautelar, Suspender una Sanción Administrativa Emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE?”, *Derecho & Sociedad*, núm. 41, 2013.

³⁴ Provías Nacional había resuelto el Contrato N° 035-2009-MTC/20 luego de que el Consorcio alcanzó el monto máximo de penalidades. Decisión que fue cuestionada por el Consorcio y dio origen al arbitraje.

Sin embargo, el problema apareció cuando dentro de un segundo arbitraje seguido esta vez entre las empresas integrantes del Consorcio, el árbitro único dictó una medida cautelar suspendiendo las sanciones emitidas válidamente por el Tribunal de Contrataciones del OSCE.

En este contexto, el OSCE interpuso una acción de amparo en contra de la resolución emitida por el árbitro único alegando que se habían vulnerado sus derechos constitucionales a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso³⁵.

Desde todo punto de vista, el árbitro único carecía de competencia para dictar ese tipo de medida. Por una parte, en virtud de la ley³⁶, éste no era competente para suspender una sanción válidamente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del OSCE. En efecto, una resolución administrativa solo puede ser suspendida a través de una medida cautelar dictada dentro de un proceso judicial³⁷.

Por otra parte, dentro del proceso arbitral que dio lugar a la medida cautelar de suspensión el Tribunal de Contrataciones del OSCE era un tercero. Y, en ese entendido, en virtud del Art. 47(2) del Decreto Legislativo N° 1071 el árbitro único carecía de poder para dictar medidas en su contra.

Lo interesante de este caso es que no solamente la medida debía ser cumplida por un tercero, sino que se estaban afectando directamente derechos de terceros. En efecto, a través de la medida se estaba coartando la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del OSCE. Por otro lado, también se estaban afectando los derechos de la entidad estatal (Provías Nacional) que era ajena al proceso arbitral entre las dos empresas que integraban el Consorcio. Esto porque, a pesar de contar con una decisión firme respecto a los incumplimientos del Consorcio, esta entidad no podía tirar los efectos de la sanción impuesta y, en consecuencia, tenía que seguir contratando con empresas que habían sido válidamente sancionadas.

En el segundo caso, dentro de un proceso arbitral³⁸ la demandante solicitó una medida cautelar de embargo en forma de retención sobre las cuentas bancarias de titularidad de la demandada en diferentes instituciones financieras, entre las cuales se encontraba el Banco de Crédito del Perú (“BCP”). Además de conceder la medida, el árbitro único resolvió extenderle los efectos del convenio arbitral como parte no signataria a las entidades bancarias señaladas por la demandante bajo apercibimiento de multa en caso de incumplir con la orden de retención. En respuesta a la resolución emitida por el árbitro único, el BCP manifestó que no podía cumplir con el mandato del árbitro único ya que no era parte del proceso arbitral³⁹. Posteriormente, el

³⁵ A conocimiento de este autor, la acción de amparo habría sido declarada procedente por el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima.

³⁶ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Art. 248 “*La vigencia de las sanciones se suspende por medida cautelar dictada en un proceso judicial.*”

³⁷ Las decisiones del árbitro único solo podían recaer sobre derechos disponibles de las partes. Empero las sanciones adoptadas por el Tribunal de Contrataciones del OSCE no pueden formar parte del convenio arbitral, toda vez que se trata del ejercicio de una de las atribuciones del Estado. Ver en ese sentido Espinoza Quiñones, Sandro, “¿Puede un Árbitro, a Través de una Medida Cautelar, Suspender una Sanción Administrativa Emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE?”, *Derecho & Sociedad*, núm. 41, 2013.

³⁸ El proceso arbitral fue iniciado en contra de un hipermercado por una cliente que alegaba haber sufrido lesiones corporales como producto de un accidente al interior de sus instalaciones.

³⁹ Carta del BCP al Árbitro Único de 31 de agosto de 2015 “*Al respecto, debemos precisar que, de acuerdo a lo normado por el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje, la extensión del*

árbitro único resolvió que el BCP había consentido a la extensión del convenio arbitral y reiteró la orden de embargo bajo apercibimiento de multa⁴⁰. Finalmente, éste terminó haciendo efectivo el apercibimiento y le impuso una multa.

En ese marco, el BCP interpuso una demanda de amparo en contra del árbitro único, solicitando que se declare la nulidad de las resoluciones emitidas con relación a la medida cautelar y, en consecuencia, se le excluya del proceso arbitral. Esto bajo el fundamento de que se había vulnerado su derecho al juez natural. Los jueces de primera y segunda instancia declararon improcedente la demanda. Sin embargo, el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia N° 855/2021 de 26 de agosto de 2021 la declaró fundada, así como la nulidad de las resoluciones. En su parte motivadora, el Tribunal Constitucional señaló que la extensión del convenio arbitral realizada por el árbitro único fue arbitraria, toda vez que, en ningún momento el BCP había consentido esta extensión⁴¹.

La sentencia se concentra en la extensión del convenio arbitral. Sin embargo, en el voto fundamentado de uno de los magistrados también se hace alusión al riesgo que implica que los árbitros dicten órdenes contra personas o entidades que no tienen relación con el convenio arbitral⁴².

Además, es importante subrayar que en este caso la afectación a los derechos del tercero se vio agravada con la imposición de la multa, toda vez que el tribunal arbitral aplicó un poder coercitivo que nacía del convenio arbitral sobre un tercero que no era parte del mismo.

Este *cas d'école* es un ejemplo perfecto de un problema que se presenta recurrentemente en la práctica peruana en relación a aquellas medidas cautelares que deben ser aplicadas por entidades financieras.

Los ejemplos anteriores confirman las reflexiones realizadas a un inicio. Por una parte, a pesar de la claridad y contundencia de la normativa peruana, en ocasiones los tribunales arbitrales se estiman competentes para ordenar medidas respecto de terceros. Por otra parte, no solamente se observan excesos con relación a aquellas medidas que deben ser cumplidas por terceros,

convenio y del proceso arbitral no tienen alcances sobre nuestra institución, toda vez que no hemos prestado consentimiento de someternos al convenio arbitral que sustenta el proceso principal, del cual deriva la medida cautelar concedida, ni hemos tenido participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral, ni pretendemos derivar derechos ni beneficios del contrato. Dicho lo anterior, cumplimos con informarle que nos vemos imposibilitados de atender su solicitud cautelar, por tratarse de un mandato emitido en un proceso arbitral del cual no formamos parte, motivo por el cual las decisiones de su Despacho no nos alcanzan, no encontrándonos obligados acatar sus mandatos [cfr. segundo y tercer párrafo].”

⁴⁰ Resolución 2-2015-Árbitro Único/CC “(...) por ser la entidad en los que se encuentran los fondos y valores de la emplazada que son materia de la medida trabada a la que el convenio arbitral está relacionado, pero no solo por eso sino porque dado el tiempo transcurrido, sin objeción expresa, según la buena fe, ha consentido el BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ – BCP, a someterse al arbitraje dado su participación, por lo que la judicatura está segura que ejecutara la medida cautelar ordenada para lo cual se le ofició (...)”

⁴¹ Pleno del Tribunal Constitucional, Sentencia 855/2021 de 26 de agosto de 2021, paras. 12 y 16.

⁴² Señalar que una de las magistradas emitió un voto singular declarando infundada la demanda bajo el fundamento de que al habersele extendido el convenio arbitral el BCP pudo impugnar la medida y la multa ante el árbitro único.

sino también respecto de aquellas medidas que afectan directamente bienes o derechos de terceros.

Finalmente, el caso del Perú es interesante porque al admitirse que a través del amparo un tercero pueda impugnar una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se aporta una respuesta contundente al problema de la falta de remedios.

La apertura de esta vía contra estas medidas es el resultado de una evolución en varias etapas. Primero, cabe recordar que a partir del Caso María Julia se establecieron con carácter de precedentes vinculantes tres excepciones en las que el amparo arbitral sería procedente: 1) Cuando el Laudo Arbitral vulnere precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; 2) Cuando en el Laudo Arbitral se hace un indebido ejercicio del control difuso de constitucional y 3) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta a sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo arbitral, a menos que el tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071⁴³.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo estas excepciones se tornaron insuficientes para cubrir todas las hipótesis. En efecto, las excepciones establecidas en el Caso María Julia solo se limitaban al laudo, sin tomar en cuenta las otras decisiones arbitrales anteriores o posteriores a éste. A pesar de este vacío, como se observa del caso relacionado con la medida cautelar de suspensión de una sanción administrativa emitida por el Tribunal de Contrataciones de la OSCE, los terceros se servían de la tercera excepción fijada en el caso María Julia para justificar la procedencia del amparo.

Posteriormente, dentro del caso ATC Exp. 8488-2013-AA el Tribunal Constitucional amplió la procedencia del amparo a aquellas decisiones arbitrales distintas del laudo arbitral siempre que estas carezcan de sustento normativo o sean emitidas con manifiesto agravio a los derechos fundamentales⁴⁴. Y, es en esa línea que, en la Sentencia 855/2021 de 26 de agosto de 2021, el Tribunal Constitucional confirmó que el amparo arbitral resulta procedente para los cuestionamientos relativos a las resoluciones arbitrales expedidas con anterioridad al laudo arbitral. Después de señalar que el caso María Julia “*no reguló la procedencia o improcedencia de cuestionamientos relativos a resoluciones arbitrales expedidas con anterioridad al laudo arbitral que afecta a terceros ajenos al proceso arbitral*”, el Tribunal Constitucional concluyó que el amparo resultaba procedente en estos casos “*en la medida en que no existe una vía judicial ordinaria en la que pueda cuestionarse la actuación arbitral*”.

El Tribunal Constitucional del Perú subraya que la vía del amparo se abre ante la ausencia de otro remedio en la vía judicial ordinaria y, este autor comparte este entendimiento, toda vez

⁴³ Caso María Julia, Exp. N° 00142-2011-PA/TC, Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 21 de septiembre de 2011.

⁴⁴ Exp. N° 08448-2013-PA/TC, Auto del Tribunal Constitucional de 3 de septiembre de 2014. «*el referido precedente vinculante no resulta aplicable a los supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, el alegado agravio a los derechos fundamentales proviene de resoluciones arbitrales distintas al laudo arbitral (...) Que por ello, sobre la base de los fundamentos que subyacen para la impugnación de laudos arbitrales ante el Poder Judicial, es posible sostener que procede el proceso de amparo para cuestionar las resoluciones arbitrales, distintas al laudo, expedidas por el Tribunal Arbitral (...), siempre que se trate de una resolución que carezca de sustento normativo o sea emitida con manifiesto agravio a los derechos fundamentales, caso contrario, será declarado improcedente (...)*».

que un tercero no podría valerse del recurso de anulación del Art. 62 y siguientes del Decreto Legislativo N° 1071, ni tampoco podría hacer valer sus derechos al momento de la ejecución de la medida vía auxilio judicial. Más aun considerando que, en este último caso, el juez se limita a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna⁴⁵.

Este avance significativo observado en el Perú, también podría ser adoptado por otros países que cuentan con este mecanismo de protección de derechos fundamentales como lo es la acción de amparo. Sin embargo, la realidad es que en la actualidad la mayoría de los países no aporta una respuesta tajante al respecto.

Todo lo anterior demuestra que, si bien la región se inclina por un poder cautelar limitado de los tribunales arbitrales, especialmente en materia de arbitraje comercial internacional, los excesos que se observan en la práctica exigen que también se garantice el acceso de los terceros a un medio de impugnación para cuestionar aquellas medidas cautelares adoptadas por los tribunales arbitrales en incompetencia.

Sin perjuicio de esta tendencia normativa, la realidad es que también existen ejemplos de legislaciones que van en la dirección de un poder cautelar más amplio.

2. Una abertura en dirección de un poder cautelar más amplio

Más allá de la naturaleza contractual del arbitraje, teóricamente no es imposible que una legislación confiera a los tribunales arbitrales el poder para ordenar medidas cautelares contra terceros⁴⁶. Si bien no existen ejemplos en los que una legislación haya consagrado expresamente este poder cautelar contra terceros, la redacción adoptada por algunas legislaciones abre la puerta a un poder más amplio.

a) Legislaciones dualistas: Un poder cautelar más amplio en los arbitrajes domésticos

Algunos países que mantienen la distinción entre arbitraje nacional e internacional, otorgan al tribunal arbitral un poder más amplio cuando se trata de un arbitraje doméstico.

Así, por ejemplo, en el caso de Colombia, el Art. 32 de la Ley N° 1563 señala con relación a los arbitrajes domésticos que *“A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decreto, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. (...)”*⁴⁷.

⁴⁵ Decreto Legislativo N° 1071, Art. 48 (2) y (3).

⁴⁶ Born, Gary B., Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration en *International Commercial Arbitration*, 3a ed., Alphen aan den Rijn: Países Bajos, Kluwer Law International, 2021. (versión en línea)

⁴⁷ Ley N° 1563 de 2012 por la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Art. 32.

⁴⁷ Ley N° 1563 de 2012 por la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Art. 32.

La falta de referencia al destinatario de la medida y el reenvío al Código de Procedimiento Civil y demás normas procesales administrativas permiten inferir que, en un arbitraje doméstico en Colombia, los tribunales arbitrales tienen el poder de ordenar medidas contra terceros⁴⁸.

Por otra parte, podemos citar el caso del arbitraje doméstico argentino, dado que, en virtud de la prevaleciente doctrina y jurisprudencia y el Art. 1655 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁹ se reconoce a los tribunales arbitrales un poder cautelar amplio y, por tanto, la facultad para dictar medidas contra terceros⁵⁰. Como señala un comentarista, el tribunal arbitral puede notificar la medida al tercero y éste queda vinculado a ella a partir de su notificación, debiendo solo acudir a la jurisdicción ordinaria para forzar al tercero reticente⁵¹.

En esa línea parece también situarse el caso del arbitraje doméstico chileno, toda vez que, como menciona un comentarista, la doctrina y la jurisprudencia chilenas reconocieron a los tribunales arbitrales “plena competencia para dictar medidas cautelares y ejecutarlas directamente, con la única limitación de que no se afecten derechos de terceros o que se requieran medidas de apremio tales como el auxilio de la fuerza pública”.⁵² En ese marco, se entendería que, si bien estos tribunales no podrían dictar medidas que afecten directamente derechos de terceros, si serían competentes para dictar medidas que deban ser cumplidas por terceros, como ser una solicitud de retención de fondos de una cuenta bancaria dirigida a una institución financiera. Simplemente, en este último caso, al carecer de imperio, los tribunales arbitrales deben acudir a las autoridades judiciales para forzar al tercero a cumplir con la medida en caso de reticencia⁵³.

Además de estos países que reconocen un poder cautelar más amplio en el caso de arbitrajes domésticos, existen otras legislaciones que, al tomar distancia respecto de la Ley Modelo, también han abierto la puerta en favor de un poder cautelar contra terceros.

⁴⁸ A este respecto señalar que el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá con relación al poder cautelar de los tribunales arbitrales en un arbitraje doméstico adopta también una redacción amplia. Así, en su Art. 2.51 señala que “*La solicitud, práctica y trámite de las medidas cautelares se hará de conformidad con el Estatuto Arbitral y demás normas que rijan la materia. En caso de que se solicite una medida cautelar con la demanda, esta deberá ser presentada en escrito separado con el fin de garantizar los efectos y la efectividad de la medida cautelar. Este documento será confidencial para la parte demandada hasta que el Tribunal Arbitral lo conozca y tome las medidas que sean de su competencia respecto de la petición de dicha medida. A partir de la instalación, el Tribunal podrá decidir sobre las solicitudes de medidas cautelares de las partes.*”

⁴⁹ Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), Art. 1655 “*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.*”

⁵⁰ La redacción del Art. 1655 del CCCN da lugar a este tipo de interpretación dado que en ningún momento hace referencia al destinatario de la medida.

⁵¹ Giannini, Leandro J., “Las medidas cautelares en el arbitraje: Impacto de su regulación en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017-1, p. 291.

⁵² Bordachar Urrutia, Rodrigo, “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”, *Derecho y Ciencias Sociales*, N° 13, octubre 2015, p 76.

⁵³ *Ibid.* Como señala Rodrigo Bordachar citando a Patricio Aylwin “*no se debe confundir el imperio con la jurisdicción para pronunciarse sobre medidas cautelares*”.

b) Un distanciamiento de la Ley Modelo: Reflexiones a partir del caso ecuatoriano y boliviano

Ciertos países en la región se han apartado de la Ley Modelo y han tomado una posición a priori más liberal. Así, por ejemplo, el caso de Ecuador y Bolivia⁵⁴.

En el caso del Ecuador, su Ley de Arbitraje y Mediación señala en su artículo 9⁵⁵ que “*los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste*”.

Del contenido de este artículo se destaca la amplísima facultad de la que gozan los tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares. Por una parte, a diferencia de las legislaciones que retoman fielmente lo establecido por la Ley Modelo, la legislación ecuatoriana no hace referencia expresa ni al solicitante ni al destinatario de la medida⁵⁶. Por otra parte, como en el caso de la legislación colombiana en materia de arbitraje doméstico, esta ley se remite a las normas del Código de Procedimiento Civil y, por consiguiente, supone la aplicación de las mismas reglas aplicables a aquellas medidas solicitadas ante autoridad judicial. En ese entendido, queda claro que, los tribunales arbitrales con sede en Ecuador gozan de un poder cautelar contra terceros.

En el caso boliviano, si bien se hace referencia al solicitante de la medida, esto no sucede con relación a su destinatario. Así, el Art. 84(1) de la nueva Ley de Conciliación y Arbitraje⁵⁷ señala que “*El Árbitro Único o el Tribunal arbitral, a solicitud de una de las partes, podrá: 1. Ordenar las medidas cautelares que estime necesarias respecto del objeto de la controversia, salvo que las partes hubieran acordado la exclusión de estas medidas. (...)*».⁵⁸

A primera vista, la redacción de la norma boliviana parecería menos contundente, dado que no se remite a las normas del Código Procesal Civil, como sí lo hace la norma ecuatoriana. Sin embargo, el factor decisivo en favor de una interpretación más amplia es la ausencia de toda referencia al destinatario de la medida. En efecto, al no haberse señalado expresamente, como

⁵⁴ La legislación boliviana no distingue entre arbitraje nacional e internacional.

⁵⁵ Ley de Arbitraje y Mediación de 14 de diciembre de 2006. A este respecto, se debe señalar que, este artículo no ha sido modificado por la reforma publicada en el Registro Oficial N° 506-S de 22 de mayo de 2015. Asimismo, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación adoptado mediante Decreto Ejecutivo de 18 de agosto de 2021, no contradice lo establecido en este artículo. En efecto, si bien el art. 8 del Reglamento no retoma el reenvío a las normas del Código de Procedimiento Civil, mantiene la amplitud del art. 9 de la Ley “*1. El tribunal arbitral o los árbitros de emergencia que estén previstos en los reglamentos de los Centros de Arbitraje y Mediación, **podrán dictar cualquier medida cautelar que consideren necesaria para cada caso.** (...)*”.

⁵⁶ Ver en ese sentido Salcedo Verduga, Ernesto, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia, 2007, p.133.

⁵⁷ Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje de 25 de junio de 2015, Art. 84 (I).

⁵⁸ A diferencia de otras disposiciones, en este caso, no se trata de una innovación de la reforma de 2015, dado que, la antigua ley de arbitraje de 1997 tampoco incluía una restricción expresa con relación a la persona contra quién puede ser ordenada una medida cautelar. Ver Ley N° Art. 35 “*(Disposición de medidas precautorias).- I. Salvo acuerdo en contrario de partes y a petición de una de ellas, el Tribunal Arbitral podrá ordenar las medidas precautorias que estime necesarias, respecto del objeto de la controversia. (...)*”.

en el caso de la Ley Modelo, que el tribunal arbitral solo puede ordenar a las partes, se abre la puerta en favor de un poder cautelar contra terceros.

Esta interpretación amplia del poder cautelar del tribunal arbitral ha sido adoptada por la práctica y, por esta razón, no es raro encontrar ejemplos en los que se han solicitado medidas de retención de fondos ante un tribunal arbitral y, que estas hayan sido ordenadas.

Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que puede existir cierto recelo por parte de los terceros para ejecutar una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral. No obstante, en la experiencia de este autor esto no siempre sucede. Así, en varios casos administrados por la Cámara Nacional de Comercio, las instituciones financieras han aceptado ejecutar órdenes de retención de fondos dictadas por tribunales arbitrales⁵⁹.

Por otro lado, la práctica también revela que muchas veces son las instituciones públicas las más reticentes a ejecutar una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral. Este recelo puede deberse en muchos casos a un desconocimiento de la ley de arbitraje, por lo que sería necesario trabajar dentro de cada institución en protocolos de actuación frente a medidas ordenadas por órganos ajenos a los judiciales.⁶⁰

Asimismo, señalar que, las cortes bolivianas no han tenido todavía la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación del Art. 84(1), ya sea confirmando el carácter amplio del poder cautelar del tribunal arbitral o restringiéndolo. Sin embargo, por su redacción, resulta difícil concebir que pueda adoptarse una interpretación restrictiva.

Dicho esto, como se verá posteriormente, el otorgamiento de un poder cautelar contra terceros en favor del tribunal arbitral conlleva ciertos desafíos sobre los cuales es necesario trabajar.

Ahora bien, conviene analizar si las respuestas aportadas en el caso del tribunal arbitral son las mismas en el caso del árbitro de emergencia.

B. El poder cautelar de los árbitros de emergencia para ordenar medidas que afectan a terceros: Posiciones contrastadas

En América Latina todavía son pocas las legislaciones y los reglamentos que incluyen la figura del árbitro de emergencia. Sin embargo, como en el caso del tribunal arbitral, dos posiciones parecen oponerse con relación al poder cautelar de los árbitros de emergencia para ordenar medidas que afectan a terceros.

Por una parte, encontramos aquellos reglamentos, como el de la Cámara de Comercio de Lima⁶¹ que si bien no excluye expresamente la posibilidad de que los árbitros de emergencia puedan

⁵⁹ A este respecto señalar que el Reglamento para la Retención, Suspensión de Retención y Remisión de Fondos de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero señala como autoridad competente para instruir la retención, suspensión de retención y remisión de fondos no solamente a las autoridades administrativas, judiciales o fiscales sino también a “otras con atribuciones legales”.

⁶⁰ Con relación al arbitraje doméstico argentino, un comentarista señalaba que, en ciertos casos, como el de las medidas cautelares registrales (embargo de bienes inscriptos, anotaciones de litis y otros) “*la eficacia del sistema exigirá la revisión de disposiciones y prácticas que rigen en dichas reparticiones públicas, para dotar a los registros de protocolos de actuación frente a medidas decretadas por órganos ajenos al Poder Judicial*”. Ver Giannini, Leandro J., “Las medidas cautelares en el arbitraje: Impacto de su regulación en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017-1, p. 291.

⁶¹ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima Art. 35 “1. Hasta antes de la constitución del Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes que requiera medidas cautelares urgentes puede solicitar que

adoptar medidas cautelares contra terceros, ni hace referencia expresa al destinatario de la medida, si comporta ciertos elementos que van en el sentido de un poder cautelar circunscrito a las partes. Así, por ejemplo, su Art. 35(2) señala que las “decisiones adoptadas por el Árbitro de Emergencia son vinculantes para las partes”.

Además, cabe recordar que, aun cuando la legislación peruana no incluye la figura del árbitro de emergencia, sí circunscribe el poder cautelar de los tribunales arbitrales a las partes del proceso y del acuerdo arbitral. Por lo tanto, a fortiori no podría adoptarse una interpretación distinta con relación a los poderes cautelares de los árbitros de emergencia.⁶²

En contraste con esta solución, encontramos a la legislación boliviana⁶³ la cual no hace referencia al destinatario de la medida⁶⁴ y, por consiguiente, da lugar a interpretar que los árbitros de emergencia con sede en Bolivia tienen poder para dictar medidas contra terceros. Además, esta interpretación no sería contraria a lo dispuesto con relación a los tribunales arbitrales, dado que, como se ha visto, éstos cuentan con un poder cautelar amplio.

Es importante señalar que, en el caso de los árbitros de emergencia, la legislación boliviana hace una exclusión expresa señalando que las medidas adoptadas por éstos “*sólo podrán recaer sobre los bienes, derechos y obligaciones de las partes*”⁶⁵. Esta exclusión hace referencia a aquellas medidas que pueden afectar directamente a los terceros, toda vez que recaen sobre sus bienes y derechos⁶⁶; las cuales se distinguen de aquellas medidas que afectan a los terceros indirectamente puesto que si bien no recaen sobre sus bienes y derechos deben ser aplicadas por éstos. En ese entendido, los árbitros de emergencia si serían competentes para adoptar

se inicie un procedimiento ante un árbitro de emergencia (el “Árbitro de Emergencia”), quien conoce y resuelve la respectiva solicitud, según el procedimiento establecido en las “Reglas del Árbitro de Emergencia” (Apéndice I del Reglamento). 2. Las decisiones adoptadas por el Árbitro de Emergencia son vinculantes para las partes, quienes por el hecho de haber sometido la controversia a arbitraje bajo el Reglamento, se obligan a cumplirlas sin demora.”

⁶² Este mismo razonamiento encuentra aplicación en aquellos otros países que como el Perú han optado por restringir el poder cautelar de los tribunales arbitrales.

⁶³ Es importante señalar que, en el caso de la legislación boliviana, se optó por un sistema de *opt in* y, en consecuencia, para que se aplique la figura del árbitro de emergencia, las partes lo deberán haber acordado en el convenio arbitral y señalado específicamente las medidas que éste puede adoptar. Por otra parte, toda vez que los centros de arbitraje del país debían adaptar sus reglamentos a lo establecido en la ley, éstos también adoptaron el sistema de *opt in* (Ver Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia, Arts. 23 a 26).

⁶⁴ Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje, Art. 67 “*1. La o el Árbitro de Emergencia se habilitará previa a la designación de la o el Árbitro Único o la constitución del Tribunal Arbitral, siempre que exista acuerdo expreso entre las partes en la cláusula arbitral o el convenio arbitral, a solicitud de una de las partes, para: 1. Resolver la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares expresamente acordadas en la cláusula arbitral o convenio arbitral, y solicitarlas a la autoridad pública o privada si corresponde. 2. Solicitar a la autoridad judicial la aplicación de medidas cautelares emergentes no acordadas por las partes en la cláusula arbitral o convenio arbitral. 3. Solicitar a la autoridad judicial la aplicación de medidas preparatorias para la demanda arbitral.*”

⁶⁵ *Ibid.*, Art. 67. II.

⁶⁶ Con relación al alcance de esta restricción, todavía no se cuenta con casos que aporten una respuesta a este respecto. En ese entendido, queda todavía abierta la cuestión de saber si la restricción también excluye los bienes de aquellos terceros no signatarios de la convención arbitral pero que participaron de la negociación, conclusión y/o ejecución del contrato. Terceros que podrían ser incluidos posteriormente en el proceso arbitral.

medidas que deben ser aplicadas por terceros tales como la retención de fondos o la prohibición de contratar.

A lo largo de esta sección hemos visto que la tendencia en la región es la de limitar el poder cautelar de los árbitros a las partes del proceso y del acuerdo arbitral. Sin embargo, también se han detectado casos en los que la norma da lugar a una interpretación más amplia y, en consecuencia, otorga a los árbitros un poder cautelar contra terceros. En ese marco, conviene interrogarse sobre los desafíos que presenta el otorgar dicho poder cautelar a los árbitros.

IV. El poder cautelar de los árbitros para ordenar medidas contra terceros: desafíos

El otorgamiento a los árbitros de un poder declarativo para dictar medidas cautelares contra terceros contribuye a la reducción de la intervención judicial en el arbitraje. Sin embargo, este poder plantea varias interrogantes con relación a la necesidad de que sea acompañado por un poder coercitivo y la cuestión de los derechos de los terceros a hacer valer sus derechos e impugnar las medidas.

A. ¿Es necesario acompañar este poder declarativo de un poder coercitivo?

Por lo general, los árbitros carecen de imperio y, en consecuencia, en caso de oposición del sujeto contra el cual se quiere hacer valer una medida, requieren del auxilio de la justicia estatal para ejecutarla.

En ese contexto, resulta fundamental interrogarse sobre la utilidad que tendría un poder cautelar declarativo contra terceros si al mismo tiempo no se acompaña este poder de un poder coercitivo.

La práctica demuestra que, si bien las partes tienen un interés en cumplir voluntariamente con las medidas dictadas por un tribunal arbitral y lo hacen, tal no es el caso de los terceros.

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con las partes del proceso, contra quienes, a pesar de carecer de *imperio*, el tribunal arbitral puede ejercer cierta coerción a través de las inferencias negativas⁶⁷ o la imposición de sanciones económicas de naturaleza contractual⁶⁸, en el caso de terceros esto no es posible.

Por esta razón, si se quiere dotar al tribunal arbitral de un poder efectivo en materia de medidas cautelares contra terceros, será necesario que éste disponga de un poder de coerción. De no contar con este poder, los tribunales arbitrales necesariamente deberán apoyarse en las autoridades judiciales y, consecuentemente, volvemos a judicializar el proceso.

Considerando que, el principal objetivo de extender el poder cautelar de los árbitros es reducir la judicialización del proceso arbitral, el interés práctico que presenta ampliar el alcance de sus

⁶⁷ En caso de incumplimiento de una medida cautelar el tribunal arbitral podría efectuar una inferencia negativa sobre esta circunstancia. Ver Born, Gary B., Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration en *International Commercial Arbitration*, 3a ed., Alphen aan den Rijn: Países Bajos, Kluwer Law International, 2021 “(...) an arbitral tribunal can indirectly procure compliance with its provisional measures through the express or implied threat of adverse inferences against a non-compliant party.”

⁶⁸ Ver Schwartz, Eric. A., The Practices and Experience of the ICC Court en *ICC, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, Publicaciones CCI, 1993, pp. 45-59.

poderes podría perderse si de todas maneras es necesario acudir a las autoridades judiciales para ejecutarlo.

Si en la mayoría de legislaciones nacionales, el tribunal arbitral carece de imperio y por lo tanto debe acudir al auxilio judicial para ejecutar sus medidas cautelares en caso de reticencia, algunas de ellas le han otorgado un verdadero poder coercitivo⁶⁹. En ese contexto, conviene retomar los ejemplos de Ecuador y de Bolivia para determinar si en estos casos el poder cautelar declarativo contra terceros ha sido acompañado de un poder coercitivo.

En el caso del Ecuador, la ley otorga a los árbitros el poder de solicitar el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios para la ejecución de sus medidas cautelares⁷⁰. No obstante, este poder está condicionado a que las partes lo hayan estipulado de esa manera en la convención arbitral. Este sistema de *opt in* minimiza la utilidad de esta disposición, toda vez que en la práctica las partes no piensan en incluir este tipo de estipulaciones en la convención arbitral. En consecuencia, el poder declarativo para ordenar medidas cautelares contra terceros, que surge de la interpretación Art. 9 de la ley ecuatoriana, generalmente, no se verá acompañado de un poder coercitivo.

Por su parte, en el caso boliviano, el legislador no ha dotado al tribunal arbitral de un poder de coerción⁷¹. Por ende, el tribunal arbitral, necesariamente deberá acudir al auxilio judicial para ejecutar las medidas contra terceros. En ese entendido, el objetivo que se busca con la ampliación de los poderes del tribunal arbitral de restringir la intervención del poder judicial, no se cumpliría a cabalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede señalar que, de por sí, el otorgar un poder declarativo a los árbitros para ordenar medidas cautelares contra terceros ya se constituye en un avance en favor de menos intervención judicial, toda vez que se deja en manos de los árbitros el análisis de la procedencia o no de la medida. Además, como se ha señalado con relación a la práctica en Bolivia, si bien puede existir una reticencia por parte de los terceros para cumplir medidas ordenadas por un tribunal arbitral, esto no es el caso todo el tiempo, por lo que no siempre será necesaria la intervención de las cortes nacionales. En ese entendido, también existen argumentos para relativizar la falta de poder coercitivo de los tribunales arbitrales.

B. La intervención de los terceros y la impugnación de las medidas ordenadas por los árbitros

⁶⁹ Así, por ejemplo, el caso de India, en el que el legislador dispone que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral es considerada a todos los efectos como una orden de la corte y es ejecutable de la misma manera a la de una orden de una corte judicial. Ley de Conciliación y Arbitraje de 1996, Art. 17 (2) « (...), **any order issued by the arbitral tribunal under this section shall be deemed to be an order of the Court for all purposes and shall be forceable under the Code of Civil Procedure, 1908 (5 of 1908), in the same manner as if it were an order of the Court** ».

⁷⁰ Ley de Arbitraje y Mediación de 14 de diciembre de 2006, Art. 9 “*Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros que siempre las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.*”

⁷¹ Ley N° 708 de Conciliación y Arbitraje, Art. 85 “*(Auxilio judicial para ejecución de medidas cautelares)*
I. En caso que no se ejecuten las medidas cautelares dispuestas por el Árbitro Único por el Tribunal Arbitral, la parte interesada podrá solicitar a la autoridad judicial competente, el auxilio judicial para la ejecución de las medidas.”

Si un tribunal arbitral puede dictar medidas dirigidas contra terceros, en contrapartida éstos deben contar con la facultad para impugnar estas decisiones. En ese contexto, surgen varias interrogantes sobre la forma en la que debería tramitarse dicha intervención y el impacto que podría tener sobre el proceso arbitral.

En teoría, si se otorga a los árbitros un poder cautelar contra terceros sería necesario implementar un mecanismo para que estos puedan ser escuchados dentro del proceso arbitral⁷². Sin embargo, es claro que esto conllevaría graves problemas prácticos y atentaría con la naturaleza contractual del arbitraje⁷³.

En ese marco, considerando que los terceros tienen derecho a ser escuchados, es necesario que por lo menos cuenten ante la jurisdicción ordinaria con una vía para impugnar las medidas que les causen perjuicio o afectación.

En ese contexto, si retomamos el caso boliviano, en el que la legislación abre la puerta a un poder cautelar de los árbitros contra terceros, evidenciamos que no se tiene certeza en cuanto a la vía que puede ser utilizada. A diferencia de lo observado en el Perú con relación a la vía de la acción de amparo para impugnar estas medidas, en Bolivia todavía con se han conocido casos en los que se haya presentado y declarado procedente un amparo contra una resolución arbitral. En general, los amparos en materia de arbitraje se han presentado contra las resoluciones judiciales que han sido emitidas dentro de un recurso de anulación de laudo o solicitud de ejecución de laudo. Sin embargo, la generalidad de las disposiciones contenidas en la Constitución Política del Estado⁷⁴, así como el Código Procesal Constitucional⁷⁵, nos llevan a pensar que la puerta no está cerrada a este tipo de amparos. Aún más considerando que no existe un recurso efectivo en el sistema ordinario que permita a un tercero hacer valer sus derechos frente a una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral.

En resumen, un poder cautelar más amplio en favor de los árbitros, también exige la implementación de mecanismos a través de los cuales los terceros puedan hacer valer sus derechos e impugnar las medidas.

V. Conclusiones

En su mayoría, las legislaciones en América Latina, inspiradas en la Ley Modelo, han optado por circunscribir el poder cautelar de los árbitros a las partes del proceso y del acuerdo arbitral, en concordancia con la naturaleza contractual del arbitraje.

No obstante, ciertas legislaciones abren la puerta a un poder cautelar contra terceros. Si en algunos casos este poder ha sido reservado al arbitraje doméstico, en otros ha sido otorgado de

⁷² Born, Gary B., Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration en *International Commercial Arbitration*, 3a ed., Alphen aan den Rijn: Países Bajos, Kluwer Law International, 2021. (versión en línea)

⁷³ Al respecto, conviene señalar que algunos reglamentos en la región parecen abrir la puerta a la intervención de terceros para que estos hagan valer sus derechos e impugnen las medidas cautelares que les afecten dentro del proceso arbitral. En ese sentido, el Art. 38.5 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje señala con relación a las medidas adoptadas por el Tribunal Arbitral de Urgencia, que “quien resulte afectado” podrá oponerse a ellas.

⁷⁴ Constitución Política del Estado 2009, Art. 128 “*La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.*»

⁷⁵ Código Procesal Constitucional, Art. 51.

manera general. Así, por ejemplo, el caso de la legislación boliviana, cuya redacción no solo parece acordar un poder más amplio en favor del tribunal arbitral, sino también del árbitro de emergencia.

Un poder cautelar declarativo contra terceros contribuye con el objetivo de reducir la intervención de las cortes judiciales; sin embargo, la falta de poder coercitivo puede reducir su impacto. Por el momento, en aquellos países que abren la puerta a un poder cautelar más amplio, los árbitros no benefician de un poder coercitivo y, por lo tanto, en caso de reticencia por parte de los terceros, éstos deberán acudir al auxilio judicial. Empero, la práctica demuestra que no siempre los terceros pueden mostrarse reticentes a cumplir con medidas ordenadas por los árbitros.

Por otra parte, la adopción de medidas cautelares contra terceros por árbitros abre la discusión sobre la vía con la que deben contar los terceros para hacer valer sus derechos e impugnar las medidas. En razón de la naturaleza contractual del arbitraje su intervención dentro del proceso arbitral parece imposible o en todo caso muy problemática, por lo que es necesario que exista una vía alternativa ante la jurisdicción ordinaria. En los países de la región, mayormente no existe certeza en cuanto a la vía que puede ser utilizada. No obstante, en muchos casos, la vía del amparo constitucional parece presentarse como una solución adecuada.

Bibliografía

BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo, “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”, *Derecho y Ciencias Sociales*, N° 13, octubre 2015.

BORN, Gary B., Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration en *International Commercial Arbitration*, 3a ed., Alphen aan den Rijn: Países Bajos, Kluwer Law International, 2021.

CARON, David, Caplan, Lee, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2a ed., Oxford: Reino Unido, Oxford University Press, 2013.

CAVALIEROS, Philippe, Kim, Janet, “Emergency Arbitrators Versus the Courts: From Concurrent Jurisdiction to Practical Considerations”, *Journal of International Arbitration*, 2018.

ESPINOZA QUIÑONES, Sandro, “¿Puede un Árbitro, a Través de una Medida Cautelar, Suspender una Sanción Administrativa Emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE?”, *Derecho & Sociedad*, núm. 41, 2013.

GIANNINI, Leandro J., “Las medidas cautelares en el arbitraje: Impacto de su regulación en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017-1.

LEW, Julian D. M., “*Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*”, Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, vol. 11(1), 2000.

LUNDSTEDT, Johan, *SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions*, 1 January 2010-31 December 2013, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

RAB, Ajar, *Interim Measures in International Commercial Arbitration, A Comparative Review of the Indian Experience*, Alphen aan den Rijn: Países Bajos, Kluwer Law International, 2022.

REGGIARDO Saavedra, Mario, Cuba Horna, Álvaro, “Las medidas Anti-proceso en el arbitraje peruano”, *THÉMIS-Revista de Derecho*, núm. 77, enero-junio 2020.

SALCEDO VERDUGA, Ernesto, *Las medidas cautelares en el arbitraje*, Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia, 2007.

SCHWARTZ, Eric. A., *The Practices and Experience of the ICC Court en ICC, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, Publicaciones CCI, 1993.

VISHNEVSKAYA, Olga, “Anti-suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration: A Necessary Evil?” *Journal of International Arbitration*, vol. 32(2), 2015.

Reconocimiento y Ejecución de Medidas Cautelares Arbitrales y de Emergencia: Una Nota acerca de las Posibilidades y Límites bajo la Convención de Nueva York de 1958

Recognition and Enforcement of Arbitral Interim and Emergency Measures: A Note on Possibilities and Limits under The 1958 New York Convention

*Francesco Campora Gatica*¹

Resumen

La presente nota expone los principales argumentos en contra y en favor de la ejecutabilidad de las medidas cautelares arbitrales y decisiones de árbitros de emergencia extranjeras bajo la Convención de Nueva York. Parte por exponer la relevancia práctica del tema, dada por el interés de preservar la integridad patrimonial del deudor o el valor de aquello en disputa, a fin de proteger la eficacia del crédito del acreedor antes o durante el proceso arbitral. Luego expone la importancia de la noción de laudo bajo la Convención de Nueva York y el criterio sustancial de calificación de dicho concepto. A continuación revisa, en concreto, los principales argumentos en contra y en favor de la ejecutabilidad de medidas cautelares arbitrales y decisiones de árbitros de emergencia extranjeras a falta de ley local sobre la materia, en ambos casos con fundamento doctrinario y jurisprudencial comparado. Termina ofreciendo las conclusiones derivadas del estudio.

Abstract

This note sets forth the main reasons against and in favor of the enforceability of foreign arbitral interim measures and emergency arbitrators' decisions under the New York Convention. It begins by outlining the practical relevance of the topic, driven by the interest in preserving the integrity of the debtor's assets or the value of the disputed object, aiming to safeguard the effectiveness of the creditor's rights before or during the arbitral proceedings. Subsequently, it underscores the importance of the concept of award under the New York Convention and the substantive criteria for qualifying such a concept. It then specifically examines the primary arguments against and in favor of the enforceability of foreign arbitral interim measures and emergency arbitrators' decisions in the absence of domestic law on the matter. In both cases, the analysis is supported by comparative doctrinal and jurisprudential foundations. The note ends by presenting the conclusions derived from the study.

Palabras clave: arbitraje internacional, ejecución de medidas cautelares arbitrales, Convención de Nueva York.

Keywords: international arbitration, enforcement of interim measures, New York Convention.

Sumario: *I. Introducción. II. Ser o no ser (un laudo). III. Por la inejecutabilidad de medidas cautelares arbitrales o decisiones de árbitros de emergencia extranjeras. IV. Por la ejecutabilidad de medidas cautelares arbitrales o decisiones de árbitros de emergencia extranjeras. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.*

¹ Abogado, Universidad de Chile. LL.M. Universidad de Columbia, NY. Socio en Letelier Campora, Santiago. Profesor de derecho civil, Universidad de Chile, fcampora@llc.cl.

I. Introducción

El éxito del sistema de arbitraje internacional descansa, ante todo, en la ejecutabilidad transnacional de los laudos o sentencias arbitrales.

Tal efecto es posible gracias a la Convención para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York”).

La Convención de Nueva York fue, sin riesgo de exagerar, el instrumento responsable del tránsito, desde el *arbitraje comercial*, al *arbitraje comercial internacional* propiamente tal.

Sin perjuicio de lo anterior, el arbitraje comercial internacional no solo necesita de la ejecutabilidad transnacional de los laudos, sino también de resoluciones que otorguen medidas cautelares y de medidas adoptadas por árbitros de emergencia.

La relevancia de aquellas resoluciones se encuentra ampliamente respaldada por el derecho procesal, fundado en consideraciones ante todo pragmáticas: en general, evitar que el detrimento sobreviniente del patrimonio del deudor impida a la postre el resguardo efectivo del crédito del acreedor declarado en el laudo, o la preservación del valor de aquello en disputa durante el proceso.

En tal contexto, la pregunta que inmediatamente surge es si acaso los instrumentos del sistema de arbitraje comercial internacional que habilitan la ejecutabilidad transnacional de laudos, partiendo por la Convención de Nueva York, habilitan asimismo la ejecutabilidad transnacional de resoluciones arbitrales que otorguen medidas cautelares y de decisiones de árbitros de emergencia extranjeras.

El objeto de esta nota es entregar bases de respuesta a esa cuestión, con fundamentos jurisprudenciales y doctrinarios comparados.

II. Ser o no ser (un laudo)

Sobre la correcta premisa de que un laudo arbitral extranjero es ejecutable bajo la Convención de Nueva York, cabe concluir que, si las resoluciones arbitrales que otorguen medidas cautelares y decisiones de árbitros de emergencia participasen jurídicamente del carácter de laudos, entonces serían ejecutables al alero de dicha convención.

Por el contrario, las cosas se complicarían, al menos teóricamente, si concluyésemos que tales resoluciones y decisiones no pueden ser calificadas como laudos bajo la Convención de Nueva York.

La respuesta, por cierto, no está en la Convención de Nueva York. Esta no define qué ha de entenderse como sentencia arbitral o laudo.²

Como explica Eduardo Zuleta, la cuestión puede abordarse con base en reglas legales o en criterios materiales.³ La primera alternativa suele ser problemática debido a que las leyes aplicables –en general la *lex arbitri*– en muchos casos no resuelven la materia, ni siquiera

² En efecto, durante su discusión, el delegado austríaco señaló expresamente que dependerá de la ley del país en el que se busque la ejecución determinar si la resolución en cuestión puede ser calificada como laudo. *Travaux préparatoires*, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjera, Informe del Secretario General, Anexo I, Comentarios de los Gobiernos, E/2822, p. 10.

³ ZULETA (2008).

aquellas basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en su versión de 1985.

Por lo anterior, el concepto jurídico de laudo o sentencia arbitral se construyó más bien con base en criterios materiales, esto es, determinados por el contenido o sustancia de la resolución en cuestión⁴—y no por su mera rotulación.

En este orden de ideas, desde un punto de vista sustancial, se entiende por laudo aquella resolución arbitral que, dentro del proceso arbitral, dirime definitivamente uno o más asuntos controvertidos sometidos a la decisión del tribunal arbitral.⁵⁻⁶

III. Por la inejecutabilidad de medidas cautelares arbitrales o decisiones de árbitros de emergencia extranjeras

Bajo un criterio sustancial o material, la resolución que concede medidas cautelares arbitrales o decisiones de árbitros de emergencia no sería laudo, por cuanto su carácter esencialmente revocable sería inexorablemente incompatible con la decisión propiamente final y definitiva de un asunto controvertido.

Por consiguiente, y bajo la premisa de que la Convención de Nueva York solo permite reconocer y ejecutar laudos,⁷ las medidas cautelares arbitrales o decisiones de árbitros de emergencia extranjeras, al no ser sustantivamente laudos, no podrían ser ejecutables bajo la Convención de Nueva York.⁸⁻⁹

Así lo diagnosticó la propia CNUDMI en el trabajo que, a la postre, derivó en la versión revisada de la ley modelo, versión 2006.¹⁰

⁴ *Blackwater Security Consulting LLC et al. v. Richard P. Nordan*, Tribunal de Distrito, Distrito Este de Carolina del Norte, División Norte, Estados Unidos, 21 de enero de 2011, 2:06-CV-49-F; *Merck & Co. Inc., Merck Frosst Canada Inc., Frosst Laboratories Inc. v. Tecnoquimicas S.A.*, Corte Suprema de Justicia, Colombia, 26 de enero de 1999, E-7474; *Publicis Communication v. Publicis S.A., True North Communications Inc.*, Corte de Apelaciones, Séptimo Circuito, Estados Unidos, 14 de marzo de 2000, 206 F.3d 725; *Bundesgerichtshof [BGH]*, Alemania, 18 de enero de 2007, III ZB 35/06; *Braspetro Oil Services Company - Brasoil v. The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project*, Corte de Apelaciones de París, Francia, 1 de julio de 1999, XXIV Y.B. COM. ARB. 296 (1999).

⁵ *Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Corte Suprema de Queensland, Australia, 29 de octubre de 1993, XX Y.B. COM. ARB. 628 (1995); *Hall Steel Company v. Metalloyd Ltd.*, Tribunal de Distrito, Distrito este de Michigan, División Sur, Estados Unidos, 7 de junio de 2007, 492 F.Supp.2d 715, XXXIII Y.B. COM. ARB. 978 (2008); *Drummond Ltd. v. Instituto Nacional de Concesiones—INCO et al.*, Corte Suprema de Justicia, Colombia, 19 de diciembre de 2011 y 3 de mayo de 2012, XXXVII Y.B. COM. ARB. 205 (2012).

⁶ En igual sentido, Zuleta, *op. cit.*

⁷ VEEDER (1999). Nótese, no obstante, que el autor aboga por la necesidad urgente de buscar maneras de ejecutar medidas cautelares arbitrales extranjeras.

⁸ *Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Corte Suprema de Queensland, Australia, 29 de octubre de 1993, XX Y.B. COM. ARB. 628 (1995); *Western Technology Services International Inc. v. Sociedad Chilena Cauchos Industriales SA*, Corte Suprema de Chile, rol 5468-2009, 2010. En virtud de este último precedente, el entendimiento de la Corte Suprema de Chile hasta la fecha es que en Chile no serían ejecutables medidas cautelares arbitrales extranjeras.

⁹ *Benedettelli* (2020), explicando la imposibilidad de ejecutar medidas cautelares arbitrales extranjeras en Italia.

¹⁰ “Sometimes arbitral tribunals issue interim measures of protection in the form of interim awards. Such a possibility is expressly envisaged, for example, in article 26(2) of the UNCITRAL Arbitration Rules. This

IV. Por la ejecutabilidad de medidas cautelares arbitrales o decisiones de árbitros de emergencia extranjeras

La ley modelo CNUDMI, en su versión original de 1985, no contiene disposiciones relativas al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares arbitrales extranjeras.

Posteriormente, en respuesta a los llamados de la comunidad arbitral especializada, la CNUDMI se hizo cargo del tema a través de la ley Modelo, en su versión de 2006, cuyo artículo 17 contiene un sistema de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares arbitrales extranjeras.

Si bien la legislación interna de algunos países considera ejecutables este tipo de medidas, entre los que se cuentan aquellos que adoptaron la ley modelo en su versión de 2006,¹¹ muchos países siguen sin contar con legislación doméstica sobre la materia.

No obstante ello, varias de estas últimas jurisdicciones han esgrimido diversas consideraciones para ejecutar este tipo de medidas y decisiones, orientados por el fin pragmático que subyace a la institución cautelar, esto es, bajo ciertas condiciones, resguardar la integridad del patrimonio del deudor, o la preservación del valor de aquello en disputa, para así velar por la eficacia de un eventual laudo favorable.

En tal sentido, se ha dicho que las medidas cautelares *pueden ser al menos tan, si no más, importantes que el propio laudo toda vez que, sin estas, en ocasiones es posible para una parte obstructionista frustrar completa y finalmente el proceso arbitral*¹² –por ejemplo mediante la ocultación o enajenación de sus bienes.

En este contexto, distintas jurisdicciones han ejecutado medidas cautelares arbitrales extranjeras.¹³

Algunas, bajo la idea de que una medida cautelar sería indudablemente final dentro del procedimiento específico que la vio nacer, ergo satisfaría el requisito propio de un laudo, esto es, decidir la cuestión específica de que se trata.¹⁴

raises the question of whether the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards covers also such interim awards. As the Convention does not define the term “award”, it is not immediately clear whether the Convention applies to interim awards as well. The prevailing view, confirmed also by case law in some States, is that the Convention does not apply to interim awards.” UNCITRAL, Possible Uniform Rules on Certain Issues Concerning Settlement of Commercial Disputes: Conciliation, Interim Measures of Protection, Written Form for Arbitration Agreement, Report of the Secretary General, epígrafe 83, 2000, p. 20 (énfasis agregado).

¹¹ Entre estos Australia, Bélgica, British Columbia, Ontario, Hong-Kong, Costa Rica, Eslovenia, Florida, Irlanda, Nueva Zelanda, BVI, Perú, República de Corea y Sudáfrica.

¹² VEEDER, *op. cit.*

¹³ Corte Suprema de Singapur, *CVG v. CVH, SGHC*, 2022; Corte de Apelaciones de Singapur, *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation* [2015] SGCA 30; Corte de Apelaciones de Ucrania, *JKX Oil & Gas plc v. Ukraina*, 2016; Corte de Apelaciones del Cairo, 7mo Circuito Comercial, Caso N° 44/134 JY, 9 May 2018; *Living Consulting Group AB v. OOO Sokotel*, Corte Suprema Arbitrazh, Rusia, 5 de octubre de 2010, A56-63115/2009.

¹⁴ Estados Unidos muestra con claridad esta posición jurisprudencial. Véase al respecto: *CE International Resources Holdings LLC v. SA Minerals Ltd et al.*, 2012 US Dist. LEXIS 176158, 6, 7 (SDNY); *Century Indem. Co. v. Certain Underwriters at Lloyd’s London*, 2012 WL 104773 (SDNY); *Sharp Corporation et*

También se ha dicho que su ejecutabilidad se justifica por ser esta consistente con los fines de la Convención de Nueva York, en el sentido de favorecer la ejecución de acuerdos de arbitraje y laudos, y de asegurar la predictibilidad en los negocios internacionales y la consistencia entre las distintas jurisdicciones.¹⁵

Desde el punto de vista doctrinario, también se ha respaldado esta visión.

Por ejemplo, Albert Jan Van den Berg negó el supuesto carácter prevalente, diagnosticado en su momento por la propia CNDUMI,¹⁶ de la postura según la cual una medida cautelar arbitral extranjera no es considerada laudo bajo la Convención de Nueva York, y alabó la *visión pragmática* de la jurisprudencia de Estados Unidos en la materia.¹⁷

Gary Born, por su parte, comparte la idea de que las resoluciones que conceden este tipo de medidas deben ser y son ejecutables bajo la Convención de Nueva York.¹⁸

Existe asimismo doctrina latinoamericana que se ha pronunciado sobre la materia.¹⁹

V. Conclusiones

De lo expuesto, es posible extraer siete conclusiones.

Primero, la alta conveniencia de que las resoluciones que otorguen medidas cautelares arbitrales y decisiones de árbitros de emergencia extranjeras sean ejecutables transnacionalmente. De lo contrario, el sistema de arbitraje comercial internacional, si bien operativo, seguirá encontrándose al debe respecto de un materia de extraordinaria relevancia.

Segundo, donde exista legislación doméstica al respecto en el lugar de ejecución, la cuestión no debiera generar mayores problemas prácticos pues la cuestión se encuentra legalmente resuelta.

Tercero, a falta de dicha legislación interna, corresponde determinar si acaso la Convención de Nueva York es un instrumento idóneo para la ejecución de aquellas resoluciones.

Cuarto, la respuesta a la cuestión inmediatamente anterior dependerá, en principio, de si puede o no darse a aquellas resoluciones el carácter jurídico de laudo.

Quinto, para tal efecto, el criterio de calificación aplicable es sustantivo, no formal. Laudo es aquella resolución arbitral que, dentro del proceso arbitral, dirime definitivamente uno o más

al. v. Hisense USA Corporation et al., 292 F. Supp. 3d 157 (DDC 2017); *Ecopetrol S.A. et al. v. Offshore Exploration and Production LLC*, 46 F. Supp. 3d 327 (SDNY 2014); *Polydefkis Corp v. Transcontinental Fertiliser Co*, 1996 WL 683629 (ED Pa.); *Sperry International Trade Inc. v. Government of Israel et al.*, 532 F.Supp 901, 909 (SDNY), *aff'd*, 689 F.2d 301 (2d Cir. 1982).

¹⁵ Corte de Apelaciones del Cairo, 7mo Circuito Comercial, Caso N° 44/134 JY, 9 de mayo de 2018.

¹⁶ Véase nota 10 anterior.

¹⁷ VAN DEN BERG, Jan (2001).

¹⁸ BORN (2021) p. 2514. Véase también “Una Conversación con Gary Born”, entrevista virtual organizada por el árbitro internacional Ricardo Vásquez Urra con el apoyo del CAM Santiago y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, instancia en la cual el suscrito consultó directamente al autor su opinión sobre esta materia. Disponible en: [Una conversación con Gary Born. 14/04/2021 - YouTube](#), 14 de abril de 2021, 57:40 y ss.

¹⁹ JIMÉNEZ (2013); CAIVANO (2011), p.303.

asuntos controvertidos sometidos a la decisión del tribunal arbitral; su rótulo formal no es determinante al efecto.

Sexto, bajo dicho criterio sustancial, la resolución arbitral que concede este tipo de medidas podría considerarse laudo si se adoptase un criterio similar al de la jurisprudencia de Estados Unidos, según el cual, pese a su revocabilidad, la resolución en cuestión es en cualquier caso final respecto del procedimiento específico que la originó, y por tanto sería indudable que sí resuelve la respectiva petición sometida a la decisión del tribunal arbitral.

Séptimo, si no se le reconociera el carácter de laudo, otro argumento en favor de su ejecución vía Convención de Nueva York consiste en que, pese a que esta no define el concepto de laudo, no se pronunció en contra de la ejecución de medidas cautelares arbitrales, y que su ejecución sería en cualquier caso consistente con los fines de dicha Convención.

Bibliografía

BENEDETTELLI, M., *Provisional Measures* (chapter 6), en: Benedettelli (ed) *International Arbitration in Italy*, 301, 310, Wolters Kluwer, 2020.

BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, 3a. ed., Wolters Kluwer, 2021.

CAIVANO, Roque J. *Control Judicial en el Arbitraje*, 1a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

JAN VAN DEN BERG, Albert, *The 1958 New York Arbitration Convention Revisited*, in Karrer, P (ed), *Arbitral Tribunals or State Courts: Who Must Defer to Whom?*, 125, ASA Special Series No. 15, 2001.

JIMÉNEZ, Dyalá, *Enforcement in Latin America of Provisional Measures Ordered by Arbitral Tribunals. Where we are? Where we can go?*, en: *Arbitragem e comércio internacional estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*, Umberto Celli Junior, Maristela Basso, Alberto do Amaral Júnior eds., Quartier Latdo Brasil, 675 (2013), 2013.

VEEDER, V. V., *Provisional and Conservatory Measures in Enforcing Arbitration Awards Under the New York Convention: Experience and Prospects*, 21, UN Publication Sales No. E.99.V.2, 1999.

ZULETA, Eduardo, *¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino*, en Tawil, Guido S. y Zuleta, Eduardo (Directores), *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

Las Medidas Cautelares en el Arbitraje de Inversión

Interim measures in Investment Arbitration

Gabriela Álvarez-Ávila¹ y Santiago Palomo Vila²

Resumen

Las medidas cautelares en el arbitraje de inversión tienen por objeto preservar, en caso de urgencia y necesidad, los derechos o intereses de las partes objeto de la disputa que, por conducta de alguna de las partes, se podrían ver amenazados en el curso del procedimiento arbitral. Esencialmente, las medidas cautelares sirven para que se preserve la integridad y objeto del proceso y/o la ejecutabilidad de un eventual laudo. Así, el efecto de las medidas cautelares es el de mantener o restablecer el status quo, según sea el caso, de forma provisional, en tanto se resuelve el asunto sometido al conocimiento y decisión del tribunal arbitral. Conforme a las reglas aplicables al procedimiento, los tribunales arbitrales en materia de inversión gozan de un alto grado de discreción para determinar la viabilidad, o no, de las medidas cautelares, así como para modificarlas o revocarlas según las circunstancias en el caso particular. En ese marco, dichos tribunales han coadyuvado a establecer estándares mínimos para, el examen de viabilidad de las medidas cautelares, entre los que se destacan el de proteger la existencia de un derecho relacionado con la controversia, el que exista urgencia y necesidad, el establecimiento prima facie de jurisdicción, proporcionalidad y no prejuzgamiento sobre el fondo del asunto. Si bien en los últimos tiempos se ha tratado de dar mayor certidumbre en cuanto a los estándares a cumplir para otorgar medidas cautelares, aún quedan retos, en particular, en cuanto al alcance de dichos estándares y las consecuencias del incumplimiento de medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral de inversión.

Abstract

The purpose of interim measures in investment arbitration is to preserve, in case of urgency and necessity, the rights and interests of the disputing parties that could be threatened by acts that occur during the pendency of the arbitration proceedings. Essentially, such measures serve as an instrument to preserve the integrity and purpose of the process and/or the enforcement of a potential award. As such, the effect of interim measures is to maintain or reestablish the status quo provisionally, as the case requires, before the dispute is either decided by the merits or on jurisdictional grounds. In the purview of the applicable rules, investor-State dispute tribunals hold ample discretionary powers to decide whether to grant interim measures and, as the process moves along, to decide if such measures should be modified or revoked if there is any change of circumstances. In that realm, arbitral tribunals have played an important role in establishing minimum standards to examine the merits of such requests. The most relevant standards are: existence of a right relating to the dispute, urgency and necessity, prima facie establishment of jurisdiction, proportionality and no preliminary determination on jurisdictional objections or on the merits. Lately there has been efforts to provide for more

¹ Socia y Líder Regional para Latinoamérica de la práctica de Arbitraje Internacional de DLA Piper. Representa a Estados e inversionistas en arbitrajes de inversión y arbitrajes comerciales internacionales y funge como árbitro ante las instituciones de arbitraje más prominentes a nivel internacional. Correo: gabriela.alvarezavila@us.dlapiper.com.

² Asociado de la práctica de Arbitraje Internacional de la firma DLA Piper en Nueva York. Maestría en Derecho (LLM) por la Universidad de Harvard, Abogado por la Universidad Rafael Landívar en Guatemala. Correo: santiago.palomovila@us.dlapiper.com.

certainty in the articulation of such standards, however there are still important challenges in that space, particularly in the realm of construing the scope of the aforementioned tests and establishing consequences in case such measures are violated by the parties when granted by an arbitral tribunal.

Palabras clave: Arbitraje de inversión, Medidas cautelares, Medidas provisionales, Medidas interinas, Garantía por costos, Urgencia y necesidad, Jurisdicción *prima facie*, Proporcionalidad, Vinculatoriedad, CIADI, *status quo*, CNUDMI, Cumplimiento.

Keywords: Investment arbitration, Interim measures, Provisional measures, Security for costs, Urgency and necessity, *prima facie* Jurisdiction, Proportionality, Binding, ICSID, *status quo*, UNCITRAL, Compliance.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Concepto, naturaleza y fundamento legal de medidas cautelares en el arbitraje de inversión*. 2.1 *Las medidas cautelares como elemento consuetudinario del derecho internacional*. 2.2 *Regulación de las medidas cautelares en los instrumentos internacionales en materia de arbitraje de inversión*. 2.3 *Estándar para el otorgamiento de las medidas cautelares en el arbitraje de inversión*: 2.3.1 *Existencia de un derecho a proteger en conexión con la causa principal*. 2.3.2 *El peligro en la demora y existencia de un riesgo de perjuicio irreparable*. 2.3.3 *La existencia prima facie de una base de jurisdicción y la posibilidad razonable que las pretensiones de la solicitud de arbitraje prosperen*. 2.3.4 *Examen de ponderación*. 2.3.5 *No prejuzgamiento sobre el fondo del asunto*. III. *Garantía por Costos*. IV. *Vinculatoriedad y cumplimiento de las medidas cautelares en el arbitraje de inversión*. V. *Conclusiones*.

I. Introducción

En las últimas dos décadas el arbitraje de inversión, como mecanismo de solución alternativa de controversias, ha tenido un auge sustancial y sus efectos han sido palpables no solo en la práctica del arbitraje *per se* sino en el debate académico dentro del foro jurídico internacional. La evolución práctica y teórica del arbitraje de inversión y el aumento y complejidad de los procedimientos de arbitraje han llevado a discusiones significativas en torno a las aristas procedimentales e incidentales del arbitraje y éstas han adquirido un rol central³. De hecho, en la última década han surgido esfuerzos significativos por capitalizar en las posibles oportunidades de reforma en el edificio del arbitraje de inversión, con el afán de afianzar los cimientos de un modelo más efectivo y moderno de la resolución alternativa de controversias. Así, el ejercicio que desembocó en las recientes reformas a las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)⁴, entre otros, son el reflejo más evidente de ese influjo de colaboración entre instituciones y *stakeholders*.

³ Moure y Vagenheim, “*Las medidas provisionales y cautelares: A propósito de ciertos aspectos recurrentes en el arbitraje de inversiones*”, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito, Ecuador, 3ª Ed, 11 de octubre de 2011, p. 265.

⁴ “*El CIADI publica la versión 2022 de sus Reglamento y Reglas*”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), 22 de junio de 2022, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/el-ciadi-publica-la-version-2022-de-sus-reglamentos-y-reglas>, consultado el 12 de diciembre de 2022.

Uno de los puntos que se ha discutido ha sido la institución de las medidas cautelares en el procedimiento de arbitraje de inversión⁵. Particularmente, ante su relevancia procesal para salvaguardar los intereses de las partes en caso de urgencia y necesidad, así como el desarrollo jurisprudencial que ha ocurrido en esta materia. Un tema que ha atraído en los últimos años particular atención es lo atinente al instituto de la “garantía por costos”⁶ cada vez más protagónico y determinante, particularmente ante lo dilatado y costoso que han resultado los arbitrajes de inversión, y ha habido una evolución considerable en el tratamiento de esta figura jurídica en la última década⁷.

Como se explicará con mayor detenimiento en las siguientes secciones, las medidas cautelares, con mayor o menor detalle, se encuentran reguladas en los principales instrumentos internacionales de la materia, como lo son el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI y Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y tienen la finalidad, como en cualquier otro litigio, de salvaguardar los derechos e intereses en disputa y, ultimadamente, garantizar las resultas del proceso. De la misma manera, los tribunales internacionales y de arbitraje han jugado un rol preponderante en la conceptualización y el establecimiento de estándares mínimos para determinar la viabilidad, alcance y temporalidad para el otorgamiento de medidas cautelares⁸. Si bien, dentro de ese desarrollo no existe una articulación completamente homogénea respecto de las condiciones y estándares aplicables para acoger solicitudes de medidas de carácter interino en el arbitraje de inversión, lo cierto es que el conjunto histórico de decisiones arbitrales ha servido como guía para demarcar los principales elementos que la mayoría de los árbitros toman en consideración cuando se hace uso de la figura de marras. Relevante en ese contexto es, como se dijo, la reciente reforma a las Reglas de Arbitraje del CIADI en las que se realizaron modulaciones importantes en cuanto a las medidas cautelares, entre los que se incluye la regulación de figuras como la “garantía por costos”, mencionada anteriormente, que se había discutido hasta entonces dentro del marco de las medidas cautelares. Si bien las

⁵ “The magnitude and complexity of most international disputes, involving inescapably long periods of time before any decision or amicable settlement can be reached, give the question of provisional measures considerable significance”, ver a Lalive, Pierre, “The First World Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) – Some Legal Problems”, British Yearbook of International Law, Volume 51, Issue 1, 1980, p. 133, disponible en: <https://doi.org/10.1093/bybil/51.1.123>, consultado el 20 de diciembre de 2022.

⁶ El CIADI, respecto del instituto de garantía por costos, explica: “Una parte demandada de una demanda o demanda reconventional puede querer solicitar una garantía por los costos estimados en que incurrirá en el procedimiento”. Ver “Garantía por costos - Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI (Reglas de 2022)”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), 22 de junio de 2022, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/procedimientos/arbitraje/convenio/garantia-por-costos/2022>, consultado el 12 de diciembre de 2022.

⁷ En 2014, en el caso *RSM c. Santa Lucía*, un tribunal arbitral ordenó, por primera vez, la constitución de una caución económica por parte del demandante. Ver *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB12-10, Decisión sobre el cautio judicatum solvi, 13 de agosto de 2014.

⁸ Los autores explican que, sin bien la mayoría de las reglas de arbitraje permiten otorgar medidas cautelares a discreción del tribunal arbitral, poca orientación se da en los relacionados instrumentos internacionales respecto de cómo debe ejercerse ese poder. Así, indican que los árbitros tradicionalmente se han abocado a conceptos comunes en la mayoría de los sistemas legales del mundo en cuanto a la viabilidad de conferir dichas medidas tales como la necesidad de establecer de antemano el posible mérito del caso y el riesgo de daño serio e irreparable en el caso de que no se otorgasen las medidas pretendidas. Para el efecto, indican que las decisiones sobre medidas cautelares de los tribunales arbitrales constituidos bajo las reglas del CIADI son ilustrativas para demarcar los elementos que los árbitros generalmente toman en consideración cuando se hace una solicitud de medidas provisionales. Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5a. Ed, Nueva York, Oxford University Press, 2009. p. 322.

reformas, por si solas, no terminan, ni terminarán, de zanjar el debate respecto del tópico en cuestión, las regulación de las medidas cautelares contenidas en instrumentos internacionales de gran relevancia para el arbitraje de inversión tales como en el Convenio y Reglas del CIADI y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y la profundización respecto de los posibles espacios de reforma, sin duda, coadyuvan en el ejercicio intelectual de precisar la operatividad del relacionado mecanismo procesal y a armonizar las diferentes interpretaciones que han surgido alrededor de la figura a lo largo de los años.

De esa suerte, el presente aporte busca sumar a la ya avanzada discusión respecto de las medidas cautelares para dotar de mayor precisión conceptual y entendimiento de esta institución considerando la práctica reciente. Ciertamente, el objetivo de este trabajo no es agotar un debate que, por su complejidad y evolución, seguirá siendo objeto de profunda investigación y discusión tanto en plano práctico como teórico y, sin duda, persistirá en presentar nuevos y más complejos retos hacia delante.

Bajo ese prisma, este artículo se dividirá de la siguiente manera: i. Definición del concepto de medidas cautelares en el arbitraje de inversión y articulación de sus principales características y fundamentos legales; ii. Identificación de los elementos que han sido desarrollados por los tribunales internacionales y la doctrina respecto de la viabilidad de las medidas cautelares; iii. Explicación de la figura de la “garantía por costos” y su incipiente evolución en el arbitraje de inversión; iv. Vinculatoriedad de las medidas cautelares en las demandas de inversión y efectos de su incumplimiento; por último, v. Conclusiones respecto del análisis realizado.

II. Concepto, naturaleza y fundamento legal de medidas cautelares en el arbitraje de inversión

Como punto de partida, es meritorio formular una aproximación conceptual de la figura de las medidas cautelares en el arbitraje de inversión, determinar si las medidas cautelares forman parte de la costumbre internacional y extraer el fundamento legal de su existencia en el marco de los principales instrumentos internacionales de la materia.

Resulta importante destacar que, por cuestiones prácticas y con el afán de no confundir al lector, se utilizaran indistintamente los conceptos de “medidas cautelares”, “medidas provisionales”, “medidas precautorias” y/o “medidas interinas”, ya que, tanto en la práctica arbitral como en la doctrina, los conceptos son intercambiables y son frecuentemente utilizados con el mismo objetivo y proposición⁹. El título del presente trabajo utiliza el concepto de “medidas cautelares”, por lo que será la denominación mayormente utilizada, más no exclusiva, a lo largo del artículo, para tratar de extraer el significado de la figura procesal en cuestión.

Así, debe destacarse que, aunque el instituto de las medidas cautelares en el arbitraje de inversión opera con una serie de aristas y características particulares¹⁰ -que se desarrollarán a

⁹ Los autores precisan: “Such orders take different forms and are known by different names. In the Model Law and in the UNCITRAL Rules they are known as ‘interim measures of protection’. In the English version of the ICC Rules, they are known as ‘interim or conservatory measures’, whilst in the Swiss Law governing international arbitration they are referred to as ‘provisional or conservatory measures’. Whatever their designation, however, they are intended in principle to operate as holding orders to protect the status quo pending the outcome of the arbitral process”, Redfern, Alan y Hunter, Martin, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5a. Ed, Nueva York, Oxford University Press, 2009.p, 321.

¹⁰ “El arbitraje CIADI se distingue del arbitraje comercial internacional, en materia de medidas provisionales y cautelares, por la prohibición hecha a las partes, salvo acuerdo en contrario, de recurrir a

detalle en los capítulos siguientes- los presupuestos básicos de las medidas cautelares, en cuanto a elementos habilitantes y efectos en el proceso, no varían sustancialmente con aquellos presupuestos doctrinales de las medidas cautelares propias de los procedimientos internacionales y judiciales. Como en cualquier otro proceso litigioso, la razón de ser de las medidas cautelares es, fundamentalmente, la de garantizar los resultados del proceso en las que se solicitan, para que el órgano decisorio pueda analizar y resolver la cuestión jurídica puesta a su conocimiento y decisión sin que se perjudiquen los derechos e intereses de las partes en disputa¹¹ o, prospectivamente, se comprometa la ejecutabilidad de un eventual laudo en el marco del proceso ventilado.

Así, las medidas cautelares generalmente - incluyendo en el arbitraje de inversión- se caracterizan por ser instrumentales, provisionales, o temporales, revocables, modificables, excepcionales y discrecionales¹². Es decir que las medidas cautelares tienen un carácter evidentemente excepcional e incidental en tanto su objeto no es el de poner fin al procedimiento o resolver las principales pretensiones de fondo en disputa, sino la de constituirse como un instrumento procesal al servicio de las partes en contienda, limitado por el alcance temporal conferido por el órgano decisorio, que garantiza el adecuado desenvolvimiento del arbitraje de inversión para que el tribunal arbitral este en la mejor posición para tomar una determinación sobre la controversia *sub litis*. Como su propio nombre señala, las medidas son “cautelares”, por cuanto buscan mantener una situación jurídica, preservar un derecho vinculado al proceso o evitar un daño futuro, al momento de su adopción, o, por su parte, reestablecer el *status quo* existente al momento de iniciarse la controversia, por el acaecimiento de una situación de imperiosa urgencia y necesidad, en tanto se dirima la controversia por el tribunal arbitral. En suma, el objetivo es impedir que se asuman acciones que tornen gravosa o dilaten la solución de la controversia.

Ya el tribunal arbitral en el caso *Pey Casado* moduló las anteriores proposiciones con meridiana claridad, al razonar:

“las medidas provisionales tienen, particular y especialmente, como objeto preservar y proteger la eficacia de la decisión a dictarse sobre el fondo del asunto y, por lo tanto, evitar ‘que se perjudique la ejecución del laudo’, o impedir que una de las partes, por acción u omisión, atente, de manera

las jurisdicciones estatales para solicitar medidas provisionales o cautelares, sea antes o después de la constitución del tribunal arbitral”, Gonzalez Napolitano, Silvina, “Medidas Provisionales en la solución de controversias de inversión”, en Meg Kinneer y Campbell McLachlan (Ed), ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Oxford University Press, Volume 31, Issue 3, P. 533. Ver también Moure y Vagenheim. Op. Cit. p. 280

¹¹ Moure y Vagenheim, Op. Cit. p. 266.

¹² La Doctora Gonzalez Napolitano precisa cada una de las características apuntadas de la siguiente manera: *“son instrumentales (accesorias a un procedimiento principal), provisionales o temporales (subsisten mientras dure la situación de urgencia que las motivó), revocables (pueden ser terminadas antes del dictado de la sentencia), modificables (pueden ser modificadas en cualquier momento), excepcionales (solo proceden en caso de necesidad y urgencia) y discrecionales (los tribunales están facultados, aunque no obligados a concederlas)”*, Ibid.

*unilateral, contra los derechos eventuales de la parte contraria*¹³ -el énfasis es propio-

Importante es mencionar que, para que una medida cautelar pueda otorgarse, o si quiera considerar su mérito, el tribunal debe constatar que no es manifiestamente incompetente para conocer de la controversia. Dicha determinación resulta fundamental, en tanto que, previo al conocimiento y análisis sobre la viabilidad de cualquier requerimiento cautelar, el tribunal arbitral debe constatar que, al menos, existe una base razonable sobre la cual su jurisdicción pueda ser establecida. Como lo explican Mourre y Vagenheim, el ejercicio de mérito “*permite a los árbitros verificar que no son manifiestamente incompetentes y, evitar así, adoptar medidas que estarían destinadas a ser revocadas, y que pudieran ocasionar un perjuicio al demandado*”¹⁴. En un segmento capitular posterior, se regresará a este presupuesto para desarrollar ampliamente su contenido y alcances, según la doctrina, normativa y estándares jurisprudenciales aplicables. Lo importante por el momento es establecer que, en cualquier incoación de medidas precautorias en un arbitraje de inversión, debe mediar inteligiblemente, competencia *prima facie* de parte del órgano ante quien se presentan para hacer la determinación correspondiente respecto de la solicitud de medidas interinas¹⁵.

Es de resaltar que en el marco del arbitraje CIADI, se ha discutido si los comités *ad hoc* que conocen de los procedimientos de anulación tienen o no el poder de dictar medidas cautelares, puesto que el artículo 52 (4) del Convenio en principio excluye la aplicación del artículo 47 del Convenio a estos procedimientos, aunque al mismo tiempo dicho artículo 52 (4) permite la aplicación *mutatis mutandis* del capítulo VI que incorpora la Regla 47 sobre medidas provisionales.¹⁶ Los comités *ad hoc* en los casos *Libananco Holdings c. República de Turquía* y *Border Timbers Limited c. República de Zimbabue* abordaron este tema, pero prefirieron dejarlo sin respuesta al considerar que no necesitaban decidir si tenía o no facultad para dictar dichas medidas, pues las solicitantes no habían cumplido con los requisitos sustantivos para que se dictaran las mismas.¹⁷ En todo caso, el comité *ad hoc* de *Border Timbers Limited* consideró oportuno recordar a las partes su obligación de no adoptar medidas que pudiesen

¹³ *Víctor Pey Casado – Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2/, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001, parra. 26.

¹⁴ Mourre y Vagenheim. Op. Cit. p.270.

¹⁵ Dicha acotación resulta relevante por cuanto que la Regla 47 (7) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, por ejemplo, contiene disposición específica respecto a que las partes pueden convenir en el instrumento contentivo del consentimiento al arbitraje que una autoridad judicial, o de otra naturaleza, puedan conocer de solicitudes de medidas provisionales. Por su parte, el Reglamento de la CNUDMI en el artículo 26 (9) prescribe que la solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no será tenida por incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.

¹⁶ El artículo 52 (4) establece que “las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicarán, *mutatis mutandis*, al procedimiento ante la Comisión”.

¹⁷ *Libananco Holdings v. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales, 7 de mayo de 2012, Párra. 16-18; *Border Timbers Limited c. República de Zimbabue*, Caso CIADI No. ARB/10/25, Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales, 17 de marzo de 2016, párra. 31-33.

agravar la disputa,¹⁸ que generalmente es un tipo de medidas que adoptan tribunales arbitrales CIADI.

Con base en lo anterior, se puede definir a las medidas provisionales como aquellas acciones o abstenciones dispuestas por los árbitros internacionales, *prima facie* competentes en un asunto, en caso de urgencia y necesidad¹⁹, con el fin de salvaguardar los derechos de los sujetos procesales o los bienes objeto del litigio, así como la eficacia del propio proceso, incluyendo la protección de los medios de prueba y las personas a él vinculadas, o de impedir que se agrave o extienda la controversia, mientras esté pendiente el laudo final o el proceso principal²⁰.

Las medidas cautelares pueden en consecuencia referirse tanto a aspectos propios del proceso en marcha como a derechos sustanciales que se encuentran vinculados al arbitraje en el que se solicita la medida o medidas interinas. Como lo explican Mourre y Vagenheim, ya citados, las medidas provisionales en el marco de un arbitraje de inversión pueden emitirse tanto para la “*administración del procedimiento como a derecho sustanciales de las partes*”²¹. Concretamente, durante la conducción del procedimiento, puede que se haga necesario para el Tribunal ordenar medidas interinas con el objetivo de preservar, entre otras cosas, la evidencia, los potenciales testigos que podrían ser parte del proceso, proteger los activos objeto de la disputa, evitar que una de las partes lleva a cabo acciones que ocasionarían daño o menoscabo al procedimiento arbitral o, de cualquier otra forma, mantener el *status quo* del asunto hasta que se emita una decisión definitiva²². Como se verá con mayor detenimiento más adelante, las principales regulaciones respecto de las medidas cautelares no prescriben ni detallan las diferentes variantes de medidas cautelares, sino que, en todo caso, lo que los instrumentos internacionales aplicables confieren al tribunal es discreción para decidir sobre el mérito de cualquier solicitud de medida cautelar y, además, prescribir la forma que deben tomar para preservar la situación cautelable.

Por ejemplo, en un caso reciente ante el CIADI, el tribunal arbitral relacionado ordenó al Presidente de México a que se abstuviera de emitir declaraciones públicas respecto del arbitraje de inversión de mérito, en tanto que podría impactar la integridad del procedimiento y agravarse la disputa de continuarse con las acciones controvertidas. El análisis del tribunal fue que las constantes declaraciones emitidas por el Jefe de Estado en relación a las pretensiones del demandante eran contrarias al principio de no agravación de la disputa y que no habría

¹⁸ *Border Timbers Limited c. República de Zimbabue*, Caso CIADI No. ARB/10/25, Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales, 17 de marzo de 2016, parra. 37.

¹⁹ “*Otro principio firmemente establecido es que sólo pueden concederse medidas provisionales en situaciones de necesidad y urgencia, para proteger derechos que a falta de esas medidas se perderían definitivamente. Es un hecho no controvertido que las medidas provisionales son medidas extraordinarias, que no pueden recomendarse a la ligera*”, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre medidas provisionales, 17 de agosto de 2007, parra. 59.

²⁰ Gonzalez Napolitano, Silvina “*Obligatoriedad y Eficacia de la Medidas Provisionales en la Jurisdicción Internacional*”, 1ed, Buenos Aires, 2008, disponible en: <http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/75/medidas-provisionales-en-jurisdic...>, consultado el 1 de noviembre de 2022.

²¹ Mourre y Vagenheim. Op. Cit. p. 267.

²² Redfren, Alan y Hunter, Martin. Op. Cit. p. 321.

manera de reparar los posibles daños ocasionados ante la subsistencia de esa situación²³. Como esta situación ilustra, las medidas cautelares no pueden enmarcarse en un número limitado de variantes operativas, sino que, por el contrario, pueden tomar la forma que estime el tribunal para proteger los derechos que a falta de esas medidas se perderían definitivamente.

De igual manera, por la *raison d'être* de las medidas cautelares, en el proceso arbitral en materia de inversión generalmente no existe una limitación temporal para incoarlas²⁴. Precisamente, con el objeto de cumplir con garantizar que ninguna acción presente o futura ponga en riesgo la adecuada y efectiva solución de la controversia, generalmente las medidas cautelares pueden solicitarse en cualquier momento del proceso en materia de inversión, inclusive antes de la constitución del tribunal arbitral o tiempo después de enderezada la solicitud de arbitraje²⁵. Este último aspecto es relevante, por cuanto que la actual regulación en los principales instrumentos internacionales no establece una limitación en cuanto a la oportunidad que tienen las partes para poder solicitar medidas cautelares. Por ejemplo, algunos de estos instrumentos ya contemplan que se pueda solicitar medidas cautelares previo a la constitución del tribunal arbitral y, además, detallan la forma en la que se le dará tratamiento a cualquier gestión incoada en ese escenario²⁶. Algunos reglamentos de arbitraje contienen la figura de árbitro de emergencia, que permite dictar este tipo de medidas por un árbitro nombrado para tal efecto de manera expedita inclusive antes de que se presente la solicitud de arbitraje.²⁷

En ese marco, puede afirmarse que la finalidad de las medidas cautelares en el arbitraje de inversión es las de garantizar, la solución pacífica de controversias por medio de los mecanismos que las partes han dispuestos para tal efecto y disminuir la tensión que puede surgir entre las partes durante el curso de un procedimiento arbitral²⁸. En ese sentido, la más

²³ “The Tribunal therefore considers that public comments made by Mexico’s President on the Claimant’s claims and damages sought in these proceedings jeopardize the integrity of the arbitral process and are tantamount to prosecution of the dispute in the media and other public for a, contrary to the non-aggravation of the dispute. Such harm is irreparable, in the sense that it cannot be compensated by damages. Subject to its consideration on urgency below, the Tribunal therefore finds it necessary to issue a recommendation in relation to this item”, *Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No.ARB/19/1, Orden Procesal No. 7. parra. 93.

²⁴ “En cualquier momento, una parte puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para salvaguardar sus derechos”, Regla 47 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Ver también, “El tribunal podrá, a instancia de las partes, otorgar medidas cautelares”, Artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

²⁵ Gonzalez Napolitano (2016). Op. Cit. p. 513. Ver también *Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No.ARB/19/1, Orden Procesal No. 7, parra.89 (“The fact of the late stage of the arbitration proceedings does not, in the Tribunal’s view, render this provisional measure less necessary or lessen the harm suffered to the aggravation of the dispute”).

²⁶ Ver, por ejemplo, la Regla 39 (1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI que regula: “Si una parte presenta una solicitud en virtud del párrafo (1) 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”.

²⁷ Ver, por ejemplo, Apéndice V del Reglamento de Arbitraje de la ICC. Las Reglas de Arbitraje ICC también son utilizadas en el marco de arbitraje de inversión si esta una opción incluida en un tratado de inversión o en una cláusula de arbitraje.

²⁸ “Sin duda las medidas provisionales en tanto sean efectivas y eficaces contribuyen a la solución de controversias y, en consecuencia, al mantenimiento de la paz...Es decir que, a través de una medida provisional -aún genérica- podría disminuirse el estado de tensión existente entre las partes litigantes”. Ver, Gonzalez Napolitano (2008), Op. Cit. p. 63-64.

importante salvaguarda que confiere las medidas cautelares es que ninguna de las partes lleve a cabo acciones u omita cumplir con ciertas obligaciones que entorpezcan que el tribunal arbitral este en posición de emitir una decisión definitiva al respecto. De igual manera, la adopción de medidas precautorias permite que, en última instancia, el laudo que sea emitido por el tribunal pueda ser ejecutable hacía las partes. Importante es acotar que, siendo que el influjo más importante para el otorgamiento de las medidas cautelares es que exista, al momento de solicitarlas, una situación de urgencia y necesidad, si dicha situación cesa en cualquier momento dentro del curso del procedimiento, puede el tribunal arbitral revocar o modificar tales medidas en el marco de su discreción y según las circunstancias particulares del caso.

En suma, las medidas cautelares se proyectan como una herramienta pertinente para las partes contendientes, en caso de necesidad, para proteger sus derechos, contrarrestando cualquier efecto perjudicial ocasionado con el paso del tiempo, sin que ello prejuzgue en las etapas subsiguientes del procedimiento.

2.1. Las medidas cautelares como elemento consuetudinario del derecho internacional

Una de las interrogantes que pervive en la doctrina es si las medidas cautelares, como herramienta procesal en el arbitraje de inversión, encuentran su origen en la costumbre internacional²⁹. La premisa discursiva es que la costumbre constituye una de las fuentes que da vida a la institución de las medidas cautelares, en tanto que una de las obligaciones que tienen las partes de un proceso, en el prisma del derecho internacional, es la de abstenerse de cualquier acto que pudiera anular el resultado de un laudo que prospectivamente dicte el tribunal arbitral³⁰. Es así como el tribunal arbitral en el caso *Víctor Pey Casado*, analizando el artículo 47 del Convenio del CIADI, indicó:

*“lo dispuesto en el artículo anterior no constituye de ninguna manera una innovación en la historia de la jurisdicción internacional; es inspiración directa del artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, motivo por el cual, resulta de especial interés examinar las decisiones, que tanto dicha Corte como su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, han adoptado en el pasado en materia de medidas provisionales”*³¹

Reflejo de lo anterior, también es la práctica, cada vez más común, de incorporar cláusulas expresas en los instrumentos internacionales respecto de medidas provisionales. Tal es el caso de la regulación contenida en el Convenio del CIADI y sus Reglas de Arbitraje y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que serán desarrolladas más adelante. También los Estados han incorporado medidas expresas a este respecto en tratados con capítulos sobre inversión.³²

²⁹ Gonzalez Napolitano (2008). Op. Cit. P.107

³⁰ Loc. Cit. P.108.

³¹ *Víctor Pey Casado – Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No.ARB/98/2/, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001, Parra. 2.

³² Ver por ejemplo Artículo 1134 del TLCAN y Artículo 14-D-7 (9) del TMEC.

2.2. Regulación de las medidas cautelares en los instrumentos internacionales en materia de arbitraje de inversión

Como ya se indicó anteriormente, los reglamentos de arbitraje con base en los cuales se incoa más frecuentemente arbitrajes de inversión contienen prescripciones específicas en cuanto a medidas cautelares se refiere y, aunque en gran medida existe similitud entre las respectivas regulaciones, cada instrumento tiene sus aristas y elementos particulares que serán tratados individualmente. Cabe destacar que no existe una denominación uniforme de las mismas.

Por ejemplo, el Convenio del CIADI en su artículo 47 y la Regla 47 de las Reglas de Arbitraje del CIADI se refieren a “*medidas provisionales*”³³. En inglés, se utiliza el término “*provisional measures*”, mientras que en francés son denominadas “*mesures conservatoires*”; sin embargo, las expresiones son sinónimo de la expresión en inglés de “*interim measures*” que se utiliza en la articulación de las reglas de otros tribunales en el foro internacional³⁴.

Así, el artículo 47 del Convenio establece:

*“Salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes”*³⁵

Debe destacarse que, si bien el artículo 47 del Convenio recurre al verbo “*recomendar*” en cuanto a la facultad del tribunal para poder adoptar medidas cautelares, se ha confirmado por los tribunales arbitrales el carácter vinculante de cualquier medida cautelar que sea adoptada por un tribunal arbitral CIADI³⁶. Importantemente, dicha tendencia surge como consecuencia del paradigmático fallo *LaGrand* de la Corte Internacional de Justicia, en la que ese tribunal internacional confirió carácter vinculante a las medidas cautelares otorgadas en el marco de los procesos puestos a su conocimiento y decisión³⁷. Esa tendencia es la que prevalece hoy, no solo en los arbitrajes de inversión administrados por el CIADI, sino que en los arbitrajes administrados bajo las reglas de otros instrumentos. Se regresará a este punto más adelante.

Por su parte, la Regla 47 de las Reglas de Arbitraje del CIADI³⁸, desarrolla con mayor precisión el contenido y alcances de esta institución jurídica. Particularmente, la Regla 47 demarca el

³³ Regla 47 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones: “(1) *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...*”.

³⁴ Ver por ejemplo Artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de la ICC de enero de 2021.

³⁵ Artículo 47 del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI): “*Salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes*”.

³⁶ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No.ARB/97/7, Resolución Procesal No.2, 28 de octubre de 1999.

³⁷ *Victor Pey Casado – Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No.ARB/98/2/, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001, parra. 19.

³⁸ Previo a la entrada en vigor de las reformas del 2022, las medidas provisionales en las Reglas de Arbitraje del CIADI se encontraban reguladas en la Regla 39 del citado reglamento. Esta regla fue modificada por el

ámbito de oportunidad que tienen las partes para solicitar al tribunal arbitral la adopción de una particular medida cautelar, las condiciones habilitantes para el otorgamiento de las medidas, el procedimiento que se debe ventilar, los elementos que debe considerar el tribunal arbitral para el otorgamiento de cualquier medida, las circunstancias que deben prevalecer para el mantenimiento de la medida, entre otros. A saber, la disposición mencionada establece:

(1) *En cualquier momento, una parte puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para salvaguardar sus derechos, incluyendo medidas para:*

(a) *impedir acciones que probablemente ocasionen un daño actual o inminente a la parte o un menoscabo al proceso arbitral;*

(b) *mantener o restablecer el status quo hasta que se decida la diferencia; o*

(c) *preservar los medios de prueba que pudieran ser relevantes para la resolución de la diferencia.*

(2) *Se aplicará el siguiente procedimiento:*

(a) *la solicitud deberá especificar los derechos que se pretenden salvaguardar, las medidas solicitadas, y las circunstancias que requieren la adopción de tales medidas;*

(b) *el Tribunal deberá fijar plazos para las presentaciones sobre la solicitud;*

(c) *si una parte solicita medidas provisionales antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá fijar plazos para los escritos sobre la solicitud, de tal forma que el Tribunal pueda considerar la solicitud con prontitud una vez constituido; y*

(d) *el Tribunal emitirá la decisión sobre la solicitud dentro de los 30 días siguientes a lo que suceda de último, sea la constitución del Tribunal o la última presentación sobre la solicitud.*

(3) *Al decidir si recomienda medidas provisionales, el Tribunal deberá considerar todas las circunstancias relevantes, incluyendo:*

(a) *si las medidas son urgentes y necesarias; y*

(b) *el efecto que dichas medidas puedan tener en cada una de las partes.*

(4) *El Tribunal podrá recomendar medidas provisionales de oficio. El Tribunal también podrá recomendar medidas provisionales distintas de aquellas solicitadas por una parte.*

Consejo Administrativo del CIADI con el objetivo de brindar mayor certeza respecto de los requisitos de procedencia y tipos de medidas que se pueden otorgar.

(5) *Una parte deberá revelar con prontitud cualquier cambio sustancial en las circunstancias en las que se basó el Tribunal al recomendar las medidas provisionales.*

(6) *El Tribunal podrá modificar o revocar las medidas provisionales en cualquier momento, de oficio, o a solicitud de una de las partes.*

(7) *Una parte podrá solicitar a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que adopte medidas provisionales si dicho recurso se permite en el instrumento que contiene el consentimiento de las partes al arbitraje.*

La recientemente enmendada la Regla 47 tiene por objeto dotar de mayor certidumbre a la operatividad de las medidas cautelares en el arbitraje de inversión y recoger de manera clara las condiciones que una parte debe cumplir para que se puedan otorgar dichas medidas.

De la misma manera, resulta relevante destacar que la redacción provee a los tribunales arbitrales constituidos en el marco del CIADI de un procedimiento más detallado, con etapas y plazos específicos, para tramitar las solicitudes de medidas cautelares incoadas por las partes. Esto con el fin de eficientizar el proceso y hacerlo más expedito. Además, la disposición es clara en cuanto al deber de los tribunales de dar oportunidad a ambas partes de pronunciarse en cuanto a cualquier solicitud que se haga en ese marco. Así, las Reglas del CIADI no contemplan la posibilidad de otorgamiento de medidas cautelares *inaudita parte*; es decir, sin notificación a la parte contraria³⁹.

Por último, destaca la estipulación respecto al poder del tribunal arbitral de dictar medidas provisionales de forma oficiosa, de determinarse la concurrencia de la situación cautelable, e inclusive de dictar medidas cautelares distintas a aquellas solicitadas por la parte requirente.

Ahora bien, en cuanto a los otros instrumentos internacionales en materia de arbitraje, el artículo 26 de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) las denomina “*medidas cautelares*”. En el reglamento de 1976 del citado reglamento se nominaban “*medidas provisionales de protección*”, pero con las revisiones de 2010 quedó instituido el concepto de “*medidas cautelares*”⁴⁰.

³⁹ Resulta meritorio destacar que el punto en relación al otorgamiento de medidas cautelares, sin notificación a la parte contraria, no ha escapado de la polémica en las discusiones del foro internacional. Como postulan Mourre y Vagenheim “*la posibilidad para los árbitros de ordenar medidas provisionales ex parte...ha suscitado, como sabemos, un intenso debate...*”, Mourre y Vagenheim. Op. Cit. P.286. En ese marco, es importante indicar que la Ley Modelo de la CNUDMI, en sus modificaciones de 2006, incorporó dentro de su texto un apartado específico sobre “órdenes preliminares”, las cuales son, esencialmente, medidas cautelares *inaudita parte*; sin embargo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no regula nada al respecto. Como postulan dichos autores, un signo del escepticismo respecto de la figura es “*que la posibilidad de ordenar medidas ex parte no fue retomada en la versión 2010 del Reglamento de arbitraje del CNUDMI*”, Loc. Cit. P. 287. Ver también Sabahi, Borzu, Rubins, Noah y otros, “*Investor-State Arbitration*”, 2a Edición, Oxford University Press, 2019. P. 254, “*provisions of the Model Law on interim measures that were new and had given rise to diverging views within the Working Group would not be included in the Rules so as not to endanger the Rules’ wide acceptability*”.

⁴⁰ Artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010).

La regulación del reglamento es amplia y desarrolla no solo el concepto⁴¹ y su objeto, si no el tipo de medidas que se pueden otorgar, el procedimiento que se debe ventilar, las condiciones y la ejecutabilidad y vinculatoriedad de tales medidas. El artículo 26 (2), del Reglamento prescribe que el tribunal arbitral podrá ordenar que una de las partes:

“a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.”

Un aspecto relevante del Reglamento es que, similar a las modificaciones de las Reglas de Arbitraje de 2022 del CIADI, sus disposiciones actualmente desarrollan el test o estándar a aplicar por los tribunales arbitrales con el objeto de determinar la viabilidad de otorgar medidas cautelares. Esa falta de orientación fue atendida con las modificaciones del reglamento que, a su vez, en gran medida se nutrieron de las modificaciones ocurridas a la Ley Modelo de 2006⁴². El artículo 26 (3), cuyo acápite reza *“Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares”*, prescribe que el requirente de la medida debe convencer al tribunal de que:

“a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal”⁴³

Como explican Redfern y Hunter, el estándar desarrollado en este artículo sigue la tendencia de la práctica arbitral que se había venido desarrollando previo a 2006 y confirma los elementos clave que deben ser considerados al solicitarse una medida cautelar en un arbitraje de inversión⁴⁴. A saber: i. el riesgo de daño irreparable en caso la medida no sea acogida; ii. el daño a la parte requirente debe ser mayor al daño ocasionado a la otra parte en caso de que la medida cautelar sea acogida (examen de proporcionalidad); y iii. La posibilidad razonable de que la demanda prospere en cuanto al fondo de las pretensiones.

No solamente los principales instrumentos internacionales en materia de arbitraje desarrollan lo tocante a medidas provisionales. Hoy otros tratados bilaterales o multilaterales de inversión, en ciertos casos, desarrollan elementos particulares en cuanto a la incoación de medidas cautelares en los procedimientos de resolución de controversias. Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) regula, en su artículo 1134, un apartado

⁴¹ *“Por medida cautelar se entenderá 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...”*, artículo 26 (2) del Reglamento de la CNUDMI (revisado en 2010).

⁴² Sabahi, Borzu, Op. Cit. P. 251.

⁴³ Artículo 26 (3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010).

⁴⁴ Redfern y Hunter. Op. Cit. pP. 323.

específico sobre “medidas provisionales”. A guisa de ejemplo y para efectos ilustrativos, se prescribe la disposición apuntada:

*“un tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de una Parte contendiente, u órdenes para proteger la jurisdicción del tribunal. Un tribunal no podrá ordenar el embargo, ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria a la que se refiere el artículo 1116 o 1117. Para efectos de este párrafo, orden incluye recomendación”*⁴⁵.

2.3. Estándar para el otorgamiento de las medidas cautelares en el arbitraje de inversión

Zanjado lo anterior, es menester incursionar en los principales estándares que los tribunales arbitrales han desarrollado con respecto al otorgamiento de medidas cautelares en materia de inversión. Numerosos laudos arbitrales y artículos académicos han intentado proveer de una plataforma respecto de los elementos necesarios y precondiciones que deben concurrir en la disputa internacional para poder conferir las medidas cautelares⁴⁶.

Estos requisitos, fundamentalmente son: i. la existencia de un derecho a proteger en conexión con el proceso; ii. Urgencia y necesidad; iii. Daño grave e irreparable; iv. Jurisdicción *prima facie*; y v. no prejuzgamiento en el fondo del asunto.

2.3.1. Existencia de un derecho a proteger en conexión con la causa principal

El primero de los presupuestos habilitantes que han considerado los tribunales arbitrales se refiere a que la solicitud de medidas cautelares por alguna de las partes debe, necesariamente, estar vinculada a algún derecho o circunstancia objeto de la causa litigada. Como lo establece el artículo 47 del Convenio del CIADI, el tribunal podrá dictar medidas provisionales con el objeto de “*salvaguardar los respectivos derechos de las partes*”⁴⁷. El examen se limita a que,

⁴⁵ Artículo 1134 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (adoptado el 17 de septiembre de 1992, en vigor desde el 1 de enero de 1994) (TLCAN). El Anexo 14 D, relativo a la Solución de Controversia entre Estados Unidos y México, del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), contiene una disposición similar a la del TLCAN. El artículo 14. D. 7 (4) (9) del referido anexo establece: “*Un tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de una parte contendiente, o para asegurar el pleno ejercicio de la jurisdicción del tribunal, incluida una orden para preservar las pruebas en posesión o control de una parte contendiente o para proteger la jurisdicción del tribunal. Un tribunal no podrá ordenar el embargo ni la suspensión de la aplicación de una medida presuntamente violatoria referida en el Artículo 14.D.3 (Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje). Para los efectos de este párrafo, una orden incluye una recomendación*”.

⁴⁶ José Fernández, en su artículo respecto de la necesidad de adoptar el estándar para el otorgamiento de medidas cautelares establecido en el artículo 17 (a) de la Ley Modelo del CNUMDI, indica que la mayoría de las reglas de las instituciones internacionales de arbitraje no articulan un estándar aplicable que debe concurrir en la disputa para obtener medidas cautelares, ver: Sanchez, Jose F. “*Applying the Model Law’s Standard for Interim Measures in International Arbitration*”, *Journal of International Arbitration* 37, no. 1 (2020), P. 53.

⁴⁷ Artículo 47 del Convenio del CIADI.

en la solicitud de medidas cautelares, quien las requiere compruebe la existencia preliminar de un interés jurídico objeto de la prospectiva protección perseguida⁴⁸.

El problema radica en determinar cuál es la carga que tiene el requirente de las medidas cautelares para comprobar e identificar los derechos que pretende tutelar con la gestión. Aquí, las modificaciones de las Reglas de Arbitraje del CIADI han resultado oportunas en tanto que, como quedó identificado anteriormente, el párrafo 1 de la Regla 47 ya desglosa tres estamentos puntuales que debe considerar el tribunal arbitral para decidir sobre el otorgamiento, o no, de medidas provisionales⁴⁹. Antes, la disposición referida únicamente hacía referencia, de forma abstracta, a la carga de los peticionarios de demostrar la necesidad de adoptar medidas para la “*salvaguardia de sus derechos*”, teniendo que especificar tales derechos, las medidas requeridas y la concurrencia de las circunstancias habilitantes⁵⁰.

La carga a cumplir por la parte solicitante de medidas cautelares ha sido evaluada de manera diferente dependiendo de los tribunales arbitrales y de la naturaleza de las medidas solicitadas. En el caso *Maffezini*, el tribunal arbitral asumió una posición más restrictiva y rigurosa respecto de la carga que tenían los solicitantes de las medidas cautelares. El tribunal, al conocer sobre la solicitud de España de que se constituyera una garantía o caución por parte del demandante para garantizar las costas del proceso ya que, a su juicio, el demandante no iba a ser exitoso en sus pretensiones, estimó que su análisis no podía partir de hipotéticos, sino que el ejercicio intelectual en cuanto al requerimiento debía basarse en derechos existentes al momento de la solicitud⁵¹. Así, el tribunal no acogió la solicitud relacionada estimando que las expectativas sobre el éxito o el fracaso en un caso arbitral se basaban en conjeturas⁵².

En el caso de *Víctor Pey Casado*, el tribunal hizo hincapié en que, por la naturaleza de urgencia de las medidas cautelares, “*no podría exigir, como una condición previa al otorgamiento de una recomendación, de acuerdo con la regla 39 del Reglamento, la prueba por parte del solicitante de la existencia, de la realidad o de la actualidad de los derechos que la medida solicitada pretende salvaguardar o proteger*”⁵³. En ese marco, el tribunal remarcó que, en la etapa de análisis en cuanto a la viabilidad del otorgamiento de una medida cautelar, puede, en algunos casos, no acarrear ninguna dificultad; sin embargo, en muchos otros, podría “*obligar al Tribunal de Arbitraje a prejuzgar sobre el fondo, en un momento en donde precisamente no está en medida de juzgar, y bajo hipótesis en la que, por definición, la constancia o prueba de*

⁴⁸ Gonzalez Napolitano (2016). Op .Cit. P. 515.

⁴⁹ (a) *impedir acciones que probablemente ocasionen un daño actual o inminente a la parte o un menoscabo al proceso arbitral; (b) mantener o restablecer el status quo hasta que se decida la diferencia; o (c) preservar los medios de prueba que pudieran ser relevantes para la resolución de la diferencia.*

⁵⁰ Regla 39 del Reglamento de Arbitraje del CIADI (como fueron enmendados y entraron en vigencia el 10 de abril de 2006).

⁵¹ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No.ARB/97/7, Resolución Procesal No.2, 28 de octubre de 1999, Parra. 13.

⁵² *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No.ARB/97/7, Resolución Procesal No.2, 28 de octubre de 1999, Parra. 20.

⁵³ *Víctor Pey Casado – Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No.ARB/98/2/, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001, Parra. 46.

la existencia o realidad del derecho invocado no podría aportarse más que más tarde, mediante el laudo arbitral sobre el fondo del asunto”⁵⁴.

De esa suerte, lo que generalmente se exige de los solicitantes de las medidas cautelares es establecer, *prima facie*, que el objeto del requerimiento versa sobre asuntos propios del procedimiento arbitral ventilado o que articule, inteligentemente, la verosimilitud de los derechos sustantivos invocados y el mérito del otorgamiento de las medidas pretendidas en el marco de las pretensiones del caso.

Un elemento esencial en el análisis de este requisito es que la medida cautelar pretendida debe relacionarse con la causa principal. Así lo confirmó recientemente el tribunal arbitral en el caso *Legacy Vulcan*⁵⁵. Resulta de interés contrastar las posiciones adoptadas por los tribunales arbitrales en los casos *Amco* y *Legacy Vulcan* a este respecto.

En el caso *Amco* el tribunal arbitral rechazó las medidas solicitadas por el Estado demandado con el objeto de que la demandada se abstuviera de promover, estimular o instigar la publicación de propaganda con el fin de presentar el caso fuera del foro arbitral y que, a su juicio, desalentaban el clima de inversiones en ese país. El tribunal arbitral remarcó que la solicitud de Indonesia, demandado en el caso, no guardaba relación con los derechos objeto de la disputa en materia de inversión, particularmente por que la publicación del artículo de la revista que fue invocado por ese país en su solicitud y que, a su parecer, ponían en riesgo la estabilidad económica del Estado, no tendría el efecto de agravar los derechos objeto de la disputa⁵⁶. De esa suerte, estimó que para que una solicitud de medidas cautelares fuera otorgada debían relacionarse a derechos en disputa (“*rights in dispute*”), como lo prescribe la Regla 39 (1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI⁵⁷ y que la publicación del artículo relacionado no pudo haber provocado ningún daño al Estado o, por su parte, agravado el proceso de mérito. Se ha considerado que la interpretación llevada a cabo por el tribunal de *Amco* fue particularmente restrictiva en lo que se refiere al contenido de los derechos en disputa.⁵⁸ Aunque en la práctica, se puede entender que la publicación de un artículo no era suficiente fundamento para dictar medidas precautorias en contra del demandante.

⁵⁴ Víctor Pey Casado – *Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No.ARB/98/2/, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001, Parra. 48.

⁵⁵ “As is clear from the above provisions, the right to be protected must relate to the arbitration proceeding. This necessarily entails a connection to the requesting party’s claims and requests for relief in the arbitration”, *Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No.ARB/19/1, Orden Procesal No. 7, Parra. 69.

⁵⁶ *Amco Asia Corporation, Pan American Development y Amco Indonesia c República de Indonesia*, Caso CIADI No.ARB/81/1, Decisión sobre el pedido de medidas provisionales, 9 de diciembre de 1983.

⁵⁷ En el caso *Plama c. Bulgaria*, el tribunal arbitral profundizó en cuanto al análisis de la expresión “*rights in dispute*”. El tribunal, partiendo de la decisión en *Amco*, avanzó la noción de que la expresión de mérito no puede extenderse a cualquier derecho invocado por la parte solicitante, sino a derechos que tengan relación a la controversia (“*rights relating to the dispute*”). En ese marco, el tribunal avanzó la interpretación del estándar argumentando que los derechos a ser preservados por medio de las medidas cautelares deben relacionarse a la oportunidad de la parte requirente de que sus pretensiones y alegatos sean justamente considerados y decididos por el tribunal arbitral y que cualquier decisión en la que se le otorguen daños a favor puede ser efectiva y ejecutable. Ver *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No.ARB/03/24, Resolución, 6 de septiembre de 2005. Parra. 40.

⁵⁸ Paul D. Friedland, *Provisional Measures and ICSID Arbitration*, Arbitration International, Vol. 2 No. 4, 1986, P. 338.

Por su parte, en el caso *Legacy Vulcan*, el tribunal arbitral conoció de una solicitud de medidas cautelares de similar naturaleza al del caso *Amco*. El demandante solicitaba, esencialmente, que México se abstuviera de tomar cualquier acción que le negara el debido proceso o que agravara la disputa arbitral entre las partes, ello, en el marco de las constantes declaraciones públicas del Presidente de México en conferencias de prensa, en relación a las entidades demandantes y el proceso arbitral iniciado⁵⁹. Si bien el tribunal arbitral no acogió totalmente la solicitud de mérito, particularmente en lo tocante a ordenar la paralización de ciertos procedimientos locales y a ordenar el cumplimiento de decisiones judiciales locales a las que se refirió en su solicitud de medidas provisionales, si lo hizo en cuanto a las declaraciones públicas del Presidente de México. De esa suerte, el tribunal estimó que, de continuarse con las declaraciones, que habían sido constantes, se podría afectar la integridad del procedimiento y, potencialmente, agravar la disputa objeto de su conocimiento y decisión⁶⁰. El tribunal se refirió al caso *Biwater* para fundamentar su decisión, en el que el tribunal señaló que litigar una disputa arbitral pendiente de resolución en los medios de comunicación o en otros foros públicos podría tener el efecto de agravar o exacerbar la controversia e impactar la integridad del procedimiento⁶¹.

De igual manera, en el caso *CSOB v. República Eslovaca*, la parte demandante solicitó la medida cautelar con el objeto de que el tribunal arbitral ordenará el cese del procedimiento de quiebra iniciado contra una empresa relacionada, que se llevaba a cabo ante los tribunales internos de aquel país⁶². El fundamento era que los procedimientos locales no debían seguir en virtud de lo establecido en el artículo 26 del Convenio del CIADI⁶³. En la primera orden procesal en donde se consideró la solicitud, el tribunal dispuso diferir la decisión, *so pretexto* de verificar que, en efecto, el órgano jurisdiccional local ante quien se ventilaba el procedimiento de quiebra tuviera conocimiento de la solicitud de arbitraje iniciada ante el CIADI⁶⁴. Sin embargo, el tribunal, después de analizadas las circunstancias del caso, dispuso acoger la pretensión de la parte demandante, al constatar que las cortes eslovacas habían negado otorgar el requerimiento de suspensión del proceso y que la apelación ante la Corte Suprema de ese país aún estaba pendiente de resolución⁶⁵. Concretamente, el tribunal confirmó la medida cautelar en lo tocante a aquellos aspectos que pudieran incidir en el asunto *sub litis* y en los

⁵⁹ “...that Mexico take no action that denies due process to Legacy Vulcan or that might further aggravate or extend the dispute between the Parties, including further public attacks that exacerbate the dispute between the Parties, unduly pressure CALICA or Legacy Vulcan, or render the resolution of the dispute potentially more difficult...”, *Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No.ARB/19/1, Orden Procesal No. 7, Parra. 64.

⁶⁰ *Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No.ARB/19/1, Orden Procesal No. 7, Parra. 82.

⁶¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. United Republic of Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Orden Procesal No. 3 en cuanto a medidas provisionales, 29 September 2006, Parra. 136.

⁶² *CSOB c. República de Eslovaquia*, Caso CIADI No.ARB/97/4, Orden Procesal No.4, 11 de enero de 1999. Parra. 1.

⁶³ “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”, artículo 26 del Convenio del CIADI.

⁶⁴ *CSOB c. República de Eslovaquia*, Caso CIADI No.ARB/97/4, Orden Procesal No.3, 5 de noviembre de 1998.

⁶⁵ *CSOB c. República de Eslovaquia*, Caso CIADI No.ARB/97/4, Orden Procesal No.4, 11 de enero de 1999. Parra. 5.

que se pudieran realizar determinaciones que solo le correspondían al tribunal arbitral⁶⁶. De esa suerte, el tribunal, en su recomendación de medidas cautelares, limitó su alcance únicamente en cuanto a aquellas cuestiones que se yuxtaponían a las pretensiones y derechos objeto del procedimiento de arbitraje.

2.3.2. El peligro en la demora y existencia de un riesgo de perjuicio irreparable

Otro de los elementos comunes en el análisis sobre la viabilidad de las medidas cautelares en el arbitraje de inversión es el peligro en la demora. Tal como sucede en jurisdicciones locales, o en otros ámbitos de la jurisdicción internacional, el análisis con el que se ve enfrentado el tribunal arbitral es determinar si existe un sentido de urgencia y necesidad en el curso del procedimiento que pondrían en peligro el derecho o interés invocado. Así, para cumplir con este requisito, debe advertirse la situación de urgencia y necesidad para adoptarse medidas que, en última instancia, resguarden los derechos cuya protección se pretende y, de esa forma, se evite un potencial daño o perjuicio para la parte que solicita la protección interina, previo a la resolución definitiva del asunto.

Aunque el Convenio del CIADI no menciona el concepto de “urgencia” taxativamente, las Reglas de Arbitraje del CIADI recientemente enmendadas, si incluyen este requisito⁶⁷. La Reglas de Arbitraje, previo a la entrada en vigor de las modificaciones de 2022, únicamente hacían referencia a la obligación del tribunal arbitral de priorizar el conocimiento y decisión de las solicitudes de medidas provisionales⁶⁸, lo que daba a entender el sentido de urgencia que hacía parte de su naturaleza. La enmienda de 2022 recoge de manera expresa este estándar que ya había sido objeto de interpretación por parte de los tribunales arbitrales.

Por su parte, en el Reglamento de la CNUDMI⁶⁹, el componente de peligro en la demora y urgencia pueden extraerse del lenguaje del artículo 26(3) en el que se establece que una de las condicionantes que debe evaluar el tribunal es la probabilidad de que se produzca algún daño “no resarcible adecuadamente mediante una indemnización”. Como indica Sánchez, haciendo una intelección del artículo 17 (A) de la Ley Modelo y que contiene el mismo lenguaje que el del artículo 26 (3) del Reglamento, el elemento de urgencia que avanza el citado examen no puede ser considerado aisladamente del elemento de daño irreparable. Así, a juicio del autor, debe incluirse como parte del análisis y puede ser satisfecho si se comprueba que el remedio pretendido no puede esperar hasta que se emita el laudo final o, en su caso, hasta que se constituya el Tribunal⁷⁰. De esa suerte, lo que el citado Reglamento propugna es que el solicitante demuestre que, de no concederse las medidas solicitadas, existe el potencial de que

⁶⁶ “Recommends that the above-mentioned bankruptcy proceedings be suspended to the extent that such proceedings might include determinations as to whether the Slovenska inkasni spol. s.r.o. has a valid claim in the form of a right to receive funds from the Slovak Republic to cover its losses as contemplated in the Consolidation Agreement at issue in this arbitration”, CSOB c. República de Eslovaquia, Caso CIADI No.ARB/97/4, Orden Procesal No.4, 11 de enero de 1999. Parra. 7.

⁶⁷ Regla 47 (3)(a) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (como fueron enmendado y entraron en vigor el 1 de julio de 2022).

⁶⁸ Regla 39 (2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (como fueron enmendados y entraron en vigor el 10 de abril de 2006).

⁶⁹ Artículo 26 (3) del Reglamento de la CNUDMI (revisado en 2010).

⁷⁰ Sanchez, J. Op. Cit. P. 52.

se cause un daño irreparable⁷¹. Igualmente, Mourre y Vagenheim coinciden con la anterior apreciación, indicando que, generalmente, el examen de mérito está condicionado a un doble requisito de “urgencia y de existencia de un riesgo de perjuicio irreparable”⁷².

Lo cierto es que, si bien determinar que una situación entra dentro del parámetro de “urgencia y necesidad” podría ser una tarea altamente subjetiva y ligada a los hechos del caso, y difícilmente existe un parámetro estático del concepto para medir si una situación amerita ser conocida previo a la resolución definitiva de la disputa, los tribunales arbitrales han articulado consideraciones pertinentes que abonan a aclarar su alcance, especialmente en lo que al concepto de “necesidad” se refiere. El caso *Biwater* es de particular interés a este respecto, pues el tribunal consideró que el nivel de urgencia requerido para satisfacer el umbral “depende de las circunstancias y puede ser satisfecho cuando una parte está en condiciones de probar que es necesario obtener la medida demandada antes de que sea dictado el laudo final”⁷³. En ese sentido, los elementos a ser considerados son los hechos y circunstancias del caso y el tipo de medida solicitada.

En el caso *Plama c. Bulgaria*, la demandante solicitó que se otorgaran medidas cautelares para que el Estado demandado ordenara el cese de los procedimientos de insolvencia instados en su contra. El tribunal estimó que las medidas provisionales eran apropiadas para preservar la exclusividad del procedimiento arbitral del CIADI, conforme al artículo 26 del Convenio, y también para prevenir que las partes tomaran medidas que tuvieran el efecto de poner en riesgo la ejecutabilidad de un eventual laudo; sin embargo, el tribunal arbitral fue enfático en indicar que no advertía como los procedimientos locales que se llevaban a cabo en Bulgaria podrían afectar los derechos objeto del arbitraje o el desenlace de la disputa⁷⁴. De hecho, estimó que, en el peor escenario (que una de las entidades objeto de los procedimientos locales fuera liquidada y sus activos fueran distribuidos), la demandante aún podía seguir con sus pretensiones en sede arbitral para demostrar la posible violación al Tratado de la Carta de Energía contra Bulgaria⁷⁵. Finalmente, advirtió que no concurría la situación de urgencia ya que lo que realmente pretendía la solicitante con el requerimiento de medidas cautelares era que se le otorgara compensación monetaria por los supuestos daños causados⁷⁶.

De la misma forma, en el caso *Tokios Tokelos*, el tribunal arbitral, al conocer una segunda solicitud de medidas cautelares por la demandante, estimó que no concurría el elemento de urgencia y necesidad para evitar un daño irreparable. En la primera solicitud, el tribunal arbitral había otorgado medidas provisionales a favor de la demandante, ordenando a ambas partes que suspendieran, desistieran o se abstuvieran de procedimientos iniciados ante tribunales locales,

⁷¹ Ibid.

⁷² Mourre y Vagenheim. Op. Cit. P. 275.

⁷³ Loc. Cit. P.276.

⁷⁴ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No.ARB/03/24, Resolución, 6 de septiembre de 2005. Parr. 42.

⁷⁵ “*And the outcome of the proceedings in Bulgaria will have no foreseeable effect on the Arbitral Tribunal’s ability to make a determination of the issues in the arbitration*”, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No.ARB/03/24, Resolución, 6 de septiembre de 2005. Parra. 42.

⁷⁶ “*The Tribunal accepts Respondent’s argument that harm is not irreparable if it can be compensated for by damages, which is the case in the present arbitration and which, moreover, is the only remedy Claimant seeks*”, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No.ARB/03/24, Resolución, 6 de septiembre de 2005. Parra. 46.

que podían perjudicar el dictado del eventual laudo o su ejecución⁷⁷; sin embargo, posteriormente, *Tokios Tokeles* incoó otro requerimiento de medidas interinas con el objetivo de reafirmar las primeras medidas y, además, para que el tribunal ordenará que el Estado se abstuviera, suspendiera y descontinuara los procedimientos penales contra un representante de la entidad demandante, el congelamiento de los activos de una subsidiaria de la entidad demandante y las investigaciones fiscales contra las subsidiarias de la entidad relacionada⁷⁸. El tribunal estimó que no ameritaba el otorgamiento de las medidas en tanto que no eran necesarias para preservar el derecho de que el procedimiento arbitral fuera el medio adecuado para resolver la disputa y que las acciones del Estado agravaran la resolución de la controversia conocida en el foro arbitral⁷⁹.

2.3.3. La existencia prima facie de una base de jurisdicción y la posibilidad razonable que las pretensiones de la solicitud de arbitraje prosperen

Otro de los elementos desarrollados por los tribunales arbitrales para el conocimiento y decisión sobre solicitudes de medidas cautelares es la existencia *prima facie* de una base de jurisdicción. Como ya se dijo anteriormente, el referido presupuesto obliga al tribunal a que, previo a decidir y conferir cualquier medida de carácter cautelar, debe verificar, que existe *prima facie* competencia para conocer del asunto, bajo un prisma de razonabilidad⁸⁰. Como apuntan Mourre y Vagenheim, el cumplimiento de este elemento resulta sencillo en aquellos casos en los que la jurisdicción del tribunal arbitral ya fue conocida y decidida; sin embargo, la intelección y análisis del estándar resulta más complicado cuando la solicitud de medidas cautelares se presenta en las etapas incipientes del procedimiento arbitral⁸¹, como sucede normalmente.

Lo cierto es que, conforme lo han articulado los tribunales arbitrales, el rol del tribunal arbitral, al conocer de las medidas cautelares, es el de determinar una base razonable sobre la cual puede invocarse su jurisdicción y, por supuesto, dicha determinación no prejuzga que, en etapas posteriores, o en el laudo mismo, se advierta la ausencia de jurisdicción sobre el caso. Ya en el caso *Holiday Inn S.A.*, el tribunal estimó que, a pesar de que el tribunal era competente para ordenar medidas provisionales, las partes conservaban el derecho de presentar cualquier excepción relativa a la competencia del Tribunal en el curso del procedimiento⁸². El test viene a resolver la disyuntiva respecto de garantizar el debido proceso de las partes objeto del procedimiento arbitral, por cuanto se conjuga el derecho a que el asunto sea resuelto por un tribunal competente, y, a la vez, se mitigue cualquier situación que, por urgencia y necesidad, haga mérito a la adopción de medidas que resguarden la integridad del procedimiento ventilado.

⁷⁷ *Tokios Tokelés c Ucrania*, Caso CIADI No.ARB/02/18, Resolución Número 1,1 de julio de 2003, Párra. 7 (a).

⁷⁸ *Tokios Tokelés c Ucrania*, Caso CIADI No.ARB/02/18, Resolución Número 3, 18 de enero de 2005, Párra. 2.

⁷⁹ *Tokios Tokelés c Ucrania*, Caso CIADI No.ARB/02/18, Resolución Número 3, 18 de enero de 2005, Párra. 12.

⁸⁰ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolia*, CNUMDI, Providencia sobre medidas provisionales, 2 de septiembre de 2008, Parra. 55.

⁸¹ Mourre y Vagenheim. Op. Cit. P. 269.

⁸² *Holiday Inns v. Marruecos*, Caso CIADI No.ARB/72/1, Decisión sobre medidas provisionales, 02 de julio de 1972. Ver a Lalive, Pierre. Op. Cit. P. 136.

Interesante resulta el método utilizado por el tribunal en el caso *Convial Callao* para hacer la determinación *prima facie* de jurisdicción. Fundamentalmente, el test del caso relacionado se basó en cuatro elementos para hacer constatar la existencia *prima facie* de su jurisdicción sobre la solicitud de medidas provisionales, a saber: en razón de materia (*ratione materiae*), en razón de las personas (*ratione personae*), en razón del tiempo (*ratione temporis*) y en razón de la voluntad de las partes (*ratione voluntatis*). En cuanto al primero, el tribunal estimó que concurría ya que la solicitud de arbitraje se había presentado en el marco del Convenio entre el Gobierno de Perú y el Gobierno de la República de Argentina sobre promoción y protección recíproca de inversiones⁸³. Asimismo, se cumplía con el requisito personal, ya que la solicitud fue presentada por nacionales de Argentina y, para la fecha en la que se presentó la solicitud, tanto Argentina como Perú eran signatarios del Convenio al que se hizo relación⁸⁴. De igual manera, se cumplía con el requisito temporal pues los hechos que motivaron el arbitraje surgieron después de la entrada en vigor del Convenio⁸⁵. Por último, estableció que concurría el cuarto elemento ya que mediaba el consentimiento de la parte demandada (en este caso Perú) para que la disputa fuera sometida al foro arbitral⁸⁶. Un similar examen se empleó en el caso *Churchill c. Indonesia*, en el que la jurisdicción del tribunal arbitral estaba siendo cuestionada al momento en que se incoó la solicitud de medidas precautorias⁸⁷.

Los casos anteriormente citados, revelan que el análisis generalmente empleado por los tribunales arbitrales se basa esencialmente en determinar si manifiestamente no hay una ausencia de jurisdicción *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione voluntatis* y *ratione temporis*, sin que se entre al análisis de fondo de los requisitos de jurisdicción. Por lo tanto, puede ocurrir que, posteriormente, el tribunal, al analizar con mayor detenimiento los hechos y circunstancias del caso, estime que no existe jurisdicción y, como consecuencia, desestime la solicitud de arbitraje.

Otro elemento que se encuentra vinculado al estándar de la determinación *prima facie* sobre jurisdicción y que, sin duda, merece ser analizado, es lo tocante al elemento respecto a la posibilidad razonable de que la demanda arbitral prospere en el fondo.

Si bien en el Convenio del CIADI y sus Reglas de Arbitraje no se hace relación al referido estándar, el Reglamento de la CNUDMI establece, como condición para el otorgamiento de las

⁸³ *Convial Callao SA y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura SA c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Decisión sobre solicitud de medidas provisionales, 22 de febrero de 2011, Párra. 75.

⁸⁴ *Convial Callao SA y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura SA c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Decisión sobre solicitud de medidas provisionales, 22 de febrero de 2011, Párra. 76.

⁸⁵ *Convial Callao SA y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura SA c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Decisión sobre solicitud de medidas provisionales, 22 de febrero de 2011, Párra. 77.

⁸⁶ *Convial Callao SA y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura SA c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/2, Decisión sobre solicitud de medidas provisionales, 22 de febrero de 2011, Párra. 78.

⁸⁷ “*The Tribunal will therefore assess whether there is a prima facie basis for jurisdiction ratione personae, ratione materiae, ratione temporis, and ratione voluntatis*”, *Churchill Mining plc y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/12/14, Orden Procesal No. 3 en relación a la solicitud de medidas provisionales, 4 de marzo de 2013, Parra. 36.

medidas cautelares, la existencia de “una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere”.

En el caso *Sergei Paushok* el tribunal, esencialmente, indicó que, para determinar la viabilidad de las medidas cautelares, no debía ir más allá que advertir razonablemente que pudiera emitirse un laudo a favor de los demandantes. Para el efecto, se transcribe literalmente el razonamiento del tribunal:

*“At this stage, the Tribunal need not go beyond whether a reasonable case has been made which, if the facts alleged are proven, might possibly lead the Tribunal to the conclusion that an award could be made in favor of the claimants”*⁸⁸

2.3.4. Examen de ponderación

Aunque no se haga de forma explícita, muchos tribunales, en el análisis en cuanto a la viabilidad del otorgamiento de medidas cautelares, han optado por realizar un examen de ponderación o proporcionalidad para medir la conveniencia o pertinencia de otorgar las medidas cautelares. Así, el solicitante de las medidas, y a quien se le impone la carga de la prueba, debe demostrar que los beneficios del otorgamiento de la medida sobrepasan los potenciales daños que pueden acaecer para la parte a la que se imponen las medidas. En términos concretos, el tribunal evalúa si, en caso de otorgar las medidas, el daño provocado a la otra parte no supera los beneficios de las medidas cautelares pretendidas.

El estándar actualmente se encuentra recogido tanto en las Reglas de Arbitraje del CIADI⁸⁹, conforme a las reformas producidas en 2022, como en el Reglamento de la CNUDMI⁹⁰. La Regla 47 (3)(b) del CIADI deja claro que el análisis de ponderación debe realizarse conforme a la totalidad de las circunstancias para poder determinar el efecto que las medidas solicitadas tendrían en ambas partes y su consecuente proporcionalidad.

Un caso que refleja nítidamente la articulación del examen antedicho es el de *United Utilities c. Estonia*. Estonia formuló su solicitud de medidas provisionales con el objetivo de que se emitiera una orden en la que se prohibiera la publicación de algunos de los documentos objeto del arbitraje hasta que se decidiera el asunto⁹¹. Por su parte, la entidad demandante refutó la pretensión del Estado, arguyendo que la solicitud no pasaba el umbral del test pues, a su juicio, de ordenarse las medidas, se le estaría previniendo de emitir cualquier declaración pública respecto del caso, lo que sería completamente desproporcional con el objeto pretendido. Sin embargo, el tribunal estimó que lo alegado por la demandante no reflejaba la auténtica

⁸⁸ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolia*, CNUMDI, Providencia sobre medidas provisionales, 2 de septiembre de 2008, Parr. 55.

⁸⁹ “Al decidir si recomienda medidas provisionales, el Tribunal deberá considerar todas las circunstancias relevantes, incluyendo (...) el efecto que dichas medidas puedan tener en cada una de las partes”, Regla 47 (3)(b) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (como fueron enmendado y entraron en vigor el 1 de julio de 2022).

⁹⁰ “El solicitante de alguna medida cautelar...deberá convencer al tribunal de que (...) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada...”, Artículo 26 (2) del Reglamento de la CNUDMI (revisado en 2010).

⁹¹ *United Utilities (Tallinn) BV y Aktsiaselts Tallinna Vesi c. República de Estonia*, Caso CIADI No ARB/14/24, Solicitud de la demandada sobre medidas provisionales, 12 de mayo de 2016, Parra.66.

pretensión de la solicitud de la medida cautelar. En ese sentido, estimó que en el caso de análisis si se superaba el examen de proporcionalidad, por cuanto las medidas invocadas por el Estado eran razonables, justas y enteramente proporcionales a la luz de los argumentos avanzados por ambas partes⁹².

2.3.5. No prejuzgamiento sobre el fondo del asunto

Por último, se considera el estándar de que un tribunal no debe abordar el mérito de las pretensiones de fondo al decidir sobre la solicitud de medidas cautelares.

Los tribunales arbitrales tienden más a la prudencia cuando se ven enfrentados a esa disyuntiva y prefieren desechar la solicitud que adentrarse a analizar cuestiones que corresponderán, en su caso, a etapas posteriores del procedimiento. Así, por ejemplo, en el caso *Azurix*, el tribunal arbitral prefirió únicamente formular una recomendación general a las partes a “*abstenerse de adoptar medidas de cualquier género que pudieran agravar o ampliar la controversia sometida a arbitraje*”, por cuanto estimó que, de acoger la solicitud incoada, podría llegar a emitir opinión respecto del fondo de las pretensiones que, por la etapa del arbitraje, no estaba en condiciones de realizar⁹³. De igual manera, en el caso *Eugene Kazmin*, después de conferir la medida cautelar de garantía por costos, el tribunal arbitral hizo la acotación de que, a pesar de que las circunstancias del caso hacían mérito a emitir la decisión interina, particularmente en cuanto a que las acciones de la demandante demostraban un riesgo de que pudiera hacer caso omiso de futuras obligaciones pecuniarias dimanantes de la causa arbitral, ello no tenía ninguna injerencia en las consideraciones de fondo del caso⁹⁴.

Un caso de suma relevancia para el análisis de este requisito es el de *Tanzania Electric Supplied*. La parte demandante solicitó varias medidas provisionales que incluían ordenar a la parte demandada permitir la operación comercial de la planta objeto de la controversia; el pago de aproximadamente \$33 millones en concepto de pago por la capacidad acumulada de la operación comercial y que se continuara con el pago de aproximadamente \$4 millones mensuales hasta que se resolviera la controversia por el tribunal arbitral⁹⁵. El tribunal arbitral no acogió la solicitud pues implicaba en parte prejuzgar ciertas de las reclamaciones. Además, el tribunal realizó una precisión respecto de los conceptos de *protección de derechos* (“protection of rights”) y *ejecución de derechos* (“enforcement of rights”)⁹⁶. El tribunal arbitral advirtió que lo que realmente pretendía la parte demandante con las medidas solicitadas era

⁹² “On the contrary, the Tribunal considers the measures discussed below to be not only necessary, but in fact reasonable and entirely proportionate in light of the concerns and interests expressed by both sides”, *United Utilities (Tallinn) BV y Aktsiaselts Tallinna Vesi c. República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/14/24, Solicitud de la demandada sobre medidas provisionales, 12 de mayo de 2016, parra.107.

⁹³ *Azurix Corp. C. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre medidas provisionales, 06 de agosto de 2003, parra.45.

⁹⁴ “The Tribunal’s present order, and in particular its assessment of the above exceptional circumstances, does not constitute a preliminary determination on the jurisdictional objections raised by the Respondent or on the merits of the case”, *Eugene Kazmin c. República de Letonia*, Caso CIADI No. ARB/17/5, Decisión sobre la solicitud de garantía por costos, parra. 61.

⁹⁵ *Tanzania Electric Supply Company Limited c Independent Power Tanzania Limited*, Caso CIADI No. ARB/98/8, Decisión sobre el pedido del demandante de medidas provisionales, 20 de diciembre de 1999, parra.3.

⁹⁶ *Tanzania Electric Supply Company Limited c Independent Power Tanzania Limited*, Caso CIADI No. ARB/98/8, Decisión sobre el pedido del demandante de medidas provisionales, 20 de diciembre de 1999, parra.14.

asegurar el reclamo principal⁹⁷, lo que no es viable por medio de las medidas cautelares. Concretamente, estimó que la incoación de las medidas cautelares tenía por objeto ordenar el cumplimiento del contrato⁹⁸. Sin embargo, hizo la acotación que la conclusión a la que arribaba no significaba, necesariamente, que la regla 39 del CIADI no se extendiera a situaciones en el que sea viable conferir la protección interina, por ejemplo, ordenando el cumplimiento de un contrato con el fin de tutelar preventivamente el derecho de alguna de las partes⁹⁹.

III. Garantía por costos

Una de las instituciones que mayor importancia ha adquirido en los últimos años en los arbitrajes de inversión es la de la garantía por costos, también conocida por el aforismo latín *cautio judicatum solvi*¹⁰⁰. Si bien la garantía por costos es, en esencia, una medida cautelar que hace parte de los procedimientos arbitrales en materia de inversión, como explican Redfern y Hunter, su naturaleza es especial, por cuanto que los criterios usuales para su viabilidad y otorgamiento, y que fueron desarrollados en párrafos precedentes, no aplican con exactitud¹⁰¹.

Es importante mencionar que los arbitrajes de inversión tienden a ser procesos sumamente costosos y largos, lo que, generalmente, supone una carga económica significativa para quien promueve la demanda para hacer valer sus pretensiones y para la parte demandada en cuanto a su defensa procesal. Asimismo, bajo el reglamento administrativo y financiero del CIADI, corresponde a las partes asumir los costos directos del arbitraje y por el uso de las facilidades del Centro. De esa suerte, en ciertas circunstancias, puede el tribunal arbitral emitir una orden compeliendo a la parte demandada, o cualquier otra, a establecer una garantía económica con el objeto de asegurar que, en caso de que sus pretensiones no sean acogidas y, por consiguiente, sea condenada en costas procesales, la parte demandada pueda tener certeza que no acaecerá una situación de insolvencia, que haga fútil o sumamente gravoso cualquier esfuerzo por recuperar los costos ocasionados por el procedimiento. Lo cierto es que, generalmente, en los arbitrajes de inversión es la parte demandada -es decir, el Estado- la que solicita la constitución de una caución económica¹⁰².

Originalmente, los instrumentos internacionales de la materia no regulaban nada específico respecto a este tipo de medidas cautelares, por lo que fueron los tribunales arbitrales los que empezaron a desarrollar su contenido y alcances. Vale indicar, que la tendencia inicial de parte de los tribunales arbitrales fue la de rechazar las medidas de garantía solicitadas y, en ciertos casos, a refutar la noción misma de que los tribunales en materia de inversión tenían el poder para dictar medidas de esa naturaleza.

⁹⁷ *Tanzania Electric Supply Company Limited c Independent Power Tanzania Limited*, Caso CIADI No. ARB/98/8, Decisión sobre el pedido del demandante de medidas provisionales, 20 de diciembre de 1999, parra.14.

⁹⁸ *Tanzania Electric Supply Company Limited c Independent Power Tanzania Limited*, Caso CIADI No. ARB/98/8, Decisión sobre el pedido del demandante de medidas provisionales, 20 de diciembre de 1999, parra.15.

⁹⁹ *Tanzania Electric Supply Company Limited c Independent Power Tanzania Limited*, Caso CIADI No. ARB/98/8, Decisión sobre el pedido del demandante de medidas provisionales, 20 de diciembre de 1999, parra.16.

¹⁰⁰ En inglés la institución es conocida como “*security for costs*”. Ver Mourre y Vagenheim. Op. Cit. p. 296.

¹⁰¹ Redfern y Hunter. Op. Cit. p. 324.

¹⁰² Loc. Cit. p.297.

Así, por ejemplo, en el caso *Victor Pey Casado* el tribunal arbitral, precisó que ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje hacían relación al tipo de medida solicitada y que, si bien la institución de medidas provisionales contempladas en los antedichos instrumentos fue articulada utilizando un lenguaje amplio y variado, le resultó sorprendente que “*una cuestión tan práctica como los es la garantía del pago de costas ... haya podido escapar a la atención del Convenio de Washington y de las Reglas*”¹⁰³. De esa suerte, rechazó la solicitud de medidas, bajo la tesis de que “*la ausencia de todo texto sobre la garantía de pago de costas, sin que sea decisiva por sí sola, parece acarrear una cierta presunción de que la medida no está prevista ni autorizada*”¹⁰⁴. Por su parte, en el caso *Libananco Holdings*, si bien la solicitud de caución económica también fue rechazada, el tribunal no descartó tener la facultad de poder otorgar ese tipo de medidas; empero, recalcó que el estándar para el efecto era alto, en tanto podrían acogerse “*solo en los casos más extremos como en el que un interés esencial de una parte se vea en peligro de un daño irreparable*”¹⁰⁵. La misma suerte corrió la solicitud de garantía por costos en el caso *RSM Production Corporation* en la que si bien se denegó la petición de Granada, el Tribunal estimó que si existe la posibilidad de otorgar una garantía por costos¹⁰⁶. El tribunal articuló que un solicitante de tal garantía no sólo debe aportar evidencia de la potencial inhabilidad de la contraparte de hacer frente a las costas procesales, sino que elementos adicionales deben ser demostrados¹⁰⁷. El tribunal no abordó cuáles serían los elementos adicionales por considerar que no se había aportado evidencia del primer elemento, con lo que, a consideración del tribunal, no era necesario entrar a la consideración de los elementos adicionales. Así, en los primeros casos que abordaron el tema hubo una reticencia de los tribunales arbitrales de otorgar garantía por costos.

Esto cambio, poco después, en el caso *RSM c. Santa Lucía*, en el que el tribunal estimó acoger la solicitud de medidas cautelares solicitada por el Estado¹⁰⁸. Lo interesante del caso en cuestión es que, para sostener su requerimiento de medidas interinas, Santa Lucía argumentó, entre otros asuntos, que el hecho de que el demandante estaba acudiendo a la figura de financiamiento por terceros (“*third party funding*”) para procurar su solicitud de arbitraje ponía en evidencia el riesgo de que, de resultar desfavorable la decisión del procedimiento arbitral, la parte actora no asumiría los costos administrativos de la demanda de inversión¹⁰⁹. El tribunal

¹⁰³ *Victor Pey Casado – Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No.ARB/98/2/, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001, parra. 83.

¹⁰⁴ *Victor Pey Casado – Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No.ARB/98/2/, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001, parra. 85.

¹⁰⁵ *Libananco Holdings Co. Limited c. Turquía*, Caso CIADI No.ARB/06/08, Decisión sobre cuestiones preliminares, 23 de junio de 2008, parra. 57.

¹⁰⁶ “*In these circumstances, the Tribunal, by majority, considers that the wording of Article 47 and Rule 39(1), properly construed, is of sufficient reach to enable an ICSID tribunal, in appropriate case, to grant provisional measures in the nature of security costs*”, *RSM Production Corporation c. Granada*, Caso CIADI No.ARB/05/14, Decisión en relación a la solicitud de constituir garantía por costos, 14 de octubre de 2010. parra. 5.16.

¹⁰⁷ *RSM Production Corporation c. Granada*, Caso CIADI No.ARB/05/14, Decisión en relación a la solicitud de constituir garantía por costos, 14 de octubre de 2010. parra. 5.20.

¹⁰⁸ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB12-10, Decisión sobre el cautio judicatum solvi, 13 de agosto de 2014.

¹⁰⁹ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB12-10, Decisión sobre el cautio judicatum solvi, 13 de agosto de 2014, parra. 30.

decidió que procedía ordenarle a la parte demandante anticipar el pago de los costos directos y administrativos del arbitraje, no solo por el hecho de que mediaba la figura de financiamiento por terceros¹¹⁰, sino que, con mayor importancia para su análisis, porque advirtió el historial previo del demandante de incumplimiento con laudos arbitrales condenatorios en su contra¹¹¹. Si bien el factor que más pesó para el tribunal fue la trayectoria del demandado de no cumplir con sus obligaciones dimanantes de laudos desfavorables en otros procesos CIADI, resulta interesante destacar que, el solo hecho de que una parte sea financiada por un tercero, no ha sido un factor lo suficientemente sólido para convencer a los tribunales arbitrales que es necesario otorgar una medida de garantía por costos. Este ha sido únicamente un elemento adicional a considerar en el análisis.

Similarmente, en el caso reciente de *Eugene Kazmin v. República de Letonia*, el tribunal estimó que procedía acoger la solicitud de garantía de costos haciendo hincapié en la conducta de negocios dudosa de la parte contra quien se pedía tal medida precautoria¹¹². Además, el tribunal advirtió que la parte demandante había incurrido en acciones que propendían a evidenciar el riesgo de que la parte demandada, en caso de una decisión adversa, pudiera hacer caso omiso de las obligaciones financieras a costa de sus acreedores¹¹³.

Como parte de las modificaciones ocurridas en 2022, a las Reglas de Arbitraje del CIADI se incluyó la figura de garantía por costos y se estableció el procedimiento y los estándares aplicables para el análisis de las solicitudes de esa naturaleza. A continuación, se hace una transcripción literal de la disposición:

- 1) *A solicitud de una de las partes, el Tribunal podrá ordenar a cualquiera de las partes que haya presentado una demanda o una demanda reconvenional, que otorgue una garantía por costos.*
- 2) *Se aplicará el siguiente procedimiento:*
 - a) *La solicitud incluirá una relación de las circunstancias relevantes y documentos de respaldo;*
 - b) *El Tribunal deberá fijar plazos para las presentaciones sobre la solicitud;*

¹¹⁰ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB12-10, Decisión sobre el cautio judicatum solvi, 13 de agosto de 2014, parra. 73.

¹¹¹ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB12-10, Decisión sobre el cautio judicatum solvi, 13 de agosto de 2014, parra. 71.

¹¹² “*The Tribunal does indeed not need evidence of criminal misconduct when it is, as in this case, satisfied that the evidence is sufficient to raise justified and serious concerns about the Claimant’s business practices and eventual willingness to comply with a costs order if one were to be made, and when it is thus persuaded that there has been some misconduct*”, *Eugene Kazmin c. República de Letonia*, Caso CIADI No. ARB/17/5, Decisión sobre la solicitud de garantía por costos, parra. 41.

¹¹³ “*In summary, the Tribunal has serious doubts as to whether the Claimant would comply with an order to pay the Respondent’s costs in the event he is ordered to do so. Its major concern is not the Claimant’s possible impecuniosity but his business conduct, which has led to criminal investigations against companies that he controls or may have links with and to using intermediaries, companies, shares and contracts in a creative way which cannot otherwise be explained except by a desire to avoid paying debts and diverting assets from creditors*”, *Eugene Kazmin c. República de Letonia*, Caso CIADI No. ARB/17/5, Decisión sobre la solicitud de garantía por costos, parra. 59.

- c) *Si una parte solicita una garantía por costos antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá fijar plazos para los escritos sobre la solicitud, de tal forma que el Tribunal pueda considerar la solicitud con prontitud una vez constituido; y*
 - d) *El Tribunal emitirá la decisión sobre la solicitud dentro de los 30 días siguientes a lo que suceda de último, sea la constitución del Tribunal o la última presentación sobre la solicitud.*
- 3) *Al determinar si ordena una parte que otorgue una garantía por costos, el Tribunal deberá considerar todas las circunstancias relevantes, incluyendo:*
- a) *la capacidad que tiene dicha parte para cumplir con una decisión adversa en materia de costos;*
 - b) *la voluntad de esa parte de cumplir con una decisión adversa en materia de costos;*
 - c) *el efecto que pudiera tener el otorgar dicha garantía por costos sobre la capacidad de dicha parte para seguir adelante con su demanda o demanda reconventional; y*
 - d) *la conducta de las partes.*
- 4) *El Tribunal considerará toda la prueba presentada en relación con las circunstancias previstas en el párrafo 3), incluyendo la existencia de financiamiento por terceros.*
- 5) *El Tribunal especificará cualquier término relevante en una resolución sobre garantía por costos y fijará el plazo para el cumplimiento de la resolución.*
- 6) *Si una parte incumpliera una resolución para otorgar una garantía por costos, el Tribunal podrá suspender el procedimiento. Si el procedimiento se suspendiera durante más de 90 días, el Tribunal podrá, previa consulta a las partes, ordenar la discontinuación del procedimiento.*
- 7) *Una parte deberá revelar con prontitud cualquier cambio sustancial en las circunstancias en las que se basó el Tribunal al ordenar la garantía por costos.*
- 8) *El Tribunal podrá modificar o revocar la resolución de garantía por costos de oficio o a solicitud de las partes en cualquier momento.¹¹⁴*

Como puede advertirse, la disposición sigue, en gran parte, la métrica del lenguaje en cuanto a las medidas cautelares tradicionales, particularmente en lo tocante al procedimiento que debe

¹¹⁴ Regla 53 de las Reglas de Arbitraje del CIADI (como fueron enmendado y entraron en vigor el 1 de julio de 2022).

ventilarse; sin embargo, en lo que se refiere al estándar sustantivo para el otorgamiento de la medida la variación es relevante.

La modificación del reglamento adoptó los criterios que ya habían sido desarrollados por los tribunales arbitrales, particularmente lo atinente a que el análisis sobre la viabilidad de la garantía por costos debe realizarse considerando *todas las circunstancias*, incluyendo la capacidad financiera de la parte contra quien se pide la medida, la voluntad de cumplir con una decisión potencialmente adversa, la conducta de la parte contra quien se solicita la medida y el efecto que la medida pudiera tener en la habilidad de la parte contra quien se impone de poder continuar con el arbitraje. Es decir, el examen que debe desplegar el tribunal, consistente con las decisiones de los casos *RSM* y *Eugene Kazmin*, no puede circunscribirse únicamente a evaluar aisladamente la capacidad económica de la parte contra quien se pide la medida, ni presumir que por el solo hecho de que medie financiamiento de terceros en el arbitraje no esté en la capacidad de hacer frente a cualquier decisión adversa.

Asimismo, el penúltimo elemento apuntado del examen parecería imponer a los tribunales arbitrales en materia de inversión la delicada tarea de realizar un examen de ponderación similar al que deben realizar cuando se solicita cualquier otro tipo de medida cautelar, con la particularidad que en este caso debe sopesar cuan gravosa es la medida en cuanto al potencial de que las pretensiones de la parte demandante o contrademandantes no puedan ser examinadas por el solo hecho de no poder constituir la garantía financiera potencialmente requerida. Esto resulta un tanto delicado pues, como es sabido, en un cierto número de casos incoados ante el foro del arbitraje de inversión, las partes demandantes no se encuentran en una situación financiera estable y una medida de caución económica podría frustrar su objetivo de recuperar la inversión injustamente expropiada. De esa suerte, se entiende que, siguiendo la práctica arbitral en materia de inversión, se impone un umbral relativamente alto para los peticionarios de las medidas para demostrar el mérito de su solicitud ante el tribunal arbitral.

IV. Vinculatoriedad y cumplimiento de las medidas cautelares en el arbitraje de inversión

Por último, merece la pena abordar, aunque someramente, el estado del debate respecto de la vinculatoriedad y efectos de las medidas cautelares otorgadas en el arbitraje de inversión. Si bien, para efectos académicos resulta importante hacer la precisión, en términos prácticos la disyuntiva ha sido ampliamente superada con la práctica de los tribunales internacionales¹¹⁵.

Como se ha apuntado en líneas precedentes, el lenguaje del Convenio del CIADI, así como el historial legislativo del Convenio, revelan que el objetivo originario de los redactores fue el de no conferir a los tribunales arbitrales sometidos a las reglas del mencionado Centro el poder de ordenar medidas cautelares, sino que simplemente tuvieran el poder de recomendar la adopción de aquellas medidas que estimaran pertinentes para garantizar los resultados del proceso. Como apunta el profesor Schreuer “*it is...clear that the sovereignty of the state party was considered to be a factor for not making ICSID provisional measures binding on it*”¹¹⁶.

Sin embargo, los tribunales arbitrales CIADI, desde un inicio, han sido consistentes en cimentar la proposición de que los pronunciamientos en los que se recomienda conferir la protección

¹¹⁵ Mourre y Vagenheim. Op. Cit. p. 278.

¹¹⁶ Schreuer, Christopher, “*The ICSID Convention: A Commentary*”, Cambridge University Press, 2001, p. 758.

interina a la parte solicitante son necesariamente vinculantes¹¹⁷. Lo anterior encuentra asidero en el hecho de que redacción del artículo 47 del instrumento del CIADI deriva del mismo Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que, en su artículo 41, establece que las Corte tiene el “*poder de indicar, si considera que las circunstancias así lo requieren, cualquier medida provisional que deba asumirse para preservar los respectivos derechos de las partes*”¹¹⁸. La única variación entre la regulación es la palabra “*recomendar*” contenida en el Convenio del CIADI y la palabra “*indicar*” en el Estatuto citado. Los tribunales arbitrales han entendido que no hay ninguna diferencia práctica entre los conceptos y que, por ende, la naturaleza y alcance de ambas disposiciones es el mismo.

Es de destacarse el caso *LaGrand*, en el que la Corte Internacional de Justicia, en términos categóricos, explicó que las medidas cautelares dictadas de acuerdo al artículo 41 del Estatuto crean obligaciones vinculantes para contra quien se emiten. En el caso de mérito la Corte estimó que la interpretación en cuanto a la vinculatoriedad de las medidas provisionales es concomitante a la proposición de que se debe preservar los derechos de la parte sobre los cuales recaería la decisión de la Corte¹¹⁹. De manera similar, se aplicaría ese principio en los casos CIADI.

Siguiendo esa misma línea, en el caso *Maffezini*, el tribunal arbitral optó por una interpretación del Convenio del CIADI, similar al de la Corte Internacional en el caso *LaGrand*, en cuanto a que, si bien hay una diferencia semántica entre los términos “*recomendar*” en la disposición específica sobre medidas cautelares del CIADI y “*ordenar*” usada en otras partes del Convenio, dicha diferencia es más “*aparente que real*”¹²⁰. Así, el tribunal consideró que las partes del Convenio no tenían el objetivo de crear una diferencia sustancial entre las palabras apuntadas, en tanto que la autoridad del tribunal de decidir sobre la viabilidad de medidas provisionales no es menos vinculante que un laudo final¹²¹.

Dicho criterio se reiteró en el caso *Tokio Tokelés*, en el que el tribunal estableció: “*Cabe recordar que, de acuerdo con un principio bien establecido por la jurisprudencia de los tribunales del CIADI, las medidas provisionales ‘recomendadas’ por un tribunal del CIADI*

¹¹⁷ Ver *Maritime International Nominees Establishment c. Republica de Guinea* (II), Caso CIADI No. ARB/84/4, Laudo, 6 de enero de 1988; *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No.2, 28 de octubre de 1999; *Tokios Tokelés c Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Resolución Número 3, 18 de enero de 2005.

¹¹⁸ Artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹¹⁹ “*The context in which Article 41 has to be seen within the Statute is to prevent the Court from being hampered in the exercise of its functions because the respective rights of the parties to a dispute before the Court are not preserved. It follows from the object and purpose of the Statute, as well as from the terms of Article 41 when read in their context, that the power to indicate provisional measures entails that such measures should be binding, inasmuch as the power in question is based on the necessity, when the circumstances call for it, to safeguard, and to avoid prejudice to, the rights of the parties as determined by the final judgment of the Court. The contention that provisional measures indicated under Article 41 might not be binding would be contrary to the object and purpose of that Article*”, (Caso *LaGrand*) *Alemania c. Estados Unidos de America*, CIJ, Decisión de 27 de junio de 2001), parra.102.

¹²⁰ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No.2, 28 de octubre de 1999, parra.9.

¹²¹ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No.2, 28 de octubre de 1999, parra. 9.

son jurídicamente vinculantes; ellas son, en efecto, ‘ordenadas’ por el tribunal, y las partes tienen la obligación legal de cumplir con ellas”¹²².

4.1. Consecuencias del incumplimiento de medidas cautelares

Si bien el debate sobre la vinculatoriedad de las medidas cautelares en el arbitraje de inversión se encuentra mayormente superado y, por lo menos a nivel de práctica por tribunales internacionales, la noción es que, **efectivamente**, el otorgamiento de medidas provisionales sujeta a las partes del proceso a cumplir con las órdenes del tribunal, aún persiste un gran reto para la práctica arbitral en cuanto a determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que derivan del incumplimiento, por alguna de las partes, de las medidas interinas. El Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI no establecen las consecuencias de incumplir con una orden de medidas cautelares. Importantemente, el Reglamento de la CNUDMI si bien no regula las consecuencias del incumplimiento de una medida cautelar, si establece cuales son las consecuencias para la parte solicitante de la medida si se determina, en el curso del procedimiento, que no había razón para otorgarla¹²³.

La doctrina apunta que “*the ICSID Convention does not establish any formal mechanism for the enforcement of provisional measures orders, and their violation can be penalised merely by drawing adverse inferences on certain points in the dispute or imposing costs of arbitration on the disobedient party*”¹²⁴.

Así, aunque el carácter vinculante de las medidas podría no estar en tela de juicio, tanto las regulaciones arbitrales atinentes como la práctica arbitral han evidenciado que el desafío es, ultimadamente, determinar cuál es el alcance del poder del tribunal para establecer las consecuencias del incumplimiento, pues las únicas herramientas tangibles al servicio del tribunal arbitral son la realización de inferencias negativas en la decisión de asuntos particulares de la disputa o, que se impongan penalidades en materia de costos dentro del procedimiento arbitral¹²⁵.

Así, por ejemplo, en el caso *MINE v. Guinea*, el tribunal arbitral concedió las medidas para prevenir que la parte demandante ejecutara un laudo de un arbitraje comercial en las Cortes de Suiza y de Bélgica. Oportunamente, el tribunal que conoció del asunto recomendó que la citada entidad inmediatamente desistiera y descontinuara todos los asuntos pendientes en cortes nacionales y que no incoara ninguna nueva acción que derivara de la disputa conocida ante el CIADI; sin embargo, incumplió con dicha orden y persistió en sus acciones contra los bienes de Guinea en los países antes relacionados. De esa suerte, el tribunal arbitral, como consecuencia del incumplimiento, condenó a la parte demandada al pago de costas en las que

¹²² *Tokios Tokelés c Ucrania*, Caso CIADI No.ARB/02/18, Resolución Número 1,1 de julio de 2003, Párr 4. Traducción realizada por Gonzalez Napolitano (2016). Op. Cit. p.532.

¹²³ “*El solicitante de una medida cautelar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, a la vista de las circunstancias del caso, la medida no debió haberse otorgado. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios*”, artículo 26 (8) del Reglamento de la CNUDMI (revisado en 2010).

¹²⁴ Kurkova, Nikola, “*Standing of Insolvency Administrators in Investment Treaty Arbitration*”, en *Comparative Law Yearbook of International Business*, editado por Madaan, Ishaan y Campbell, Christian, “*Crossroads of Insolvency and Arbitration*”, Volume 43A, Wolters Kluwer, 2022, p.61.

¹²⁵ Loc. Cit.

había incurrido injustificadamente Guinea por el diligenciamiento de los procedimientos paralelos¹²⁶.

V. Conclusiones

El instituto procesal de las medidas cautelares en los arbitrajes de inversión ha adquirido una relevancia importante, particularmente ante la constante incoación de solicitudes de esa naturaleza y el desarrollo conceptual que los tribunales arbitrales han realizado en cuanto a su contenido y alcances. Asimismo, las medidas han tenido un rol significativo en el desenvolvimiento de los arbitrajes de inversión, por cuanto han sido una herramienta que propende a proteger los derechos e intereses en disputa y, en ese marco, garantizar las resultas del proceso y la ejecutabilidad de un eventual laudo. Si bien las medidas cautelares en las disputas inversionista-Estado guardan similitudes con aquellas que hacen parte de los procedimientos judiciales y de otros procedimientos en el foro internacional, ciertamente la figura ha tenido su particular evolución en el marco de aquellos procedimientos, fundamentalmente por las características particulares de los arbitrajes de inversión, sus incidencias procedimentales y los estándares que los tribunales han aplicado caso por caso. Por ejemplo, en la última década, el instituto de garantía por costos ha tenido un desarrollo relevante y determinante en el arbitraje de inversión, potenciado por los altos costos y larga duración que suponen los procedimientos de esa naturaleza.

El hecho de que los principales instrumentos en materia de arbitraje de inversión ya cuenten con regulaciones más detalladas respecto de las medidas cautelares es una muestra positiva de que los esfuerzos están encaminados a dotar al procedimiento de arbitraje de inversión de mayores y mejores instrumentalidades en el marco de la resolución pacífica de controversias, ya que la práctica arbitral ha demostrado que no existe un examen homogéneo al respecto. Las recientes reformas a los principales instrumentos de la materia se han nutrido del importante influjo de decisiones de los tribunales arbitrales que, a lo largo de los años, han procurado desarrollar los principales elementos que los órganos decisorios deben considerar para el otorgamiento de una medida de carácter provisional. Sin duda, el rol de los tribunales arbitrales en ese marco es sumamente delicado y requiere de un análisis minucioso de los hechos y circunstancias puestas a su conocimiento.

Así, el reto hacia delante será consolidar marcos de análisis que provean de mayor consistencia al examen que proyecten los tribunales arbitrales cuando deban decidir sobre el mérito de una medida cautelar y que, a la postre, abone a la certeza y seguridad jurídica de los usuarios del sistema. De la misma manera, si bien pocos dudan sobre el carácter vinculante de las medidas cautelares, lo cierto es que, en la actualidad, existe un déficit en cuanto a determinar qué consecuencias jurídicas dimanarían de su incumplimiento. Ciertamente, es un tema que merece la atención del foro jurídico internacional y que, obligadamente, debe hacer parte de las discusiones sobre las posibles reformas a los principales instrumentos internacionales de la materia.

¹²⁶ *Maritime International Nominees Establishment c. Republica de Guinea (II)*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Laudo, 6 de enero de 1988.

Bibliografía

FRIEDLAND Paul D, *Provisional Measures and ICSID Arbitration*, Arbitration International, Vol. 2 No. 4, 1986.

GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina “*Obligatoriedad y Eficacia de la Medidas Provisionales en la Jurisdicción Internacional*”, 1ed, Buenos Aires, 2008, disponible en: <http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/75/medidas-provisionales-en-jur>

GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina, “*Medidas Provisionales en la solución de controversias de inversión*”, en Meg Kinnear y Campbell McLachlan (Ed), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Oxford Univeristy Press, Volume 31, Issue 3.

KURKOVA, Nikola, “*Standing of Insolvency Administrators in Investment Treaty Arbitration*”, en *Comparative Law Yearbook of International Business*, editado por Madaan, Ishaan y Campbell, Christian, “*Crossroads of Insolvency and Arbitration*”, Volume 43A, Wolters Kluwer, 2022.

LALIVE, Pierre, “*The First ‘World Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems*”, *British Yearbook of International Law*, Volume 51, Issue 1, 1980, P. 133, disponible en: <https://doi.org/10.1093/bybil/51.1.123>,

MOURRE y VAGENHEIM, “*Las medidas provisionales y cautelares: A propósito de ciertos aspectos recurrentes en el arbitraje de inversiones*”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Quito, Ecuador, 3ª Ed, 11 de octubre de 2011.

REDFREN, Alan y HUNTER, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5a. Ed, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

SABAHI, Borzu, RUBINS, Noah y otros, “*Investor-State Arbitration*”, 2a Edición, Oxford University Press, 2019.

SANCHEZ, Jose F. “*Applying the Model Law’s Standard for Interim Measures in International Arbitration*”, *Journal of International Arbitration* 37, no. 1, 2020.

SCHREUER, Christopher, “*The ICSID Convention: A Commentary*”, Cambridge University Press, 2001, p. 758.

El árbitro de emergencia y el dispute board – coexistencia y compatibilidad

The emergency arbitrator and the dispute board – coexistence and compatibility

Gustavo Scheffer da Silveira¹

Resumen

La evolución de las prácticas contractuales y de los reglamentos de arbitraje ha creado una multitud de mecanismos destinados a incrementar la eficiencia de la gestión contractual y la resolución de litigios. Entre estos mecanismos, el árbitro de emergencia y el dispute board están entre los más utilizados en razón de su eficiencia. Estos mecanismos son, además, frecuentemente acordados por las partes en conjunto, como parte de un sistema escalonado de resolución de litigios. El problema que puede surgir de esta coexistencia, es que las reglas aplicables al dispute board normalmente prevén la posibilidad para que los miembros del dispute board emitan decisiones sobre demandas cautelares y provisionales urgentes, lo que es igualmente la función del árbitro de emergencia. Este artículo analiza si, en la práctica, efectivamente existe esta coexistencia de los dos mecanismos y, en caso positivo, cuáles son las dificultades resultantes de esta coexistencia.

Abstract

The evolution of contractual practices and arbitration rules has created a multitude of mechanisms aiming at increasing the efficiency of contract management and dispute resolution. Among these mechanisms, the emergency arbitrator and the dispute board are among the most widely used because of their efficiency. These mechanisms are, in addition, often combined as part of a multi-tiered dispute resolution system. The problem that may arise from this coexistence is that the rules applicable to the dispute board normally provide for the possibility for dispute board members to issue decisions on interim and urgent measures, which is also the function of the emergency arbitrator. This article analyses whether, in practice, this coexistence of the two mechanisms does indeed exist and, if so, what are the difficulties resulting from it.

Palabras clave: Árbitro de emergencia – dispute board – compatibilidad – admisibilidad de demandas – cláusula escalonada – contratos de construcción – FIDIC – Reglamento relativo a los dispute boards de la CCI

Keywords: Emergency arbitrator – dispute board – compatibility – admissibility of claims – multi-tier clauses – construction contracts – FIDIC – ICC dispute board rules

Sumario: *I. Introducción. II. La posible coexistencia del dispute board y del árbitro de emergencia. A. Exclusión del árbitro de emergencia de manera expresa. B. El reconocimiento por el reglamento de arbitraje aplicable de exclusión implícita. III. La difícil coexistencia del dispute board y del árbitro de emergencia. A. Problema de admisibilidad de las demandas en el arbitraje. B. Inexistencia de una solución general. IV. Conclusión.*

I. Introducción

La evolución de las prácticas contractuales y de los reglamentos de arbitraje ha creado una multitud de mecanismos destinados a incrementar la eficiencia de la gestión contractual y la

¹ Doctor en derecho internacional privado y del comercio internacional por la Universidad Panthéon-Assas Paris II, Socio de Tauil & Chequer Advogados asociado a Mayer Brown.

resolución de litigios. Entre estos mecanismos, el árbitro de emergencia y el dispute board (“DB”) están entre los más utilizados en razón de su eficiencia.

El árbitro de emergencia es un mecanismo que permite a una parte demandar medidas cautelares o provisionales urgentes que, por las circunstancias del caso, no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral, sin tener que recurrir a los jueces estatales. De manera general, la parte que necesita de una medida cautelar o provisional urgente, que no pueda esperar hasta la constitución del tribunal arbitral, puede presentar esta solicitud a un “árbitro de emergencia”, el cual decidirá la demanda en un plazo muy breve². Si la solicitud es aceptada por el árbitro de emergencia, su orden vincula a las partes hasta que dicha orden sea modificada por el tribunal arbitral una vez este sea constituido.

El mecanismo del árbitro de emergencia está incorporado en la mayoría de los reglamentos modernos de arbitraje como es el caso de la CCI³, SCC⁴, LCIA⁵, ICDR⁶, SIAC⁷, Cámara de Comercio de Lima⁸, y CAM-CCBC⁹, entre otros. Así, al elegir uno de estos reglamentos, salvo indicación contraria de las partes (*opt-out*), las partes automáticamente aceptan la posibilidad de que demandas cautelares o provisionales urgentes puedan ser sometidas al árbitro de emergencia.

El DB puede definirse, de manera simplificada como “*un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato*”¹⁰. Existen básicamente tres modelos de DBs. Este mecanismo, muy utilizado en la industria de la construcción – principalmente en su versión DAB, es extremadamente eficiente y permite a las partes evitar y resolver las disputas que surgen durante la ejecución del contrato. Por esta razón, el DB es comúnmente incluido en los contratos como parte de un sistema escalonado de resolución de litigios, en conjunto y como mecanismo previo al arbitraje. El objetivo de estos sistemas de resolución de litigios, también conocidos como cláusulas escalonadas es que el DB sirva de filtro, evitando y solucionando disputas de manera expeditiva y menos costosa, y dejando al arbitraje únicamente aquellas disputas que no han podido ser solucionadas dentro del mecanismo de DB. El ejemplo más conocido de sistema escalonado es la cláusula de resolución de disputas de los modelos de contrato de la *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* - FIDIC de 2017, que prevé

² En el Reglamento relativo a los Dispute Boards de la CCI, este plazo es de 15 días, conforme el artículo 6(4) del Apéndice V.

³ Artículo 29(6)(b) del reglamento de arbitraje de 2022.

⁴ Preámbulo del reglamento de arbitraje de la SCC: “*Under any arbitration agreement referring to the Arbitration Rules of the SCC Arbitration Institute or the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce the parties shall be deemed to have agreed that the following rules, or such amended rules, in force on the date of the commencement of the arbitration, or the filing of an application for the appointment of an emergency arbitrator, shall be applied unless otherwise agreed by the parties*”.

⁵ Artículo 9B del reglamento de arbitraje. Conforme punto 2.7 de la *LCIA Notes on Emergency Procedures: “the Emergency Arbitrator procedure applies only to arbitration agreements concluded on or after 1 October 2014”*.

⁶ Artículos 1 y 7 del reglamento de arbitraje.

⁷ Artículos 1 y *Schedule 1* del reglamento de arbitraje.

⁸ Artículo 1 y 35 del reglamento de arbitraje.

⁹ Artículo 2 del Anexo I al reglamento de arbitraje.

¹⁰ Definición del Reglamento relativo a los Dispute Boards de la CCI, prefacio.

un sistema escalonado según el cual todos los litigios tienen que ser sometidos a un *dispute avoidance and adjudication board* (“DAAB”)¹¹, seguido de un arbitraje (normalmente CCI¹²).

Consecuentemente, los mecanismos del árbitro de emergencia y de DB están frecuentemente previstos en conjunto. El DB normalmente está previsto dentro de un sistema escalonado conteniendo en un convenio arbitral como mecanismo final de resolución de litigios. Si el convenio arbitral prevé un arbitraje institucional conteniendo el mecanismo de árbitro de emergencia, los dos mecanismos potencialmente coexistirán.

El problema que puede surgir de esa coexistencia, es que las reglas aplicables al DB normalmente prevén la posibilidad de que los miembros del DB emitan decisiones sobre demandas cautelares y provisionales urgentes. Este es, por ejemplo, el caso del reglamento de DB de los contratos FIDIC y del Reglamento Relativo a los Dispute Boards de la CCI. El artículo 5.1(j) de las *DAAB Procedural Rules* para los contratos FIDIC dispone que: “[...] *the Parties empower the DAAB to: [...] (j) decide on any provisional relief such as interim or conservatory measures [...]*” y el artículo 15 del Reglamento de DB de la CCI dispone que “*el DB está facultado, inter alia, para: [...] decidir sobre cualquier remedio temporal, como una medida provisional o cautelar [...]*”.

Considerando que ambos mecanismos, DB y árbitro de emergencia, permiten a las partes obtener medidas cautelares o provisionales urgentes antes de la constitución del tribunal arbitral, surge la cuestión de verificar si efectivamente existe esta coexistencia **(I)** y, en caso positivo, cuáles son las dificultades resultantes de esta coexistencia entre los DBs y el árbitro de emergencia **(II)**.

II. La posible coexistencia del dispute board y del árbitro de emergencia

La coexistencia del DB y del árbitro de emergencia es una cuestión que requiere de verificación caso por caso, considerando que las partes pueden excluir el mecanismo de árbitro de emergencia de manera expresa **(A)** o porque el reglamento de arbitraje reconoce la posibilidad de exclusión implícita **(B)**.

A) Exclusión del árbitro de emergencia de manera expresa

La mayoría de los reglamentos de arbitraje, como por ejemplo el reglamento de la CCI, prevén que el mecanismo del árbitro de emergencia se aplica por defecto. Es decir, si las partes no excluyen el mecanismo de forma expresa, él mismo queda aplicable. Es el sistema *opt-out* en el cual las partes expresamente deben excluir el mecanismo, al contrario del sistema *opt-in* en el cual las partes, de así desearlo, tendrían que optar por incluir la aplicación del mecanismo.

¹¹ Existen básicamente tres modelos de DBs. Los «Dispute Adjudication Boards» (DAB) dictan decisiones, que deben acatarse de forma inmediata. Los «Dispute Review Boards» (DRB), emiten recomendaciones que no son vinculantes de inmediato para las partes, pero que pueden serlo si ninguna de las partes se opone a ellas en el plazo del respectivo reglamento. Los «Combined Dispute Boards» (CDB), que son una mezcla del DRB y el DAB: normalmente emiten recomendaciones, aunque también pueden dictar decisiones si una parte lo solicita y las demás partes no se oponen, o si el dispute board así lo decide. El DAAB es básicamente un DAB, con énfasis en su rol de evitar disputas.

¹² Sub-cláusula 21.6(a) de los libros Rojo, Amarillo y Plateado de 2017.

La posibilidad que tienen las partes de utilizar el sistema *opt-out* queda dispuesta en el artículo 29(6)(b) del Reglamento de la CCI el cuál dispone que “[I]as Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables si: [...] b) las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia [...]”. A contrario, si las partes no optaran por excluir las disposiciones sobre el árbitro de emergencia, ellas quedan aplicables. Los reglamentos de LCIA¹³, CCL¹⁴ y CAM-CCBC¹⁵, por ejemplo contienen disposiciones similares.

Otros reglamentos no prevén expresamente la posibilidad de exclusión del mecanismo del árbitro de emergencia. Sin embargo, cuando se trata de materias que pueden ser libremente dispuestas por las partes, no hay duda alguna sobre la posibilidad de excluir este mecanismo.

Si las partes excluyen expresamente la aplicación de las disposiciones referentes al árbitro de emergencia, evidentemente, no se da la coexistencia entre el DB y el árbitro de emergencia. Solo serán aplicables eventuales disposiciones sobre medidas cautelares y provisionales previstas en las reglas aplicables al DB.

B) El reconocimiento por el reglamento de arbitraje aplicable de exclusión implícita

El reglamento de arbitraje elegido por las partes puede prever la exclusión de las disposiciones sobre el árbitro de emergencia en caso de que las partes hayan otorgado poderes para decidir medidas cautelares y provisionales a los miembros del DB. Este es el caso de los Reglamentos de la CCI de 2012 y 2017 el cual prevé, en su artículo 29(6)(c), que “[I]as Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables si: [...] c) las partes han acordado otro procedimiento pre-arbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares”.

La citada provisión se trata de un reconocimiento de los Reglamentos de la CCI de 2012 y de 2017 de una renuncia implícita¹⁶. Conforme explica el Guía de la Secretaria para Arbitraje CCI: “[a]ggreeing to another pre-arbitral procedure that provides for the granting of conservatory, interim or similar measures amounts to an implied opt-out and therefore also excluded the application of the Emergency Arbitrator Provision”¹⁷.

Este es exactamente el caso cuando las partes acuerdan el mecanismo de *dispute adjudication board* (“DAB”),¹⁸ previo al arbitraje y prevén que el DAB tendrá poderes para dictar decisiones cautelares y provisionales, como es el caso del reglamento de DB’s de los contratos FIDIC de 2017 y del Reglamento relativo a los Dispute Boards de la CCI, por ejemplo¹⁹. Como fue

¹³ Artículo 9.B.16 del reglamento de la LCIA.

¹⁴ Artículo 35.5.c) del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

¹⁵ Artículo 2(e) del Anexo I al reglamento da la CAM-CCBC.

¹⁶ BEISTEINER L., “Provisional Measures Specific to Construction Arbitration: Focus on the Austrian Legal Framework and Jurisprudence”, in *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* 16 (C. Baltag & C. Vasile eds., 2019), p. 64, espec. p. 81.

¹⁷ FRY J., GREEMBERG S., MASSA F., *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*, ICC Publication 2012, para. 3-1102.

¹⁸ El DAB, recordamos, dicta decisiones inmediatamente vinculantes a las partes, pero que no so finales y pueden ser revistas por el tribunal arbitral una vez constituido.

¹⁹ Según el Guía de la Secretaría de la CCI, hay renuncia a las disposiciones del árbitro de emergencia “*where the parties have agreed to the ICC pre-arbitral referee proceure or to use a dispute board that*

explicado anteriormente, el artículo 5.1(j) de las *DAAB Procedural Rules* para los contratos FIDIC²⁰ dispone que : “[...] *the Parties empower the DAAB to: [...] (j) decide on any provisional relief such as interim or conservatory measures [...]*” y el artículo 15 del Reglamento de DB de la CCI dispone que “*el DB está facultado, inter alia, para: [...] decidir sobre cualquier remedio temporal, como una medida provisional o cautelar [...]*”.

Por esta razón, puede afirmarse que en el régimen establecido por el Reglamento de 2012 y 2017 de la CCI, la coexistencia entre el árbitro de emergencia y un DAB bajo el reglamento de la FIDIC o de la CCI no era posible²¹. La elección de este implica a exclusión de aquel.

Esta cuestión fue analizada por un árbitro de emergencia CCI bajo el Reglamento de Arbitraje de 2012, el cual se juzgó incompetente sobre la base de que las disposiciones del árbitro de emergencia no eran aplicables en función del artículo 29(6)(c) del Reglamento de 2012 de la CCI²². Entre otros puntos, el árbitro de emergencia tuvo en consideración (i) que el DAB permanente del contrato seguía constituido, (ii) que el artículo 29(6)(c) del Reglamento de 2012 de la CCI reconocía la posibilidad de renuncia implícita, (iii) que los poderes de los miembros del DAB para dictar medidas cautelares y provisionales eran muy similares a los poderes del árbitro de emergencia y (iv) que los efectos de la decisión de DAB y de una eventual orden del árbitro de emergencia eran igualmente similares²³.

En el caso citado en el párrafo que precede, la decisión del árbitro de emergencia es difícilmente criticable. Sin embargo, si los hechos del caso fueran diferentes y, por ejemplo, el DAB permanente todavía no estuviera constituido, el recurso al árbitro de emergencia podría ser posible (pero sin coexistencia)²⁴. En el caso de que el DB todavía no esté constituido (o ya tenga sido extinto) es posible afirmar que no hay exclusión al árbitro de emergencia, que estaría igualmente disponible para las medidas urgentes que no puedan esperar la constitución del DB (o cuando el DB ya no esté más disponible)²⁵. Esta posición está en acuerdo con la subcláusula 21.8 de los contratos FIDIC de 2017, que prevé que si el DB todavía no fue constituido, las partes pueden someter el litigio directamente al árbitro (lo que evidentemente incluye el árbitro de emergencia), sin perjuicio de cualquier otro derecho que dicha parte tenga. Por lo tanto, si bajo los reglamentos de 2012 y 2017 de la CCI la decisión de principio debe ser la incompetencia del árbitro de emergencia, circunstancias específicas del caso concreto pueden llevar el árbitro de emergencia a considerarse competente²⁶.

may issue interim measures” (énfasis añadido), FRY J., GREEMBERG S., MASSA F., *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*, ICC Publication 2012, para. 3-1102.

²⁰ Artículo 8(g) de las reglas aplicables al DAB del libro Rojo de la edición de 1999.

²¹ JENKINS J., *International Construction Arbitration*, Kluwer 2021, 3ª ed., espec. p. 197 a 198.

²² Para una análisis detallada de esta decisión ver SCHEFFER DA SILVEIRA G., *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, BRUYLANT 2019, espec. no. 282, p. 315.

²³ Que ambas las decisiones serían inmediatamente obligatorias, pero no finales, y que podrían ser completamente revisadas por el tribunal arbitral una vez constituido.

²⁴ El Reporte de la Comisión de Arbitraje de la CCI sobre Emergency Arbitrator Proceedings explica que: “*the current Article 29(6)(c) [de 2017] does not inevitably preclude application. For example, the EA could still conclude that where no DB is constituted [...]*”, para. 77.

²⁵ BEISTEINER L., “Provisional Measures Specific to Construction Arbitration: Focus on the Austrian Legal Framework and Jurisprudence”, in *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* 16 (C. Baltag & C. Vasile eds., 2019), p. 64, espec. p. 81.

²⁶ Dicho esto, contrariamente a lo que indica el Reporte de la Comisión de Arbitraje de la CCI sobre Emergency Arbitrator Proceedings en el párrafo 77, el hecho de que el DB sea constituido por ingenieros,

En su versión de 2021, el Reglamento de la CCI modificó la redacción del artículo 29(6) y excluyó el reconocimiento de una renuncia implícita a las disposiciones del árbitro de emergencia, manteniendo únicamente la posibilidad de renuncia expresa. Según el texto del artículo 29(6) del Reglamento de la CCI de 2021: “[l]as Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables si: a) el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido antes del 1° de enero de 2012; b) las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia; o c) el acuerdo de arbitraje en que se fundamenta la petición deriva de un tratado”.

Bajo el reglamento de arbitraje CCI de 2021, la existencia de un DB con poderes para emitir una medida cautelar o provisoria no significa que el mecanismo del árbitro de emergencia este automáticamente excluido. En el caso de que una parte alegue la incompetencia del árbitro de emergencia bajo el fundamento de la existencia de un DB con poderes para decidir medidas urgentes, la cuestión deberá ser decidida por el árbitro de emergencia, en su análisis de su propia competencia. Sin embargo, en vista de que el reglamento de 2021 parece exigir una exclusión expresa, salvo circunstancias específicas a un caso concreto, el árbitro de emergencia podrá considerarse competente. Este es, por ejemplo, el caso del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que exige en su artículo 35.5.b), que la exclusión del árbitro de emergencia sea previa y expresa²⁷.

Consecuentemente, para el reglamento de la CCI de 2021, la coexistencia entre un DB con poderes para dictar medidas cautelares y provisionales y el mecanismo del árbitro de emergencia es posible. Sin embargo, esta coexistencia no está exenta de problemas.

III. La difícil coexistencia del dispute board y del árbitro de emergencia

El hecho de que la coexistencia del DB y del árbitro de emergencia sea posible, no significa que esta coexistencia sea pacífica. En la práctica, la utilización del árbitro de emergencia, en lugar del DB, puede generar un problema grave de admisibilidad de las demandas en el arbitraje (A), para el cual parece no existir una solución general (B).

A) Problema de admisibilidad de las demandas en el arbitraje

En los sistemas escalonados, las partes deben obligatoriamente respetar el orden de los mecanismos previstos en la cláusula de resolución de litigios, bajo la pena de que sus demandas no sean admitidas en el arbitraje si las etapas previas han sido incumplidas. El mejor ejemplo es el sistema de resolución de litigios de los contratos FIDIC de 2017, que prevé una cláusula escalonada de tres niveles: ingeniero, DAAB y, por fin, arbitraje.

Dicho de manera simple²⁸, si una de las partes considera tiene derecho a un pago adicional, prórroga de plazo u otra demanda bajo el contrato, esa parte debe someter una reclamación al

y no abogados, no parece ser una razón válida para que el árbitro de emergencia se considere competente si existe un DB actuando y se el DB tiene poderes para dictar medidas cautelares o provisionales. Primero, porque ni el árbitro ni el árbitro de emergencia tienen que ser abogados (esto no es una exigencia bajo el reglamento de la CCI). Segundo, el acuerdo de las partes debe prevalecer sobre temas de pura conveniencia, que no afectan el acceso de las partes a un mecanismo que dicte medidas urgentes.

²⁷ Artículo 35.5.b): “Las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no son aplicables en los siguientes supuestos: [...] b) si las partes del convenio arbitral han excluido previa y expresamente su aplicación”.

²⁸ Para una explicación detallada del sistema de resolución de litigios de los contratos FIDIC de 1999, v. BAKER E., LAVER A. P., “Introduction to the FIDIC Suite of Contracts – The History of the FIDIC

ingeniero con la finalidad de alcanzar un acuerdo entre las partes o bien para una determinación del ingeniero bajo la sub-cláusula 3.7²⁹. Si la partes no llegan a un acuerdo y una de ellas emite una notificación de desacuerdo en relación a la determinación del ingeniero, dicha reclamación se torna un “litigio” para los fines de los contratos FIDIC³⁰ y, por lo tanto, puede ser sometido al DAAB para su decisión. Este litigio no puede ser sometido directamente al arbitraje, y las demandas deben ser, imperativamente, sometidas al DAAB para su decisión antes de que estas demandas puedan ser sometidas a los árbitros.

En este sentido, la sub-cláusula 21.1 de los contratos FIDIC de 2017 prevé que “*disputes shall be decided by a DAAB in accordance with Sub-Clause 21.4*” y la sub-cláusula 21.6 dispone que “*any Dispute in respect of which the DAAB’s decision (if any) has not become final and binding shall be finally settled by international arbitration*”. O sea, las reclamaciones tienen que pasar por el ingeniero para que eventualmente se tornen “litigios” y puedan ser sometidas al DAAB para una decisión y, de ser el caso, únicamente después al arbitraje.

El problema es que la coexistencia del árbitro de emergencia y del DAAB puede afectar gravemente la eficacia del sistema escalonado, dejando sin efecto el acuerdo de las partes.

De hecho, si ambos mecanismos coexisten, las partes en principio pueden someter sus solicitudes de medidas cautelares o provisionales urgentes tanto al DB como al árbitro de emergencia. Si la parte presenta su petición al árbitro de emergencia bajo el reglamento de arbitraje de la CCI, según el artículo 1(6) del apéndice V del Reglamento de 2021, dicha parte tiene que someter obligatoriamente la solicitud de arbitraje sobre el fondo del litigio en un plazo de 10 días siguientes a la recepción de la petición de árbitro de emergencia³¹ por la secretaria de la CCI. Otros reglamentos, como de la SCC³², ICDR³³, CCL³⁴ y CAM-CCBC³⁵ prevén de manera similar que la solicitud de arbitraje debe ser presentada de manera conjunta o en un plazo breve tras la presentación de la petición de árbitro de emergencia.

Sin embargo, en estos casos, las demandas de fondo presentadas en la solicitud de arbitraje no habrán pasado por el sistema escalonado acordado por las partes. Es decir, el recurso del árbitro de emergencia, en principio, obligará a la parte demandante a incumplir con las etapas previas

Suite”, *GAR’s Guide to Construction Arbitration 2017*; SEPPÄLÄ Ch. R., “Singapore Contributes to a Better Understanding of the FIDIC Disputes Clause: The Second Persero Case”, *ICLR* 2015, p. 4 y “How not to Interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in Persero”, *ICLR* 2012, p. 4. Sobre el sistema de 2017, v. SCHEFFER DA SILVEIRA G., “Os novos contratos da fidic, edição de 2017”, *Rev. de Arbitragem e Mediação* 2018, v. 57, p. 35-56.

²⁹ Subcláusula 3.7 dispone que “[...] *Whenever this conditions provide that the Engineer shall proceed under this Sub-Clause to agree or determine any matter or Claim, the following procedure shall apply: [...]*”. En la secuencia, subcláusula 3.7 dispone las reglas para que el ingeniero ayude las partes a intentar llegar a un acuerdo – “*Consultation to reach an agreement*”, y las reglas para que él dicte su determinación – “*Engineer’s determination*”.

³⁰ Ver definición de “Dispute”, en la sub-cláusula 1.1.29.

³¹ Artículo 1(6) del apéndice V del Reglamento de 2021: “*El Presidente deberá terminar el procedimiento de árbitro de emergencia si la Solicitud de Arbitraje no es recibida por la Secretaría de parte del peticionario dentro de los 10 días siguientes a la recepción por la Secretaría de la Petición, salvo que el árbitro de emergencia determine que un período más extenso es necesario*”.

³² Artículo 9(4) (iii) y (iv) del Apéndice II al reglamento de arbitraje de la SCC.

³³ Artículo 7.1 del reglamento de arbitraje internacional de la ICDR.

³⁴ Artículo 7.a) del Apéndice I al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

³⁵ Artículo 6 del Anexo I al reglamento de arbitraje de la CAM-CCBC.

al arbitraje presentando una demanda de arbitraje sin que dichas demandas hayan pasado por el ingeniero y por el DAAB³⁶. Consecuentemente, el tribunal arbitral tendría que juzgar dichas demandas como inadmisibles³⁷.

De no ser así, el tribunal arbitral estaría validando una violación al sistema escalonado de resolución de litigios contratado por las partes, lo que no parece ser una solución aceptable. El árbitro de emergencia no puede servir de herramienta para que una parte incumpla con sus obligaciones contractuales³⁸.

Por otro lado, si el reglamento de arbitraje aplicable no prevé la obligación de introducción de la demanda de arbitraje tras la presentación de la petición de árbitro de emergencia, lo que es el caso de los reglamentos LCIA y SIAC, este problema no existirá.

B) Inexistencia de una solución general

La compatibilización del mecanismo del árbitro de emergencia con el DB no es evidente³⁹. Una posible solución de coordinación entre los dos mecanismos es el poder otorgado al árbitro de emergencia por el artículo 1(6) del apéndice V del Reglamento de 2021 para prorrogar el plazo para realizar una presentación de solicitud de arbitraje: *“El Presidente deberá terminar el procedimiento de árbitro de emergencia si la Solicitud de Arbitraje no es recibida por la Secretaría de parte del peticionario dentro de los 10 días siguientes a la recepción por la Secretaría de la Petición, salvo que el árbitro de emergencia determine que un período más extenso es necesario”* (énfasis añadido).

El árbitro de emergencia podría dictar la demanda de urgencia solicitada y al mismo tiempo determinar un plazo suficiente para que la parte demandante someta las demandas de fondo a los procedimientos previos al arbitraje evitando así la inadmisibilidad de las demandas.

La dificultad de esta solución es que este plazo tendría que ser bastante largo. Por ejemplo, dentro del sistema FIDIC, este plazo eventualmente tendría que ser de más de 6 meses de manera que pueda permitir que la parte demandante sometiera sus demandas a todo el proceso

³⁶ La coexistencia del árbitro de emergencia y del DB puede igualmente llevar a decisiones contradictorias entre estos dos mecanismos, lo que es un problema adicional que merece un análisis específico que no entre en el ámbito de este artículo.

³⁷ La violación de las etapas previas al arbitraje es un tema de admisibilidad de las demandas, y no de jurisdicción del tribunal arbitral. Sobre la distinción entre admisibilidad y jurisdicción ver. Paulsson J., “Jurisdiction and Admissibility”, in *Liber Amicorum Robert Briner*, ICC Publication 2005, n° 693, p. 601, spéc. p. 616 y “The Idea of Arbitration”, Oxford University Press 2013, espec. p. 89; SCHÄLPFER A.-V., « Jurisdiction and Admissibility : a Subtle Distinction, Not Always Easy to Make in International Arbitration », *Cah. Arb.* 2013, p. 327; BOLLÉE S., “Sur la distinction entre compétence et recevabilité dans l’arbitrage”, *Cah. Arb.* 2015, p. 803. Ver igualmente, Paris, 1 de diciembre de 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 457, note J.-M. Talau; Paris, 4 de marzo de 2004, Soc. Nihon Plast Co. c/ Soc. Takata-Petri Aktiengesellschaft, *Rev. arb.* 2005, p. 143, note F.-X. Train.

³⁸ Ch. Boog, al tartar del artículo 29(6)(c) de los reglamentos de 2012 y 2017 de la CCI, explica que: “Article 29(6)(c) of the ICC Rules derives from concerns raised by representatives of users of the FIDIC contract forms – which contain an ICC arbitration clause – that the emergency arbitrator could potentially undermine the powers vested particularly in dispute boards under FIDIC standard contracts to grant interim and conservatory measures in certain cases”, *Arbitration in Switzerland*, Kluwer 2017, 2ª ed., espec. n° 29.

³⁹ PETKUTE-GURIENE J., “Access to Arbitral Justice in Construction Disputes (Dispute Board-Related Issues, Time Bar and Emergency Arbitration)”, in *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* 16 (C. Baltag & C. Vasile eds., 2019), p. 1, espec. p. 16 a 18.

previo al arbitraje (ingeniero, DAAB y plazo para resolución amigable de la subcláusula 21.5). Este plazo puede ser excesivo desde la perspectiva de la parte demandada, y el árbitro de emergencia puede no sentirse cómodo en otorgar un plazo tan extenso.

Otra posible solución de coordinación sería la presentación de la demanda de arbitraje en el plazo de 10 días, con la solicitud de su inmediata suspensión para que la parte demandante pueda someter el litigio a las etapas previas al arbitraje.

Sin embargo, esta solución tampoco está exenta de dificultades. Primero, porque la parte demandante no tendría ninguna obligación de iniciar el proceso previo al arbitraje de manera rápida y podría retrasar el proceso beneficiándose de la eventual orden del árbitro de emergencia por el plazo de la suspensión del proceso arbitral. Segundo, que esta solución parece en realidad ser incompatible con el texto de la cláusula de resolución de litigios de la FIDIC. En este sentido, la subcláusula 21.5 de los contratos FIDIC de 2017 dispone que “*arbitration may be commenced on or after the twenty-eighth (28th) day after the day on which this NOD [notificación de desacuerdo referente a la decisión del DAB] was given [...]*”. Según el texto de esta subcláusula, el arbitraje solo puede ser iniciado después de la decisión del DAB y de la expiración del plazo de 28 días reservado para una eventual resolución amigable del litigio. O sea, un arbitraje iniciado antes de la expiración de este plazo es un arbitraje iniciado en violación a la cláusula de resolución de litigios. Por lo tanto, la viabilidad de esta solución dependerá directamente del texto de la cláusula y de las eventuales condiciones para el inicio del procedimiento arbitral.

IV. Conclusión

La coexistencia de los mecanismos del árbitro de emergencia y del DB es posible, y dependerá del texto de la cláusula escalonada de resolución de litigios y del reglamento de arbitraje aplicable.

Las partes están libres para excluir expresamente la aplicación de árbitro de emergencia en el texto del contrato para evitar la coexistencia y posibles conflictos entre los dos mecanismos. Además, algunos reglamentos de arbitraje, como los reglamentos de la CCI de 2012 y 2017, aceptan la renuncia tácita a las disposiciones del árbitro de emergencia en los casos en que las partes han acordado otro procedimiento pre-arbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares. Este es justamente el caso de las cláusulas escalonadas que prevén un recurso a un DB bajo las reglas de la FIDIC o de la CCI, las cuales otorgan poderes a los miembros del DB para dictar demandas cautelares y provisionales urgentes.

Sin embargo, en su versión más reciente, la de 2021, el reglamento de arbitraje de la CCI eliminó este artículo. Por lo tanto, el acuerdo de las partes en someter sus demandas a un DB bajo las reglas de la FIDIC o de la CCI no significa que las disposiciones del árbitro de emergencia estén automáticamente excluidas. Al contrario, el texto actual del reglamento de arbitraje de la CCI parece admitir la exclusión de las disposiciones relativas al árbitro de emergencia únicamente en los casos en que la exclusión sea expresa.

La coexistencia de los dos mecanismos es por lo tanto posible. No obstante, esto no significa que esta coexistencia no cree problemas. En la práctica, el recurso directo al árbitro de emergencia, en lugar del DB, puede resultar en la inadmisibilidad de las demandas, puesto que muchos reglamentos exigen que la solicitud de arbitraje sea presentada concomitantemente o en un plazo corto tras la recepción por la secretaria de la institución de la petición de árbitro de

emergencia. Sin embargo, en estos casos, las demandas de fondo presentadas en la solicitud de arbitraje no habrán pasado por el sistema escalonado acordado por las partes y, por lo tanto, deberán ser consideradas inadmisibles por los árbitros. En estos casos, presentar las demandas de urgencia directamente al DAB parece ser la vía mas apropiada dentro de la filosofía del sistema escalonado de resolución de litigios acordado por las partes.

Bibliografía

BAKER E., LAVER A. P., “Introduction to the FIDIC Suite of Contracts – The History of the FIDIC Suite”, *GAR’s Guide to Construction Arbitration* 2017.

BEISTEINER L., “Provisional Measures Specific to Construction Arbitration: Focus on the Austrian Legal Framework and Jurisprudence”, in *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* 16 (C. Baltag & C. Vasile eds., 2019), p. 64.

BOLLÉE S., “Sur la distinction entre compétence et recevabilité dans l’arbitrage”, *Cah. Arb.* 2015, p. 803.

BOOG Ch., *Arbitration in Switzerland*, Kluwer 2017, 2^a ed.

FRY J., GREEMBERG S., MASSA F., *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*, ICC Publication 2012.

JENKINS J., *International Construction Arbitration*, Kluwer 2021, 3^a ed.

SCHEFFER DA SILVEIRA G., *Les modes de règlement des différends dans les contrats internationaux de construction*, BRUYLANT 2019.

SCHEFFER DA SILVEIRA G., “Os novos contratos da fidic, edição de 2017”, *Rev. de Arbitragem e Mediação* 2018, v. 57, p. 35.

SCHÄLPFER A.-V., « Jurisdiction and Admissibility : a Subtle Distinction, Not Always Easy to Make in International Arbitration », *Cah. Arb.* 2013, p. 327.

SEPPÄLÄ Ch. R., “Singapore Contributes to a Better Understanding of the FIDIC Disputes Clause: The Second Persero Case”, *ICLR* 2015, p. 4

SEPPÄLÄ Ch. R., “How not to Interpret the FIDIC Disputes Clause: The Singapore Court of Appeal Judgment in Persero”, *ICLR* 2012, p. 4.

PAULSSON J., “Jurisdiction and Admissibility”, in *Liber Amicorum Robert Briner*, ICC Publication 2005, n° 693, p. 601.

PAULSSON J., “The Idea of Arbitration”, Oxford University Press 2013,

PETKUTE-GURIENE J., “Access to Arbitral Justice in Construction Disputes (Dispute Board-Related Issues, Time Bar and Emergency Arbitration)”, in *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* 16 (C. Baltag & C. Vasile eds., 2019), p. 1.

TALAU J.-M., nota sobre Paris, 1 de diciembre de 1995, *Rev. arb.* 1996, p. 457.

TRAIN F.-X., nota sobre Paris, 4 de marzo de 2004, *Soc. Nihon Plast Co. c/ Soc. Takata-Petri Aktiengesellschaft*, *Rev. arb.* 2005, p. 143.

Riesgo de insolvencia y medidas cautelares

Insolvency Risk and Interim Measures

José Gregorio Torrealba R.¹

Resumen

El objetivo de esta investigación es el de explorar diferentes escenarios en torno a medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales cuando una de las partes del arbitraje se encuentra en riesgo de insolvencia. A través de un estudio de derecho comparado se identifican cuáles son las características y principios generales comunes a los procedimientos preventivos de insolvencia y sus diferencias con los procedimientos de quiebra. Mediante el análisis de las características y principios generales de los procedimientos de insolvencia, así como de los requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares en el arbitraje, se deduce cuáles de los efectos de naturaleza jurisdiccional de los procedimientos de insolvencia pueden tener un impacto en las medidas cautelares.

Abstract

The purpose of this research is to explore different scenarios around interim measures ordered by arbitral tribunals when one of the parties of the arbitration is at risk of insolvency. Through a comparative law study, the features and general principles that are common to the insolvency preventive proceedings and their differences with bankruptcy proceedings are identified. Through the analysis of the features and general principles of the insolvency proceedings and the conditions required for the granting of interim measures in arbitration, it is deduced which of the jurisdictional effects of the insolvency proceedings may have an impact on interim measures.

Palabras clave: Riesgo – Insolvencia – Procedimientos concursales – Procedimientos concursales – Reorganización – Reestructuración – Quiebra – Liquidación – Arbitraje – Medidas Cautelares.

Keywords: Risk – Insolvency – Insolvency proceedings- Reorganization - Restructuring – Bankruptcy- Liquidation- Arbitration- Interim measures.

Sumario: *I. Introducción. II. El riesgo de insolvencia, los procedimientos concursales y su impacto en el arbitraje. A. Los procedimientos concursales en el derecho comparado. B. Principios de los procedimientos de insolvencia con impacto en el arbitraje. C. El impacto de los procedimientos concursales en el arbitraje. III. Los requisitos para otorgar medidas cautelares y el riesgo de insolvencia. IV. Los efectos jurisdiccionales de los procedimientos concursales a nivel internacional. A. El reconocimiento del proceso concursal. 1. El reconocimiento en las jurisdicciones que han adoptado la LMIT. B. La determinación de la ley aplicable. C. La arbitrabilidad de la disputa. D. La validez del acuerdo arbitral. E. La*

¹ Profesor invitado de Derecho Internacional de Inversiones y Arbitraje en el curso de LLB (pregrado) de *Brunel University London* (2022) y profesor de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018), Universidad Católica del Táchira (2005) y Universidad Central de Venezuela (2003). *Solicitor* de Inglaterra y Gales (2023), *PhD* (Candidato) y *LL.M.* (2004), *King's College London, University of London; Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María. Miembro de la delegación de la Asociación Venezolana de Arbitraje ante la CNUDMI. Socio de JGTorrealba. Email: jgtorrealba@jgtorrealba.com.

suspensión de procedimientos y ejecuciones. F. Restricciones a los poderes del árbitro. G. La impugnación del laudo arbitral. H. El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. V. Las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales ante el riesgo de insolvencia. A. Medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales antes del inicio de procedimientos de insolvencia. B. Medidas cautelares dictadas paralelamente al procedimiento preconcursal. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Este trabajo tiene como objetivo explorar cuáles son los efectos de la potencial insolvencia de una de las partes del procedimiento arbitral, actual o potencial, en las medidas cautelares dictadas por los árbitros. Resulta una tarea compleja, porque el riesgo de insolvencia nos ubica en un espacio temporal en el que la insolvencia no se ha declarado, pero en el que la parte insolvente puede recurrir, voluntariamente, a mecanismos de protección, precisamente para evitar el estado de insolvencia.

Los efectos que puede tener la insolvencia de una de las partes en el arbitraje son muchos y, en muchos casos, pueden ser determinantes. El riesgo de insolvencia puede implicar que el deudor pueda prever que la posibilidad de entrar en una crisis en la que sus pasivos superen sus activos, o incluso, que se encuentre en un estado de iliquidez que le impida cumplir con sus obligaciones, sin que su patrimonio sea necesariamente negativo.

En casos como los descritos arriba, las legislaciones cuentan con procedimientos judiciales o extrajudiciales para permitir que el deudor pueda reorganizar sus obligaciones para evitar entrar en un estado en el que obligatoriamente deba iniciarse un proceso para su liquidación. El ámbito temporal que pretendemos analizar en este trabajo invita a enfocarnos en el análisis de los diferentes escenarios que pueden presentarse antes de que la insolvencia de una de las partes sea declarada, justo cuando existe el riesgo de insolvencia, así como el destino de los procedimientos y laudos arbitrales emitidos antes de la declaratoria de insolvencia de una de las partes. Para esto haremos un ejercicio de deducción, comenzando por analizar los aspectos generales tanto de los procedimientos de insolvencia como del arbitraje, para luego ir enfocando la atención en los aspectos específicos de los procedimientos preconcursales, los procedimientos concursales iniciados durante el curso de un arbitraje y finalmente, el impacto de estos procedimientos en las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

En la primera parte, el trabajo trata sobre el riesgo de insolvencia y los procedimientos preconcursales, que son precisamente aquellos destinados a prevenir la insolvencia. En ese contexto, se realiza un análisis de derecho comparado para identificar cuáles son las características que comparten los regímenes de estos procedimientos preconcursales. Luego se analizan los principios que los rigen pero tomando como referencia los que rigen los procedimientos concursales o de liquidación para poder entender la extensión de sus efectos. Finalmente, se examinan cuáles de esos efectos de los procedimientos preconcursales tienen un impacto en el arbitraje.

La segunda parte contiene un recuento sobre los requisitos de las medidas cautelares en el arbitraje y sugiere el enfoque que puede dársele a estos requisitos en torno al riesgo de insolvencia. Esto se realiza tomando en cuenta los instrumentos más extendidos del arbitraje comercial internacional, en base a los cuales se han venido estandarizando las legislaciones de arbitraje y su régimen internacional.

En el tercer capítulo se realiza un recorrido por los distintos efectos jurisdiccionales que pueden tener los procedimientos concursales, que aunque no son tan extensos como los de los procedimientos concursales, pueden tener un impacto muy relevante en los procedimientos arbitrales, la jurisdicción del tribunal arbitral, la validez y ejecución de los laudos, efectos estos que aplican plenamente a la potestad cautelar de los tribunales arbitrales.

Finalmente, el trabajo recoge un ejercicio en el que se analizan los mencionados efectos pero desde el punto de vista temporal, tomando en cuenta la oportunidad en la que fueron dictadas y los efectos que tendría el inicio de un procedimiento concursal sobre su validez o efectividad, particularmente cuando se dictan antes y paralelamente al procedimiento arbitral.

II. El riesgo de insolvencia, los procedimientos concursales y su impacto en el arbitraje

La insolvencia es definida por la Real Academia como “Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda”.² Así definida, la insolvencia *per se* no tiene un efecto en el arbitraje sino cuando los mecanismos legalmente establecidos para proteger a los acreedores del deudor insolvente se han puesto en marcha. Estos mecanismos, a los que denominaremos “procedimientos de insolvencia”, cubren los denominados procedimientos preventivos o concursales, previos a la insolvencia del deudor, tales como las reorganizaciones o reestructuraciones, destinados al rescate del deudor, y los procedimientos de tipo concursal, en los que se procede a la liquidación del activo del deudor y extinción de la empresa en caso de las personas jurídicas.

Como hemos mencionado arriba, siendo que el momento que analizamos en este trabajo es el previo a la insolvencia, nos enfocaremos en este capítulo en una revisión breve de los elementos de los procedimientos concursales y su impacto general en el arbitraje.

A. Los procedimientos concursales en el derecho comparado

Puede decirse que los procedimientos concursales constituyen un verdadero cambio de paradigma en relación con los procedimientos concursales clásicos, destinados a la satisfacción de los créditos de los acreedores mediante la ejecución del patrimonio del deudor insolvente que se reparte luego en base a los distintos privilegios y rangos de las distintas acreencias.³ En los procedimientos concursales, debido a su función preventiva de la insolvencia, destinada al saneamiento patrimonial del deudor, es mucho más probable que los acreedores vean sus créditos totalmente satisfechos, aun cuando algunas condiciones puedan ser alteradas como resultado de las negociaciones entre el deudor y sus acreedores. En los procedimientos concursales clásicos, esta probabilidad es mucho menor pues se parte generalmente del hecho que el pasivo del deudor es mayor a su activo, que tendrá que repartirse proporcionalmente entre sus acreedores.

Los procedimientos concursales toman en cuenta la función de la empresa en la sociedad y en la economía en su contexto, como ente generador de riqueza, empleo, entre otros beneficios,

² Real Academia Española, «Insolvencia», en *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española, 2022), <https://dle.rae.es/insolvencia>.

³ Juan Ignacio Marcuello Salto, «Los principales procedimientos concursales del derecho comparado europeo en el marco del Derecho Internacional Privado Actual.», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* XII (2012): 152.

por lo que persiguen un balance entre la satisfacción del crédito y el rescate de la empresa ante el riesgo de insolvencia.⁴ No es necesario que el deudor se encuentre en estado de insolvencia o que la misma haya sido declarada⁵ para poder recurrir a estos procedimientos. No obstante, se trata de mecanismos híbridos que combinan características de los procedimientos extrajudiciales, como las negociaciones acreedores-deudor, y de los judiciales, como la supervisión del juez.⁶

En el viejo continente, estos procedimientos han tomado formas muy variadas. En Reino Unido se cuenta con el *scheme of arrangement*,⁷ que implica la presentación de una propuesta o *scheme* ante el juez, su aprobación por parte de los acreedores, la ratificación de la propuesta aprobada por parte del juez y su registro ante el registro mercantil – *Companies House* -. En este procedimiento el juez tiene discrecionalidad para dictar medidas que suspendan los procedimientos judiciales que se encuentren pendientes en contra del deudor.⁸ El otro procedimiento preconcursal británico es el denominado *Company Voluntary Arrangement*,⁹ que consiste en un acuerdo entre el deudor y sus acreedores quirografarios, a ser implementado por un supervisor designado, que puede incluir una moratoria durante un período acordado por las partes.¹⁰

Por su parte, la Unión Europea cuenta con una Directiva para la reestructuración preventiva¹¹ que obliga a sus Estados Miembros a establecer marcos de reestructuración preventiva que permita a los deudores evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad con la finalidad expresa de proteger el empleo y mantener la actividad empresarial. En estos procedimientos, la Directiva establece que los Estados velarán porque el deudor disfrute de una suspensión de las ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones en el marco de una reestructuración preventiva.

Alemania implementó la mencionada Directiva mediante la Ley de Estabilización y Reestructuración Corporativa, que establece un procedimiento extrajudicial para negociar la reestructuración que puede incluir medidas como la moratoria.¹² Para casos de iliquidez o sobreendeudamiento, la Ley de Insolvencia prevé el inicio obligatorio de un procedimiento de

⁴ Marcuello Salto, 153.

⁵ Manuel Alejandro Penadés Fons, Felipe Ossa, y Jennifer Permesly, «IBA Toolkit on insolvency and arbitration» (International Bar Association, 2021), 16, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=087B4D4A-B82E-4FAC-817F-64EE50091D66>.

⁶ Marcuello Salto, «Los principales procedimientos preconcursales del derecho comparado europeo en el marco del Derecho Internacional Privado Actual.», 154.

⁷ Reino Unido, «Companies Act 2006», Pub. L. No. 2006 c 46 (s. f.). Parte 26.

⁸ *Bluecrest Mercantile BV v Vietnam Shipbuilding Industry Group & Ors* (High Court of Justice 22 de abril de 2013).

⁹ Reino Unido, «Insolvency Act 1986» (s. f.). Parte I.

¹⁰ J. Scott Slorach y Jason G. Ellis, *Business Law*, [Twenty-eighth edition] (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2020), 256.

¹¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, «Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)», Pub. L. No. (UE) 2019/1023 (2019), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L1023&qid=1672912806086&from=EN>.

¹² Matthias Kampshoff et al., «Germany», *Insolvency 2022*, 2022, <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/insolvency-2022/germany>.

tipo concursal, pero entre la presentación de la solicitud y la declaratoria de insolvencia, es posible que el juez otorgue un plazo para que el deudor presente un plan para la reestructuración de la deuda siempre que el deudor no se encuentre aún en estado de insolvencia. El juez puede otorgar hasta tres meses para la implementación del plan así como la suspensión de ejecuciones de los bienes del deudor.¹³

En Francia también se prevén procedimientos de reorganización extrajudiciales como el *mandat ad hoc* y la conciliación. En el *mandat ad hoc* se nombra un experto (*mandataire*) que puede ser sugerido por el deudor bajo la supervisión del juez y cuya labor es colaborar para que se llegue un acuerdo confidencial y unánime entre los acreedores y el deudor. En la conciliación el conciliador también buscará negociar un acuerdo entre las partes en cuanto a una reducción de la deuda y sus períodos de vencimiento, que debe ser homologado por el juez y es por lo tanto público. En ninguno se prevé la paralización automática de la ejecución de bienes del deudor o de iniciar procedimientos judiciales para el cobro, pero lo usual es que los acreedores que participan en estos procedimientos acuerdan abstenerse de iniciar acciones de este tipo, aunque el deudor puede solicitar al juez que se acuerde una medida judicial que otorgue una moratoria.¹⁴

En cuanto a los procedimientos preconcursales judiciales, la legislación francesa cuenta los de de salvaguarda y salvaguarda acelerada (reservado para acreedores financieros), iniciados a instancia del deudor y que implican el nombramiento de un supervisor para velar por el procedimiento en el que debe ser diseñado el plan de salvaguarda en un plazo de seis meses y cuya ejecución no puede exceder los diez años. En el procedimiento de salvaguarda los acreedores no pueden iniciar ninguna acción en contra del deudor desde el momento en que se inicia el procedimiento y durante la duración del plan. El supervisor está facultado también para decidir si los contratos vigentes al momento del inicio del procedimiento continúan vigentes o no. En el procedimiento de salvaguarda acelerado debe haberse comenzado un procedimiento de conciliación y tener ya diseñado el plan de reestructuración.¹⁵

En Latinoamérica, pueden citarse varios ejemplos de países cuentan también con procedimientos de tipo preconcursal. En Brasil, existen la reorganización judicial (*recuperação judicial*) y reorganización extrajudicial (*recuperação extrajudicial*), ambos de carácter voluntario. La reorganización judicial comprende el inicio del proceso ante el juez mediante la presentación de un plan de reorganización que debe ser aprobado en junta de acreedores conformada al efecto. Los acreedores, sobre la base de una reforma legislativa de 2021, pueden proponer un plan de reorganización diferente al del deudor.¹⁶ Una vez admitida la solicitud por el juez, se produce una suspensión de ejecuciones de bienes del deudor por 180 días, prorrogables por igual lapso. No obstante, el juez que conozca de la reorganización judicial puede suspender medidas cautelares de otros tribunales si los bienes son esenciales para las

¹³ Marcuello Salto, «Los principales procedimientos preconcursales del derecho comparado europeo en el marco del Derecho Internacional Privado Actual.», 161; Kampshoff et al., «Germany».

¹⁴ Marcuello Salto, «Los principales procedimientos preconcursales del derecho comparado europeo en el marco del Derecho Internacional Privado Actual.», 163; Saam Golshani et al., «France», *Insolvency* 2022, 2022.

¹⁵ Marcuello Salto, «Los principales procedimientos preconcursales del derecho comparado europeo en el marco del Derecho Internacional Privado Actual.», 164-66.

¹⁶ Bruno Kurzweil de Oliveira, Adriana Maria Cruz Dias de Oliveira, y Laís Nicole Luizetti, «Brazil», *Insolvency* 2022, 2022, <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/insolvency-2022/brazil>.

actividades del deudor.¹⁷ En vista de que la suspensión es sobre ejecución de bienes del deudor, nada impide que un procedimiento arbitral se desarrolle¹⁸ hasta la emisión del laudo, que no podrá ser ejecutado mientras la suspensión esté vigente. En el caso de la recuperación extrajudicial, es necesario que más de la mitad de los acreedores de la misma clase se adhieran al plan de reorganización y que el mismo sea ratificado por el juez, que solo ejerce un control de legalidad del acuerdo, no su viabilidad.¹⁹

Chile cuenta con dos procedimientos preconcursales para la reorganización o rehabilitación de del deudor en sede judicial o extrajudicial. En ambos casos se prevé una suspensión por 30 días desde la publicación de la resolución de reorganización,²⁰ prorrogable hasta 90 días, de todos los procedimientos sumarios de cobro o ejecuciones sobre bienes del deudor. Vencido el lapso de suspensión, los procedimientos pueden continuar su curso siempre y cuando los créditos no estén incluidos en la reorganización.²¹

La legislación peruana prevé un procedimiento preventivo de insolvencia que suspende la exigibilidad de todas las obligaciones del deudor desde la publicación de la notificación de inicio del procedimiento en el “Boletín Concursal” hasta que se apruebe el Acuerdo Global de Refinanciación en el que se establecerán las condiciones referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento.²²

En Venezuela, el Código de Comercio²³ prevé el estado o beneficio de atraso que puede conceder el juez al deudor que se vea en la necesidad de retardar los pagos, o que esa necesidad sea susceptible de producirse, debido a la falta de liquidez por causas excusables o imprevistas siempre y cuando el activo supere al pasivo, se trata de una suspensión y no de una cesación

¹⁷ Kurzweil de Oliveira, Cruz Dias de Oliveira, y Luizetti.

¹⁸ Renato Stephan Grion y Andre Luis Monteiro, «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Brazil» (International Bar Association, 2021), 2, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=F0B4FC49-8C12-477F-8189-629A7E4225BE>.

¹⁹ Kurzweil de Oliveira, Cruz Dias de Oliveira, y Luizetti, «Brazil».

²⁰ Luis Eduardo Toro Bossay y Gonzalo Fernández Ruiz, «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Chile» (International Bar Association, 2021), 12, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=7BEAB3CE-42D4-4239-B612-BA7B2B36F37E>.

²¹ Bossay y Ruiz, 4.

²² Alfredo Bullard G., Huáscar Ezcurra R., y Cristina Ferraro D., «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Peru» (International Bar Association, 2021), 3, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=CE1C5E7A-60A5-4077-BBC3-0C2D1A774021>.

²³ Venezuela, «Código de Comercio», Pub. L. No. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 475 (1955). Artículo 898 El comerciante cuyo activo exceda positivamente de su pasivo, y que por falta de numerario debido a sucesos imprevistos o causa de cualquiera otra manera excusable, se vea en la necesidad de retardar o aplazar sus pagos, será considerado en estado de atraso y podrá pedir al Tribunal de Comercio competente que le autorice para proceder a la liquidación amigable de sus negocios, dentro de un plazo suficiente que no exceda de doce meses; obligándose a no hacer, mientras se resuelva su solicitud, ninguna operación que no sea de simple detal.

de pagos – que conduce indefectiblemente a la quiebra –²⁴ y no hay una declaratoria judicial de insolvencia pues se trata de una iliquidez momentánea y remediable.²⁵

El procedimiento es voluntario y solo el deudor está legitimado para solicitarlo, con el aval de por lo menos tres de sus acreedores, entre otros requisitos que debe acompañar a la solicitud, dirigido por el juez que actúa con el apoyo de un síndico, y que debe tomar en cuenta el voto de los acreedores. En su artículo 905, el Código de Comercio venezolano establece una suspensión de toda ejecución contra el deudor y de toda acción de cobro, a menos que provenga de hechos posteriores a la concesión del beneficio de atraso, quedando exceptuados los créditos fiscales, prendarios, hipotecarios o privilegiados de otra manera.²⁶ Admitida la solicitud, el juez podrá decretar las medidas de vigilancia que considere procedentes, entre ellas, la suspensión de juicios ya iniciados.²⁷

La jurisprudencia venezolana ha avalado que el beneficio de atraso pueda extenderse por más de 12 meses mediante prórrogas sucesivas y durante el tiempo que sea necesario, siempre y cuando se mantengan las condiciones que originaron la solicitud, que el deudor cumpla con las obligaciones que le fueran impuestas y que obre de buena fe.²⁸

B. Principios de los procedimientos de insolvencia con impacto en el arbitraje

Mediante el análisis basado en el derecho comparado pueden identificarse principios de los procedimientos de insolvencia que buscan el rescate o la liquidación patrimonial del deudor, según se trate de procedimientos preconcursales o concursales. La principal consecuencia del inicio de estos procedimientos es la restricción, en menor o mayor medida, de la autonomía de la voluntad de las partes con la finalidad de no poner en riesgo el objetivo que persiguen.²⁹ Estas restricciones a la autonomía de la voluntad pueden resumirse en una serie de principios comunes en la mayoría de los regímenes de insolvencia:³⁰

²⁴ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, 5ta ed., vol. IV (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2011), 2657-2658. Ver también Luis Fernando Ramírez Ramírez, «El beneficio de atraso en el Derecho Concursal venezolano: Nuevas tendencias.» (Trabajo de Ascenso para optar a la categoría de Profesor «Asistente», Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2007), 16, <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR7344.pdf>.

²⁵ Ramírez Ramírez, «El beneficio de atraso en el Derecho Concursal venezolano: Nuevas tendencias.», 18. En el mismo sentido ver José Antonio Torrealba Ramírez, «Generalidades sobre el Juicio de Atraso», *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila* 6 (2005): 249.

²⁶ Venezuela, Código de Comercio. Artículo 905. Durante el tiempo fijado para la liquidación amigable se suspenderá toda ejecución contra el deudor y no podrá intentarse ni continuarse ninguna acción de cobro, a menos que ella provenga de hechos posteriores a la concesión de la liquidación amigable.

Pero ésta no producirá efectos respecto a las acreencias fiscales o municipales por causa de contribuciones, ni con relación a los derechos de los acreedores prendarios, hipotecarios o de otra manera privilegiados.

²⁷ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 5 de octubre de 2016, caso: Henry Gautier Ramia vs. Promotora Key Point, C.A. y Canal Point Resort, C.A., en Diego Thomas Castagnino, *Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia Mercantil (2000-2020)* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2021), 218.

²⁸ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 20-12-2002, caso: Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) vs. C.A. Electricidad de Ciudad Bolívar (ELEBOL) en Castagnino, 211.

²⁹ Wolfgang Kühn, «Arbitration and Insolvency», *Dispute Resolution International* 5, n.º 2 (noviembre de 2011): 207.

³⁰ Kühn, 207.

1. La legislación en materia de insolvencia es de orden público y por lo tanto, no puede ser relajada mediante convenios entre particulares. La finalidad del derecho concursal es la de evitar (en el caso de los procedimientos preconcursales) la desaparición comercial del deudor, con todas las consecuencias sociales que implica, como la pérdida de empleos y de generación de riqueza, o de aminorar dichas consecuencias en la medida de lo posible (en los procedimientos concursales) mediante una liquidación ordenada del activo del deudor.
2. La privación total o parcial de los derechos de administración y disposición del deudor, que es típico de los procedimientos concursales clásicos, mas no en los procesos preconcursales. Prácticamente todas las jurisdicciones reconocen en sus regulaciones de los procesos preconcursales que el deudor mantiene la capacidad para perfeccionar acuerdos de arbitraje, sometiénolo en ocasiones a la autorización del supervisor designado.³¹
3. El nombramiento de un liquidador que asume los derechos de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor. En los procedimientos preconcursales, el supervisor designado asume un papel de vigilancia de la administración y del cumplimiento de las obligaciones del deudor en el proceso de reorganización y no se sustituye en el deudor a los efectos de participar en procedimientos judiciales o arbitrales.
4. El deudor pierde su legitimidad para actuar en procesos judiciales – o arbitrales – como demandante o demandado, legitimidad que recae sobre el liquidador. Esto no sucede en los procesos preconcursales, especialmente en los extrajudiciales, pues se trata de un deudor que no ha perdido la administración y disposición de sus bienes sino que se encuentra protegido por un proceso de reorganización de sus obligaciones.
5. La paralización de acciones de cobro. En los procedimientos concursales es usual que su inicio implique una paralización de toda acción judicial pendiente. En los procedimientos preconcursales, la regla general es que no se puedan ejecutar los bienes del deudor, pero los procedimientos judiciales y arbitrales pueden seguir su curso hasta la emisión de la sentencia o laudo correspondiente, que no podrán ser ejecutados hasta que termine el proceso de reorganización. La suspensión de acciones de cobro, que pueden abarcar procedimientos arbitrales, se encuentra prevista en la regulación de los procedimientos preconcursales en países como Reino Unido, como una medida cautelar que puede ser dictada por el juez y en Francia, Chile y Venezuela por operación directa de las disposiciones legales aplicables.
6. *Vis attractiva concursus*: La acumulación de causas es una consecuencia directa de los procedimientos concursales, en los que se requiere que la jurisdicción de un mismo tribunal para conocer de todas las acciones relacionadas con el patrimonio del deudor.³² Pero la *vis attractiva concursus* no es un principio aplicable de manera

³¹ Christian Dorda, «Arbitration and Insolvency Proceedings», *Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition*, s. f., 87.

³² Kühn, «Arbitration and Insolvency», 207.

unánime.³³ En casos en los que la autoridad encargada de conocer de insolvencias es una autoridad de naturaleza administrativa, como en el Perú,³⁴ el principio no es aplicable, o aplica parcialmente, como sucede en Colombia, donde se prevé la posibilidad de ejercer acciones independientes del proceso concursal por el incumplimiento de obligaciones ocurrido después del inicio del procedimiento concursal o antes, si se trata del incumplimiento de un contrato u otras materias no relacionadas con el procedimiento concursal, incluyendo arbitrajes.³⁵

Este principio está ausente en los procedimientos preconcursales, en los que, si bien puede haber una paralización de ejecuciones e incluso disponerse de la paralización de procedimientos judiciales o arbitrales, no hay una jurisdicción centralizada para conocer de los reclamos que puedan haber contra el deudor, por lo que no hay acumulación en los procedimientos de reestructuración de obligaciones.

7. *Par conditio creditorum*: Este principio, referido a la igualdad de trato a los acreedores de una misma clase y es común tanto a los procedimientos concursales como a los preconcursales, en los que, por ejemplo, la suspensión de ejecuciones de bienes del deudor, por medidas cautelares o ejecutivas, tiene por objeto no dar una ventaja a un acreedor sobre los demás.
8. Territorialidad. Debido al principio de territorialidad de la ley, la *lex concursus* tiene claros efectos en el lugar en el que se da inicio al procedimiento preconcursal o concursal, pero sus efectos en otras jurisdicciones pueden encontrarse con obstáculos, como la necesidad de obtener el reconocimiento de las autoridades judiciales extranjeras de las decisiones tomadas por el tribunal que conozca del proceso concursal o preconcursal.

La insolvencia es, tal como el arbitraje internacional, la propiedad intelectual, la contratación pública, entre otras, una materia en la que los esfuerzos por armonizar las normas de cada jurisdicción es un reconocimiento de la fortaleza del principio de territorialidad de la ley. En este sentido, probablemente el esfuerzo más significativo es el de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Insolvencia Transfronteriza³⁶ (LMIT) que ha sido adoptada por varios países latinoamericanos³⁷

³³ Penadés Fons, Ossa, y Permesly, «IBA Toolkit on insolvency and arbitration», 11.

³⁴ Bullard G., Ezcurra R., y Ferraro D., «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Peru», 3.

³⁵ Alberto Zuleta-Londoño y Irma Isabel Rivera, «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Colombia» (International Bar Association, 2021), 2, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=08BEF406-F7AE-418B-96F8-8B1B02221455>.

³⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), «Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación» (s. f.).

³⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), «Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional», Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), s. f., https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status. Estados latinoamericanos que han adoptado la Ley Modelo: Brasil (2020), Chile (2013), Colombia (2006), República Dominicana (2015), México (2000) y Panamá (2016).

C. El impacto de los procedimientos concursales en el arbitraje

El impacto que tienen los procedimientos concursales en el arbitraje es muy variado, dependiendo de la legislación que sea aplicable pues no hay una uniformidad en el tratamiento específico de esa intersección. Algunos países contienen normas expresas sobre el tema en sus legislaciones de insolvencia – *lex concursus* – y no en sus leyes aplicables al arbitraje – *lex arbitri* -, pero en términos generales, el tratamiento del arbitraje ante procedimientos concursales varía dependiendo de la jurisdicción, fenómeno que se extiende a los procedimientos concursales.³⁸

Los procedimientos de insolvencia, en general, pueden tener los siguientes efectos sobre el arbitraje, entre otros,³⁹ que iremos comentando con referencia a los procedimientos concursales:

1. La capacidad de la parte insolvente para suscribir acuerdos de arbitraje y ser parte en procedimientos arbitrales. En los procedimientos concursales, como el deudor no ha sido declarado insolvente, este mantiene por lo general su capacidad para suscribir acuerdos arbitrales y participar como parte en arbitrajes no se ve afectada, a menos que haya disposiciones expresas que así lo dispongan.
2. La arbitrabilidad objetiva de las disputas entre el acreedor de un deudor insolvente. En los procedimientos concursales, en los que se trata de renegociar los términos de los créditos del deudor con riesgo de insolvencia, las disputas mantienen por lo general su arbitrabilidad, determinada por la *lex arbitri*.
3. La validez o exigibilidad del acuerdo de arbitraje previo al inicio del procedimiento de insolvencia puede ser cuestionada en los procedimientos concursales en el sentido de que el liquidador se encuentre o no vinculado por dicho acuerdo, cuestionamiento que resalta en los regímenes de liquidación en el derecho común, en los que la masa de activos a distribuir entre los acreedores queda, por efecto de la operación de la ley, bajo un *trust*, formando un patrimonio separado del deudor insolvente y el liquidador es el *trustee*, encargado de administrar y liquidar el activo del deudor insolvente y pagar a los acreedores. Cómo en esos casos de liquidación, el *trust* no comparte la personalidad jurídica del deudor, es posible que el *trustee* no se vea vinculado por los acuerdos de arbitraje previos a la declaratoria de insolvencia. En el sistema de derecho civil, el liquidador asume la administración y disposición del patrimonio del deudor e incluso su representación en juicio – o en arbitrajes - en interés y defensa de la masa de acreedores, más no se constituye en el administrador de un patrimonio separado al estilo *trust*.

En los procedimientos concursales, cuando se exige su nombramiento, el designado para vigilar la administración y el cumplimiento del plan de reestructuración aprobado por los acreedores y el deudor, no es un *trustee* que administra y dispone de los activos a ser liquidados, sino un supervisor que tiene

³⁸ Penadés Fons, Ossa, y Permesly, «IBA Toolkit on insolvency and arbitration», 10-11.

³⁹ Philipp Wagner, «Insolvency and Arbitration: A Pleating for International Insolvency Law», *Dispute Resolution International* 5, n.º 2 (noviembre de 2011): 191.

funciones limitadas a la supervisión de la administración realizada por el deudor y el cumplimiento del acuerdo de reorganización.

4. La suspensión de procedimientos arbitrales en curso al momento de iniciar el procedimiento de insolvencia. De nuevo, se trata de un tema en el que hay normas expresas en algunos sistemas, como el peruano,⁴⁰ en el que expresamente se deja a salvo la posibilidad de que los procedimientos continúen, otras normas en las que se extiende la interpretación a los procedimientos arbitrales, como en Chile⁴¹ o Venezuela⁴², y otras que dejan este aspecto a la discreción del juez que puede tomar medidas en ese sentido, como Reino Unido.
5. El tribunal arbitral puede ver limitados sus poderes en el sentido de que, una vez iniciado el procedimiento de insolvencia, podría verse impedido de ordenar pagos y sólo poder emitir laudos declaratorios que permitan la calificación del crédito en el procedimiento de insolvencia. Esto puede aplicar a los procedimientos concursales con efecto suspensivo de las ejecuciones contra el deudor, en los que el crédito, declarado por el laudo arbitral, sería incorporado de forma definitiva al proceso de reorganización luego de ser un contingente.
6. La impugnación del laudo arbitral. Un laudo arbitral emitido mientras no se ha iniciado un proceso de insolvencia que implique la acumulación de causas ante el juez concursal no estaría afectado de nulidad por el simple hecho del riesgo de insolvencia del deudor. En los procedimientos concursales, la regla general es que los procedimientos arbitrales pueden continuar hasta la emisión del laudo y es su ejecución la que queda en suspenso hasta el momento determinado por la legislación aplicable a la reorganización de las obligaciones del deudor. Sin embargo, la suspensión de su ejecución no es un pronunciamiento sobre su validez, por lo que el deudor sujeto al procedimiento concursal, puede ejercer el recurso de nulidad correspondiente.
7. La emisión, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral puede verse afectada. En el caso de la emisión, si la legislación aplicable prevé la paralización del procedimiento arbitral, el tribunal arbitral estará impedido de continuar el procedimiento mientras dure la paralización. En cambio, por lo general, como hemos podido ver en los diferentes sistemas de procedimientos concursales analizados arriba, las ejecuciones de bienes del deudor quedan suspendidas, en los casos en los que el procedimiento se inicia ante la jurisdicción ordinaria, desde la presentación o desde la admisión de la solicitud de reorganización o reestructuración, y en los casos en los que no hay participación judicial, esta suspensión de ejecuciones puede incluirse en el acuerdo al que lleguen las partes por el plazo que dure el proceso de reorganización o reestructuración y la ejecución del acuerdo.

⁴⁰ Bullard G., Ezcurra R., y Ferraro D., «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Peru».

⁴¹ Bossay y Ruiz, «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Chile».

⁴² *Seguros Premier* (Juzgado Duodécimo Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de Caracas, 9 de Agosto de 2010) Exp. AP11-M2010-000358. Disponible en <https://vlexvenezuela.com/vid/seguros-premier-chubb-venezuela-c-301033762>.

Es claro – y lógico – que los procedimientos preconcursales no tienen todos los efectos que los procedimientos concursales pueden tener en un arbitraje actual o potencial. En lo que sí coinciden la mayoría de los sistemas analizados, tanto en los procedimientos concursales como preconcursales, es en la prohibición de ejecución de bienes del deudor, que es una manifestación del principio *par conditio creditorum*, ya comentado.

Otro supuesto que debe preverse es el de la insolvencia del deudor después de haberse dictado el laudo, en cuyo caso ya no estaríamos frente a un proceso de reorganización sino de quiebra. En esos casos, el laudo sirve como base para la calificación del crédito de la misma forma que una sentencia judicial,⁴³ pero comentar más allá nos llevaría a excedernos del alcance de este trabajo pues es un escenario en el que el riesgo de insolvencia ha cristalizado.

III. Los requisitos para otorgar medidas cautelares y el riesgo de insolvencia

Los tribunales arbitrales tienen un poder ampliamente reconocido para otorgar medidas cautelares. No obstante, las leyes de arbitraje no necesariamente harán una mención específica sobre los extremos que deben alcanzarse para que el tribunal arbitral pueda dictar la medida, sino que las normas pueden encontrarse redactadas para dar una amplia discrecionalidad a los árbitros, como sucede con las legislaciones de arbitraje inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985⁴⁴ (LMACI). Lo mismo puede decirse de las reglas institucionales, en las que, generalmente, tampoco se hace mención a las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares.⁴⁵ La reforma a la LMACI⁴⁶ incluyó en el artículo 17A lo que pretende ser un nuevo enfoque y estableció las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares: (i) *Periculum in mora* o la probabilidad de que se produzca un daño de no otorgarse la medida y que el mismo no pueda ser resarcido mediante una indemnización, (ii) la proporcionalidad, en el sentido de que ese daño sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte contra la que se otorgue la medida, (iii) el *fumus boni iuris* o la presunción de buen derecho, que implica el tener una buena posibilidad de que la

⁴³ Dorda, «Arbitration and Insolvency Proceedings», 89.

⁴⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), «Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional» (Organización de las Naciones Unidas, 1985). Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

⁴⁵ Entre los reglamentos que sí mencionan las condiciones que deben satisfacerse para el otorgamiento de medidas cautelares tenemos el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Artículo 26.3).

⁴⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), «Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006.» (Organización de las Naciones Unidas, 2006). Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares 1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal. 2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

demanda sea declarada procedente. Sin embargo, la exigencia de estos requisitos no es obligatoria, sino cuando el tribunal lo estime oportuno, dejando un gran peso a la discrecionalidad, nuevamente.

Aun cuando las legislaciones nacionales sean generosas en la discrecionalidad que se le otorga a los árbitros y, como hemos mencionado, no establezcan condiciones claras para el otorgamiento de medidas cautelares, lo establecido en el Artículo 17A de la reforma de la LMCI recoge lo que ha sido una práctica amplia en el arbitraje internacional. Por este motivo, aun cuando han sido pocas las legislaciones que han incorporado el Artículo 17A, las condiciones ahí establecidas, como codificación de una práctica común en el arbitraje internacional, tienen suma relevancia.

Ante el riesgo de insolvencia, el requisito del *periculum in mora* debería ser cumplido con relativa facilidad. A los efectos de argumentarlo, el solicitante de la medida cautelar debe probar, en el marco del Artículo 17A, la mera probabilidad y no la plena prueba de que el daño ocurrirá. Aun cuando esto no debería presentar mayores problemas, la interpretación puede hacer concluir que una medida cautelar pueda ser otorgada cuando el árbitro esté convencido de que el solicitante ha cumplido la condición con mayor probabilidad, mientras que otros tribunales pueden exigir un estándar superior,⁴⁷ siempre dentro de la convicción que deben tener de la probabilidad del daño como resultado de la actividad probatoria del solicitante.

Al exigir que el daño sea “...no resarcible adecuadamente mediante una indemnización”, la posibilidad de que el laudo final pueda no ser ejecutable ante la cristalización del riesgo de insolvencia mediante el inicio de un procedimiento pre o concursal, es de suma relevancia pues como hemos visto anteriormente, las diferentes legislaciones prevén, al menos, una paralización de las ejecuciones contra bienes del deudor.

Distinta es la situación en la que el demandado se encuentra en dificultades financieras en las que hay un riesgo de insolvencia que podría ser susceptible de reestructuración mediante un procedimiento preconcursal. Si el deudor en esa situación no ha iniciado un procedimiento preconcursal para el momento en que se dicte el laudo, el solicitante podría demostrar una alta probabilidad de que el daño que se pueda producir no pueda ser resarcido mediante la ejecución del laudo final debido al riesgo de que el demandado pueda ser declarado insolvente si fracasare la reestructuración y su activo no sería suficiente para satisfacer la totalidad de los créditos. Se trata en este caso de una carrera contra el tiempo, en la que el laudo debe ser dictado y ejecutado antes de que el demandado sea declarado insolvente y comiencen los efectos legales de dicha declaratoria.

Como hemos podido ver anteriormente, la mayoría de las legislaciones prevén un lapso de protección contra ejecuciones de bienes del deudor que ha iniciado un procedimiento preconcursal. En estos casos, la medida cautelar no podría ser ejecutada y en algunos regímenes, el tribunal se vería obligado a revocarla. Como resultado del inicio de un procedimiento preconcursal, en el que se prevea la paralización de ejecuciones de bienes del deudor, el tribunal arbitral no podría verse convencido del cumplimiento del *periculum in mora* pues debido a la protección otorgada por el inicio del procedimiento preconcursal, los activos del deudor, que

⁴⁷ Jose F. Sánchez, «Applying the Model Law’s Standard for Interim Measures in International Arbitration», *Journal of International Arbitration*, 2020, 62, <http://www.kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\JOIA\JOIA2020003.pdf>.

en teoría son suficientes para cubrir sus obligaciones, se encuentran protegidos y la reorganización podría alcanzar el reclamo del demandante.

Tal como está redactado el Artículo 17A, el tribunal arbitral debe tener en cuenta la proporcionalidad en cuanto a que el daño que pueda sufrir el solicitante de la medida cautelar en caso de otorgamiento de la medida, debe ser superior al daño que pueda sufrir la parte contra la cual se dicta la medida. Nótese que en los procedimientos concursales y preconcursales rige el principio *par conditio creditorum* que toma en cuenta la situación de todos los acreedores de una misma clase y procura un trato igualitario. En el arbitraje, los tribunales arbitrales sólo deben tomar en cuenta a las partes que actúan en el arbitraje, por lo que el daño o desventaja que pueda ocasionarse a terceros que también sean acreedores de la parte contra la que se solicita la medida, es totalmente irrelevante.⁴⁸

Ante el riesgo de insolvencia, el tribunal arbitral que aún tenga la posibilidad de dictar una medida cautelar susceptible de ejecución, no debe tomar en cuenta la posible ventaja que pueda tener el acreedor solicitante de la medida sobre los demás acreedores a los efectos de dictar la medida. Como ya hemos mencionado, si el deudor contra el que se ha solicitado una medida cautelar ha iniciado un procedimiento preconcursal con efectos suspensivos de ejecuciones contra sus activos, es este procedimiento el que implementa el principio *par condition creditorum*, ajeno al arbitraje.

Finalmente, aunque es un punto previo a las demás condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares y no es mencionado en el Artículo 17A, los árbitros deben verificar que tienen jurisdicción sobre una base razonable. El inicio de un procedimiento preconcursal, usualmente no tiene como efecto la acumulación de causas contra el deudor, por lo que en estos casos, el tribunal arbitral no se vería privado de su jurisdicción, cosa que como hemos mencionado al comentar sobre el principio *vis attractiva concursus* sí puede ser un riesgo al inicio de un procedimiento concursal, en los que varias jurisdicciones, que ya hemos mencionado, prevén que los procedimientos arbitrales deben cesar y las disputas deben concentrarse en la jurisdicción concursal. De nuevo, si existe riesgo de insolvencia, pero no se ha iniciado un procedimiento con efecto centralizador de la jurisdicción en el juez concursal, la jurisdicción del tribunal arbitral no se vería comprometida.

IV. Los efectos jurisdiccionales de los procedimientos preconcursales a nivel internacional

Ya mencionábamos arriba el impacto que tienen los procedimientos de insolvencia en el arbitraje, donde se hizo una comparación de los procedimientos concursales y los preconcursales. En esta sección haremos una aproximación a este impacto desde la perspectiva de la sede del arbitraje y del lugar de la insolvencia –*forum concursus* –, pues las implicaciones varían notablemente, dependiendo si coinciden o no. En primer lugar, por el efecto del inicio de los procedimientos preconcursales y la consecuencia que pueden tener en los procedimientos arbitrales, en segundo lugar, por las dificultades que pueden presentarse en la identificación de la ley cuando no hay coincidencia entre la sede del arbitraje y el lugar en el que se ha iniciado el procedimiento preconcursal.

⁴⁸ Sánchez, 71.

A. El reconocimiento del proceso preconcursal

Reconocer los efectos de un procedimiento de insolvencia en el arbitraje está estrechamente relacionado con el principio de territorialidad, con las disposiciones de la *lex concursus* y con la discrecionalidad que pueda tener el tribunal arbitral en estos casos. Cuando el proceso preconcursal requiere la intervención de un juez para su validez en cualquiera de sus etapas o para la validez del acuerdo de reorganización de las obligaciones al que hayan llegado los acreedores con el deudor, la resolución judicial correspondiente podría tener un efecto en el procedimiento arbitral, dependiendo del enfoque que asuma el tribunal arbitral y de las disposiciones legales aplicables, así como de la coincidencia entre el lugar sede del arbitraje y en la jurisdicción del procedimiento preconcursal.

Este aspecto puede ser de particular importancia cuando la reorganización de las obligaciones del deudor se ha logrado mediante un acuerdo con una mayoría de acreedores, pero que la *lex concursus* reconozca como vinculante para todos los acreedores de la misma clase. Si el demandante en un arbitraje se encuentra entre los acreedores que decidieron aprobar el plan de reorganización, pareciera inevitable que el procedimiento arbitral sea suspendido, siendo la autonomía de la voluntad de las partes el pilar fundamental del arbitraje.

Esto puede no ser así cuando el acreedor, demandante en arbitraje, se ve vinculado por el acuerdo de reorganización por operación de la *lex concursus* pero sin haber emitido un voto favorable. Si el arbitraje tiene sede en la misma jurisdicción en la que se sigue el procedimiento preconcursal y el plan de reorganización tiene un efecto suspensivo de las acciones de cobro que incluya los procedimientos arbitrales, el tribunal arbitral debe suspender el procedimiento por cuanto las disposiciones sobre procedimientos de insolvencia son de orden público y emitir un laudo haciendo caso omiso a la suspensión, podría hacerlo inejecutable e incluso viciarlo de nulidad por falta de jurisdicción.

Por otro lado, lo más común en los procedimientos preconcursales es que no haya una paralización de procedimientos de cobro, sino de ejecuciones contra bienes del deudor. Si el efecto de la reorganización es este último, no existe inconveniente alguno para el que el arbitraje continúe su curso hasta la emisión del laudo, que podría estar limitado a declarar la existencia del crédito y sus condiciones sin poder ordenar el pago, sino para ser incorporado en el plan de reorganización. Ese laudo no podría ejecutarse hasta tanto cesen los efectos de la reorganización.

Sin embargo, cuando la sede del arbitraje o el lugar de ejecución del laudo no coinciden con el *forum concursus*, el reconocimiento internacional de la reorganización luce necesario para poder surtir sus efectos. Tomando como referencia los procedimientos concursales con efectos internacionales, puede decirse que no es claro si el tribunal arbitral debe reconocer la insolvencia antes de entrar a deliberar sobre sus efectos en el arbitraje.⁴⁹ En estos casos, la necesidad surge bien porque (i) la *lex concursus* es aplicable a los tribunales arbitrales que tengan su sede en la misma jurisdicción, o (ii) por el reconocimiento a la cosa juzgada, litispendencia y prejudicialidad, (iii) la obligación de emitir un laudo arbitral válido y (iv) ejecutable.⁵⁰

⁴⁹ Simon Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives*, vol. 31, International Arbitration Law Library (Kluwer Law International, 2014), 45-46.

⁵⁰ Vorburger, 31:47-58.

Los procesos concursales, que son los precedentes cuando hay un riesgo de insolvencia, tienen efectos más limitados, pero la pregunta sobre si hay una necesidad de reconocer estos procedimientos para que surtan sus efectos en el arbitraje, sigue vigente y su posibilidad parece ser, como sucede en los procedimientos concursales que no coinciden en el lugar sede del arbitraje, discrecional para los árbitros mientras no haya una disposición expresa de la ley sede del arbitraje.

Algunos autores consideran que, en todo caso, el procedimiento arbitral debe suspenderse en los casos de los procedimientos concursales como una medida prudente en la conducción del arbitraje, por lo menos mientras los árbitros determinan si el procedimiento tiene efectos en el procedimiento arbitral o no.⁵¹ Lo mismo podría concluirse con respecto a los procedimientos concursales en los que la reorganización sea aplicable al crédito del demandante.

1. El reconocimiento en las jurisdicciones que han adoptado la LMIT

La LMIT se centra de la determinación de los efectos que los procedimientos de insolvencia extranjeros puedan tener en el Estado que la adopte, las medidas de asistencia judicial internacional y los mecanismos de coordinación disponibles para casos en los que se tramiten estos procedimientos de forma simultánea en varias jurisdicciones.⁵²

Los procedimientos concursales que se sigan ante órganos judiciales o administrativos se encuentran en el ámbito de aplicación de la LMIT,⁵³ que establece las condiciones para reconocer un procedimiento de insolvencia extranjero: (i) que se subsuma en la definición de “procedimiento extranjero”, (ii) que sea solicitada por el representante extranjero, generalmente el liquidador o supervisor, dependiendo si se trata de un procedimiento concursal o preconcursal, (iii) que la solicitud cumpla con las formalidades exigidas (copias certificadas de la resolución que de inicio al procedimiento o un certificado que acredite su existencia o cualquier otra prueba admisible), y (iv) que la solicitud haya sido presentada al tribunal competente. Requisitos meramente formales que no exigen una mayor argumentación.

B. La determinación de la ley aplicable

Un punto estrechamente vinculado al anterior es la determinación de la ley aplicable al procedimiento de insolvencia, en particular a los procedimientos concursales cuando hablamos de riesgo de insolvencia, y sus efectos en el arbitraje dentro y fuera del *forum concursus*. Los efectos que pueda tener la insolvencia en el arbitraje estarán previstos en la ley de insolvencia de la jurisdicción en la que se inicie el procedimiento correspondiente a su prevención o su declaratoria. En el caso de los procedimientos de insolvencia transnacional, esos efectos se extienden en la medida en que haya un reconocimiento por parte de las autoridades

⁵¹ Wagner, «Insolvency and Arbitration: A Pleading for International Insolvency Law», 201.

⁵² Manuel Alejandro Penadés Fons, «Insolvencia transfronteriza y arbitraje comercial internacional» (Valencia, España, Universidad de Valencia, 2015), 112, <https://core.ac.uk/download/pdf/71050654.pdf>.

⁵³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación. “Artículo 2. Definiciones. Para los fines de la presente Ley: a) Por “procedimiento extranjero” se entenderá el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación...”

judiciales y, en particular sobre los procedimientos arbitrales internacionales, por el tribunal arbitral correspondiente.

El punto controversial es que los tribunales arbitrales internacionales se rigen por la *lex arbitri*, que no es lo mismo que la *lex fori* en la que se incluyen las normas sobre conflictos de leyes que los tribunales de la jurisdicción ordinaria se ven obligados a aplicar para resolver potenciales conflictos como el que pudiera presentarse al determinar los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre el arbitraje. Los tribunales arbitrales, al no estar vinculados por las normas sobre conflicto de leyes del lugar sede del arbitraje, cuentan con mayor discreción para determinar las reglas de conflictos de leyes que deban aplicar, particularmente en aquellas jurisdicciones que no han adoptado un enfoque similar al de la LMIT, pero siempre con los límites impuestos por el control judicial del laudo en la sede y en el lugar de ejecución.⁵⁴

Varios enfoques pueden ser considerados por el tribunal arbitral: (i) La aplicación de la ley del contrato cuando se trata de la misma ley aplicable al procedimiento de insolvencia, (ii) aplicar las disposiciones especiales que puedan existir sobre el conflicto de leyes en materia de insolvencia, (iii) aplicar las disposiciones generales sobre conflicto de leyes, o (iv) aplicar selectivamente las disposiciones de la *lex concursus* que sean de orden público.⁵⁵

C. La arbitrabilidad de la disputa

La arbitrabilidad de una disputa se regula por la *lex arbitri* y uno de los efectos que puede tener un procedimiento de insolvencia, pre o concursal *per se*, es el de la acumulación de causas bajo el principio *vis attractiva concursus*, por el cual todas las disputas deben ser conocidas por el tribunal que conozca del procedimiento de insolvencia.

El enfoque aplicado en los Estados Unidos de América es el de que la arbitrabilidad de una disputa contra un deudor insolvente depende de si el texto o la intención del legislador concursal incluye al arbitraje expresamente o si someter la disputa a arbitraje derivaría en un conflicto irreconciliable con los objetivos de la ley de insolvencia.⁵⁶ Los tribunales estadounidenses han aplicado una distinción entre las disputas esenciales y otras referidos estrictamente a la insolvencia. Estas disputas esenciales son aquellas que pueden afectar sustancialmente el valor del activo del deudor y son las que podrían ser inarbitrables si, como mencionamos antes, ponen en peligro el cumplimiento de los objetivos de la ley de insolvencia.⁵⁷

En Europa, la visión es completamente distinta y se consideran inarbitrables solo aquellas disputas relacionadas exclusivamente con el objeto de los procedimientos de insolvencia, como la declaratoria de insolvencia y la designación del liquidador.⁵⁸ La arbitrabilidad de las disputas contractuales del deudor insolvente no presentan ningún riesgo en torno a su arbitrabilidad.

⁵⁴ Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives*, 31:84.

⁵⁵ Vorburger, 31:95-96.

⁵⁶ Stefan M Kröll, «Chapter 18: Arbitration and Insolvency Proceedings – Selected Problems», en *Pervasive Problems in International Arbitration*, ed. Loukas Mistelis y Julian D. M. Lew, vol. 15, International Arbitration Law Library (Kluwer Law International, 2006), 364.

⁵⁷ Kröll, 366.

⁵⁸ Kröll, 367.

En tal sentido, el riesgo de que una de las partes del arbitraje pueda ser declarado insolvente, podría acarrear la inarbitrabilidad sobrevenida de la disputa, pero más como consecuencia de la jurisdicción exclusiva y operación del *vis atractiva concursus* que por cualquier otro aspecto jurisdiccional del procedimiento de insolvencia, como podría ser el efectos suspensivo sobre los procedimientos contra el deudor. Y es que, en ese aspecto, la suspensión del procedimiento arbitral no hace que la disputa pierda su arbitrabilidad, que sí sucede cuando el tribunal arbitral se ve obligado a separarse del asunto para que sea conocido por el juez concursal. Cuando la parte demandada se ve afectada por un procedimiento preconcursal, en los que, como ya hemos mencionado, no opera el principio *vis atractiva concursus*, la arbitrabilidad objetiva de las disputas no se ve afectada.

D. La validez del acuerdo arbitral

La validez del acuerdo arbitral cuando se ha iniciado un procedimiento preconcursal no se ve afectada. El motivo, como hemos mencionado arriba, es que el deudor que se ha sometido a este tipo de procedimientos no pierde las facultades de administración y disposición de sus bienes, aunque se somete a un supervisor de su gestión administrativa y del cumplimiento del plan de reestructuración.

Los acuerdos de arbitraje que haya suscrito el deudor antes del inicio de procedimiento preconcursal no deberían verse afectados en su validez, pero como el deudor tendrá la posibilidad de seguir su actividad comercial, es posible que pueda suscribir nuevos acuerdos de arbitraje. En este caso, el análisis debería ser casuístico y dependiendo del acuerdo de reorganización de la deuda al que se haya llegado con los acreedores y su naturaleza, pues si se trata de uno que se ha gestado solo entre las partes, sin homologación por parte de un juez, la restricción que pueda tener el acuerdo de reorganización sobre la posibilidad del deudor de suscribir nuevos acuerdos de arbitraje, pueden comprometer su responsabilidad en caso de incumplimiento, pero no privan al deudor de capacidad para suscribirlo y menos aún afectará la validez del acuerdo de arbitraje.

E. La suspensión de procedimientos y ejecuciones

Los procedimientos concursales, como hemos mencionado anteriormente, no tienen un efecto suspensivo de los procedimientos en contra del deudor por regla general, pero sí incluyen una suspensión de las ejecuciones sobre sus bienes. Por tal motivo, cualquier laudo, final o cautelar, dictado en contra de un deudor que esté en un proceso de reorganización de sus deudas, se encontrará con la imposibilidad de ejecutar ese laudo en la jurisdicción que conozca del procedimiento preconcursal.

En aquellos casos en los que la sede del tribunal arbitral es distinta al *forum concursus*, la situación puede ser diferente. En el marco de la LMIT, el juez que conozca la solicitud de reconocimiento puede ordenar la paralización de toda medida ejecutiva contra los bienes del deudor,⁵⁹ medida que además es prevista como uno de los efectos directos del reconocimiento

⁵⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y Guía para su incorporación al derecho interno e interpretación, 10. “Artículo 19. Medidas otorgables a partir de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero. 1. Desde la presentación de una solicitud de reconocimiento hasta que se resuelva esa solicitud, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero y cuando las medidas sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, otorgar medidas

de un procedimiento de insolvencia extranjero, sumada a la paralización de los procedimientos eventuales o pendientes respecto a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor.⁶⁰ Sin embargo, la LMTI parece entender que habrán casos en los que esos efectos no podrían darse, puesto que también prevé, en su artículo 21, que una vez reconocido el procedimiento de insolvencia, el juez podrá, a instancia del representante extranjero, otorgar medidas en ese mismo sentido cuando no hubiere ocurrido como efecto del reconocimiento.⁶¹

La *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la LMIT* dedica un párrafo a los efectos del reconocimiento del procedimiento extranjero en el arbitraje, donde se asume que, al no distinguir, la paralización de inicio o continuación de acciones individuales también comprende las ejercidas ante un tribunal arbitral, afectando directamente la eficacia del acuerdo de arbitraje como una restricción al principio de autonomía de la voluntad de las partes.⁶² Esto, reconoce la CNUDMI, es claro para el arbitraje doméstico, más no lo es tanto para el arbitraje internacional, en el que el tribunal arbitral no está vinculado a la legislación del lugar sede del arbitraje más allá de la *lex arbitri*, por lo que no siempre será posible una paralización automática. En jurisdicciones donde los tribunales ordinarios tienen la competencia exclusiva de reconocer los procedimientos de insolvencia extranjeros, dicho reconocimiento puede no ser objetivamente arbitrable, mientras que el reconocimiento preliminar, limitado a la mera observación de la existencia de la insolvencia, sí.⁶³

Si tomamos en cuenta que, por lo general, los procedimientos preconcursales no tienen un efecto suspensivo sobre el inicio o continuación de procedimientos contra el deudor, sino de ejecuciones, luce razonable que el solo reconocimiento de un procedimiento preconcursal extranjero no produzca, en el lugar de dicho reconocimiento, efectos que no tiene en su jurisdicción de origen, por lo que en estos casos, el juez tendría la competencia para dictar medidas cautelares en ese sentido para la protección de los acreedores en virtud del principio *par conditio creditorum*.

Sin embargo, cuando la ejecución del laudo, final o cautelar, se pretende realizar en una jurisdicción distinta al *forum concursus* y a la sede del arbitraje en el que se haya dado reconocimiento al procedimiento preconcursal, el tribunal podría emitir un laudo ordenando el

provisionales, incluidas las siguientes: a) Paralizar toda medida de ejecución contra los bienes del deudor...”

⁶⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 11. “Artículo 20. Efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal 1. A partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero que sea un procedimiento principal: a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor; b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor;...”

⁶¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 12. “Artículo 21. Medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero 1. Desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, el tribunal podrá, a instancia del representante extranjero, otorgar toda medida apropiada, incluidas las siguientes: a) Paralizar la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo al inciso a) del párrafo 1 del artículo 20; b) Paralizar asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado con arreglo al inciso b) del párrafo 1 del artículo 20;...”

⁶² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 90-91.

⁶³ Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives*, 31:76.

pago sin riesgo a que el laudo sea inejecutable, siempre y cuando el procedimiento preconcursal no se haya reconocido en el lugar de ejecución.

F. Restricciones a los poderes del árbitro

En los procedimientos concursales, las limitaciones a los poderes del árbitro giran en torno a la suspensión de las ejecuciones contra bienes del deudor. En América Latina, en las legislaciones de Perú y Colombia se prevé que los procedimientos arbitrales pueden continuar hasta la emisión del laudo, pero este no puede contener una orden de pago, sino que sería solo declarativo del monto del crédito que el acreedor demandante está legitimado a incorporar al procedimiento de reorganización. Lo mismo puede señalarse de países europeos como Francia, donde el árbitro solo puede determinar la existencia y monto del crédito. Estas restricciones tienen como finalidad la de preservar la igualdad entre los acreedores.

En materia de medidas cautelares, el impacto de una suspensión de ejecuciones sobre bienes del deudor con motivo de un procedimiento preconcursal es claro, pues los árbitros no podrían emitir medidas que deban ser ejecutadas sobre bienes del deudor, quedando limitados a medidas de otra naturaleza.

G. La impugnación del laudo arbitral

Una de las características más relevantes de las normas que regulan los procedimientos de insolvencia es que las mismas son de orden público. Arriba ya comentamos que uno de los efectos que pueden tener los procedimientos concursales es el de la suspensión de ejecuciones sobre bienes del deudor. Esta suspensión, cuya duración es definida por la vigencia del acuerdo o plan de reorganización de la deuda, hace inejecutable el laudo temporalmente, pero no lo vicia de nulidad. Pero siendo las normas que prevén la suspensión de ejecuciones, normas de orden público

Un supuesto distinto es aquél en el que el acuerdo de reorganización contiene disposiciones que afecten la jurisdicción de los tribunales arbitrales. En este caso, en el que los acreedores se comprometen a una suspensión de las acciones de cobro, judiciales o arbitrales, mientras se ejecute el plan de reorganización, los acuerdos de arbitraje quedan sometidos a una condición para poder surtir sus efectos, por lo que los árbitros carecen de jurisdicción hasta tanto se ejecute el mencionado plan acordado entre los acreedores y el deudor. Un laudo dictado mientras dure una suspensión como la mencionada estaría, en nuestra opinión, viciado de nulidad por exceder la jurisdicción del tribunal arbitral pues el acuerdo de arbitraje estaría sometido a una condición suspensiva. El laudo sería entonces nulo conforme al artículo 34.2.a.iii de la LMCI, en aquellos países que la hayan adoptado, en particular en aquellos casos en los que la sede del arbitraje y el *forum concursus* coinciden.

La pregunta más relevante para el caso de los arbitrajes internacionales y los procedimientos concursales con efectos transfronterizos podría ser: ¿hace falta el reconocimiento del procedimiento preconcursal por parte del tribunal arbitral para hacer efectiva la suspensión acordada entre los acreedores y el deudor? La respuesta corta es sí. El reconocimiento lo debe hacer un juez del lugar sede del arbitraje para que este surta sus plenos efectos en el arbitraje, pero como hemos visto anteriormente, donde los tribunales ordinarios no tienen una competencia exclusiva para hacerlo, los tribunales arbitrales pueden proceder a un reconocimiento preliminar. Esto es de mayor relevancia cuando el acuerdo de reorganización no ha sido aprobado por unanimidad y el demandante en arbitraje se encuentra entre los

acreedores que no votaron a favor, pero se ven vinculados por el acuerdo por mandato de la *lex concursus*.

H. El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral

Como ya hemos mencionado arriba, los efectos jurisdiccionales del procedimiento preconcursal en el arbitraje se derivan, principalmente, por la suspensión de procedimientos o ejecuciones contra el deudor, siendo esta última la más generalizada en los regímenes de reorganización de deuda. Si el *forum concursus* es el mismo que el lugar sede del arbitraje y además, es también el lugar en el que se pretende ejecutar un eventual laudo final o cautelar, los efectos de la suspensión podrán ser alegados por el deudor ante el tribunal encargado de la ejecución para que la misma sea negada sobre la base a los artículos 36.1.a.v y 36.1.b.ii de la LMACI y el artículo VI.e y V.2.b de la Convención de Nueva York, referidas a que el laudo no sea obligatorio para las partes y a que la ejecución del laudo sea contra el orden público del Estado donde se pretenda ejecutar, respectivamente y si la suspensión deriva de la aplicación directa de la ley y no del acuerdo de reorganización, en cuyo caso, el laudo también sería inejecutable pero solo por no ser obligatorio para las partes.

Cuando se trate de reestructuraciones con efectos transfronterizos y el laudo o medida cautelar se pretende ejecutar en una jurisdicción en la que no se haya reconocido el procedimiento preconcursal, el laudo debería ser ejecutable sin inconvenientes, a menos que la suspensión derive de un acuerdo extrajudicial de reestructuración y no por operación de la *lex concursus*, pues la suspensión del laudo deriva de un acuerdo entre las partes. De hecho, si se requiere el reconocimiento, como el tribunal arbitral solo puede hacer un reconocimiento preliminar de los procedimientos de insolvencia extranjeros, este podría ser negado discrecionalmente por los árbitros si la ejecución puede llevarse a cabo en una jurisdicción distinta, donde el procedimiento no haya sido reconocido, especialmente si existen indicios de mala fe por parte del deudor en el inicio de un procedimiento de insolvencia.

V. Las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales ante el riesgo de insolvencia

En una situación en la que una de las partes en un arbitraje se encuentra en riesgo de insolvencia, el tribunal arbitral debe prever los efectos que tendría el eventual inicio de los procedimientos de insolvencia, cualquiera que sea su naturaleza, pues los procedimientos concursales, generalmente de carácter voluntario, pueden no ser iniciados por el deudor aun cuando exista el riesgo de insolvencia, lo que puede llevar a que dicho riesgo cristalice y pueda comenzarse un procedimiento concursal, con un impacto mucho más amplio en el procedimiento arbitral.

A. Medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales antes del inicio de procedimientos de insolvencia

El destino de las medidas cautelares que hayan sido dictadas por tribunales arbitrales domésticos o internacionales cuando se ha dado inicio a un procedimiento preconcursal que tenga efectos suspensivos, es un aspecto que puede ser abordado desde dos perspectivas: (i) la inmutabilidad de la medida o (ii) su revisión por parte del juez concursal o por el tribunal arbitral por orden del juez concursal. La primera opción – la inmutabilidad de la medida – prevalece especialmente en los casos en los que el objeto de la medida sea la preservación de evidencia y es la más común de las posiciones adoptadas en diferentes legislaciones de

insolvencia⁶⁴, mientras que la revisión podría acarrear la suspensión temporal de la medida o su extinción.

La legislación española, por ejemplo, otorga al juez la competencia para acordar la suspensión de las medidas o solicitar su levantamiento al tribunal arbitral cuando las medidas afectan la masa patrimonial.⁶⁵ En Perú, si la medida cautelar afecta la posesión del deudor sobre determinado bien o la administración de su negocio, el tribunal debe levantar la medida cautelar y ordenar la entrega del activo al liquidador en los procedimientos concursales, o al propio deudor en los preconcursales.⁶⁶ En Colombia, la validez de la medida se ve afectada si, por su naturaleza, resulta contraria a las normas de orden público que regulan el procedimiento de insolvencia,⁶⁷ al igual que en Chile una vez que se haya declarado la liquidación – no la reorganización-, donde el liquidador debe solicitar el levantamiento de la medida.⁶⁸ En Brasil, la regla general es que las medidas cautelares dictadas antes del inicio del procedimiento de insolvencia no se ven afectadas.⁶⁹

B. Medidas cautelares dictadas paralelamente al procedimiento preconcursal

Como regla general, el principio *par conditio creditorum* adquiere una relevancia especial sobre el poder cautelar de los árbitros una vez iniciado el procedimiento de insolvencia. En Brasil, solo el juez tiene competencia para dictar medidas cautelares en base a su deber de supervisar el destino de los activos del deudor sometido a la reorganización judicial o liquidación,⁷⁰ como también ocurre en Chile.⁷¹

En Colombia y Perú, los árbitros no pierden su poder cautelar, pero la medida será válida solo si no viola las normas de orden público del régimen de insolvencias al afectar los activos sometidos al procedimiento de insolvencia correspondiente.⁷²

VI. Conclusiones

Los procedimientos preconcursales son por naturaleza voluntarios. Solo los deudores que se encuentran en una situación en la que pueden prever que no podrán cumplir con sus obligaciones pueden iniciar este tipo de procedimientos. Como hemos mencionado antes, el objetivo de los procedimientos preconcursales es el rescate del deudor mediante un plan de reestructuración de sus obligaciones para poder cumplir con ellas. Evidentemente, los procedimientos preconcursales son los más adecuados para afrontar el riesgo de insolvencia.

⁶⁴ Penadés Fons, Ossa, y Permesly, «IBA Toolkit on insolvency and arbitration», 36.

⁶⁵ Penadés Fons, «Insolvencia transfronteriza y arbitraje comercial internacional», 170.

⁶⁶ Bullard G., Ezcurra R., y Ferraro D., «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Peru», 18.

⁶⁷ Zuleta-Londoño y Rivera, «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Colombia», 15.

⁶⁸ Bossay y Ruiz, «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Chile», 11.

⁶⁹ Grion y Monteiro, «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Brazil», 16.

⁷⁰ Grion y Monteiro, 16-17.

⁷¹ Bossay y Ruiz, «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Chile», 11.

⁷² Zuleta-Londoño y Rivera, «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Colombia», 14. Ver también Bullard G., Ezcurra R., y Ferraro D., «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Peru», 17.

Es común que estos procedimientos concursales se presenten como opciones extrajudiciales o judiciales. En los extrajudiciales, la reestructuración de la deuda es objeto de una negociación entre los acreedores y el deudor. Aunque se les denomina extrajudiciales, es muy común que exista, al menos, la supervisión de un juez e incluso, puede requerirse su aprobación del plan de reestructuración aprobado por los acreedores, en algunos casos de forma unánime. Los acreedores pueden acordar con el deudor una suspensión de acciones de cobro y de ejecuciones por el tiempo que dure la reestructuración, aunque hay legislaciones como la chilena, que como ya vimos arriba, reconoce una suspensión de 30 días, prorrogable hasta por 90 días como efecto directo de la ley. Estos procedimientos extrajudiciales pueden tener, no en todos los casos, un carácter confidencial.

Los procedimientos concursales judiciales implican que el procedimiento se desarrolle bajo la dirección del juez, pero siempre con la participación activa de los acreedores que son los que finalmente tomarán la decisión de aprobar o no el plan de reestructuración. Uno de los efectos principales de este tipo de procedimientos es la suspensión de ejecuciones contra bienes del deudor, aunque como hemos comentado antes, también hay jurisdicciones en las que los procedimientos concursales implican una suspensión de las acciones de cobro, que generalmente se extiende a los procedimientos arbitrales.

Los procedimientos concursales comparten una serie de principios con los procedimientos concursales y varios de estos principios pueden tener un impacto importante en el arbitraje. La naturaleza de orden público de la *lex concursus* puede hacer que un laudo que sea contrario a dicha legislación resulte no solo inejecutable, sino viciado de nulidad. La paralización de acciones de cobro, que puede existir en los procedimientos concursales, tiene un efecto importante sobre la jurisdicción del tribunal, mientras que la suspensión de ejecuciones abarca los laudos arbitrales. En los procedimientos concursales, la privación de los derechos de administración y disposición del deudor no se aplica como sí ocurre en los procedimientos concursales, lo que permite que no haya inconvenientes relacionados con la validez de los acuerdos de arbitraje o la participación en procedimientos arbitrales.

El principio de *vis attractiva concursus* es relevante cuando el riesgo de insolvencia del deudor ha cristalizado y traído como consecuencia el inicio de procedimientos concursales. En esos casos, el tribunal arbitral pierde jurisdicción por disposición directa de este principio cuando está previsto en la *lex concursus*. En ninguna de las jurisdicciones examinadas encontramos que el *vis attractiva concursus* aplique en procedimientos concursales.

Probablemente el principio más extendido es el de *par condition creditorum*, que justifica la suspensión de ejecuciones sobre bienes del deudor sobre la base de la igualdad de trato entre los acreedores de la misma clase, pues un acreedor que logre ejecutar bienes del deudor estará en clara ventaja sobre los demás.

Finalmente, y de suma relevancia para el arbitraje internacional, las normas sobre insolvencia se rigen por el principio de territorialidad, por lo que en los casos de procedimientos de insolvencia transfronteriza se hace necesario el reconocimiento judicial de la jurisdicción sede del arbitraje para que un procedimiento de insolvencia pueda surtir sus efectos, por lo menos en relación con las medidas cautelares o laudos que deban ser ejecutados en la misma.

En el tema particular sobre las medidas cautelares y el riesgo de insolvencia, los tribunales arbitrales deben tomar en cuenta la posibilidad de inicio de un procedimiento de insolvencia al

momento de decidir sobre si otorgar o no una medida cautelar. Sin embargo, a diferencia de dichos procedimientos, en los que rige el *par conditio creditorum*, los tribunales arbitrales no deben entrar a analizar sobre la posibilidad de que la medida cautelar solicitada pueda poner en ventaja a la parte solicitante sobre el resto de los acreedores del deudor demandado. El riesgo de insolvencia puede ser un elemento de peso al evaluar los requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares, particularmente sobre el cumplimiento del *periculum in mora*.

Bibliografía

- BOSSAY, Luis Eduardo Toro, y Gonzalo Fernández Ruiz. «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Chile». International Bar Association, 2021. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=7BEAB3CE-42D4-4239-B612-BA7B2B36F37E>.
- BULLARD G., Alfredo, Huáscar Ezcurra R., y Cristina Ferraro D. «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Peru». International Bar Association, 2021. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=CE1C5E7A-60A5-4077-BBC3-0C2D1A774021>.
- CASTAGNINO, Diego Thomas. Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia Mercantil (2000-2020). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2021.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). «Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional». Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), s. f. https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status.
- DORDA, Christian. «Arbitration and Insolvency Proceedings». Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition, s. f., 2009.
- GOLSHANI, Saam, Alexis Hoabr, Alice Leonard, Amandine Grima, y Aliénor Huchot. «France». Insolvency 2022, 2022. <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/insolvency-2022/france>.
- GRION, Renato Stephan, y Andre Luis Monteiro. «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Brazil». International Bar Association, 2021. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=F0B4FC49-8C12-477F-8189-629A7E4225BE>.
- KAMPSHOFF, Matthias, Marc Oberhardt, Benedikt Shulz, y Björn Biehl. «Germany». Insolvency 2022, 2022. <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/insolvency-2022/germany>.
- KRÖLL, Stefan M. «Chapter 18: Arbitration and Insolvency Proceedings – Selected Problems». En Pervasive Problems in International Arbitration, editado por Loukas Mistelis y Julian D. M. Lew, Vol. 15. International Arbitration Law Library. Kluwer Law International, 2006.
- KÜHN, Wolfgang. «Arbitration and Insolvency». Dispute Resolution International 5, n.o 2 (noviembre de 2011).
- KURZWEIL DE OLIVEIRA, Bruno, Adriana Maria Cruz Dias de Oliveira, y Laís Nicole Luizetti. «Brazil». Insolvency 2022, 2022. <https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/insolvency-2022/brazil>.
- MARCUELLO SALTO, Juan Ignacio. «Los principales procedimientos concursales del derecho comparado europeo en el marco del Derecho Internacional Privado Actual.» Anuario Español de Derecho Internacional Privado XII (2012).
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. 5ta ed. Vol. IV. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2011.
- PENADÉS FONTS, Manuel Alejandro. «Insolvencia transfronteriza y arbitraje comercial internacional». Universidad de Valencia, 2015. <https://core.ac.uk/download/pdf/71050654.pdf>.

PENADÉS FONTS, Manuel Alejandro, Felipe Ossa, y Jennifer Permesly. «IBA Toolkit on insolvency and arbitration». International Bar Association, 2021. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=087B4D4A-B82E-4FAC-817F-64EE50091D66>.

RAMÍREZ RAMÍREZ, Luis Fernando. «El beneficio de atraso en el Derecho Concursal venezolano: Nuevas tendencias.» Trabajo de Ascenso para optar a la categoría de Profesor «Asistente», Universidad Católica Andrés Bello, 2007. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR7344.pdf>.

SÁNCHEZ, Jose F. «Applying the Model Law's Standard for Interim Measures in International Arbitration». *Journal of International Arbitration*, 2020, 49-86. <http://www.kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\JOIA\JOIA2020003.pdf>.

SLORACH, J. Scott, y Jason G. Ellis. *Business Law*. [Twenty-Eighth edition]. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2020.

TORREALBA RAMÍREZ, José Antonio. «Generalidades sobre el Juicio de Atraso». *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila* 6 (2005).

VORBURGER, Simon. *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives*. Vol. 31. *International Arbitration Law Library*. Kluwer Law International, 2014.

WAGNER, Philipp. «Insolvency and Arbitration: A Pleading for International Insolvency Law». *Dispute Resolution International* 5, n.o 2 (noviembre de 2011).

ZULETA-LONDOÑO, Alberto y RIVERA, Irma Isabel. «IBA Toolkit on Insolvency and Arbitration. Questionnaire. National Report of Colombia». International Bar Association, 2021. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=08BEF406-F7AE-418B-96F8-8B1B02221455>.

El árbitro de emergencia

The Emergency Arbitrator

Juan Pablo Cardenas Mejía¹

Resumen

El arbitraje de emergencia se ha extendido rápidamente en el mundo y se ha comenzado a consagrar y a aplicar en América Latina, por ello es pertinente analizarlo desde varios puntos de vista, este es el objeto de este artículo. De una parte, debe examinarse su razón de ser, así como la naturaleza del árbitro de emergencia y de la decisión que él adopte. Por otra parte, es oportuno examinar los diferentes aspectos que inciden en su desarrollo, teniendo en cuenta la experiencia internacional, en temas tales como la decisión del árbitro sobre su competencia; los criterios para adoptar las medidas cautelares solicitadas; la posibilidad de decretar medidas ex-parte; la viabilidad de acudir al arbitraje de emergencia cuando existen cláusulas escalonadas; el empleo del arbitraje de emergencia en materia de arbitrajes de inversión; la posibilidad de obtener la ejecución de la medida cautelar a través de los jueces, así como la competencia concurrente del árbitro de emergencia y el juez para decretar medidas cautelares. El examen de la experiencia internacional en esta materia permitirá poner en práctica el arbitraje de emergencia de una manera que contribuya al desarrollo del arbitraje.

Abstract

Emergency arbitration has spread rapidly throughout the world and has begun to be enshrined and applied in Latin America, so it is relevant to analyze it from several points of view, which is the purpose of this article. On the one hand, its *raison d'être* must be examined, as well as the nature of the emergency arbitrator and the decision he/she adopts. On the other hand, it is appropriate to examine the different aspects that affect its development, taking into account international experience, on issues such as the arbitrator's decision on its jurisdiction; the criteria for adopting the requested interim measures; the possibility of decreeing ex-parte measures; the feasibility of resorting to emergency arbitration when there are multi-tier clauses; the use of emergency arbitration in investment arbitration; the possibility of obtaining the enforcement of the interim measure through judges, as well as the concurrent competence of the emergency arbitrator and the judge to decree interim measures. A review of international experience in this area will make it possible to implement emergency arbitration in a way that contributes to the development of arbitration.

Sumario: *I. Introducción. II. La figura del árbitro de emergencia su consagración y su naturaleza. A. La creación de la figura. B. La importancia del árbitro de emergencia frente a las medidas cautelares decretadas por el juez. C. La naturaleza del árbitro de emergencia; D. La naturaleza de la decisión del árbitro de emergencia. III. El desarrollo del arbitraje de emergencia. A. La competencia. B. La urgencia y los criterios para decretar la medida cautelar. C. Las medidas que puede adoptar el árbitro de emergencia. D. La posibilidad de dictar medidas cautelares ex parte. E. La posibilidad de acudir al árbitro de emergencia y la existencia de otros mecanismos pactados por las partes. F. La vigencia de la medida y del árbitro de emergencia. G. La aplicación del arbitraje de emergencia a los arbitrajes de*

¹ Profesor de contratos en las Universidades del Rosario y Javeriana y de Arbitraje en las Universidad del Rosario, Javeriana y Externado en Bogotá (Colombia). Ha sido árbitro en tribunales internacionales y domésticos bajo diferentes reglamentos.

inversión y a los arbitrajes del estado. H. La ejecución de la medida cautelar. I. La concurrencia del árbitro de emergencia y del juez. J. El monismo y dualismo frente al arbitraje de emergencia. IV. Conclusión.

I. Introducción

Quienes acuden al arbitraje buscan que la resolución de la controversia se realice en forma eficiente y eficaz. Ahora bien, para asegurar que el proceso arbitral no se vea afectado o que el laudo arbitral no se pueda hacer efectivo, existe normalmente la posibilidad de solicitar al tribunal arbitral el decreto de medidas cautelares. No obstante lo anterior, desde que se genera el conflicto y hasta que se constituye el tribunal arbitral y el mismo puede comenzar a actuar puede transcurrir un término considerable. Lo anterior plantea la necesidad de buscar mecanismos que permitan evitar o prevenir situaciones que puedan afectar el proceso arbitral o la eventual ejecución del laudo que pueda dictarse. Uno de ellos es acudir al juez estatal. En este sentido la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante la Ley Modelo) prevé la posibilidad de acudir al juez estatal para que el mismo decreta medidas cautelares (artículos 9 y 17J) Otra posibilidad es atender la voluntad de las partes de someter su controversia a arbitraje y crear un mecanismo para el efecto. Es por ello que surgió la figura del árbitro de emergencia o urgencia, pues ambas terminologías se emplean, que ha sido acogida en los principales centros de arbitraje.

Ahora bien, en América Latina algunos centros de arbitraje han adoptado reglas sobre arbitraje de emergencia, sin embargo ello no ha ocurrido en todos los países. Dichas regulaciones siguen patrones comunes, lo cual no impide que existan diferencias entre ellas. En todo caso la experiencia internacional suministra elementos valiosos a considerar para desarrollar en forma más amplia el arbitraje de emergencia.

Para tal efecto, después de examinar la forma como se consagra la figura, su importancia y su naturaleza, se analizará la forma como la misma ha sido desarrollado y los aspectos que han generado controversia.

II. La figura del árbitro de emergencia su consagración y su naturaleza

A. La creación de la figura

El árbitro de emergencia tiene como antecedente el Procedimiento Precautorio Prearbitral² (référé pre-arbitral) que fue consagrado por primera vez en las reglas de la CCI en 1990.

El Procedimiento Precautorio Prearbitral tiene por objeto que un Tercero (así lo denomina el reglamento) pueda tomar medidas urgentes por acuerdo de las partes. La orden del Tercero se mantiene vigente hasta que este lo determine o la autoridad competente decida la sustancia de la disputa (artículo 3.3. del reglamento). Para que dicho mecanismo pueda operar es necesario que exista un acuerdo escrito en ese sentido (artículo 3.1.) Es pertinente destacar que el Tercero no es calificado en el reglamento como un árbitro. En relación con este punto la Corte de Apelaciones de París determinó que el Procedimiento Precautorio Prearbitral es una institución de naturaleza contractual³ para lo cual tomó en cuenta que las reglas determinaban que las partes quedaban contractualmente vinculadas por la decisión del Tercero. En todo caso este

² Es la expresión usada en la versión en español del Reglamento.

³ Corte de Apelaciones de París, (1e Ch A), 29 abril 2003 Société Nationale des Petroles du Congo et Republic que du Congo v Total Fina Elf E&P Congo.

procedimiento ha tenido poca aplicación, por lo que se han buscado otros mecanismos que cumplan el propósito buscado con el mismo.

En el año 2006 el International Center for Dispute Resolution (ICDR) incluyó en su reglamento la figura del árbitro de emergencia. Dicha figura posteriormente ha sido incluida en los reglamentos de los principales centros de arbitraje del mundo. En efecto, además del reglamento del ICDR, dicha figura aparece, entre otros, en el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), en el de la Corte de Arbitraje de Londres (LCIA), en el de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), en las reglas del Swiss Chambers Arbitration Institute (SCAI), en el reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) en el del Centro Australiano para el Arbitraje Comercial Internacional (ACICA), en el de la Comisión de Arbitraje de Beijing (BIAC), en el de la Comisión de Arbitraje Comercial y Económico Internacional de China (CIETAC), en el del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), en el de la Asociación Japonesa de Arbitraje (JCAA), en el de la Junta de Arbitraje de Corea (KCAB), en el del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC), en el del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Brasil-Canadá, (CAM-CCBC), en el del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios (CEMARC), en el del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios del Uruguay, en el del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia, en el del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), en el del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM), en el del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), en el del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), en el del Centro Empresarial de Conciliación Arbitraje de Venezuela (CEDCA), en el de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), en el del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de Chile (CAM Santiago) (para el arbitraje nacional), en el de la Arbitration and Mediation Court of the Caribbean (AMCC) de Barbados, en el del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz-Bolivia (CAINCO), en el de la Câmara de Arbitragem Empresarial do Brasil (CAMARB), en el del BVI International Arbitration Centre (BVI-IAC) de Islas Vírgenes, en el de Cayman International Mediation and Arbitration Centre, en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (AmCham Quito-Ecuador), en el Centro de Arbitraje y Mediación de Paraguay (CAMP) y en las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), , Es pertinente señalar que la Guía del ITA de Instituciones de Arbitraje en América Latina de 2023 señala que el 67% de las instituciones a las que se refiere tienen procedimientos de arbitraje de emergencia.

Adicionalmente, algunas legislaciones lo incluyen expresamente como, por ejemplo, las de Singapur, Hong Kong, Nueva Zelandia y Bolivia (artículos 67 a 71 de la ley 708 de 2015, que exige pacto expreso) Igualmente en Ecuador el decreto ejecutivo 165 de 2021, menciona el árbitro de emergencia al hacer referencia a las medidas cautelares.

Una característica del arbitraje de emergencia en la gran mayoría de los reglamentos, es que el mismo puede operar en la medida en que se pacte que el arbitraje se sujeta a dichos reglamentos. Es decir, que a diferencia del Procedimiento Precautorio, que requiere un acuerdo específico, el arbitraje de emergencia no lo exige, salvo en algunos casos a los que se hará referencia más adelante.

El árbitro de emergencia en todos los sistemas se caracteriza porque está llamado a operar antes de que se constituya el tribunal arbitral. Ello puede ocurrir de acuerdo con algunos reglamentos a partir de que se presenta la solicitud de arbitraje (por ejemplo en el del ICDR, artículo 6), y en otros (por ejemplo el de la ICC, el de CIAM, el de la SCC) aún antes de que se presente la solicitud de arbitraje, la cual en todo caso debe presentarse en un plazo relativamente corto de 10 días desde la petición en la ICC, de 15 días en el CIAM desde la solicitud de árbitro de emergencia, o 30 días desde la decisión del árbitro en el SCC o en el de la CCL.

En los diferentes reglamentos el árbitro de emergencia es nombrado rápidamente por la institución llamada a administrar el arbitraje.

En la gran mayoría de las instituciones se informa de la designación del árbitro a la otra parte. Así mismo en la mayoría de los reglamentos el árbitro de emergencia no puede decretar medidas cautelares exparte.

El árbitro de emergencia debe adelantar el proceso y producir su decisión en pocos días.

La decisión del árbitro de emergencia puede revestir en algunas instituciones la forma de una orden procesal o de un laudo (por ejemplo, el artículo 6.4 del Reglamento del ICDR, o el artículo 61 del Reglamento del CIAM que entra en vigencia el 1° de enero de 2024). En otras, como ocurre con el reglamento de la ICC, la decisión debe ser en forma de orden. Finalmente, hay instituciones que no precisan la naturaleza que puede tener la decisión del árbitro de emergencia (por ejemplo, el reglamento de la SCC o de la CCL que simplemente hablan de decisiones).

B. La importancia del árbitro de emergencia frente a las medidas cautelares decretadas por el juez

En la medida que actualmente diversos reglamentos de arbitraje consagran el árbitro de emergencia e igualmente distintas legislaciones establecen la posibilidad de solicitar medidas cautelares al juez estatal antes de que se inicie el proceso arbitral, surge la pregunta acerca de cuáles son las ventajas o desventajas de acudir al árbitro de emergencia en lugar de hacerlo al juez.

Desde esta perspectiva el árbitro de emergencia presenta varias ventajas: en primer lugar, la velocidad. En efecto, dependiendo de la situación en cada país, el árbitro de emergencia puede actuar en forma más rápida que la autoridad judicial.

A este respecto es de observar que de conformidad con el Informe de la Task Force de la CCI sobre arbitraje de emergencia⁴, de 70 casos en que se decretaron medidas cautelares, en 33 ello ocurrió antes de 15 días, y en otros 32 entre 16 y 19 días. Es decir que de 70 casos en los que se decretaron medidas por un árbitro de emergencia, en 65 casos ello ocurrió antes de 19 días.

Por otra parte, y nuevamente dependiendo de la legislación de cada país, puede ocurrir que el árbitro de emergencia pueda adoptar una medida que no pueda tomar el juez. Así ha ocurrido por ejemplo en Nueva York⁵. De la misma manera, en diversos países los jueces no pueden

⁴ Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 135.

⁵ Se cita el caso *CE International Resources Holdings v SA Mineral Ltd Partnership* (2010) WL 2595340 (Dis Ct, US 2010) en el cual una corte ejecutó una orden mundial de congelación y de garantía que la ley

dictar la denominada anti suit injunction, esto es la orden a una parte de no presentar una demanda, por el contrario, el árbitro de emergencia podría llegar a tener la facultad de hacerlo, dado que los reglamentos de arbitraje por lo general no precisan las medidas que puede adoptar el árbitro de emergencia.

Adicionalmente, cuando se acude al juez para obtener una medida cautelar, es necesario tener en consideración la ley procesal nacional, en tanto que cuando se trata de arbitraje de emergencia, la solicitud, el procedimiento, los criterios para evaluar la petición y la decisión del árbitro sigue estándares internacionales propios del arbitraje.

Otra ventaja que en ciertos casos podría tener un árbitro de emergencia, es el conocimiento de la materia objeto de controversia, por lo que podría decidir más fácilmente la solicitud.

Puede además existir una ventaja para el arbitraje de emergencia cuando el contrato y su documentación está en un idioma distinto al del juez. En tal caso puede ocurrir que el árbitro de emergencia si conozca la lengua del contrato y la documentación pertinente.

Igualmente puede ocurrir que exista el deseo de mantener confidencial la controversia. Es posible que en los procesos judiciales no se pueda brindar confidencialidad a partir de cierta etapa del trámite ante el juez, por ejemplo, a partir del momento en que la medida cautelar se ha hecho efectiva. Por el contrario la actuación del árbitro puede estar sujeta de manera completa a confidencialidad, salvo el evento en que se deba acudir finalmente al juez.

A lo anterior se agrega que la medida del árbitro de emergencia puede llegar ejecutarse en otros países a través de diversos mecanismos, en tanto que una decisión judicial es más difícil de hacer efectiva en otros países. Así, en primer lugar, en los países que adoptan literalmente el artículo 17 H de la ley modelo de Uncitral en su versión del 2006, los jueces deben hacer efectivas las medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, salvo que se presenten las causales que establece el artículo 17 I de la ley modelo, que son semejantes a las establecidos para negar el reconocimiento de un laudo arbitral que establece la Convención de Nueva York y la propia ley modelo. Por otra parte, si la decisión del árbitro de emergencia se emite en forma de laudo, el mismo podría llegarse a beneficiar de la Convención de New York en ciertos países. No sobra recordar a este respecto que la Convención de Nueva York no define qué es un laudo arbitral, por lo que existen diversas posiciones sobre la materia. Finalmente, también es destacar que aún sin que adopte la forma de un laudo, en diversos países se considera que la determinación sobre medidas cautelares puede llegarse a calificarse de laudo, en cuanto decide definitivamente la situación objeto de la medida cautelar, por lo que podría reconocerse en desarrollo de la Convención de Nueva York

En todo caso el arbitraje de emergencia puede presentar desventajas frente a las medidas cautelares que puede decretar el juez en apoyo del arbitraje. Una de ellas consiste en que la mayoría de los reglamentos la decisión del árbitro de emergencia no puede adoptarse ex parte, es decir que antes de tomar la decisión debe escucharse a las dos partes. Sólo en centros

de Nueva York no permitía. Rania Alnaber, *Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement*, en William W. Park (ed), *Arbitration International*, (Oxford University Press 2019, Volume 35 Issue 4), p. 449 Nota 75.

arbitrales de unos pocos países se permite al árbitro tomar medidas exparte (por ejemplo, en Nueva Zelandia, Suiza, España, Argentina y Venezuela).

La otra desventaja que presenta la medida de emergencia, es que en principio el árbitro sólo puede dar órdenes a las partes. Por el contrario, el juez tiene la posibilidad de impartir órdenes a terceros, para que se cumpla la medida cautelar.

En todo caso en muchos sistemas la medida cautelar del árbitro podría hacerse efectiva con apoyo del juez, como lo dispone el artículo 17 H de la ley modelo.

Adicionalmente, el acudir al juez puede implicar menores costos que acudir al árbitro de emergencia y puede no existir la obligación de iniciar el proceso sobre el fondo en los mismos términos que en el arbitraje de emergencia.

Finalmente se ha señalado que los árbitros en sus decisiones de emergencia tienen la tendencia a profundizar más en el fondo y las probabilidades de las partes, lo que permite a las partes tener mayor claridad de potencial de éxito en el conflicto⁶.

C. La naturaleza del árbitro de emergencia

A pesar de su denominación, como árbitro, se han planteado dudas sobre la verdadera naturaleza del árbitro de emergencia⁷.

En tal sentido se ha sostenido en ciertos países que el árbitro de emergencia no es un verdadero árbitro. Así, por ejemplo, en Austria se ha señalado⁸ que el árbitro de emergencia no es un árbitro, porque a la luz de la ley austriaca el árbitro tiene la tarea de resolver la controversia entre las partes. De este modo, el árbitro reemplaza al juez en la decisión de la controversia. Esto no ocurre con el árbitro de emergencia que sólo decide sobre la medida cautelar que se le ha solicitado. Ahora bien, frente a lo anterior se ha señalado, que existen jueces que en un proceso se limitan a decretar medidas cautelares y que por ello el árbitro de emergencia puede ser calificado como árbitro. Quienes consideran que el árbitro de emergencia no es un verdadero árbitro señalan al respecto que una cosa son las cortes estatales que están organizadas orgánica y funcionalmente, y otra los árbitros a los que se les encomienda decidir una controversia por razón del acuerdo de las partes. Adicionalmente se ha señalado que el árbitro de emergencia no toma una decisión definitiva. Incluso se señala que la decisión del árbitro de emergencia es aún más precaria que las medidas cautelares que puede adoptar el árbitro que debe decidir la controversia de fondo, pues la decisión del árbitro de emergencia puede ser revisada por el tribunal arbitral y modificada en cualquier sentido y además la decisión del árbitro de emergencia puede perder eficacia si el tribunal arbitral no se constituye. Así mismo se destaca que el árbitro de emergencia está llamado a actuar en la etapa prearbitral, lo que

⁶ Ver Sciences Po Law School 6th Brazilian Arbitration Forum: Assistance From National Courts: Wanted or Unwanted? 2023. Disponible en <https://arbitrationblog-kluwerarbitration-com.ez.urosario.edu.co/2023/11/23/sciences-po-law-school-6th-brazilian-arbitration-forum-assistance-from-national-courts-wanted-or-unwanted/>

⁷ Ver Baruch Baigel, *The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis* (2014) 31(1) *J Intl Arb* 1, 4.

⁸ Ver el análisis de Lisa Beisteiner para-Austria en, Chapter III: The Award and the Courts, *To Be or Not to Be an Arbitrator – On the Nature of Emergency Arbitration*, in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Volume 2020 (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2020) pp. 289 – 332.

indica que todavía no existe tribunal arbitral. Se agrega que el Reglamento de la CCI establece que el árbitro de emergencia adopta la medida cautelar a través de una orden y no de un laudo y que ello obedece a que el árbitro de emergencia no es un árbitro. De esta manera, la decisión del árbitro de emergencia no sería la decisión de un verdadero árbitro.

Lo anterior no implica que dicha decisión carezca de efectos, pues la misma es vinculante para las partes de acuerdo con los reglamentos, pero sería vinculante como un acto contractual y no judicial, y por ello no podría ser reconocida y ejecutada como decisión de un árbitro.

Los reparos formulados no parecen definitivos a nivel conceptual⁹. En efecto, cuando las partes celebran un pacto arbitral acuerda someter sus controversias a un particular para que el mismo dirija el proceso que corresponda y adopte una decisión. La dirección del proceso y la toma de decisiones en el transcurso del mismo es parte de la actividad judicial que desarrollan los árbitros. De la misma manera, que los árbitros que van a decidir el fondo, pueden en su carácter de tales decretar medidas cautelares, igualmente lo puede hacer el árbitro de emergencia, que es designado para cumplir una tarea que el tribunal arbitral no puede aun desarrollar, porque no se ha constituido. A este respecto no sobra recordar que muchos sistemas consagran la posibilidad de pedir medidas cautelares aún antes del proceso ante un juez, y la decisión que este tome, tiene el mismo carácter de las que adoptaría el juez que conociera del proceso. Lo mismo ocurre con el árbitro de emergencia.

El hecho de que el árbitro de emergencia no esté llamado a dictar el laudo y cumplir otras actuaciones en el proceso no permite desconocer su calidad, pues no se niega que el juez que cumple determinadas etapas de un proceso, sin dictar sentencia, en todo caso toma decisiones judiciales. De la misma manera, el hecho de que la decisión del árbitro de emergencia pueda ser revisada por el tribunal arbitral no permite afirmar que éste no actúa como árbitro, pues ello también puede ocurrir con las decisiones judiciales, que pueden estar sujetas a revisión completa por otra autoridad judicial.

Finalmente es pertinente señalar que el hecho de que el árbitro de emergencia normalmente es nombrado por la institución que administra el arbitraje tampoco tiene relevancia para calificar su naturaleza, pues la institución realiza la designación porque las partes así se lo han encomendado al pactar el reglamento.

A la luz de lo anterior, parece claro que conceptualmente el árbitro de emergencia es un verdadero árbitro con todo lo que ello implica, aunque su misión está limitada a un aspecto específico. Lo anterior, sin perjuicio, de las conclusiones a las que se pueden llegar en un determinado país a la luz de una legislación particular.

Es pertinente destacar que en algunos países se ha sostenido que el árbitro de emergencia en el fondo actúa como el árbitro previsto en el pacto arbitral. Así en Alemania se ha señalado que de acuerdo con la ley alemana el árbitro de emergencia es parte del tribunal pactado para resolver la controversia de fondo, por lo que los procedimientos de emergencia y el procedimiento principal, constituyen un solo arbitraje¹⁰. Sin embargo, algunos controvierten esta posición, en la medida en que en algunos casos el árbitro de emergencia puede desarrollar algunas actuaciones cuando ya se ha constituido el tribunal arbitral y no puede entonces

⁹ Rania Alnaber, *Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement*, en William W. Park (ed), *Arbitration International* (Oxford University Press 2019, Volume 35 Issue 4), p 463 y siguientes.

¹⁰ Jakob Horn, *Der Emergency Arbitrator und die ZPO*.

entenderse que se trata del mismo árbitro (por ejemplo, en la ICC, a pesar de que se haya constituido el tribunal, el árbitro de emergencia puede decidir solicitudes de modificación de la medida cautelar que le hayan presentado con anterioridad). Además, que si fuera un solo tribunal, las parte deberían plantearle al árbitro de emergencia las objeciones a la competencia, pero ellos es incoherente con el hecho de que el árbitro de emergencia no las puede decidir. Igualmente si el árbitro de emergencia fuera el tribunal arbitral, la solicitud de arbitraje de emergencia produciría los efectos propios de la solicitud de arbitraje, por ejemplo, en materia de interrupción de plazos de prescripción, pero lo cierto es que la solicitud de arbitraje de emergencia no es la solicitud de arbitraje¹¹. Realmente, y sin perjuicio de las conclusiones que se deriven de una ley en particular, en principio el arbitro de emergencia no es el tribunal arbitral pactado para resolver el fondo de la controversia, pero ello no significa que no sea un árbitro.

En este punto conviene destacar que como en ciertos países ha existido controversia sobre la naturaleza del árbitro de emergencia, se ha discutido la conveniencia de incluirlo en los reglamentos de arbitraje. Así, por ejemplo, se ha destacado que el Centro Internacional de Arbitraje de Viena consideró en 2013 que no era procedente incluir en su reglamento el arbitraje de emergencia por las dudas sobre el reconocimiento y ejecución de su decisión y que por ello era mejor acudir a los jueces para decretar medidas cautelares¹².

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es conveniente que al regular el arbitraje de emergencia quede claro la naturaleza del árbitro de emergencia, sus derechos, obligaciones y estándar de responsabilidad y la posibilidad de reconocer sus decisiones.

En este contexto en algunas legislaciones se incluye expresamente dentro de la definición de árbitro, al árbitro de emergencia. Tal es el caso de la de Singapur (artículo 2(1) del Acta de Arbitraje Internacional) y de Nueva Zelanda, a partir de la reforma de 2016. En otras se hace referencia al árbitro de emergencia para reconocer que sus decisiones pueden hacerse efectivas por las cortes. Así sucede en Hong Kong (parte 3A de la Ordenanza sobre arbitraje). Igualmente en los reglamentos de algunas instituciones se precisa que el árbitro de emergencia está sujeto al mismo estatuto y tiene los mismos deberes y derechos que el árbitro. Así ocurre en Japón¹³.

D. La naturaleza de la decisión del árbitro de emergencia

Si se acepta que el árbitro de emergencia es realmente un árbitro surge la discusión acerca de la naturaleza de su decisión. En particular la discusión es si esa decisión puede ser considerada un laudo, susceptible de reconocimiento y ejecución.

Lo primero que debe observarse es que la Ley Modelo en su versión del 2006 consagra en el artículo 17 H el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares decretadas por un tribunal

¹¹ Lisa Beisteiner, *The Award and the Courts, To Be or Not to Be an Arbitrator – On the Nature of Emergency Arbitration*, in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2020 (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2020).

¹² Ver Ben Giaretta, *The practice of emergency arbitration*. *Belgian Review of Arbitration* (van Hooft and Tossens (eds); Jan 2017), nota 26.

¹³ El reglamento de la JCAA (Japón Commercial Arbitration Association) establece (artículo 77) que la decisión del árbitro de emergencia es considerada decisión del tribunal (Emergency Measures shall be deemed to be Interim Measures granted by the arbitral tribunal) El reglamento de CAC señala que el árbitro de emergencia estará sujeto al mismo estatuto, y tendrá los mismos deberes y derechos del árbitro.

arbitral por parte de los jueces donde la medida debe ser implementada, independientemente del estado en que la medida haya sido adoptada. A tal efecto, la ley prevé las causales para negar el reconocimiento y ejecución, las cuales se inspiran en las causales para negar el reconocimiento de laudos arbitrales.

De esta manera, en los países en que se haya adoptado esta versión de la ley modelo, las medidas cautelares decretadas por el árbitro de emergencia en otro país podrán ser objeto de reconocimiento y ejecución.

Ahora bien, en los países en que no se ha adoptado este artículo sobre ejecución de medidas cautelares decretadas en el exterior, es pertinente tomar en cuenta que el artículo 17 de la ley modelo en la versión 2006 igualmente contempla que la medida cautelar puede ser adoptada por una orden procesal o por un laudo.

La adopción de la medida cautelar a través de un laudo permitiría en teoría que la medida cautelar pudiera ser reconocida y ejecutada en desarrollo de la Convención de Nueva York. No obstante ha de señalarse que la Convención no define qué constituye un laudo, por lo cual la posibilidad de que un laudo de medidas cautelares pueda ser ejecutado en un determinado país puede depender del concepto de laudo que se tenga en el respectivo país.

A este respecto debe observarse que existen decisiones en Francia¹⁴, Australia¹⁵ y Estados Unidos¹⁶ en las que se ha reconocido que una decisión sobre medidas cautelares puede considerarse una decisión final y que por ello, la misma puede ser reconocida y ejecutada como laudo.

En Francia la jurisprudencia ha señalado que la calificación de una decisión como laudo no depende de su forma si no de su contenido¹⁷. Por lo anterior, es posible que una decisión de una medida cautelar, si cumple los criterios de la jurisprudencia, pudiera ser calificada de laudo.

A este respecto es de destacar el caso *Otor Participation v. Carlyle*, referido al incumplimiento de un acuerdo de accionistas. En este caso el tribunal arbitral dictó una medida cautelar por la

¹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 7 de octubre de 2004. *S.A. Otor Participations v. S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg) Holdings 1* (“Otor”),

¹⁵ Supreme Court of Victoria [2015] VSC 80 *Giedo van der Garde B.V. & another v. Sauber Motorsport (A.G. [2015] V.S.C. 80; (2015) 294 F.L.R. 367)*

¹⁶ Así lo señala una corte del distrito norte de Oklahoma de *Johnson v. Dentsply Sirona, Inc.*, 2017 WL 4295420, at *1 (N.D. Ok. Sept. 27, 2017). En el caso fallado el árbitro había prohibido al demandante abstenerse de competir con el demandado o revelar información del demandado o tomar acción inconsistente con los intereses del demandado. El árbitro señaló que la decisión era tentativa y basada en el récord como se encontraba y que las conclusiones estaban sujetas a revisión después de la audiencia final. Se alegaba que la decisión no podía ser revisada por la corte por no ser final. La corte señaló que la decisión en forma final y definitiva obliga al demandante a no incumplir el acuerdo de confidencialidad y a no competir durante el arbitraje. citado por Cheryl L. Mullin, Alyson Conwell & Christopher Howard *Injunctive Relief Pending Arbitration: The Evolving Role of Judicial Action* Cheryl L. Mullin, Alyson Conwell & Christopher Howard- *Franchising Law Journal* Vol. 38, No. 4, páginas 559 y siguientes disponible en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/franchising_law_journal/spring_2019/fr_pending.pdf.

¹⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de París (Ch. C), del 1 julio de 1999 en el caso de la *Société Braspetro Oil Services (Brasoil)*, *Revue de l'Arbitrage*, (Comité Français de l'Arbitrage 1999, Volume 1999 Issue 4) pp. 834 –852.

cual ordenó a la parte demandada votar por los miembros de la junta de una lista de candidatos propuestos por la otra parte y posteriormente abstenerse de alterar la composición de la junta directiva mientras se adelantaba el procedimiento arbitral. Dicha medida cautelar se adoptó con la forma de un laudo. La Corte de Apelaciones de París consideró que dicha medida podía ser objeto de anulación pues era un laudo, en tanto decidía finalmente la disputa de las partes en relación con la medida cautelar¹⁸.

En todo caso es de observar que el Reglamento de la CCI para el arbitraje de emergencia señala que la decisión del árbitro de emergencia se adopta por una orden procesal, aunque como ya se dijo, ello no es trascendental desde el punto de vista del control de juez de anulación en derecho francés, pues le corresponde al mismo determinar la naturaleza de la decisión para efectos de su control.

En Australia, la Corte Suprema de Victoria también ha hecho efectivos laudos de árbitros de emergencia. Ello ocurrió en el caso *Giedo van der Garde B.V. & another v. Sauber Motorsport*, en el cual se dictó un laudo de un árbitro de emergencia que ordenó al demandado abstenerse de impedir que el demandante participara en el Gran Prix australiano¹⁹. Es importante destacar que claramente la decisión tenía un efecto definitivo.

En Estados Unidos han existido diversas decisiones que han considerado que las ordenes de medidas cautelares son decisiones finales. A tal efecto se puede citar la decisión de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en el caso *Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp.*²⁰, de acuerdo con la cual las órdenes para preservar activos necesarios para que el laudo final tenga sentido, son órdenes finales que puede ser confirmadas y reconocidas por las cortes de acuerdo con la FAA. En un sentido similar se han pronunciado las cortes del Sexto Circuito. A tal efecto se cita la decisión de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito en el caso *Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville*²¹ en el cual la Corte mantuvo una orden para continuar ejecutando un contrato durante el arbitraje, y consideró que se trataba de una materia separada, independiente.

En el caso de *Yahoo Inc v Microsoft Corporation* (2013) la Corte del Distrito Sur de Nueva York concluyó que la decisión cautelar era una decisión definitiva²². En este caso, existía un acuerdo de Yahoo y Microsoft para fusionar sus buscadores. Yahoo suspendió las actividades que se estaban desarrollando para la transición. A solicitud de Microsoft el árbitro de emergencia ordenó a Yahoo continuar las actividades. Yahoo solicitó anular el laudo de un

¹⁸ Corte de Apelaciones de París (1re Ch. C), 7 octobre 2004, *Revue de l'Arbitrage*, (Comité Français de l'Arbitrage 2005, Volume 2005 Issue 3) pp. 737- 741. En todo caso posteriormente la Corte de Casación expresó (*GAT v. République du Congo*, Cass. 1e civ., 12 October 2011) que para reconocer como laudo una decisión de un tribunal arbitral, la misma debe decidir la totalidad o parte del fondo, la competencia o una cuestión de procedimiento que pone fin al proceso.

¹⁹ Es el caso *Giedo van der Garde B.V. & another v. Sauber Motorsport* (A.G. [2015] V.S.C. 80; (2015) 294 F.L.R. 367) en el cual la Corte de Victoria en Australia hizo efectivo un laudo de un árbitro de emergencia que ordenó al demandado abstenerse de impedir que el demandante participara en el Gran Prix australiano.

²⁰ *Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019, 1023 (9th Cir. 1991)

²¹ *Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville, Fla.*, 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984)

²² *Yahoo Inc v Microsoft Corporation* (2013) 983 F Supp 2d 310 (Dis Ct, NY), El árbitro de emergencia analizó el contrato y concluyó que Yahoo había incumplido el contrato y le ordenó continuar con la implementación. La Corte considero que la decisión del arbitro de emergencia era suficiente final para que procediera la revisión por la Corte en la medida en quela misma en forma final y definitiva decidió un reclamo separado e independiente.

árbitro de emergencia, considerando que el árbitro había excedido su autoridad, pues había tomado una decisión irreversible y por ello final. La Corte consideró que a la luz del contrato el árbitro podía adoptar la decisión.

Igualmente en el caso *Blue Cross Blue Shield of Michigan v. MedImpact Healthcare Systems, Inc.* la Corte del Distrito Este de Michigan²³ reconoció un laudo de un árbitro de emergencia que ordenó continuar ejecutando el contrato durante el proceso. Consideró la corte, siguiendo jurisprudencia de otras cortes del Sexto Circuito, que un laudo interino puede ser considerado final y por ello susceptible de confirmación por la corte, cuando de manera final y definitiva decide de un reclamo independiente. Expresó la Corte que otras cortes han considerado que se decide una situación independiente, cuando se trata de la decisión que ordena mantener el statu quo durante el arbitraje.

No obstante la posición no es unánime, pues existen otros casos en los que las cortes han considerado que carecían de jurisdicción para invalidar la decisión del árbitro.

En el caso *Chinmax Medical Systems Inc. v. Alere San Diego, Inc.* fallado por la corte del Distrito Sur de California²⁴ el 27 de mayo de 2011, esta se negó a invalidar un laudo arbitral de emergencia porque consideró que el laudo no era final pues podía ser revisado por el panel arbitral.

Así mismo la Corte del Distrito Norte de Georgia²⁵ (Undécimo Circuito) se negó a reconocer y hacer ejecutar un laudo de un árbitro de emergencia adoptado bajo las reglas de la AAA por el cual un árbitro de emergencia había ordenado a una parte no terminar el contrato. La Corte consideró que carecía de jurisdicción porque el laudo no era final, en la medida en que no decidía las cuestiones sometidas a arbitraje y señaló que el mismo laudo expresaba que se impedía la terminación del contrato mientras se constituía el tribunal arbitral que estudiaría el fondo.

En todo caso es pertinente señalar que aun cuando se considerara que la decisión del árbitro de emergencia no es un laudo, tendría un valor contractual y su incumplimiento podría considerarse una violación del contrato.

Ahora bien, aun cuando existe discusión sobre la posibilidad de hacer ejecutar la medida cautelar por los jueces estatales, el estudio de la CCI sobre árbitros de emergencia encontró que las medidas cautelares eran cumplidas en la gran mayoría de los casos²⁶. En todo caso en la encuesta realizada en el 2015 por Queen Mary y White & Case sobre arbitraje internacional se encontró que el 79% de quienes participaron en la misma expresaron que las dudas sobre la posibilidad de hacer ejecutar la medida cautelar era el factor más importante para decidir si acudir a las cortes o a los árbitros de emergencia²⁷.

²³ *Blue Cross Blue Shield of Mich. v. MedImpact Healthcare Sys., Inc.*, 2010 WL 2595340 (E.D. Mich. June 24, 2010).

²⁴ 10cv2467 WQH (NLS) (S.D. Cal. May. 27, 2011)).

²⁵ *Al Raha Grp. For Tech. Servs. v. PKL Servs. Inc.*, No. 1:18-cv-04194 (N.D. Ga. Sept. 6, 2019).

²⁶ Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafos 35 y 202.

²⁷ Queen Mary, White & Case. 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 28.

Finalmente, no sobra señalar que la mejor solución para los problemas a los que se ha hecho referencia es incorporar en el ordenamiento interno, normas como las contenidas en la ley modelo en su versión de 2006 que contemplan de una parte, la posibilidad de que las medidas cautelares sean reconocidas y hechas efectivas por los jueces, y por la otra que las mismas se adopten por laudo, así como dejar claro que el concepto de tribunal arbitral, incluye al árbitro de emergencia.

III. El desarrollo del arbitraje de emergencia

En el desarrollo del arbitraje de emergencia, existen diversos aspectos que deben ser examinados.

Para que el árbitro de emergencia pueda conocer de una controversia, debe existir por un lado un pacto arbitral que le otorgue competencia, por otro lado, que se den las condiciones para que se pueda considerar que su intervención es urgente y se puede pronunciar, y finalmente, que se reúnan los requisitos necesarios para que se decrete una determinada medida cautelar.

A. La competencia

Por lo que se requiere a la competencia es necesario que exista un pacto arbitral que habilite al árbitro de emergencia para conocer de la solicitud de la medida cautelar. Una de las grandes diferencias entre la figura del Procedimiento Precautorio Prearbitral que consagra los reglamentos de la ICC, es que para que opere es necesario que exista acuerdo expreso de las partes. Por el contrario, cuando se trata de arbitraje de emergencia, el mismo se entiende pactado por regla general. Sin embargo las partes pueden pactar expresamente excluir el arbitraje de emergencia.

No obstante en algunos casos, se exige en el respectivo reglamento que se pacte expresamente la aplicación del arbitraje de emergencia. Así ocurre con el arbitraje de inversión cuando se trata del reglamento de Singapur.

Otro punto que debe examinarse es el que deriva del hecho de que la inclusión de la figura del árbitro de emergencia en los reglamentos arbitrales es relativamente reciente. Por consiguiente puede ocurrir que al momento de pactar el arbitraje, el reglamento estipulado no consagrara la figura del árbitro de emergencia, pero que cuando se inicia el arbitraje si lo consagre. Desde este punto de vista cabe entonces la duda de si el arbitraje de emergencia se aplica en estos casos.

Algunos reglamentos precisan la fecha a partir de la cual se aplican, que puede coincidir con la fecha en que se incorporaron las reglas del árbitro de emergencia.

En el caso de la CCI se establece que el arbitraje de emergencia no es aplicable cuando el pacto haya sido celebrado antes del 1° de enero de 2012. En el Reglamento de Canaco se establece que las medidas urgentes de protección que regulan el árbitro de urgencia son aplicables a los arbitrajes celebrados a partir del 9 de junio de 2008.

En los casos en que los reglamentos no prevén la fecha a partir de la cual se aplican, se han adoptado otras soluciones. Por ejemplo, el reglamento de arbitraje pactado puede contener una estipulación en virtud de la cual, la versión del reglamento aplicable al arbitraje es la que está vigente al momento de inicio del arbitraje. Así ocurre en el caso de SCC, en el cual el reglamento dispone que se entiende que al pactar el reglamento las partes han acordado aplicar

las disposiciones que se encuentren vigentes a la fecha de inicio del arbitraje o a la fecha en que se presente una petición de nombramiento de un Árbitro de Emergencia. Igualmente el reglamento de LCIA prevé que se entiende acordado que se aplican las reglas como se encuentren al comienzo del arbitraje. Así mismo el reglamento de la Cámara de Comercio de Lima señala que se entiende pactado el reglamento vigente a la fecha de inicio del arbitraje. En estos casos, en principio el consentimiento de las partes incluye las modificaciones futuras del reglamento.

Sin embargo se ha observado por algunos que cuando las partes pactan un reglamento y en el mismo se dice que se aplicara el reglamento vigente cuando se inicie el arbitraje, lo que se quiere es permitir que se apliquen las mejoras al reglamento, pero advierten que una cosa es una reforma al reglamento para hacer más eficiente el arbitraje y otra es introducir una figura nueva como el árbitro de emergencia. Se sostiene entonces que en estos casos no debería aplicarse la figura del árbitro de emergencia.

A este respecto puede sostenerse que aunque el arbitraje de emergencia introduce un aspecto novedoso en los reglamentos, en todo caso su inclusión lo que busca es hacer más eficiente el arbitraje, por lo que podría sostenerse que el mismo se encuentra dentro del alcance del consentimiento otorgado.

En relación con estos temas otro aspecto que se ha discutido es qué sucede cuando en casos como el de la CCI en que el arbitraje de emergencia no es aplicable cuando el pacto haya sido celebrado antes del 1° de enero de 2012, el contrato que contiene el pacto arbitral se celebró con anterioridad a dicha fecha y posteriormente se celebra una modificación del contrato. La tendencia en este caso es a considerar, teniendo en cuenta la ley sustancial aplicable, que la modificación no afecta el hecho de que el pacto arbitral se celebró con antelación a la entrada en vigencia del régimen del árbitro de emergencia. En tal sentido se señaló por ejemplo, que de acuerdo con la ley sustancial la modificación no implicaba la renovación de todo el contrato. Así las cosas no era aplicable el arbitraje de emergencia²⁸. En otro caso se discutió si el arbitraje de emergencia se podía aplicar, teniendo en cuenta que la fecha de la invitación a ofrecer era anterior al 2012, sin embargo el contrato se celebró en el 2012. En tal caso el árbitro consideró que era aplicable el arbitraje de emergencia, pues la formación del contrato fue en el 2012, de acuerdo con la ley sustancial aplicable²⁹

Otro aspecto en que puede considerarse que el árbitro carece de competencia, es cuando los reglamentos excluyen del ámbito del árbitro de emergencia determinadas personas.

Así, por ejemplo, el reglamento de la ICC establece que las disposiciones del árbitro de emergencia sólo se aplican a quienes son signatarios del acuerdo de arbitraje o los sucesores de dichos signatarios (artículo 29 (5)). Esto último porque se quiere reducir la posibilidad de abuso en el procedimiento y reducir las objeciones a la competencia que puede dilatar el procedimiento³⁰. Por consiguiente, el árbitro de emergencia no puede conocer de solicitudes que se refieran a personas que no suscribieron el pacto arbitral ni son sucesores de quienes lo

²⁸ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 87.

²⁹ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 88.

³⁰ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 72.

hicieron, a pesar de que el pacto se extienda a ellas. La decisión del árbitro de emergencia en todo caso no afecta la posibilidad de que el tribunal arbitral concluya que el no signatario está vinculado por el acto³¹.

De igual manera, existen reglamentos que excluyen del arbitraje de emergencia las controversias de inversión o en el caso de la ICC cuando el acuerdo de arbitraje deriva de un tratado.

Ahora bien, por lo general en los reglamentos se establece que el centro o la entidad administradora debe verificar que la solicitud cumpla los requisitos para acudir al régimen del árbitro de emergencia. Así en el Reglamento de la ICC (artículo 1.5) se señala que para poner en marcha el mecanismo de arbitraje de emergencia el presidente debe considerar que las disposiciones del Reglamento del árbitro de emergencia se aplican. Así mismo en el caso de la ICDR el administrador debe nombrar el árbitro de emergencia cuando esté satisfecho de que los requisitos establecidos para el efecto se cumplen. Una regla semejante establece el Reglamento del CIAM (artículo 60) que señala que la secretaría realiza un examen formal de la solicitud, y si estima que las disposiciones del árbitro de emergencia son aplicables, dará traslado a la otra parte.

Por otra parte, algunos reglamentos establecen que el árbitro de emergencia debe decidir si la petición es admisible por cumplir los requisitos del reglamento. Así sucede en la ICC pues en el artículo 6º del Reglamento se establece que en la orden procesal “el árbitro de emergencia decidirá si la Petición es admisible de conformidad con el Artículo 29(1) del Reglamento”

En otros reglamentos se indica que el árbitro de emergencia se pronunciará sobre su competencia (por ejemplo, el artículo 64.2 del Reglamento CIAM o el artículo 57.3 del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Bolsa de Comercio de Uruguay) o que el árbitro debe resolver las controversias sobre la aplicabilidad del artículo del reglamento que regula el arbitraje de emergencia (por ejemplo, el artículo 7.3 del Reglamento del ICDR). Otros reglamentos no exigen expresamente un pronunciamiento particular, sin embargo, es claro que cuando exista controversia sobre si el régimen del árbitro de emergencia es aplicable el árbitro debe pronunciarse.

Ahora bien, hay reglamentos que prevén el momento en que el árbitro debe pronunciarse sobre su competencia, en tanto que otros no lo hacen. Así, por ejemplo, el reglamento del CIAM establece que en la decisión sobre la medida el árbitro se pronunciará sobre su competencia (artículo 65(2)). Otros reglamentos no establecen regla sobre el particular, por lo cual, el pronunciamiento sobre la competencia del tribunal puede hacerse según lo convengan las partes y el tribunal o, a falta de acuerdo, el tribunal.

Como ya se vio, los requisitos para acudir al arbitraje deben ser evaluados tanto por el centro de arbitraje, como por el árbitro de emergencia. Sin embargo, el examen es diferente.

Cuando se trata de la decisión de la entidad administradora del arbitraje, la misma debe hacer un examen limitado, porque a ella solo le corresponde dar el impulso al trámite y designar el árbitro, a quien le corresponde decidir sobre la procedencia de la medida.

³¹ Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 88.

Por consiguiente, el centro respectivo debe admitir la solicitud si existe prima facie un pacto arbitral y si aparentemente se cumplen los requisitos exigidos para que proceda el arbitraje de emergencia. En el caso del Reglamento de la ICC el Presidente debe verificar que la solicitud se aplica a las partes que son signatarias del acuerdo de arbitraje o sucesoras de las mismas (95 (5)), lo que implica que exista un pacto arbitral firmado, y que no existan algunas de las circunstancias que excluyan la aplicación del arbitraje de emergencia, de conformidad con el artículo 95(6)

Algunos reglamentos expresamente precisan que en cuanto a la competencia del centro, el mismo se limita a un examen prima facie. En este sentido, por ejemplo, el Reglamento del CIAM establece que la solicitud de árbitro de emergencia no se tramitará cuando de modo manifiesto el Centro carezca de competencias para resolver las Medidas de Emergencia solicitadas (artículo 60). Una regla semejante se encuentra en el reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Bolsa de Comercio de Uruguay (artículo 53).

Finalmente no sobra señalar que el centro de arbitraje se pronuncia ex parte, tomando en cuenta entonces solamente lo que le presenta quien solicita la aplicación de las reglas del árbitro de emergencia, por lo que lo que decida no puede ser definitivo frente al árbitro.

Ahora bien, el árbitro debe pronunciarse sobre su competencia, e igualmente sobre si se cumplen las condiciones para acudir al arbitraje de emergencia.

En esta materia el árbitro no está sujeto a la decisión del centro de arbitraje, pues es a él a quien corresponde determinar tanto si es competente, como si se cumplen las condiciones para que opere el mecanismo.

En cuanto al pronunciamiento del árbitro sobre la competencia, debe establecerse cuál debe ser el estándar que debe aplicar el árbitro de emergencia.

Algunos autores señalan que cuando se hacen solicitudes de medidas cautelares el examen del árbitro de emergencia se limita a la manifiesta falta de jurisdicción³². Otros, por el contrario, han señalado que si bien es comúnmente aceptado que cuando hay objeción a la competencia, el árbitro de emergencia puede conocer de la solicitud de medida cautelar si prima facie encuentra que el tribunal arbitral puede tener jurisdicción sobre el fondo, dicha conclusión no se funda en el texto de las reglas de la ICC o ICDR que se toman como ejemplo y que por el contrario de tales reglas se desprende que se debe hacer un análisis más completo y definitivo³³.

En relación con lo anterior es pertinente señalar lo siguiente:

En la medida en que la figura del árbitro de emergencia tiene por propósito permitir adoptar en cuestión de pocos días una decisión sobre una medida urgente, el árbitro de emergencia no puede entrar en un profundo análisis acerca de la competencia, como lo debería hacer en caso de controversia el árbitro que va a decidir definitivamente la controversia

Ahora bien, si se examinan los reglamentos se encuentra que el árbitro de emergencia no tiene que hacer el mismo análisis del árbitro que debe decidir definitivamente la disputa entre las partes. En efecto, el numeral 9 de las Reglas actuales de ICDR señalan que “El árbitro de

³² David Caron, *Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran United States Claims Tribunal* [1986] Berkeley Law 465, 484. C.

³³ Marc Goldstein, *A Glance into History for the Emergency Arbitrator* (2017) 40 Fordham Intl LJ 779 y 780.

urgencia tendrá las facultades conferidas al tribunal arbitral en el Artículo 21, incluyendo la facultad para decidir sobre la jurisdicción del árbitro de urgencia, ...”. Así mismo, la regla 6.2 del Reglamento de la ICC señala que en la orden que profiera el árbitro de emergencia el mismo decidirá si “tiene jurisdicción para ordenar las Medidas de Emergencia”.

Como se puede apreciar, el texto de las normas hace hincapié en que el árbitro de emergencia no tiene que decidir si el tribunal arbitral tiene o no jurisdicción, sino si el árbitro de emergencia la tiene. Lo cual es razonable si se tiene en cuenta el alcance puntual de la competencia del árbitro de emergencia. De esta manera, el análisis de la competencia del tribunal arbitral y el del árbitro de emergencia pueden obedecer a parámetros distintos. Si el tribunal arbitral debe pronunciarse sobre su competencia, para declarar que la tiene debe llegar al convencimiento de la existencia de la misma. Por el contrario, el árbitro de emergencia no tiene que llegar a ese nivel.

Ahora, para precisar más claramente el análisis que debe hacer el árbitro de emergencia es pertinente tomar en cuenta lo que ocurre con la facultad de los tribunales arbitrales para decidir sobre la petición de medidas cautelares. A este respecto debe recordarse que las discusiones sobre la competencia de un tribunal arbitral pueden resolverse previamente o en el laudo que le ponga fin al proceso arbitral. De esta manera, un tribunal arbitral puede adelantar el proceso y decretar medidas cautelares, así en el laudo final concluya que no tiene competencia. En estos casos el tribunal arbitral procede a conocer del proceso porque prima facie tiene competencia.

Si el proceso puede avanzar, sin que exista certeza de la existencia de competencia del tribunal, y en el desarrollo del mismo se pueden tomar medidas cautelares, el mismo estándar debe aplicarse al árbitro de emergencia. El árbitro de emergencia no tiene entonces porque tener certeza sobre su competencia, como no la tiene que tener el tribunal arbitral para decretar una medida cautelar antes de pronunciarse sobre su competencia. Al árbitro de emergencia le basta que prima facie pueda concluir que existe un pacto arbitral.

En este contexto podría considerarse que el estándar aplicable por el árbitro de emergencia será semejante al que debe aplicar el juez para remitir al arbitraje. A este respecto debe recordarse que de conformidad con el artículo II de la Convención de Nueva York, el juez que conoce de un proceso, debe remitir a las partes al arbitraje a menos que compruebe que el acuerdo arbitral que se invoca es nulo, ineficaz o inaplicable. Ahora bien, de acuerdo con la ley modelo (artículos 9 y 17 J), es posible que se le solicite al juez decretar medidas cautelares en apoyo del arbitraje, aún si el mismo no se ha iniciado. En esta medida el juez al remitir a arbitraje o decretar medidas cautelares, se limita a un examen inicial que le permite concluir que prima facie hay pacto arbitral, pues sólo si se le demuestra que el mismo es nulo, ineficaz o inaplicable, puede dejar de hacerlo.

En materia de arbitraje de inversión, algunos árbitros de emergencia han considerado que es suficiente para que puedan desarrollar la actuación que les corresponde que exista prima facie competencia *ratione materiae* y *ratione personae*. A este respecto se ha señalado que en los casos publicados³⁴ ninguno de los estados participó en el procedimiento y el árbitro de emergencia aceptó el análisis del inversionista

³⁴ TSIKInvest v. Moldova (Russia-Moldova BIT), Evrobalt v. Moldova (Russia-Moldova BIT), Kompozit LLC v. Moldova (Russia-Moldova BIT) and Munshi v. Mongolia (Energy Charter Treaty (“ECT”)), citados por Qian Wu Jurisdiction of Emergency Arbitrator in Investment Treaty Arbitration June 28, 2019.

B. La urgencia y los criterios para decretar la medida cautelar

1. La urgencia

El árbitro de emergencia puede operar en caso de emergencia o urgencia. En el caso del Reglamento de la ICC, el artículo 29 dispone que cuando se requieran medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral se puede acudir al arbitraje de emergencia. En forma semejante dispone el Reglamento de CIAM que procede el arbitraje de emergencia cuando se trata de medidas que no pueden esperar hasta la entrega del expediente al tribunal (artículo 58). En el caso del ICDR es necesario que existan razones por las cuales se requiere con carácter de emergencia una medida cautelar antes del nombramiento del tribunal (artículo 7).

En otros reglamentos simplemente se prevé que en caso de emergencia, se puede nombrar un árbitro de emergencia, pero no se precisa cuál es el significado de tal requisito. Así por ejemplo ocurre con la LCIA (artículo 9.4). A este respecto es pertinente señalar que la English High Court en el caso *Gerald Metals S.A v. Timis & Ors*, señaló que lo que se debe tomar en cuenta es que la decisión se requiere en forma más urgente que el tiempo que toma la formación del tribunal, pues esa es la interpretación racional de las reglas³⁵,

El razonamiento de la corte inglesa parece correcto. La existencia del árbitro de emergencia parte de la base de que no es posible esperar a que el tribunal esté constituido para que se adopte la medida cautelar.

De esta manera, para que el árbitro de emergencia pueda llegar a otorgar una medida cautelar se requiere que el llegue a concluir que es necesario adoptar la medida cautelar solicitada antes de que el tribunal se pueda constituir con el fin de lograr el propósito de la misma. El análisis del árbitro es distinto al que hace el centro de arbitraje, por lo que como se señala en el informe de la ICC cuando el Presidente de la Corte de la ICC considera admisible la solicitud ello no implica que está acreditada la urgencia³⁶.

En todo caso es pertinente señalar que el examen de la urgencia debe hacerse teniendo en cuenta la medida cautelar solicitada y el propósito de la misma.

No sobra señalar que en los casos analizados por la ICC en materia de arbitro de emergencia se encontró que el análisis de la urgencia en ocasiones se consideró un criterio de admisibilidad para decidir la medida cautelar, en tanto que en otros casos se consideró como un requerimiento sustancial³⁷. En realidad lo que ocurre es que si bien puede distinguirse entre la urgencia para que el árbitro de emergencia pueda decidir y los requisitos sustanciales para otorgar las medidas cautelares, los mismos están estrechamente relacionados. Es por ello que en diversos casos en la ICC, el árbitro de emergencia hizo un primer análisis de si prima facie la medida solicitada podía esperar a que se constituyera el tribunal arbitral (análisis sujeto al examen de los

³⁵ [2016] EWHC 2327, para. 7.

³⁶ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 83.

³⁷ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 83.

requisitos de la medida) para posteriormente examinar, si se reunían los requisitos para decretar la medida cautelar³⁸.

2. Los criterios para determinar la procedencia de las medidas cautelares

En cuanto a los criterios para determinar si la medida cautelar es procedente existen diversas aproximaciones en los reglamentos. En algunos se precisan los criterios que debe tomar en cuenta el árbitro de emergencia³⁹, en tanto que en muchos simplemente se hace referencia a que el árbitro de emergencia le corresponde tomar medidas de emergencia o medidas que no pueden aplazarse hasta que el tribunal este constituido, pero no se precisan los criterios que se deben tomar en cuenta⁴⁰. Finalmente, en otros como en el caso del centro de arbitraje de Hong Kong, se adopta un criterio mixto pues se dice que para decretar las medidas cautelares el árbitro debe tomar en cuenta las circunstancias del caso, y se indican los factores a tomar en cuenta que pueden incluir, pero no son limitados, a los criterios sustanciales que contempla el artículo 17 A de la ley modelo.

No sobra señalar que en el mundo se han aplicado otros criterios para determinar la procedencia de las medidas cautelares. Así, por ejemplo, el reglamento de BIAC (es decir de Beijing) establece que el árbitro puede ordenar medidas cautelares de conformidad con la ley aplicable, y el artículo 69 de dicho reglamento señala que la ley aplicable es la ley sustancial. Lo anterior lleva a sostener que en este caso para determinar la medida cautelar se toma en cuenta la ley sustancial⁴¹. A este respecto es pertinente señalar que en el Informe de la ICC se indica que un árbitro de emergencia expresó que su decisión no estaba sujeta a una ley sustantiva que rigiera la disputa, porque el otorgar medidas cautelares no es por su naturaleza una materia de la ley sustantiva⁴².

Ahora bien, el no precisar los criterios que debe tomar el árbitro de emergencia hace que el mecanismo pueda ser muy flexible. Sin embargo no fijar los criterios también hace que sea necesario que el árbitro de emergencia los determine. Como a menudo el tiempo es muy corto es posible que el árbitro deba determinar el estándar aplicable al decidir o precisarlo inicialmente e indicar si debe existir una garantía por quien solicita la medida⁴³. El informe de la ICC recomienda que el estándar se discuta al inicio de la actuación, por ejemplo, en la conferencia para manejo del caso⁴⁴.

Para determinar el estándar aplicable podría señalarse que la figura del árbitro de emergencia no puede examinarse en abstracto, sino que debe partir de la base de las reglas del arbitraje. En

³⁸ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 84.

³⁹ Por ejemplo el artículo 3.5 de las reglas del árbitro de emergencia del reglamento de la Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA) o las del reglamento de Japan Commercial Arbitration Associations (JCAA).

⁴⁰ En sentido semejante el reglamento de la ICC, el de LCIA, el del ICDR y el de CIAM.

⁴¹ Suraj Sajjani. Emergency Arbitration in Asia: Threshold for Grant and Enforcement of Emergency Relief Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management (Brekoulakis (ed.); agosto 2020.

⁴² Icc Arbitration ADR Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 138.

⁴³ Ver Ben Giaretta The practice of emergency arbitration, pp. 96 y 97.

⁴⁴ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 140.

efecto, la figura del árbitro de emergencia tiene por finalidad evitar que por el hecho de que el tribunal arbitral no se ha integrado, se cause un daño al proceso o a la posibilidad de ejecutar el laudo. Si tal es el sentido de la figura del árbitro de emergencia, la lógica indica que los criterios que debería tomar el árbitro de emergencia son los mismos que debería tomar el tribunal arbitral una vez constituido⁴⁵, el que a menudo siguen la práctica internacional.

En el informe de la ICC se señala que para determinar los criterios para otorgar las medidas cautelares, en algunos pocos casos los árbitros han aplicado la *lex arbitri*, en tanto que en un número significativo de casos los árbitros consideraron que su decisión debía estar guiada por la *lex arbitri*, pero no en forma obligatoria. A tal efecto se cita a Born quien señala que dado el número de leyes que pueden aplicar, lo mejor es tomar en cuenta las fuentes internacionales para establecer los criterios para otorgar las medidas cautelares.⁴⁶

Sobre estos aspectos se señala en el informe de la task force creada por la ICC sobre el árbitro de emergencia, que en 49 de 80 solicitudes estudiadas se aplicaron criterios sustanciales derivados de la práctica internacional para determinar la procedencia⁴⁷.

Desde esta perspectiva para lograr previsibilidad, y siguiendo además la tendencia citada, lo mejor parece ser aplicar los criterios sustanciales que se aplican al arbitraje internacional, y para tal efecto el reglamento de arbitraje de emergencia puede señalar tales criterios o hacer referencia a ellos.

El señalar los criterios para decretar medidas cautelares tienen la ventaja que hace más predecible la decisión, permite una aplicación uniforme de las reglas y reduce el número de aplicaciones infundadas⁴⁸.

3. El análisis de los criterios por el árbitro de emergencia

Para que el árbitro de emergencia puede decretar la medida cautelar es necesario que exista la apariencia de buen derecho, la cual de acuerdo con el artículo 17 A de la Ley Modelo, consiste en que exista la posibilidad de que la demanda sobre el fondo prospere.

Ahora bien, este requisito plantea varios problemas complejos. El primero de ellos es que cuando se solicita la medida puede no haberse presentado la solicitud de arbitraje, por lo que el árbitro puede no tener suficiente claridad de lo que será la demanda. Lo anterior implicará que la solicitud de la medida cautelar debe justificar este requisito precisando lo que será objeto del proceso arbitral, y la razón por la cual el solicitante considera que es posible que su demanda prospere.

Algunas personas han señalado que el parámetro aplicable para determinar la apariencia de buen derecho debe ser diferente para el tribunal arbitral y el árbitro de emergencia, por cuanto la medida cautelar de emergencia se solicita al inicio del proceso, cuando los árbitros no se han

⁴⁵ Las reglas de LCIA señalan (artículo 9.8) que el árbitro de emergencia, puede expedir cualquier orden o laudo que el tribunal arbitral podría hacer de acuerdo con el convenio arbitral.

⁴⁶ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 89.

⁴⁷ Icc Arbitration ADR Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 138.

⁴⁸ Suraj Sajjani Emergency Arbitration in Asia: Threshold for Grant and Enforcement of Emergency Relief Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management (Brekoulakis (ed.); Aug 2020) p. 300.

formado una idea completa del proceso, a lo que se agrega que la decisión del árbitro debe darse en un término corto y con escaso involucramiento con los méritos del caso. Por ello consideran que la medida debe ser procedente siempre que la demanda no sea vejatoria o abusiva. Se señala que el criterio de lo mínimamente razonable sería la guía para el árbitro de emergencia en la mayoría de las circunstancias⁴⁹.

Ahora bien, este criterio puede ser discutible porque introduce un estándar distinto al que debe observar el tribunal arbitral si el tuviera que decretar la medida. Desde esta perspectiva debe recordarse que el árbitro de emergencia va a suplir la ausencia del tribunal y adoptar una medida porque este no se ha constituido. Por consiguiente, el árbitro de emergencia debería actuar en lo posible como lo haría el tribunal arbitral y por ello, el árbitro de emergencia debe establecer que la demanda que habrá de presentarse puede llegar a prosperar. En este punto en el informe de la ICC se señala que el análisis de la probabilidad de éxito es un criterio comúnmente aplicado por los árbitros de emergencia⁵⁰. Igualmente en el caso del ICDR se exige una buena probabilidad de éxito en el fondo. Es claro que el árbitro de emergencia tendrá información muy limitada, pero aún con esa información limitada podría hacer un primer análisis de la posibilidad de que la demanda prospere sobre el fondo. En este punto se señala en el informe de la ICC que los tribunales hacen un análisis prima facie, sin un examen detallado de la prueba o de los argumentos legales de las partes⁵¹.

Por otra parte para que pueda decretarse la medida cautelar se requiere la existencia de un *periculum in mora*, es decir de un peligro de daño por la demora en la decisión de la controversia. Si como ya se dijo, el árbitro de emergencia busca suplir la imposibilidad de acudir al tribunal arbitral, el árbitro de emergencia debería aplicar, en lo que corresponda, el estándar que aplicaría el tribunal arbitral.

A tal efecto se señala que la mayoría de los tribunales arbitrales exigen que se establezca que de no adoptarse se produciría un daño serio o irreparable⁵². Hay reglamentos (por ejemplo, el de ACICA) que exigen un daño irreparable. Ahora bien, la doctrina indica que realmente no se requiere un daño irreparable, como se entiende en ciertos países (Inglaterra o USA) sino un daño grave o sustancial⁵³. El informe de la ICC⁵⁴ señala el criterio de un árbitro de emergencia que expresó que la opinión más común es que el estándar internacional requiere una demostración menor al del daño irreparable, y que corresponde a la probabilidad de un daño grave que podría no ser reparable en su totalidad en el laudo final y precisa que en 21 de 40 casos se aplicó el criterio de que se requiere un daño serio y sustancial. En el informe finalmente se señala que no se requiere un daño que no pueda ser compensado en el laudo, sino un daño serio o inminente. En los países en que se aplica la Ley Modelo en su versión de 2006, para que proceda la medida cautelar es necesario que se establezca que de no otorgarse la medida

⁴⁹ Marc Goldstein, *A Glance into History for the Emergency Arbitrator* (2017) 40 *Fordham Intl LJ* p 796.

⁵⁰ CC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 153.

⁵¹ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 152.

⁵² Gary Born. *International Commercial Arbitration*. 'Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration (Updated).

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 158

es probable que se presente un daño que no sea resarcible adecuadamente a través de una indemnización.

Por otra parte, se señala que en algunos sistemas como en la SCC, no se considera la urgencia como un factor separado, sino que se examina si las medidas son necesarias para evitar un daño irreparable, para lo cual se analiza si el daño podría ser compensado por una indemnización en el laudo, caso en el cual se debe negar la medida⁵⁵.

Por otro lado, para que se decrete la medida se requiere también que exista un balance entre el interés del solicitante y el de la otra parte. Se hace referencia a que debe existir proporcionalidad, en el sentido que el daño se pretende evitar es superior al que puede sufrir la parte a quien se imparte la orden en que consiste la medida cautelar⁵⁶. Este criterio ha sido aplicado por árbitros de emergencia bajo las reglas de ICC y SCC⁵⁷.

Se señala adicionalmente que algunos árbitros de emergencia consideran también el riesgo de agravamiento de la disputa. Así ha ocurrido en 12 de los 80 casos analizados por la Task Force de la ICC. Adicionalmente en un caso el árbitro de emergencia otorgó la medida cautelar, a pesar de considerar que no había riesgo de un daño irreparable, pero la disputa se habría agravado de no otorgar la medida y el hacerlo no causaría un daño irreparable a la parte contra quien se adoptó la cautelar⁵⁸. A lo anterior se agrega que en arbitrajes bajo las reglas de LCIA se ha considerado que el riesgo de agravamiento de la disputa es considerado como un componente del requisito de la urgencia⁵⁹.

Igualmente se señala que al decidir la solicitud, el árbitro de emergencia debe evitar prejuzgar o determinar la disputa misma, lo que no implica dejar de considerar la posibilidad de que prospere. Ahora bien, en los casos analizados por la ICC normalmente este criterio se aplica con otros y sólo en un caso, la solicitud fue negada para evitar prejuzgar sobre el fondo. A tal efecto señaló el arbitro que no podría otorgarse la medida si ella era la misma que debería otorgarse al decidir el fondo⁶⁰. Igualmente en un caso bajo las reglas de SCC el árbitro negó una medida cautelar, señalando que la entrega de ciertos productos por un contrato de distribución no eran medidas cautelares pues ella haría la decisión final en su totalidad o en

⁵⁵ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 159.

⁵⁶ En el mismo sentido, el análisis de la posibilidad de éxito y el riesgo de daño irreparable debe analizarse con el mismo estándar que consagra el artículo 17A Suraj Sajani, *Emergency Arbitration in Asia: Threshold for Grant and Enforcement of Emergency Relief*, in Stavros Brekoulakis (ed), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020, Volume 86 Issue 3), p. 306.

⁵⁷ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 166 a 169.

⁵⁸ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafos 158, 160 y 161.

⁵⁹ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 162.

⁶⁰ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 164.

parte superflua. También se citan casos de ICDR en que se negaron medidas cautelares porque era juzgar el fondo⁶¹.

Es pertinente señalar que en este punto existe controversia en la doctrina. Por ejemplo, Gary Born al examinar este requisito señala que en ciertos casos la medida cautelar puede tener el mismo objeto que se pide en el laudo final, como por ejemplo, la continuación de un contrato, pero solo durante el proceso⁶². Precisa que realmente el no prejuzgar significa que la medida cautelar no precluye la oportunidad de decidir el arbitraje de una determinada manera, después de que las partes hayan presentado su caso; así mismo que las medidas cautelares no tiene efecto de cosa juzgada en relación con la decisión final sobre el fondo; igualmente que el tribunal arbitral al decidir sobre la medida cautelar no debe prejuzgar el resultado del proceso y cerrar su mente a los escritos de la otra parte, y finalmente que el tribunal puede revisar su decisión sobre la medida cautelar.

Es pertinente señalar que el análisis de los diferentes criterios en un caso concreto puede conducir al árbitro de emergencia a aceptar más fácilmente unas medidas que otras. En este sentido el informe de ICC señala que en las discusiones de la Task Force de la ICC, varios miembros sugirieron que el grado en que la medida sea más intrusiva puede tener efecto en las condiciones requeridas para decretar la medida. Así si la medida es más intrusiva puede ser más alta la carga de la prueba⁶³. De este modo es más fácil que el árbitro acepte una medida destinada a mantener el status quo, que una medida que implique realizar un determinado acto o hecho.

Finalmente, el árbitro de emergencia puede exigir que se otorgue una garantía para decretar las medidas cautelares (artículo 6(7) de las reglas de la ICC), lo que permite balancear los intereses. No obstante en el Informe de la ICC se señala que en ninguno de los 80 casos examinados se exigió una garantía como condición para otorgar las medidas. Sin embargo en dos casos se dispuso que los pagos se harían, como se solicitó en la medida, en una escrow account, lo que protegía a las partes. Vale la pena señalar que en un caso el árbitro de emergencia señaló que una garantía sería exigida cuando la medida cautelar modificara el status quo de las partes. Adicionalmente en tres de los 80 arbitrajes de emergencia analizados por la ICC se señaló que no se justificaba exigir la garantía en ausencia de mala conducta⁶⁴.

C. Las medidas que puede adoptar el árbitro de emergencia

Normalmente la ley o los reglamentos de arbitraje no precisan las medidas que puede tomar el árbitro de emergencia (ver por ejemplo, el reglamento de la ICC, el numeral 8 de las Reglas de arbitraje de emergencia de SIAC y el artículo 7.4 de las reglas de ICDR). Algunos reglamentos precisan, por ejemplo, que el árbitro de emergencia está habilitado únicamente para tomar medidas cautelares, de aseguramiento de prueba o de su práctica anticipada (artículo 58 del Reglamento del CIAM). Otros reglamentos se remiten a las disposiciones de los mismos que

⁶¹ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 165.

⁶² Gary Born. International Commercial Arbitration. 'Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration (Updated).

⁶³ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 133.

⁶⁴ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafos 171 a 176.

señalan las medidas cautelares que puede adoptar el tribunal arbitral (por ejemplo, el reglamento del LCIA que remite al artículo 25.1 del mismo).

En general, salvo una regla distinta, como quiera que el árbitro de emergencia busca suplir la imposibilidad de que el tribunal arbitral se constituya rápidamente para adoptar las medidas pertinentes, debe entenderse que las medidas cautelares que podría tomar son las mismas que podría adoptar el tribunal una vez constituido (esta la solución que adopta el artículo 1.2 del reglamento del árbitro de emergencia de SCC).

Ahora bien, los árbitros de emergencia adoptan la medida que consideran más apropiada, sin referencia a una determinada ley, como las siguientes órdenes: restricción a la venta de bienes que se supone infringen el contrato; restablecimiento del personal de una empresa, remoción de personas de la junta de una sociedad; realización de asambleas de accionistas; aprobación de acuerdos por el consejo de una sociedad; participación en el consejo de una sociedad; prohibición de ejecutar garantías y órdenes de abstenerse de iniciar otro proceso judicial o arbitral⁶⁵.

Ahora bien, en esta materia se ha presentado la discusión acerca de si es posible que cuando el árbitro impone una obligación a una de las partes, al mismo tiempo establezca una consecuencia monetaria, como por ejemplo, el pago de una suma que podría tasarse día por día por razón del incumplimiento.

Existen algunos reglamentos⁶⁶ que prevén esa posibilidad, pero la gran mayoría no se refieren a ella. La doctrina⁶⁷ cita un caso bajo las reglas del Instituto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) en el cual el árbitro de emergencia consideró que no tenía el poder de imponer una medida de esta clase. En todo caso es pertinente destacar que la ley sueca prohibía al árbitro imponer sanciones pecuniarias para obtener pruebas.

En Francia la Corte de Apelaciones de París en sentencia del 7 de octubre de 2004 en el caso S.A. Otor Participations v.S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg) Holdings 1 (“Otor”)⁶⁸ consideró que los tribunales arbitrales con sede en Francia al decretar medidas cautelares pueden establecer multas a favor de quien obtuvo la medida cautelar, para el evento en que no se cumpla la medida⁶⁹.

En los casos en que no hay claridad, la definición de este aspecto pasa por determinar el criterio aplicable a la medida cautelar teniendo en cuenta la *lex arbitri*.

Un posible análisis del punto podría ser el siguiente: en los casos en que la *lex arbitri* prevé que las medidas cautelares consisten en obligaciones que el tribunal impone a una de las partes,

⁶⁵ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafos 179 y 180.

⁶⁶ International Institute for Conflict Prevention and Resolution (“CPR”) de New York, dispone el Artículo 1410 “The award or order may provide for the payment of a specified amount in case of noncompliance with its terms”.

⁶⁷ Decisión en el caso SCC Emergency Arbitration No. 057/2013 citada por Ben Giaretta, *The practice of emergency arbitration*, nota 63.

⁶⁸ Corte de Apelaciones de París, 7 de octubre de 2004, in S.A. Otor Participations v.S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg) Holdings 1 (“Otor”).

⁶⁹ Denis Bensaude, S.A. Otor Participations v. S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg) Holdings 1: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration, *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2005, Volume 22 Issue 4) pp. 357 - 362.

como lo establece la Ley Modelo, debe tomarse la ley aplicable a tales obligaciones y establecer si la misma incluye la posibilidad de establecer obligaciones penales, es decir aquellas que se causan por el incumplimiento de la obligación principal.

D. La posibilidad de dictar medidas cautelares ex parte.

En principio la mayoría de los reglamentos prevén que las medidas cautelares se deciden después de que ambas partes se hayan pronunciado. Sin embargo, se ha planteado que igualmente podrían ser oportuno que se pudieran decretar medidas ex parte, atendiendo las circunstancias particulares.

Dicha posibilidad se justificaría cuando la información del trámite de la medida permitiría a la parte respecto de la cual se hace la solicitud de la medida cautelar actuar para sustraerse de ella o afectar su objeto. Por otra parte se ha señalado que cuando la medida se concede ex parte, el árbitro puede actuar muy rápidamente y si decreta la medida, le puede conceder posteriormente a la parte contra quien se solicita la medida un término amplio lo que le brinda más garantías.

Si se tiene en cuenta la Ley Modelo en su versión de 2006 se advierte que la misma prevé la posibilidad de dictar ordenes preliminares ex parte, cuyo contenido, según el artículo 17 B., consiste en una orden a una parte para que no se frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada. De esta manera, en los países en que dicho texto ha sido adoptado, parece claro que desde el punto de vista legal, cabría dicha figura. Sin embargo ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 17 C de la misma ley “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”. Por lo cual aunque en los países en que se encuentre vigente esta norma, podrían decretarse medidas cautelares ex parte, las mismas no podrían ejecutarse judicialmente.

La medida cautelar ex parte presenta otra limitación, incluso si se le da la forma de laudo, y es que no parece posible acudir a la Convención de New York para obtener su reconocimiento, pues la parte contra quien se dirige no ha tenido la oportunidad de presentar su caso, lo cual constituye una causal para negar el reconocimiento de laudos arbitrales de conformidad con dicha Convención.

Lo anterior entonces plantea la posibilidad de acudir más bien a las cortes estatales que normalmente tienen la posibilidad de decretar medidas cautelares ex parte. En este sentido conviene hacer referencia a la corte de Hong Kong, la cual estudió un caso en el cual le solicitaron que decidiera unas medidas cautelares ex parte, con el argumento de que no era posible decretarlas con las reglas de la ICC. La Corte consideró que procedía la solicitud señalando que una decisión de un árbitro de emergencia tomaría varios días y una audiencia⁷⁰.

Ahora bien, existen algunos reglamentos arbitrales que contemplan la posibilidad de que se decreten medidas cautelares ex parte.

Así, por ejemplo, las Reglas Suizas de Arbitraje Internacional establecen en su artículo 29 que en circunstancias excepcionales, el tribunal puede decidir la solicitud de medidas cautelares a

⁷⁰ Top Gains Minerals Macao Commercial Offshore Limited v. TL Resources PTE Ltd, citado por Suraj Sajjani, Emergency Arbitration in Asia: Threshold for Grant and Enforcement of Emergency Relief, in Stavros Brekoulakis (ed), Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020, Volume 86 Issue 3) p. 306.

través de una orden preliminar antes de que la solicitud de la medida haya sido comunicada a la otra parte. Lo anterior permite una orden ex parte.

Así mismo el reglamento de arbitraje de emergencia del Instituto de Arbitraje de Nueva Zelanda prevé que el árbitro de emergencia puede conducir el arbitraje como lo considere apropiado teniendo en cuenta la necesidad de escuchar a las partes, si es posible y agrega que el árbitro de emergencia puede otorgar medidas cautelares y ordenes preliminares sin notificar a las otras partes y sin que se requiera una audiencia oral⁷¹.

En el reglamento de la CIAM se establece (artículo 63) que el árbitro debe conducir el procedimiento dando a las partes una oportunidad razonable de ejercer sus derechos de audiencia y contradicción. No obstante establece también que salvo que las partes acuerden lo contrario, y “atendiendo a la naturaleza de las Medidas de Emergencia solicitadas, el árbitro de emergencia podrá adoptar su decisión sin oír a la parte sobre la que pueda recaer el cumplimiento de las Medidas de Emergencia”.

El Reglamento de Arbitraje de CEDCA en Venezuela prevé el tribunal de urgencia y establece que las medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada y podrán ser inaudita parte cuando así lo considere justificado el Tribunal Arbitral de Urgencia (artículo 38.3.3)

El Reglamento de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara de Argentina de Comercio y Servicios establece (numeral 6) que en “circunstancias excepcionales, o cuando el conocimiento de la medida por parte de la demandada puede razonablemente causar la pérdida del derecho cuya subsistencia pretende asegurarse, la medida cautelar podrá adoptarse sin dar previo aviso a la parte demandada”.

Como se puede apreciar varios reglamentos autorizan medidas decretadas ex parte, en circunstancias excepcionales. En el caso de la ICC se ha considerado que el Reglamento no las permite, y se ha discutido si debería permitirse, particularmente para proteger el status quo mientras la parte frente a quien se solicita la medida puede pronunciarse. En todo caso hay personas que consideran que no pueden otorgarse medidas cautelares ex parte, porque viola el derecho a ser oído; lo anterior además teniendo en cuenta que la parte contra quien se solicita la medida puede tener un interés urgente en ejecutar medidas contrarias al interés de quien solicita que se mantenga el status quo. Los que apoyan la facultad de dictar medidas ex parte señalan que bajo el Reglamento de la ICC las partes se obligan a cumplir cualquier orden del árbitro emergencia, además de que las partes deben arbitrar de buena fe y el artículo 5° del apéndice del Reglamento de la ICC otorga amplia discreción al árbitro de emergencia para dictar medidas en las circunstancias apropiadas. Al respecto el Informe de la ICC concluye que no hay un punto de vista generalmente aceptado ni una posición mayoritaria en esta materia. Igualmente se señala en dicho informe que puede haber soluciones procesales, como por ejemplo, que el árbitro de emergencia notifique a la persona frente a la cual se solicita la medida cautelar, que la orden provisional se dictará, a menos que se objete en un plazo muy corto; o que se dicte la orden provisional, pero dándole al destinatario la posibilidad de objetarla en un

⁷¹ Dispone el reglamento “3.1. The Emergency Arbitrator is to conduct the emergency proceedings in the manner which he or she determines to be appropriate in the circumstances, taking into account: The need for the Parties to be heard, if possible.

“3.2. The Emergency Arbitrator may grant the interim measures or preliminary orders without notice”.

plazo muy corto, o finalmente que la misma se dicte por un plazo muy corto, salvo que se amplie despues de oír a las partes⁷².

Si se tiene en cuenta la Ley Modelo y lo que la misma dispone sobre la posibilidad de decretar medidas cautelares por órdenes preliminares ex parte para evitar que se frustren las medidas, parece razonable permitir al árbitro de emergencia decretar medidas cautelares ex parte con dicho propósito, en particular para evitar que se altere el status quo. En todo caso se debería otorgar a la parte contra quien se dicta dicha medida la posibilidad de solicitar que se levante dicha medida transitoria cuando acredite un interés legitimo en actuar y particularmente cuando se trate de evitarle un grave daño. La otra posibilidad es mantener el principio de que no proceden medidas ex parte y para el efecto advertir a la parte contra quien se solicita la medida, que de no oponerse en un plazo muy corto se expedirá una orden provisional, mientras finalmente se decide sobre la medida cautelar.

E. La posibilidad de acudir al árbitro de emergencia y la existencia de otros mecanismos pactados por las partes.

Otro aspecto que debe tomarse en cuenta en relación con el arbitraje de emergencia es su relación con otros mecanismos de solución de controversias pactados por las partes y distintos al arbitraje.

En efecto, puede ocurrir que las partes hayan estipulado clausulas escalonadas que prevean diferentes mecanismos de solución de controversias. En este contexto se puede haber pactado una etapa de negociación directa. Puede surgir la duda de si a pesar de que se pactó una etapa de negociación directa, se puede acudir al arbitraje de emergencia. En este punto existen diferentes opiniones.

Así, por ejemplo, en un caso el árbitro de emergencia consideró que la negociación directa era una condición precedente del arbitraje y que el arbitraje de emergencia era una etapa opcional inicial, por lo que no podía acudirse al arbitraje de emergencia sin haber agotado dicha negociación directa⁷³.

Por el contrario, en otro caso se consideró por el árbitro de emergencia que un período de 30 días para buscar una solución amigable no impedía adelantar el arbitraje de emergencia. En otro caso en que se había pactado una mediación antes del arbitraje, y en el cual una parte solicitó la medida de emergencia, y la otra se opuso porque la mediación que se iba a iniciar era una condición precedente, el árbitro consideró que negar la medida era privar a las partes de una medida cautelar cuando era más necesaria⁷⁴. En el informe de la ICC que cita estos casos se señala que la mayoría de los árbitros de emergencia han considerado que el procedimiento de arbitraje de emergencia no es incompatible o se encuentra limitado por las

⁷² Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafos 114 a 117.

⁷³ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 87.

⁷⁴ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 88.

cláusulas escalonadas. Se agrega que el árbitro de emergencia ha procedido porque su papel es preservar el status quo⁷⁵.

Ahora bien, en este punto debe observarse que diversos reglamentos prevén que el arbitraje de emergencia solo puede iniciarse si ya se presentó o se presenta la solicitud de arbitraje en un corto plazo a partir de la solicitud de arbitraje de emergencia. En este contexto solo excepcionalmente podría llegar a operar el arbitraje de emergencia cuando no se ha agotado la etapa de arreglo directo. Ello ocurriría cuando teniendo en cuenta el tiempo de duración de la etapa de arreglo directo es posible entonces presentar la solicitud de arbitraje en los términos previstos en el reglamento respectivo.

De otro lado, las partes pueden haber pactado otros mecanismos como puede ser un dispute board. Ahora bien, estos mecanismos usualmente operan antes del arbitraje y en forma más rápida que el arbitraje.

En relación con estos mecanismos, lo primero que debe analizarse es cuál es el acuerdo de las partes, y si el mismo claramente excluye la posibilidad de acudir al arbitraje de emergencia. Lo segundo es examinar, si aunque las partes no son claras sobre el punto, lo cierto es que el mecanismo pactado puede cumplir la misma función del arbitraje de emergencia, y por ello mismo debe excluir este último.

En relación con este último aspecto ha de observarse que las partes pueden haber pactado un dispute board (DB). Ahora bien la eficacia de este mecanismo para suplir al árbitro de emergencia dependerá del tipo de dispute board y la rapidez con que puede tomar una decisión que vincule a las partes o si el mismo puede tomar medidas cautelares.

En efecto, el DB puede tomar un tiempo considerable frente a la urgencia que puede existir para adoptar una medida cautelar. Así, por ejemplo, en el Red Book de Fidic se prevé que si no se acuerda otra cosa, la decisión del DB debe tomarse en 84 días, término que en muchos casos puede ser demasiado largo cuando es necesario tomar una medida de emergencia. Lo anterior justificaría que aunque exista un DB se hiciera uso del arbitraje de emergencia. A lo anterior se agrega que es posible que el DB no pueda operar inmediatamente porque no ha sido constituido.

Por otro lado, podría ocurrir que al establecer las reglas del dispute board, o mecanismos semejantes, las partes hayan previsto la posibilidad de tomar medidas equivalentes a las del árbitro de emergencia. Así por ejemplo, las reglas de la ICC para DB establecen que al mismo le corresponde (artículo 15 (1) “decidir sobre cualquier remedio temporal, como una medida provisional o cautelar”. Ahora bien en el artículo 29(6) del reglamento de la ICC de 2014 se establecía que las disposiciones del arbitraje de emergencia no serán aplicables si “las partes han acordado otro procedimiento prearbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares”. Con fundamento en lo anterior podría concluirse que el arbitraje de emergencia no debería proceder. A tal efecto se cita una decisión de un árbitro de emergencia en ese sentido. El árbitro de emergencia señaló que en el caso concreto el DB ya estaba en

⁷⁵ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 88.

funcionamiento cuando se solicitó el árbitro de emergencia y el DB tenía facultades para otorgar medidas cautelares semejantes a las que podría otorgar el árbitro de emergencia⁷⁶.

En todo caso el tema genera discusiones, porque los DB a menudo están compuestos por ingenieros, que están menos capacitados que los abogados para decidir sobre medidas cautelares, a lo cual se agrega que los DB raramente son usados para medidas cautelares. Es por ello que la task force de la ICC sugirió aclarar el reglamento para que pueda acudir al árbitro de emergencia aun cuando se pacte DB⁷⁷. En este sentido en el Reglamento actual del arbitraje de emergencia, ya no se incluye la regla que no permite acudir al arbitraje de emergencia cuando las partes han acordado otro procedimiento que permita otorgar medidas provisionales. En esta medida se puede sostener que desde la perspectiva del reglamento de la ICC podría ser posible acudir al arbitraje de emergencia, así se haya pactado DB, y el árbitro de emergencia debe evaluar si hay urgencia para adoptar la medida.

En todo caso subsiste el punto ya señalado, en el sentido que el reglamento aplicable puede haber establecido que la solicitud del arbitraje de emergencia solo puede presentarse si ya se presentó la solicitud de arbitraje para resolver el fondo de la controversia o ella debe presentarse en un corto plazo a partir de la solicitud del arbitraje de emergencia. En tal caso el arbitraje de emergencia solo podría operar, si teniendo en cuenta lo pactado en la cláusula, es posible presentar la solicitud de arbitraje sobre el fondo de la controversia, dentro del límite temporal que fija el reglamento pertinente.

F. La vigencia de la medida y del árbitro de emergencia

El principio en materia de arbitraje cuando el árbitro profiere el laudo sobre la controversia cuya solución le ha sido confiada, el mismo no puede volver sobre lo decidido (*functus officio*) y su competencia en la materia decidida por el laudo se mantiene solo para efectos de aclaraciones, correcciones o complementaciones del mismo. Sin embargo, dicha regla no opera para las decisiones sobre medidas cautelares, pues las mismas son revisables por el tribunal arbitral. Así lo dispone el artículo 17 D de la Ley Modelo.

Lo anterior es aplicable al árbitro de emergencia quien recibe el encargo de dictar una medida cautelar, que por ello puede ser revocada o modificada. A tal efecto el Reglamento de la CCI establece que “a solicitud razonada de una parte, hecha con anterioridad a la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 6 del Reglamento del árbitro de emergencia de la CCI, el árbitro de emergencia podrá modificar, dejar sin efecto o anular la Orden”.

Por otra parte, si la función del árbitro de emergencia es suplir al tribunal arbitral, el mismo debería dejar de actuar, cuando se ha constituido el tribunal. Esta es la regla que en general se aplica en los reglamentos. Así lo establece el artículo 7.5 del Reglamento de ICDR que señala que el árbitro de Urgencia no puede actuar después de constituido el tribunal, y el reglamento de LCIA que establece que antes de que se forme el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia puede confirmar, modificar o revocar la orden, corregir cualquier error de cálculo o matemático o error de palabras o hacer un laudo adicional (artículo 9.12) Igualmente lo establece el artículo

⁷⁶ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 87.

⁷⁷ ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 77.

del Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima (artículo 35). Sin embargo algunos reglamentos consagran la posibilidad de que el árbitro de emergencia pueda realizar algunas actuaciones posteriores. Así, por ejemplo, el Reglamento de CIAM establece que la decisión del árbitro de emergencia desplegará sus efectos, aun cuando se hubiere dictado después de la constitución del tribunal arbitral y se le hubiere dado traslado del expediente arbitral, siempre que se dicte en el plazo previsto en el Reglamento (artículo 64.4). Por su parte del Reglamento de la ICC, se desprende que si ya se había presentado una solicitud de modificación o de privación de efectos de la medida cautelar, el árbitro de emergencia debe resolverla.

G. La aplicación del arbitraje de emergencia a los arbitrajes de inversión y a los arbitrajes del estado

Otra discusión que se ha presentado en relación con el arbitraje de emergencia es si el mismo es aplicable en los arbitrajes de inversión. A este respecto se advierte que ni el reglamento del CIADI ni el de Uncitral contemplan el árbitro de emergencia. En el caso de la ICC el artículo 29.5 del Reglamento de 2012 establecía que las reglas del árbitro de emergencia “se aplicarán solo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias”. Al respecto se señaló que uno de los propósitos de esta regla fue excluir la figura del árbitro de emergencia del arbitraje de inversión⁷⁸. El Reglamento de la CCI 2021 establece que las disposiciones del árbitro de emergencia no se aplican cuando el acuerdo de arbitraje en que se fundamenta la petición deriva de un tratado.

En otros centros, como es el caso del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) se prevén la aplicación del reglamento a los arbitrajes de inversión y se precisan algunas reglas especiales para arbitraje de inversión, sin excluir el arbitraje de emergencia (apéndice III de las reglas de SCC).

En desarrollo de lo anterior en algunos arbitrajes de inversión bajo las reglas de SCC se ha aplicado la figura del árbitro de emergencia, a pesar de que el pacto arbitral era anterior a la inclusión en el Reglamento de la figura del árbitro de emergencia. Así en los casos de TSIKinvest LLC v. Moldova, Evrobalt LLC v. Moldova, y Kompozit LLC v. Moldova, se aplicaron las reglas de arbitraje de emergencia con fundamento en el hecho de que cuando se pactó el arbitraje las reglas de 1999 del SCC, establecían que se aplicaban a los arbitrajes que se iniciaran a partir de dicha fecha, es decir, que la fecha de comienzo del arbitraje determinaba el reglamento aplicable⁷⁹. En estos casos los árbitros señalaron que el reglamento de arbitraje al tiempo en que se pactó el acuerdo de arbitraje establecía que se aplicaría el reglamento vigente cuando se iniciara el arbitraje y el BIT fue pactado por 15 años, por lo que en estos casos el consentimiento incluía el arbitraje de emergencia⁸⁰.

En otras reglas de arbitraje de inversión se prevé el arbitraje de emergencia pero el mismo sólo es aplicable si se pacta expresamente. Es este el caso de las reglas de arbitraje de inversión del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur. Las reglas de la Comisión China de Arbitraje

⁷⁸ ICC Commission Report Emergency Arbitrator Proceedings, parágrafo 49.

⁷⁹ Rania Alnaber, Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement, en William W. Park (ed), Arbitration International, (© The Author(s); Oxford University Press 2019, Volume 35 Issue 4), p. 454.

⁸⁰ Lars Markert and Raeesa Rawal, Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?, in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020, Volume 37 Issue 1), p 136.

Económico y Comercial (CIETAC) para arbitraje de inversión igualmente contemplan la figura del árbitro de emergencia.

En el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima se señala que no puede operar el arbitraje de emergencia si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del Árbitro de Emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del Centro.

Otro problema que se ha planteado en materia de arbitraje de inversión consiste en que a menudo al pactar arbitraje se establece la obligación de dar una notificación con una determinada antelación de la intención de acudir al arbitraje. Lo anterior permite que dentro de ese periodo las partes puedan buscar un arreglo al conflicto.

El arbitraje no puede entonces convocarse antes de que transcurra dicho plazo. En este punto ha surgido la discusión si a pesar de esta estipulación se puede acudir al arbitraje de emergencia. Dicha situación ha sido analizada en algunos casos y se ha sostenido que en estos eventos se presentan los supuestos que justifican el arbitraje de emergencia, por lo que el mismo debería operar. Se agrega que forzar al inversionista a cumplir con el periodo de espera a la luz de un inminente daño prima facie privaría de propósito el mecanismo de arbitraje de emergencia⁸¹ que busca evitar un daño irreparable antes de que expire el periodo de espera⁸². Igualmente se ha señalado que el cumplimiento del periodo de espera puede ser fútil cuando el estado no ha hecho esfuerzos por un arreglo amigable⁸³ o que el tratado señala que se debe buscar un arreglo en la medida de lo posible para resolver la controversia y el estado se niega a ello, y no se entiende que el tratado imponga agotar este periodo.⁸⁴ Se indica que dicha conclusión se justifica si se tiene en cuenta que el análisis del árbitro de emergencia se hace prima facie⁸⁵

Es pertinente destacar que en los cuatro casos publicados del centro de Estocolmo en que se acudió al arbitraje de emergencia, los estados no intervinieron en el procedimiento, lo que condujo a que el árbitro se atuvo a lo que se le presentó por la otra parte.

En realidad la preocupación que pueden tener los estados frente al arbitraje de emergencia deriva de que los mismos requieren normalmente mayor tiempo que los inversionistas para defenderse, y por ello en la práctica las medidas cautelares pueden adoptarse sin su

⁸¹ A tal efecto se cita por Lars Markert and Raeesa Rawal, ob. Cit., nota 43 el caso TSIKInvest LLC v. Moldova, supra n. 26, para. 66; Puma Energy Holdings (Luxembourg) SARL v. Benin, supra n. 26.

⁸² Qian Wu Jurisdiction of Emergency Arbitrator in Investment Treaty Arbitration June 28, 2019. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/28/jurisdiction-of-emergency-arbitrator-in-investment-treaty-arbitration>, quien cita el caso TSIKInvest EA:

⁸³ Lars Markert and Raeesa Rawal, Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?, in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020, Volume 37 Issue 1) p. 137, quienes citan los casos de Kompozit LLC v. Moldova, supra n. 26, para. 55; Evrobalt LLC v. Moldova, supra n. 26, para. 23.

⁸⁴ Qian Wu Jurisdiction of Emergency Arbitrator in Investment Treaty Arbitration June 28, 2019. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/28/jurisdiction-of-emergency-arbitrator-in-investment-treaty-arbitration>

⁸⁵ Qian Wu Jurisdiction of Emergency Arbitrator in Investment Treaty Arbitration June 28, 2019. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/28/jurisdiction-of-emergency-arbitrator-in-investment-treaty-arbitration>. Ver igualmente Rania Alnaber, Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement, en William W. Park (ed), Arbitration International, (© The Author(s); Oxford University Press 2019, Volume 35 Issue 4).

participación. En todo caso se señala que en los casos que se han presentado, los estados no han cumplido con las decisiones y solo en un caso el inversionista ha progresado para obtener el cumplimiento de la decisión⁸⁶.

Dada la trascendencia que en algunos casos pueden tener las medidas cautelares contra estados, pues su impacto puede ir más allá de lo que ocurre en los casos de los arbitrajes entre particulares, puede ser conveniente una regulación particular en los reglamentos, bien sea para excluir la posibilidad del árbitro de emergencia, bien sea para sujetarlo a la condición de que el Estado expresamente haya consentido en esa posibilidad.

H. La ejecución de la medida cautelar

Si bien una buena parte de las medidas cautelares son cumplidas voluntariamente, en todo caso ellas pueden requerir su ejecución forzosa.

La ejecución de las medidas cautelares se puede obtener de varias maneras. En primer lugar, en los países en que se ha adoptado la Ley Modelo en su versión de 2006, se puede obtener el reconocimiento y ejecución de la orden a través del artículo 17 H de la Ley Modelo. Adicionalmente, algunas leyes prevén la posibilidad de obtener el apoyo judicial para la ejecución de medidas cautelares por los árbitros (ver por ejemplo el artículo 24 del Decreto ley no. 5, del 8 de julio de 1999 de Panamá).

En algunos países la ley contempla expresamente que el juez puede ordenar la ejecución de un árbitro de emergencia. Así ocurre por ejemplo en Hong Kong⁸⁷

Otra forma de obtener su ejecución es a través de la convención de Nueva York, pero ello dependerá de si en el país en que se va a ejecutar la medida ella es reconocida como un laudo.

En todo caso, la ejecución de la medida cautelar adoptada a través de un laudo puede generar discusión, porque de conformidad con la Convención de Nueva York y la Ley Modelo, puede negarse el reconocimiento de un laudo si no se le dio a la parte la oportunidad de presentar su caso. A este respecto en el caso de JKK Oil & Gas plc, Poltava Gas B.V. and Poltava Petroleum Company JV v. Ukraine, la Corte Suprema de Ucrania se negó a ejecutar la medida decretada por violación del orden público y falta de notificación suficiente⁸⁸.

En Singapur la High Court consideró que el laudo de emergencia de un árbitro de emergencia proferido en USA podía ser ejecutado en Singapur, pero se negó a ejecutar una decisión de un arbitro de emergencia, porque consideró que en el caso concreto se violaron principios de justicia porque el demandado no pudo presentar su caso frente a ciertas presentaciones del demandante⁸⁹.

⁸⁶ Lars Markert and Raesa Rawal, *Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?*, in Maxi Scherer (ed), *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020, Volume 37 Issue 1) p. 137.

⁸⁷ Artículo 22B de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong

⁸⁸ Sentencia del 19 septiembre de 2018 de la Corte Suprema de Ucrania en el caso JKK Oil & Gas plc et al v. Ukraine case.

⁸⁹ Decisión del 7 de octubre de 2022 en el caso CVG v CVH[2022] SGHC 249 disponible en https://www.elitigation.sg/gd/s/2022_SGHC_249

En India la Corte Suprema de la India reconoció un laudo de un árbitro de emergencia dictado bajo las reglas de Singapur, pero con sede en India⁹⁰

Por otra parte se ha señalado que en la legislación china no hay referencia al árbitro de emergencia, como si existe en Singapur o en Hong Kong por lo cual se ha considerado que las decisiones del árbitro de emergencia no son ejecutables por las cortes chinas porque no son finales⁹¹.

Por otro lado es interesante destacar que la decisión de un árbitro de emergencia con sede en Santiago de Chile se impugnó a través de una acción de amparo ante el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, con fundamento en que la decisión del árbitro de emergencia se basaba en la ley boliviana. En este caso se trataba de un contrato celebrado en el Ministerio de Medioambiente y agua de Bolivia una empresa española. El Tribunal Constitucional consideró que no era competente para conocer de actos de autoridades de otro país y en otro país⁹²

De otra parte, se ha señalado que el arbitraje de emergencia puede estimular los acuerdos de las partes para terminar la controversia. Así en el Informe de la ICC se señala que de los 80 casos de arbitraje de emergencia, en 25 casos se llegó a un acuerdo antes de un laudo final, entre los cuales cuatro fueron objeto de acuerdo antes de que se emitiera una orden por el árbitro⁹³.

I. La concurrencia del árbitro de emergencia y del juez

Otro aspecto que plantea el árbitro de emergencia es la concurrencia con el juez. El artículo 9º de la Ley Modelo establece expresamente que no es incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de una corte la adopción de medidas cautelares ni que la corte conceda esas medidas. Muchas legislaciones consagran reglas semejantes.

Ahora bien, otras legislaciones son más restrictivas.

Así, por ejemplo, en Inglaterra la Section 44 de la Arbitration Act 1996 (the “AA”) establece que las cortes pueden actuar en apoyo del tribunal arbitral. Establece esta norma que las cortes solo pueden actuar si el tribunal arbitral u otra institución a la que las partes hayan conferido facultades, no tiene poder o es incapaz de actuar en el momento efectivamente. En consonancia con lo anterior, en el año 2016 la High Court de Inglaterra señaló que el test de urgencia se debe hacer por referencia a si el tribunal tiene el poder y la capacidad práctica de hacer efectiva la medida en el periodo de tiempo relevante⁹⁴. De esta manera, las cortes solo pueden actuar

⁹⁰ Decisión del 6 de agosto de 2021 Supreme Court of India in Amazon.com NV Investment Holdings Inc. v. Future Retail Ltd, disponible en https://main.sci.gov.in/supremecourt/2021/3947/3947_2021_32_1501_29084_Judgement_06-Aug-2021.pdf

⁹¹ Jasmine Sze Hui Low, Emergency Arbitration: Practical Considerations, in Romesh Weeramantry and John Choong (eds), Asian Dispute Review, (© Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC); Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) 2020, Volume 22 Issue 3), p. 113.

⁹² Sentenciadel 6 de marzo de 2020,Caso 35140-2020-71-AAC

⁹³ Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 202

⁹⁴ Caso Gerald Metals S.A. v Timis & Ors [2016] EWHC 2327.

cuando el arbitraje de emergencia no es efectivo⁹⁵. A este respecto, en Inglaterra en el caso *Gerard Metals S.A. v. Timis*,⁹⁶ la English High Court no otorgó una medida porque las reglas de la LCIA contienen disposiciones sobre arbitraje de emergencia, y la Corte consideró que de acuerdo con la sección 44 de la Arbitration Act, la Corte sólo podía actuar en la medida en que el tribunal arbitral no podía actuar o no podía hacerlo efectivamente.

En Francia las normas establecen que el hecho de que exista pacto arbitral, y en la medida en que el tribunal no haya sido constituido, no excluye la posibilidad de pedir a la corte una medida provisional. Con base en ello se señala que el derecho francés permite la concurrencia de jurisdicción entre el árbitro de emergencia, designado antes de la constitución del tribunal arbitral, y las cortes estatales. A tal efecto se cita una decisión de la corte de apelaciones de Toulouse del 30 de abril de 2018 que señala que de acuerdo con la ley se puede acudir a las cortes estatales y agrega que si el reglamento de la ICC autoriza acudir al árbitro de emergencia, ello solo es una opción para el demandante que puede acudir a las cortes⁹⁷.

En Usa se ha señalado que algunas cortes consideran que no se pueden dictar medidas en apoyo de arbitraje⁹⁸, sin embargo se indica que la mayoría interpreta la sección 3 de la FAA en el sentido que la misma autoriza a las cortes para dictar medidas cautelares para preservar el estatus quo⁹⁹.

A este respecto se puede citar el caso de *Smart Tech v. Rapt Touch Ireland*, en el que la Corte de Distrito del Distrito Norte de California se negó a adoptar medidas cautelares porque el solicitante no había dado una explicación de la razón por la cual la corte en lugar del árbitro, debía otorgar la medida de emergencia¹⁰⁰.

Así mismo en Bélgica en un caso relativo a un arbitraje bajo las reglas de CEPANI (Belgian Centre for Arbitration and Mediation), la parte decidió acudir a la corte antes de la constitución del tribunal para pedir medidas cautelares. La corte señaló que cuando se ha pactado arbitraje ha de darse la prioridad al arbitraje por lo que la parte debe demostrar la urgencia para acudir a la corte en lugar del arbitraje¹⁰¹

⁹⁵ Nathalie Colin and Alexandre Hublet, Is it a violation of the arbitration clause for parties to seize national courts instead of emergency arbitrator when the institution rules include the latter in their rules?, in Dirk De Meulemeester, Maxime Berlingin, et al. (eds), *Liber Amicorum CEPANI (1969-2019): 50 Years of Solutions*, (© Kluwer Law International; Wolters Kluwer 2019), p. 75.

⁹⁶ *Gerald Metals SA v Timis* [2016] EWHC 2327 (Ch).

⁹⁷ Nathalie Colin and Alexandre Hublet, Is it a violation of the arbitration clause for parties to seize national courts instead of emergency arbitrator when the institution rules include the latter in their rules?, in Dirk De Meulemeester, Maxime Berlingin, et al. (eds), *Liber Amicorum CEPANI (1969-2019): 50 Years of Solutions*, (© Kluwer Law International; Wolters Kluwer 2019), pp. 76 y 77.

⁹⁸ Se citan las decisiones *McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT SpA*, 501 F.2d 1032 (3rd Cir. 1974); *Cooper v. Ateliers de la Motobecane, SA*, 442 N.E.2d 1239 (N.Y. 1982).

⁹⁹ Nathalie Colin and Alexandre Hublet, Is it a violation of the arbitration clause for parties to seize national courts instead of emergency arbitrator when the institution rules include the latter in their rules?, in Dirk De Meulemeester, Maxime Berlingin, et al. (eds), *Liber Amicorum CEPANI (1969-2019): 50 Years of Solutions*, (© Kluwer Law International; Wolters Kluwer 2019), p. 77.

¹⁰⁰ *Smart Techs. ULC v. Rapt Touch Ireland Ltd.*, 197 F. Supp. 3d 1204 (N.D. Cal. 2016).

¹⁰¹ Nathalie Colin and Alexandre Hublet, Is it a violation of the arbitration clause for parties to seize national courts instead of emergency arbitrator when the institution rules include the latter in their rules? in Dirk De Meulemeester, Maxime Berlingin, et al. (eds), *Liber Amicorum CEPANI (1969-2019): 50 Years of Solutions*, (© Kluwer Law International; Wolters Kluwer 2019), pp. 63 – 78.

Por su parte en el Informe de la ICC se señala que en diversos casos se sostuvo que el árbitro de emergencia no era competente porque se adelantaba un procedimiento ante los jueces o ante otro foro de resolución de disputas. Los árbitros negaron dicho argumento porque el artículo 29 (7) del Reglamento de la ICC señala que las disposiciones sobre arbitro de emergencia no impiden que se soliciten medidas cautelares ante la autoridad judicial, lo que indica que la competencia no es exclusiva¹⁰².

El Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima establece que el derecho de recurrir a un Árbitro de Emergencia no impide que cualquiera de las partes pueda solicitar medidas cautelares a la autoridad judicial competente (artículo 5.4)

De esta manera las respuestas a la posibilidad de acudir a las cortes para que se decreten medidas cautelares cuando hay arbitraje es variada. En todo caso, en la mayoría de los países se acepta la posibilidad de acudir a las cortes, cuando el arbitraje no sería eficaz. Por el contrario cuando no se da dicha posibilidad, en algunos países no es posible recurrir a las cortes, en tanto que en otros no hay una restricción expresa.

En todo caso cabe la pregunta si en la medida en que las partes han pactado un arbitraje de emergencia ello no debería entenderse en el sentido que han excluido la posibilidad de acudir a las cortes, salvo que el arbitraje de emergencia no pueda operar. Algunos consideran que esta es la respuesta correcta¹⁰³

J. El monismo y dualismo frente al arbitraje de emergencia

Como ya se señaló en la mayoría de los países el arbitraje de emergencia no está previsto por la ley, pero ha sido consagrado por los reglamentos de arbitraje, partiendo de la base de la flexibilidad que tiene la regulación legal del arbitraje.

En este punto es por ejemplo pertinente señalar que hay países en cuya legislación no se consagra el arbitraje de emergencia, y sin embargo las cortes lo consideran aplicable y reconocen sus decisiones. Así ocurrió en la India en el caso de Amazon v. Future Retail decidido por la Corte Suprema de la India el 6 de agosto de 2021. En este caso la Corte autorizó la ejecución de la orden del árbitro de emergencia bajo las reglas del SIAR de un tribunal con sede en Nueva Delhi, y reconoció la decisión del árbitro de emergencia a pesar de que la figura no se encuentra expresamente consagrada en la ley de la India. A tal efecto, la Corte Suprema de la India partió de la base de la autonomía de las partes y señaló que nada en las reglas legales impide a las partes acordar el arbitraje de emergencia. Señaló además que la expresión procedimiento arbitral incluye el procedimiento ante un arbitro de emergencia. No sobra señalar que la legislación de la India tuvo en cuenta las disposiciones de la Ley Modelo.

Desde esta perspectiva en el marco de las legislaciones modernas sobre arbitraje internacional que siguen la ley modelo podría considerarse que el arbitraje de emergencia se puede desarrollar sin que sea necesaria una consagración legal.

¹⁰² Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings, párrafo 88.

¹⁰³ Nathalie Colin and Alexandre Hublet, Is it a violation of the arbitration clause for parties to seize national courts instead of emergency arbitrator when the institution rules include the latter in their rules? in Dirk De Meulemeester, Maxime Berlingin, et al. (eds), *Liber Amicorum CEPANI (1969-2019): 50 Years of Solutions*, (© Kluwer Law International; Wolters Kluwer 2019), p. 78.

Ahora bien, la posibilidad y desarrollo del árbitro de emergencia se ve influido por la regulación del arbitraje en forma monista o dualista. En efecto, en los sistemas dualistas en los que establece una regulación para el arbitraje nacional y otra para el arbitraje internacional, para implementar el arbitraje de emergencia es necesario distinguir uno del otro. En efecto, normalmente en los sistemas dualistas el régimen de arbitraje internacional parte de estándares amplios y flexibles tomados o inspirados de la Ley Modelo, razón por la cual en principio podría ser posible adoptar y desarrollar el arbitraje de emergencia a través de la adopción de reglamentos que lo permiten o por pacto expreso de las partes.

Por lo que se refiere al régimen del arbitraje nacional o doméstico, todo dependerá de la forma como el mismo se encuentre regulado. Así por ejemplo, en Colombia los tribunales arbitrales pueden decretar las mismas medidas cautelares que podría decretar el juez que hubiera conocido del proceso si no hubiera pacto arbitral. Sin embargo, cabe la discusión acerca de si es posible en ciertos casos el arbitraje de emergencia en arbitrajes nacionales o domésticos. En efecto, de una parte, de conformidad con el artículo 58 de la ley 1563 de 2012, cuando en el arbitraje es parte el Estado o alguna de sus entidades, el mismo se sujeta a las reglas de la ley, la cual no contempla el arbitraje de emergencia, por lo que podría considerarse que en tales casos no es posible el arbitraje de emergencia. Por el contrario cuando el arbitraje es entre particulares, el artículo 58 de la ley 1563 de 2012 establece que los mismos pueden acordar las reglas de procedimiento directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso, los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. Por consiguiente podría sostenerse que las partes podrían dentro de dicho amplio marco pactar la existencia de un arbitraje de emergencia directamente o por referencia a un centro que las incorporara en sus reglamentos.

En Chile en arbitraje doméstico se ha reconocido que los árbitros pueden decretar medidas cautelares, en tanto que Costa Rica se ha expresado una opinión en sentido contrario¹⁰⁴. En Chile la jurisprudencia reconoce en el arbitraje doméstico a los árbitros competencia para dictar medidas cautelares y ejecutarles directamente, con la única limitación de no afectar a terceros ajenos al juicio, o que se requieran medidas de apremio como el auxilio de la fuerza pública¹⁰⁵.

IV. Conclusión

Para que el arbitraje pueda cumplir su función como mecanismo de solución de controversia, es necesario que el mismo sea eficaz y rápido. La eficacia implica que el proceso se pueda adelantar adecuadamente y que la decisión que se adopte se pueda ejecutar.

Para lograr tal propósito es fundamental contar con la posibilidad de obtener medidas cautelares, incluso antes de que el tribunal se haya constituido.

En la mayoría de los sistemas es posible acudir a las cortes estatales para que ellas decreten medidas cautelares en apoyo del arbitraje. Sin embargo, la posibilidad de que dichas medidas sean decretadas por un árbitro de emergencia presenta ventajas desde varios puntos de vista, como es la velocidad, el conocimiento de la materia y la lengua, la posibilidad de adoptar medidas que el juez no puede decretar y la posibilidad de obtener su reconocimiento en otros

¹⁰⁴ Herman M. Duarte y Roger Guevara Vega. ¿Pueden los árbitros dictar medidas cautelares? El caso de Costa Rica. Revista Judicial. No 118, enero 2016, p. 161.

¹⁰⁵ Bordachar Urrutia, Rodrigo, “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”, Derecho y Ciencias Sociales, Octubre 2015. N°13, p.76.

estados, dependiendo en todo caso de la legislación de cada uno de ellos. Sin embargo, en ciertos casos acudir al juez puede presentar ventajas, pues el mismo puede normalmente adoptar medidas ex parte, lo que en muchos sistemas el árbitro de emergencia no puede hacer, y además puede impartirle órdenes a terceros, lo que tampoco puede hacer el árbitro de emergencia.

Si bien el arbitraje de emergencia es una creación reciente, en todo caso se ha incorporado en los reglamentos de los centros de arbitraje más importantes del mundo. Adicionalmente dicha figura se ha incorporado en algunos países de América Latina.

Al revisar la regulación de la figura se encuentra que la misma parte de parámetros comunes, aunque en ciertos aspectos se presentan diferencias. La existencia de dichas diferencias hace que sea importante evaluar los diferentes reglamentos que regulan el arbitraje de emergencia para seleccionar el más adecuado. Adicionalmente al examinar las diferentes perspectivas surge la posibilidad de modificar o establecer una regulación con el fin de que el arbitraje de emergencia cumpla su función.

En la medida en que el sano desarrollo del arbitraje de emergencia contribuye al arbitraje en general es muy importante que el mismo se desarrolle con las mejores prácticas teniendo en cuenta la experiencia internacional.

La posibilidad de implementar el arbitraje de emergencia dependerá de la forma como el arbitraje se encuentra regulado en cada país, y cuando los sistemas son dualistas, de la flexibilidad de la regulación del arbitraje doméstico y del arbitraje internacional.

Bibliografía

ALNABER, Rania. Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement, en William W. Park (ed), *Arbitration International*, (© The Author(s); Oxford University Press 2019, Volume 35 Issue 4)

BAIGEL, Baruch. The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis (2014) 31(1) *J Intl Arb* 1, 4

BEISTEINER, Lisa. Chapter III: The Award and the Courts, To Be or Not to Be an Arbitrator – On the Nature of Emergency Arbitration, in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Volume 2020 (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2020)

BENSAUDE, Denis. S.A Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration, *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2005, Volume 22 Issue 4)

CARON, David. Interim Measures of Protection: Theory and Practice in Light of the Iran United States Claims Tribunal [1986] *Berkeley Law* 465, 484. C.

COLIN, Nathalie y HUBLET, Alexandre. Is it a violation of the arbitration clause for parties to seize national courts instead of emergency arbitrator when the institution rules include the latter in their rules?, in Dirk De Meulemeester, Maxime Berlingin, et al. (eds), *Liber Amicorum CEPANI (1969-2019): 50 Years of Solutions*, (© Kluwer Law International; Wolters Kluwer 2019)

DUARTE, Herman M. y Guevara Vega, Roger. ¿Pueden los árbitros dictar medidas cautelares? El caso de Costa Rica. *Revista Judicial*. No 118, enero 2016,

GIARETTA, Ben. The practice of emergency arbitration b-Arbitra *Belgian Review of Arbitration* (van Hooft and Tossens (eds); Jan 2017)

GOLDSTEIN, Marc. A Glance into History for the Emergency Arbitrator (2017) 40 *Fordham Intl LJ* 779 y 780.

HORN Jakob. *Der Emergency Arbitrator und die ZPO*

L. Mullin, Alyson, Conwell & Christopher Howard *Injunctive Relief Pending Arbitration: The Evolving Role of Judicial Action - Franchising Law Journal* Vol. 38, No. 4, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/franchising_law_journal/spring_2019/fr_pending.pdf

ICC Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings.

MARKERT, Lars y RAWAL, Raeesa. Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?, in Maxi Scherer (ed), *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020, Volume 37 Issue 1)

Queen Mary, White & Case. 2015 *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*.

SAJNANI, Suraj. Emergency Arbitration in Asia: Threshold for Grant and Enforcement of Emergency Relief Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. Volume 86, Issue 3 (2020) pp. 293 – 316

SZE Jasmine, Hui Low, Emergency Arbitration: Practical Considerations, in Romesh Weeramantry and John Choong (eds), Asian Dispute Review, (© Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC); Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) 2020, Volume 22 Issue 3)

Wu, Quian Jurisdiction of Emergency Arbitrator in Investment Treaty Arbitration June 28, 2019. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/28/jurisdiction-of-emergency-arbitrator-in-investment-treaty-arbitration/>

Decisiones judiciales

Corte de Apelaciones de París (1Ch. C), Sentencia del 1 julio de 1999 en el caso de la Société Braspetro Oil Services (Brasoil), Revue de l'Arbitrage, (© Comité Français de l'Arbitrage;

Comité Français de l'Arbitrage 1999, Volume 1999 Issue 4) pp. 834 – 852

Corte de Apelaciones de Paris. Société Nationale des Petroles du Congo et Republic que du Congo v Total Fina Elf E&P Congo, 29 abril 2003 (Total Fina).

Corte de Apelaciones de Paris (1re Ch. C) sentencia del 7 octubre 2004, Revue de l'Arbitrage, (© Comité Français de l'Arbitrage ; Comité Français de l'Arbitrage 2005, Volume 2005 Issue 3) pp. 737- 741.

Corte Suprema de Victoria (Australia), sentencia del 2015 Giedo van der Garde B.V. & another v. Sauber Motorsport A.G. [2015] V.S.C. 80; (2015) 294 F.L.R. 367

Corte del Distrito Norte de Oklahoma (USA). Johnson v. Dentsply Sirona, Inc., 2017 WL 4295420, at *1 (N.D. Ok. Sept. 27, 2017).

Corte del Noveno Circuito (USA). Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp., 935 F.2d 1019, 1023 (9th Cir. 1991)

Corte del Sexto Circuito Island. Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville, Fla., 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984)

Corte del Distrito de Nueva York (USA). Yahoo Inc v Microsoft Corporation (2013) 983 F Supp 2d 310 (Dis Ct, NY)

Corte del Distrito Este de Michigan (USA) Blue Cross Blue Shield of Mich. v. MedImpact Healthcare Sys., Inc., 2010 WL 2595340 (E.D. Mich. June 24, 2010)

Corte de Distrito Sur de California (USA). Chinmax Medical Systems Inc. v. Alere San Diego, Inc. 10cv2467 WQH (NLS) (S.D. Cal. May. 27, 2011).

Corte del Distrito Norte de Georgia (USA) Al Raha Grp. For Tech. Servs. v. PKL Servs. Inc., No. 1:18-cv-04194 (N.D. Ga. Sept. 6, 2019).

Corte del Distrito Norte de California (USA). Smart Techs. ULC v. Rapt Touch Ireland Ltd., 197 F. Supp. 3d 1204 (N.D. Cal. 2016).

Corte Suprema de Ucrania. Sentencia del 19 septiembre de 2018 de la en el caso JKK Oil & Gas plc et al v. Ukraine case.

English High Court. Caso Gerald Metals S.A. v Timis & Ors [2016] EWHC 2327

High Court of Singapore. [2022] SGHC 249, 7 de octubre de 2022

Supreme Court of India. Amazon.com NV Investment Holdings Inc. v. Future Retail Ltd, 6 agosto de 2021

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia del 6 de marzo de 2020, Caso 35140-2020-71-AAC

Medidas cautelares en el arbitraje societario

Interim measures in Corporate Law conflicts arbitration

Leandro J. Caputo¹

Resumen

El arbitraje societario ha sido objeto de una larga evolución; desde su rechazo frontal, bajo distintos argumentos igualmente inadmisibles, a su extendida aceptación actual. No obstante esta aplicación global, lo cierto es que todavía existen posiciones que restringen de manera inadmisiblemente la jurisdicción arbitral para resolver conflictos societarios y ello tiene especial aplicación en la adopción de medidas cautelares. Bajo una visión que pretende consagrar una jurisdicción infravalorada de la jurisdicción arbitral se pretenden imponer restricciones a las facultades arbitrales; sin embargo, esos criterios no resisten un análisis riguroso sobre su fundamentación ni acerca de la pretendida superioridad de los tribunales estatales en esos casos, olvidando que los árbitros ejercen jurisdicción de la misma manera que los jueces estatales para decidir la procedencia (o no) de medidas cautelares. También, de manera igualmente inadmisiblemente, se ha postulado cercenar las facultades arbitrales so pretexto de estar involucrado el llamado orden público societario o por estar en juego la necesidad de oponer a terceros la medida cautelar. Ninguna de estas dos cuestiones limitan, a nuestro modo de ver, la facultad arbitral para dictar medidas cautelares en conflictos societarios.

La particularidad de la medida cautelar societaria permite avizorar la necesidad de establecer una relación (cuando no, un orden de jerarquía) entre la *lex arbitri* (fuente indiscutida de las facultades arbitrales) y la *lex societatis* (bajo cuyas disposiciones podría afectarse el reconocimiento o la ejecutabilidad de la medida cautelar arbitral, poniendo en riesgo el deber arbitral de emitir resoluciones válidas y ejecutables).

Abstract

Corporate Law arbitration conflicts have gone through a long evolution. From the initial and old-fashioned rejection of arbitrability of these conflicts, grounded on inadequate arguments, to its current and undisputable admission. Notwithstanding his global admission, some positions still propose some inadequate limits to the arbitral jurisdiction to resolve Corporate Law conflicts, with special focus in the issuance of interim measures. However, the said perspective does not provide solid grounds to limit the arbitral jurisdiction that nor the prevalence of state courts, as they propose. In this sense, they do not take into consideration that arbitral tribunal exercise jurisdiction the same way state courts do, chiefly in order to decide the adoption (or not) of interim measures. In as well inadmissible positions, there is a call to limit actual jurisdiction of arbitral tribunal to issue Corporate Law interim measures under the argument

¹ Abogado egresado Universidad de Buenos Aires (UBA). Postgrado en Petróleo y Gas Natural (Facultad de Derecho, UBA). Diploma in Company Law (Wolverhampton University). Diploma in Commercial International Arbitration (Chartered Institute of Arbitrators -CIArb-). Cursos de capacitación como árbitro (Pontificia Universidad Católica del Perú(y Masterclass for Arbitrators (Cámara de Comercio Internacional -CCI-). Profesor de derecho societario en postgrado y maestría (Universidad Católica Argentina -UCA-), co-director del curso corto avanzado de arbitraje comercial internacional (UCA, junto con Francisco A. Amallo) y profesor de arbitraje comercial internacional (UBA, Maestría en Economía y Derecho). Miembro del Institute of World Business Law (CCI), de la Comisión de Arbitraje de ICC Argentina y Fellow del CIArb. Socio del Estudio Bruchou, Fernández Madero y Lombardi (hasta 2019). Socio de CDC Abogados desde 2019.

that Corporate Law public policy might be at stake or because there is a need to invoke the interim measure vis à vis third parties. None of these arguments are sufficiently grounded to support a limitation of the arbitral jurisdiction to adopt interim measures in Corporate Law conflicts.

The nature of interim measures in Corporate Law conflicts makes it necessary for arbitral tribunal to evaluate the adequate balance between the *lex arbitri* (an undisputed source of arbitrators' jurisdiction) and the *lex societatis* (under which rules it could be deny the recognition and enforceability of the arbitral interim measure, so putting at risk the arbitral duty to issue valid and enforceable resolutions).

Palabras claves: Jurisdicción arbitral. Oponibilidad. Orden público. Registración.

Keywords: Arbitral jurisdiction. Invocation. Public policy. Registration.

Sumario: *I. Introducción. II. Aceptación del arbitraje societario. Breve reseña. III. Facultades generales del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares. La importancia de la Lex Arbitri. IV. Especificidad en materia de conflictos societarios: ¿Lex Arbitri y Lex Societatis? V. Particularidades de las medidas cautelares en el ámbito del conflicto societario. (i) Medidas de ejecución inmediata. (ii) Medidas de ejecución continuada. (iii) Primera aproximación a la oponibilidad frente a terceros VI. El tipo de medida cautelar a adoptar. VII. Orden público. VIII. Oponibilidad a terceros. (i) Cuestión general: naturaleza de la oponibilidad, cosa juzgada subjetiva y jurisdicción arbitral. (ii) Algunos supuestos específicos del derecho societario: a. Suspensión preventiva de una decisión adoptada en asamblea; b. Acción de responsabilidad contra un director/a; c. Remoción del directorio y designación de un interventor o administrador; d. La sociedad como registro. IX. Conclusiones.*

I. Introducción

En este trabajo vamos a abordar las particularidades que, a nuestro criterio, presenta la posibilidad de que los tribunales arbitrales dicten medidas cautelares en el marco de procesos en los que se sustancien conflictos societarios.

Para ello, vamos a realizar una breve reseña de la aceptación actual del arbitraje societario, las facultades generales del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares y la importancia de la *lex arbitri*, la especificidad de las facultades del tribunal arbitral en materia de cautelares vinculadas a conflictos societarios, las particularidades de las medidas cautelares en el ámbito del conflicto societario, la generalidad y especificidad de las medidas cautelares en sede arbitral, y las medidas cautelares específicas en materia de arbitraje societario.

II. Aceptación del arbitraje societario. Breve reseña

Contrariamente a lo que ocurría hace algún tiempo atrás, hoy está aceptado que los conflictos societarios pueden ser dirimidos por medio de arbitraje.

En esta dirección, podemos citar ejemplos como el del Registro Público de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires (Argentina), que en su regulación general en materia societaria admite la incorporación de la cláusula arbitral en estatutos de sociedades anónimas y contratos de

sociedad de responsabilidad limitada². Si bien esta limitación es criticable por no permitir, *prima facie*, la incorporación de la cláusula arbitral en los contratos relativos a otros tipos sociales, lo cierto es que se trata de un avance de un regulador que suele ser muy restrictivo.

Asimismo, pueden destacarse ejemplos de legislaciones latinoamericanas que son más amplias en cuanto a la recepción del arbitraje en materia societaria, si bien su regulación es antigua y no está exenta de ciertas críticas, como es el caso de Chile³. En el Perú, la situación es más clara⁴. En Brasil, la Ley de Sociedades Anónimas permite incluir la cláusula arbitral en el estatuto de la sociedad⁵.

A tal punto el arbitraje para la resolución de conflictos societarios ha ganado espacio en el derecho comparado que en su reglamento aplicable desde el 1 de enero de 2023, las *Swiss Rules of International Arbitration* han incluido el arbitraje de conflictos societarios entre sus disposiciones. Se trata de aquellos conflictos societarios en los que el proceso tenga su sede en Suiza y se aclara que la cláusula arbitral estatutaria alcanza a los órganos de la sociedad y sus integrantes y a los accionistas.

A los fines de este trabajo, sin embargo, es suficiente con concluir que el arbitraje societario hoy está aceptado en términos generales.

Cabe aquí hacer una precisión y es que cuando hablamos de arbitraje societario, en rigor nos estamos refiriendo a aquellos arbitrajes en los cuales el conflicto se plantea entre un socio o más socios y la sociedad.

No obstante, existen procesos arbitrales en los que se discuten derechos y obligaciones con causa en contratos entre accionistas o pactos de sindicación de acciones, los cuales si bien tienen por objeto el ejercicio conjunto de derechos societarios o vinculados a derechos societarios (como el sentido del voto de los accionistas en una asamblea o la transferencia de acciones), lo cierto es que su resolución, primordialmente, se basa en la aplicación de normas y principios de derecho contractual. Sin perjuicio ello, haremos una mención a la posibilidad

² Resolución General 7/2015, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2019/04/resolucion_general_07-15_actualizada_a_rg_2-2023.pdf.

³ Chile recoge el arbitraje societario en su Código Orgánico de Tribunales y en su Ley de Sociedad Anónimas. Sin embargo, la redacción de las normas ha dado lugar a interpretaciones divergentes, que han llevado a la doctrina a requerir la adopción de propuestas superadas (ver Vázquez Palma, M. Fernanda, *Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho Societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización*, Ius et Praxis, versión on line, Vol. 20 No. 1, 2014, disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n1/art17.pdf>).

⁴ Perú consagra lo que llama el arbitraje estatutario en la Disposición Complementaria Sexta de su Ley de Arbitraje: “ *Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos. El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público*”.

⁵ Ley 6046/76 (y sus enmiendas), artículo 109 § 3.

del dictado de medidas cautelares en sede arbitral respecto de este tipo de conflictos y su eventual influencia en la organicidad societaria.

III. Facultades generales del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares. La importancia de la *Lex Arbitri*

En este trabajo no vamos a limitar nuestro análisis a una jurisdicción o derecho estatal específico.

El primer punto que consideramos importante destacar, a modo de introducción, es la hoy indiscutida facultad arbitral para dictar medidas cautelares (siempre bajo sujeción de lo dispuesto en la *lex arbitri*, las normas o reglamento aplicable y lo estipulado por las partes en su acuerdo arbitral).

Es una cuestión ampliamente aceptada en el arbitraje internacional hoy en día la facultad de los tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares. Simplemente, a modo de ejemplo y de resumen, vale citar lo dispuesto en el artículo 17 de la ley modelo de arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Adicionalmente, cabe considerar que, frente a cada caso concreto, el tribunal arbitral deberá analizar si cuenta con facultades para el dictado de medidas cautelares. A tal fin, deberá analizar lo dispuesto por la *lex arbitri*, el reglamento aplicable y la estipulación de las partes en la cláusula arbitral si es que hubieran realizado alguna.

Algunas posiciones entienden que adicionalmente a aquellos elementos, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta la llamada *lex executionis*. Si bien no existen criterios uniformes al respecto, y en varias oportunidades se ha resuelto que no cabe tomar en consideración la eventual *lex executionis*, indeterminada para el tribunal al momento de tener que adoptar la resolución cautelar o rechazarla, lo cierto es que en materia societaria podría tener influencia la llamada *lex societatis*, como veremos seguidamente.

IV. Especificidad en materia de conflictos societarios: ¿*Lex Arbitri* y *Lex Societatis*?

Como anticipamos en el punto anterior, la *lex arbitri* es una fuente primordial de las facultades arbitrales.

No obstante, se ha destacado que al momento de analizar sus facultades, el tribunal arbitral se enfrenta a las siguientes opciones: (i) aplicar la *lex arbitri*, considerando que las medidas cautelares son de naturaleza procesal; (ii) aplicar la *lex causae*, entendiendo que es esta la que gobierna las medidas cautelares, o (iii) combinar ambos criterios⁶.

En el caso particular de las medidas cautelares societarias, la *lex causae* tiene la particularidad de ser, también, la *lex executionis*, con la particularidad que, a diferencia de lo que ocurre en un conflicto de naturaleza contractual, la *lex societatis* está determinada *ab initio*.

Es por ello que la *lex societatis* puede constituirse en un elemento esencial al momento de determinar las facultades del tribunal arbitral en materia de medidas cautelares.

⁶ Kaufmann-Kohler, Grabielle-Rigozzi, Antonio, *International arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 341.

Por un lado, toda vez que la *lex societatis* podría establecer que ciertos tipos de conflictos deben ser obligatoriamente resueltos en sede judicial.

En este tipo de supuestos, habrá que analizar adecuadamente la norma respectiva para poder determinar si la referencia a una acción judicial es un mandato para que la eventual acción se promueva en sede judicial o estatal o si es una referencia al poder jurisdiccional, lo cual sin duda abarcará también a la vía arbitral. Pero lo cierto es que en aquellos supuestos en los cuales la *lex societatis* determine de manera obligatoria que la sustanciación de determinado conflicto debe canalizarse por vía judicial estatal, la única conclusión posible será que el eventual conflicto y sus incidencias, como son las medidas cautelares, deberá tramitarse ante esos tribunales.

Un ejemplo de lo expuesto anteriormente nos viene dado por el artículo 150 de la Ley 16.060 (Ley de Sociedad Anónimas de la República Oriental del Uruguay). Dicho artículo establece, en materia de derecho de receso, lo siguiente: “*Cualquier socio podrá ejercer el derecho de receso en los casos previstos por la ley o el contrato. El socio que lo ejerza podrá acordar con los restantes la rescisión parcial modificando el contrato social. Si no lograra el acuerdo, podrá pedir judicialmente se admita su receso. La demanda deberá promoverse, bajo sanción de caducidad, en el plazo de treinta días de conocido por el recedente el hecho que lo motiva en los plazos especiales establecidos por la ley*”.

Puede advertirse que la norma expresamente refiere a que el socio “*podrá pedir judicialmente se admita su receso*” -subrayado añadido-.

En la interpretación de esta norma, y criticando cierto fallo dictado por la justicia uruguaya, la doctrina de ese país ha considerado que no es suficiente que la ley disponga que una acción societaria deba tramitar judicialmente para que automáticamente quede excluida la vía arbitral. Añade que la única alternativa válida para que el arbitraje quede excluido como modo de resolver el conflicto es que la ley expresamente disponga su exclusión⁷.

En este sentido, podemos citar lo regulado por el artículo 48 de la Ley General de Sociedades del Perú (modificado por la Disposición Modificatoria Tercera de la Ley de Arbitraje), que dispone la siguiente exclusión: “*El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios*”.

Claro está que este mismo tipo de exclusión puede ser incluido en el estatuto social, como sucedió en el caso resuelto por el Tribunal Superior Español en la sentencia del 9 de julio de 2007⁸.

Por otro lado, la *lex societatis* puede establecer ciertos límites o restricciones en materia de medidas cautelares societarias. A título de ejemplo, agotar la vía societaria interna antes de requerir al auxilio cautelar.

⁷ Jiménez de Aréchaga, Mercedes, *Los conflictos societarios y el arbitraje*, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, p. 48, 2013, disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Jimenez-de-Arechaga-Los-conflictos-societarios-y-el-arbitraje.pdf>. En su apoyo cita la opinión del Profesor Ricardo Olivera García.

⁸ <https://vlex.es/vid/arbitraje-impugnaci-acuerdos-sociales-1-30959803>.

Ante este panorama, podríamos en principio decir que la *lex societatis* complementa a la *lex arbitri* en cuanto a las facultades que cabe reconocer al tribunal arbitral para el dictado de medidas cautelares. Se constituye así en una suerte de *lex causae* y *lex executionis*, que a diferencia de lo que sucede en conflictos de naturaleza contractual, ya está determinada de antemano como tal y por lo tanto va a tener una influencia en las facultades arbitrales. Más aún, ello será así en aquellos supuestos en los cuales la eventual medida cautelar deba ser inscrita en registros públicos, como el Registro Público de Comercio, por ejemplo el caso de la designación de un liquidador o la designación de un interventor con desplazamiento de los miembros del directorio.

Sin embargo, entendemos que cabe avanzar con el análisis y determinar si la *lex societatis* es un complemento de la *lex arbitri* al momento de analizar las facultades del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, o si puede haber supuestos en que directamente la desplace.

En efecto, ¿cuál sería la solución adecuada en un caso en que la *lex arbitri* (del país A, sede del arbitraje) otorgue al tribunal arbitral plena libertad para el dictado de medidas cautelares en materia societaria y la *lex societatis* (del país B, donde está constituida y registrada la sociedad) prohíbe o limita la adopción de una determinada medida cautelar?

En un supuesto como el así ejemplificado, el tribunal arbitral deberá tomar en consideración cuál es la naturaleza de la medida cautelar, es decir si es una disposición procesal sujeta a la *lex arbitri* o sustancial, sujeta a la *lex causae* y en su caso cuál sería el impacto de la *lex societatis* en el reconocimiento y ejecutabilidad de la medida cautelar.

V. Particularidades de las medidas cautelares en el ámbito del conflicto societario

El derecho societario permite la adopción de medidas cautelares de distinta naturaleza, principalmente por la forma en que las mismas se deben ejecutar.

A nuestro modo de ver, la facultad arbitral para dictar cada una de esas medidas tiene distinto fundamento, pues involucra elementos diversos, como podría ser su oponibilidad a terceros.

i. Medidas de ejecución inmediata

En los conflictos societarios existen medidas cautelares que son de ejecución inmediata, como podría ser la suspensión de una decisión adoptada en una asamblea o la remoción de un director de su cargo.

En este caso, la discusión se centraría entre el socio impugnante y la sociedad, por lo que no habría afectación de terceros ni necesidad de inscribir la decisión cautelar, por lo que ningún tipo de reparos podría alzarse contra la preorrogativa de los árbitros de disponer de medidas de este tipo.

Es cierto que en materia societaria ciertas acciones son de naturaleza social y no individual. Es decir, se ejercen en interés de la sociedad (o mejor dicho, del interés social) y no del socio en particular que promueve la acción.

Ello es particularmente cierto en el caso de la acción de impugnación de una resolución asamblearia. Podría discutirse si, en todo caso, es una acción mixta, pues involucra el interés social, pero también indirectamente el del socio. Aún aceptando esta posición, siempre el interés social está presente en el fundamento que debe inspirar este tipo de acciones.

Esta circunstancia lleva a que si el tribunal acepta la acción, anula la resolución asamblearia y retrotrae la situación al momento anterior a su adopción por la mayoría de los socios.

Precisamente esa mayoría de socios no es parte en el proceso arbitral, pues, es sabido que los conflictos de este tipo se sustancian solo entre el socio impugnante y la sociedad.

Mas ello no va en desmedro de la jurisdicción arbitral (menos aún para dictar medidas cautelares), pues esta misma situación se replica en cualquier sede en que se litigue un conflicto de esta naturaleza. En efecto, se lo dirima en sede arbitral o en sede judicial, será siempre un litigio entre el socio impugnante y la sociedad, que tendrá a su cargo la representación (legal) de los socios que mayoritariamente adoptaron la decisión.

A lo dicho cabe añadir que la mayoría ejercida por los socios al votar la resolución asamblearia en crisis no constituye una sumatoria de actos individuales de socios, que por lo tanto deba ser cuestionada jurisdiccionalmente contra cada uno de ellos. Esos votos que forman la mayoría son la causa fuente de un nuevo acto jurídico, que es la decisión asamblearia que pasa a ser un acto emanado de la sociedad a través de su órgano de gobierno, como es la sociedad.

Por lo tanto, la circunstancia que una medida cautelar suspenda los efectos de una decisión adoptada por una mayoría de socios que no es parte en el proceso arbitral no es un impedimento para la adopción de la medida.

ii. Medidas de ejecución continuada

A su vez, existen medidas cautelares dentro del conflicto societario que pueden requerir de ejecución continuada, como por ejemplo la designación de un interventor o de un liquidador de la sociedad.

En este caso, la adopción de la medida presenta diversos elementos.

Por un lado, se replica la cuestión subjetiva que analizamos en el punto anterior: no todos los socios son parte del litigio, mas todos van a quedar sujetos al hecho que la jurisdicción arbitral (o la estatal) designe un administrador de la sociedad. Remitimos, entonces, a lo que dijimos en el capítulo anterior.

Por otro lado, estas medidas cautelares de ejercicio continuado comparten la característica de ser oponibles a terceros. En efecto, designado un administrador, será éste quien entre en contacto con terceros (proveedores, empleados, organismos estatales, registrador societario) en nombre de la sociedad.

Esto abre un campo de análisis distinto al de las medidas cautelares de ejecución única, pues, se ingresa en la esfera de las relaciones con terceros que son totalmente ajenos a la jurisdicción arbitral.

iii. Primera aproximación a la oponibilidad frente a terceros

Ingresamos aquí en una primera aproximación al tema que planteamos en el capítulo anterior sobre la oponibilidad frente a terceros de la medida cautelar de ejercicio continuado.

No hay duda alguna que estas medidas cautelares, si fueran dictadas en sede judicial, tendrían oponibilidad frente a terceros. Existe, sin lugar a dudas una cuestión que amerita un análisis

específico cuando una medida cautelar de ese tipo es requerida en sede arbitral, como veremos, de manera más profunda, en §VIII.

VI. El tipo de medida cautelar a adoptar

Existe un entendimiento pacífico en materia de arbitraje internacional en cuanto a que los tribunales arbitrales puedan dictar medidas cautelares, como hemos destacado en §III.

A ello cabe añadir, con particular relevancia en materia de medidas cautelares en conflictos societarios, que el tribunal arbitral tiene facultades para definir el tipo de medida cautelar a adoptar⁹. En igual dirección, se ha sostenido que el tribunal arbitral está investido de la facultad de disponer la medida cautelar que considere adecuada¹⁰.

Ello es particularmente importante en la materia que estamos analizando, dado que en general, a diferencia de lo que sucede en los códigos de procedimiento y las leyes societarias, las leyes arbitrales y los reglamentos no proporcionan una causística de medidas cautelares procedentes.

En todo caso, la Ley Modelo y el Reglamento UNCITRAL sí tienen una enunciación de medidas cautelares admisibles en sede arbitral, que pueden funcionar como una suerte de aquello que es admisible en el derecho internacional. Como veremos en §IX, algunos ítems de esa enunciación podrían adaptarse a las medidas cautelares típicas en materia societaria, lo cual se ve reforzado por la facultad arbitral que estamos comentando, de adoptar la medida cautelar que el tribunal considera más adecuada.

VII. Orden público

No hace al objeto de este trabajo discutir el contorno o eventualmente la existencia del llamado orden público societario.

Lo cierto es que más allá de la caracterización de ciertos derechos societarios, como por ejemplo el derecho de receso o el derecho a votar acumulativamente, como cuestiones que involucran (o no) el orden público societario, lo cierto es que en materia de arbitraje internacional se acepta la jurisdicción arbitral para dirimir conflictos para cuya resolución es necesaria la aplicación de normas de orden público¹¹.

En materia de conflictos societarios específicamente, el Tribunal Constitucional de España ha resuelto que una eventual contradicción entre lo resuelto en el laudo con el orden público no puede consistir en nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje -sentencia del 15 de febrero de 2021¹²-. De este modo, indirectamente, se ratifica la facultad arbitral de hacer mérito de

⁹ Ver Shore, Laurence- Schaner, Lawrence- Senn, Mara V.J.-Cheng, Ta-heng, *International Arbitration in the United States*, Wolters Kluwer, 2018, The Netherlands, p. 239 y sgts., quienes refieren a las facultades del tribunal para definir *the shape* y a *the fashion* de la medida cautelar.

¹⁰ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, The Netherlands, Kluwer Law International BV, p. 216.

¹¹ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Argentina), “*Francisco Ctibor S.A.C.I. y F. c. Wall-Mart Argentina S.R.L. s/ordinario*”, del 20/12/2016, *El Derecho* (14/03/2017, nro 14.141) [2017]; Racine, *Droit*, ps. 506/7; Caivano, Roque J.-Ceballos Ríos, Natalia M., *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2020, ps. 169 y ss., especialmente, p. 175; Rivera, Julio César-Rivera (h), Julio César-Amado Aranda, Juan Ignacio, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, 3ª edición, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2022, p. 266 y ss.

¹² https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4492.

normas de orden público para resolver el conflicto societario, lo que también implica que el eventual involucramiento de derechos emergentes del llamado orden público societario no excluye la jurisdicción arbitral.

A ello cabe añadir que no puede caber duda que en materia societaria, aún respecto de aquellos derechos que eventualmente puedan ser caracterizados como protegidos por el presunto orden público societario, que los derechos investidos en el accionista son disponibles, puesto que en definitiva se trata de derechos patrimoniales que sólo a su titular interesan. Rige, en consecuencia, el principio general que establece la arbitrabilidad objetiva de aquellos conflictos que involucran derechos disponibles (o susceptibles de transacción) para las partes. La contracara de este principio ha sido específicamente utilizada por el Tribunal Superior Español (sentencia del 9 de julio de 2007) en un caso que involucraba un conflicto societario, al sostener que “*si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no pued[e]n los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ser anulado total o parcialmente su laudo*”¹³.

Por lo tanto, si un conflicto societario involucra derechos que puedan ser caracterizados por la *lex societatis* o por la jurisprudencia construida sobre su base como derechos de orden público, ello no impediría su tramitación en sede arbitral y como consecuencia de ello, en ausencia una prohibición específica de la *lex arbitri* o de la *lex societatis*, el tribunal arbitral tendría facultades para dictar una medida cautelar.

VIII. Oponibilidad a terceros

i. Cuestión general: naturaleza de la oponibilidad, cosa juzgada subjetiva y jurisdicción arbitral

La operatividad de las medidas cautelares dictadas en el marco de un conflicto societario también es una cuestión que amerita una reflexión específica.

Ya hemos visto que existe la tendencia a sostener que ciertas medidas cautelares en materia de conflictos societarios pueden generar la necesidad de ser oponibles a terceros; como ya dijimos, el caso de un interventor o un administrador que desplace a los miembros del directorio es un caso típico de esta situación.

Frente a ello, se podría pensar que esta necesidad de oponibilidad de la medida cautelar frente a terceros implicaría que un tribunal arbitral, por definición nacido de una convención acordada sólo entre las partes de la misma, no tendría facultades para dictar medidas cautelares que deben ser válidamente invocadas frente a terceros. En esta línea, se ha dicho que una acción de impugnación de la resolución adoptada en una asamblea involucra a terceros que no participan del proceso¹⁴.

En sentido contrario, un tribunal de justicia estatal constituido constitucional y legalmente y cuya jurisdicción es residual, es decir en ausencia de un pacto de jurisdicción, tendría plenas facultades para hacer que sus actos sean oponibles a terceros.

Un ejemplo de esta situación está dada por las ya mencionadas *Swiss Rules*, que si bien adoptaron en su articulado la arbitrabilidad de conflictos societarios, excluyen lo relativo a

¹³ <https://vlex.es/vid/arbitraje-impugnaci-acuerdos-sociales-l-30959803>.

¹⁴ Jiménez de Aréchaga, *Los conflictos*, p. 46. La autora lo menciona como ejemplo, pues, no coincide con esa posición.

cuestiones tales como las acciones para la designación de un liquidador, del accionista para solicitar información de la sociedad, la convocatoria de asambleas, entre otros.

En la nota explicativa de estas reglas se justifica esta excepción mencionando que los tribunales arbitrales no pueden dictar decisiones que sean oponibles a terceros (específicamente, el Registro Público de Comercio) ni tienen *imperium* para ejecutar sus propias resoluciones¹⁵.

Si bien lo anterior podría ser en principio cierto, cabe realizar algunas precisiones.

En primer lugar, la medida cautelar que dicta el juez estatal no se le impone a terceros, sino que les es oponible; por ejemplo, se le hará saber a terceros el establecimiento de un administrador que desplace a los miembros originales del directorio.

Empero, la oponibilidad a terceros de esa decisión cautelar no viene dada naturalmente por el hecho de emanar de un juez estatal, sino por el hecho de su publicidad frente a tales terceros, por ejemplo mediante su inscripción ante el Registro Público de Comercio respectivo.

En efecto, entendemos que la posición restrictiva está haciendo una infravaloración de la jurisdicción arbitral y una supervaloración de la estatal. En este sentido, no puede dejar de señalarse que los efectos de la cosa juzgada son siempre subjetivos y, por ende, solo afectan a quienes son parte del litigio respectivo¹⁶. Este principio funciona igual, sea que el conflicto se suscite por vía arbitral o por vía judicial.

Entonces, no hay ninguna característica especial de la medida cautelar (o de la sentencia de mérito) dictada en sede judicial que, a diferencia de un laudo arbitral, permita válidamente oponerla a terceros.

A su vez, es cierto que la jurisdicción arbitral es de naturaleza convencional y por lo tanto está sujeta a los principios contractuales, como el de relatividad de sus efectos. Sin embargo, ello no tiene relación con la oponibilidad de sus decisiones, sino con la imposibilidad de requerir la colaboración o la presencia de terceros al proceso arbitral¹⁷.

Frente a una circunstancia de este tipo y recordando que los árbitros ejercen la jurisdicción¹⁸ como la ejerce el juez estatal, salvo lo que refiere al *imperium*¹⁹, nada impide que un tribunal arbitral adopte una medida cautelar en el marco de un conflicto societario que deba

¹⁵ Disponible en <https://www.swissarbitration.org/centre/arbitration/arbitration-rules/#>.

¹⁶ La excepción es el supuesto del efecto expansivo de la cosa juzgada a quienes forman parte de un elenco de acreedores o deudores mancomunadamente solidarios. Sin embargo, ese efecto expansivo no se da porque la solución al conflicto litigado entre algunos de ellos emana de un tribunal de justicia estatal, sino porque una disposición de la ley sustantiva así lo dispone. Por ejemplo, el artículo 832 del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina) dispone lo siguiente: “[l]a sentencia dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás, pero éstos pueden invocarla cuando no se funda en circunstancias personales del codeudor demandado.

El deudor no puede oponer a los demás coacreedores la sentencia obtenida contra uno de ellos; pero los coacreedores pueden oponerla al deudor, sin perjuicio de las excepciones personales que éste tenga frente a cada uno de ellos”. Nada impide que el efecto expansivo que consagra esta norma sea aplicable sobre la base de un laudo arbitral.

¹⁷ Racine, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, Paris, Thémis, 2016, ps. 241/2.

¹⁸ Caivano-Ceballos Ríos, *Tratado*, ps. 8 y ss.

¹⁹ Rivera y otros, *Arbitraje Comercial*, p. 82.

ser oponible a terceros mediante los canales típicos de publicidad para que las decisiones societarias sean oponibles a terceros.

Esto es específicamente cierto en materia societaria, en la medida en que se repare, a modo de ejemplo, en que el estatuto de una sociedad es oponible a terceros sólo en la medida que esté debidamente inscrito ante el Registro Público de Comercio, pues en caso contrario estaremos en presencia de una sociedad de hecho o irregular y por lo tanto los términos de su asociación no serán oponibles a terceros. Lo mismo sucede en el caso de decisiones adoptadas por la asamblea de la sociedad que no son inscriptas en el Registro Público de Comercio. Ante la falta de inscripción, serán obligatorias internamente para accionistas y directores, pero no así frente a terceros.

De esta manera podemos advertir entonces, que la oponibilidad frente a terceros de medidas cautelares dictadas por jueces estatales tiene por fundamento su debida publicidad o registración con fines de publicidad ante los organismos respectivos, siendo que en ausencia de dicha publicidad o registración la medida societaria no será oponible a terceros.

La consecuencia natural de ello es que ejerciendo los tribunales arbitrales la función jurisdiccional, no existiría ninguna diferencia entre una medida cautelar dictada en el marco de un conflicto societario cuya oponibilidad a terceros sea necesaria, dictada por un tribunal arbitral o por un juez estatal, pues en definitiva la mentada oponibilidad a terceros dependerá de su debida publicidad o registración para publicidad.

Si tomamos como ejemplo las disposiciones que la Ley Modelo y el Reglamento de UNCITRAL proporcionan en materia de medidas cautelares, vemos que una de las medidas que se autoriza a adoptar a los tribunales arbitrales es la de proporcionar “*algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente*” (Ley Modelo, artículo 17.2.c) y Reglamento, artículo 26.2.c)).

En ninguna de estas disposiciones existe una referencia, tampoco claro está una limitación, a la naturaleza del bien a preservar. Podría, entonces, tratarse de un bien registrable. De esta manera, la medida cautelar a adoptar por el tribunal arbitral podría consistir en el dictado de un embargo sobre un bien registrable. Ninguna duda cabrá que el Registro respectivo tomará nota de esa decisión. No va en desmedro de ello que para su comunicación al Registro deba previamente requerirse el auxilio de la jurisdicción estatal de apoyo, pues, lo que estamos discutiendo es la facultad arbitral para el dictado de la medida cautelar, sin que se ponga en tela de juicio su falta de *imperium* para ejecutarla *per se*.

No hay ninguna distinción valedera entre registrar en un Registro de la Propiedad un embargo dictado por un tribunal arbitral y registrar en un Registro Público de Comercio el nombramiento de un administrador o de un liquidador designados en jurisdicción arbitral.

ii. Algunos supuestos específicos del derecho societario

a. Suspensión preventiva de una decisión adoptada en asamblea

Otra de las alternativas cautelares que, siempre de ejemplo y de síntesis, extraemos de la Ley Modelo y del Reglamento UNCITRAL consiste en mantener o restablecer “*el statu quo en espera de que se dirima la controversia*” (Ley Modelo, artículo 17.2.a) y Reglamento, artículo 26.2.a.)).

Frente a esta directriz general no cabe duda que la suspensión preventiva de una decisión adoptada por una asamblea societaria podrá ser adoptada por un tribunal arbitral, pues, implicará precisamente preservar el *status quo* hasta que recaiga decisión final sobre la controversia.

b. Acción de responsabilidad contra un director/a

Un caso específico del principio que extrajimos del punto anterior se da en el supuesto en que se promueve una acción de responsabilidad contra el director de una sociedad anónima.

Se presenta aquí la particularidad que el director, si no es también accionista, no ha celebrado el estatuto ni se ha incorporado a su regulación con posterioridad mediante la adquisición de acciones de la sociedad.

No obstante ello, no cabe ninguna duda que las disposiciones del estatuto son aplicables al director desde el momento mismo en que acepta su cargo. Como vimos, esta es la solución que consagra la ley brasilera de sociedades anónimas y la que propicia la doctrina uruguaya.

Por lo tanto, si el estatuto de la sociedad contuviera una cláusula de resolución de conflictos por vía arbitral, entonces el director está alcanzado por la misma y deberá aceptar su sometimiento a arbitraje en casos que lo involucren como una acción de responsabilidad en su contra o el pedido de su remoción²⁰.

c. Remoción del directorio y designación de un interventor o administrador

Otro ejemplo específico de una medida cautelar que puede ser adoptada en un conflicto societaria es la remoción de los directores y la designación de un administrador. Esta última medida es aceptada por los comentarios del Reglamento UNCITRAL²¹.

En nuestra opinión, un tribunal arbitral podría válidamente dictar una medida cautelar por medio de la cual designe un interventor en la sociedad con desplazamiento de los directores naturales o el nombramiento de un liquidador de la sociedad, la cual deberá ser inscrita ante el Registro Público de Comercio del domicilio de la sociedad.

Nuevamente destacamos que el hecho que para inscribir en dicho registro la medida cautelar adoptada por el tribunal arbitral deba requerirse el auxilio de la jurisdicción judicial de apoyo, no implica un menoscabo de las facultades arbitrales para el dictado de ese tipo de medidas cautelares, sino un nuevo reconocimiento de la limitación que encuentra la jurisdicción arbitral en su falta de *imperium*, lo cual es común a todo tipo de resoluciones adoptadas en materia arbitral.

²⁰ En términos generales, ver la opinión concurrente de Jiménez de Aréchaga, *Los conflictos*, p. 48. Ver, asimismo, lo dispuesto por la DC Sexta de la Ley Peruana, transcrita en la nota al pie 3.

²¹ Graham Tapia, Enrique en Perales Viscasillas, Pilar-Tortorola, Ignacio (dirs.), *Nuevo reglamento de arbitraje de la CNUDMI 2010: anotado y comentado por materias y antecedentes legislativos*, Buenos Aires, Legis, 2011.

d. La sociedad como registro

A lo dicho cabe añadir que, como anticipamos (§II.¶9), existen situaciones en las cuales el conflicto se suscita sobre la base de un acuerdo de accionistas, es decir un convenio de naturaleza para societaria que no integra las disposiciones del estatuto societario.

En estos supuestos, que como es sabido en muchos casos involucran discusiones relacionadas con la transferencia de paquetes accionarios, suelen dictarse medidas cautelares que tienen por objeto la inmovilización de las acciones cuya titularidad está en discusión o la publicidad frente a terceros de la existencia del conflicto. Como es sabido, este tipo de medidas se inscribe en el libro respectivo de la sociedad, en el cual se registran las tenencias accionarias.

En este tipo de conflictos puede suscitarse la circunstancia, muy habitual, que la sociedad no sea parte en el mismo. De este modo, tendremos un conflicto suscitado entre accionistas sindicados en el cual un tribunal arbitral puede dictar una medida cautelar de preservación de cierta tenencia accionaria o de publicidad frente a terceros de la existencia del conflicto en el cual se pone en tela de discusión la titularidad de esas acciones.

Sin lugar a dudas la utilidad de estas medidas cautelares resultará efectiva sólo en la medida en la cual la sociedad inscriba las mismas en el libro ya referido. En caso contrario, un tercero que adquiera dicha acciones estará comprándolas de buena fe, en tanto en el libro que oficia de registro no se ha contabilizado ninguna medida o advertencia sobre la situación conflictiva.

En este caso, la sociedad debe registrar la medida cautelar dispuesta por el tribunal arbitral. Ello es así, en tanto frente a esta circunstancia específica el ente societario no asume el rol de un tercero afectado o perjudicado por una medida cautelar, sino que la resolución de preservación adoptada por el tribunal arbitral le es comunicada con la finalidad de que, cumpliendo su función registral emanada del llevado de libros que constituyen el registro de la tenencia de bienes que eventualmente pueden ser muy valiosos como son las acciones emitidas por ella misma, inscriba la referida medida en dicho registro. De esta manera, la sociedad -insistimos- no se trataría de un tercero afectado por la medida cautelar sino de un registrador que tiene a su cargo la inscripción en el registro a su cargo de dicha medida.

IX. Conclusiones

El arbitraje para la resolución de conflictos societarios goza de una extendida aceptación en el derecho internacional.

La jurisdicción ejercida por los árbitros es similar a la ejercida por los jueces estatales, con excepción del *imperium*.

El tribunal arbitral tiene las mismas prerrogativas que una corte estatal para dictar medidas cautelares en un conflicto de derecho societario.

Las medidas cautelares de ejecución instantánea no causan ningún tipo de controversia en cuanto a las facultades de los tribunales arbitrales para dictarlas.

La medida cautelar societaria dictada por un juez estatal no es *per se* oponible a terceros, sino a través de los canales de publicidad o registración propios del derecho societario.

Las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral en el marco de un conflicto societario pueden ser oponibles a terceros. Que para ello deba recurrirse al juez de apoyo no va a en

desmedro de dicha facultad. A modo de comparación, la misma situación se presenta en el caso en que un tribunal arbitral dicte una medida de preservación de un bien registrable.

El llamado orden público societario no limita las facultades del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares. En tanto ejercen jurisdicción como los jueces estatales los árbitros deben tomar en consideración en su resolución las normas de orden público aplicables.

Las medidas cautelares societarias de ejecución continuada pueden ser dictadas por un tribunal arbitral del mismo modo que un juez estatal. Para su ejecución, publicidad o registración podrá ser necesario recurrir al juez de apoyo.

Bibliografía

BORN, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, The Netherlands, Kluwer Law International BV.- -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Argentina), “*Francisco Ctibor S.A.C.I. y F. c. Wall-Mart Argentina S.R.L. s/ordinario*”, del 20/12/2016, *El Derecho* (14/03/2017, nro 14.141) [2017]

CAIVANO, Roque J.-Ceballos Ríos, Natalia M., *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2020.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Mercedes, *Los conflictos societarios y el arbitraje*, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 2013, disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Jimenez-de-Arechaga-Los-conflictos-societarios-y-el-arbitraje.pdf>.

KAUFMANN-Kohler, GRABIELLE-RIGOZZI, Antonio, *International arbitration*, Oxford University Press, 2015.

RACINE, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, Paris, Thémis, 2016, ps. 241/2.

RIVERA, Julio César-Rivera (h), Julio César-Amado Aranda, Juan Ignacio, *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, 3ª edición, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2022.

VÁZQUEZ PALMA, M. Fernanda, *Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho Societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización*, *Ius et Praxis*, versión on line, Vol. 20 No. 1, 2014, disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n1/art17.pdf>.

SHORE, Laurence- Schaner, Lawrence- Senn, Mara V.J.-Cheng, Ta-heng, *International Arbitration in the United States*, Wolters Kluwer, 2018, The Netherlands.

US Supreme Court, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

La *cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional: lo viejo y lo nuevo

The *Cautio Judicatum Solvi* in International Arbitration: the Old and the New

Nahila A. Cortés¹, Fabian Zetina², Diego Zúñiga³

Resumen

La figura de la cautio judicatum solvi ha atraído mucha atención especialmente en arbitrajes de inversión. Debido a los altos costos que conlleva la defensa de este tipo de procedimientos, los estados han explorado maneras en las cuales los inversionistas puedan asegurar el pago de los costos de sus defensas en el caso en que exista una condena adversa en costos. En 2022, las Reglas de Arbitraje del CIADI dieron un paso importante en la “codificación” de esta figura, dando certeza tanto al demandante como al demandado al momento de solicitar o defenderse de una solicitud de garantía por costos. Previo a ello, a pesar de no existir regulación expresa, los tribunales en materia de arbitraje de inversión habían ya considerado estas solicitudes y se crearon estándares para su otorgamiento.

Abstract

Cautio judicatum solvi has attracted much attention especially in investment arbitration. Because of the high costs involved in defending these types of proceedings, states have explored ways in which investors can secure payment for the costs of their defenses in the event of an adverse cost award. In 2022, the ICSID Arbitration Rules took an important step in the “codification” of this subject, giving certainty to both the claimant and the respondent when requesting or defending a request for security for costs. Prior to this, despite the absence of express regulation, investment arbitration tribunals had already considered these requests and set standards to analyze and grant these requests.

Palabras clave: Estados – garantías por costos –terceros financiadores– arbitraje de inversión – CIADI – deber de revelación

Key words: States – security for costs –third party funders– investment arbitration – ICSID-disclosure duties

Sumario: I. Introducción. II. Régimen previo a la enmienda a las Reglas CIADI vigente desde julio de 2022. A. ¿Qué es y qué comprende el concepto de la *cautio judicatum solvi*? B. Competencia de los tribunales arbitrales y el *test prima facie*. C. Los requisitos para la

¹ Abogada por la Universidad Austral (Argentina), Máster en Derecho (LL.M) por American University Washington College of Law (Estados Unidos). Admitida en el Colegio de Abogados de Nueva York y el Distrito de Columbia. Counsel en BakerHostetler. Contacto ncortes@bakerlaw.com

² Abogado por la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala), Máster en Derecho (LL.M.) por Columbia Law School (Estados Unidos). Admitido en el Colegio de Abogados de Nueva York y en proceso de admisión al Colegio de Abogados de Distrito de Columbia. Asociado en BakerHostetler. Contacto: fzetina@bakerlaw.com

³ Abogado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Lima (Perú), Máster en Derecho (LL.M.) y Diplomado en Derecho y Negocios (APCLB) por la Escuela de Leyes y la Escuela de Negocios de la Universidad de Nueva York. Analista Legal Internacional en la oficina de Washington, DC en BakerHostetler. Contacto: dzuniga@bakerlaw.com

*El contenido y opiniones en esta publicación son propias de los autores y no vinculan a su firma ni reflejan ninguna postura en particular.

procedencia de la cautio judicatum solvi. D. La incidencia del financiamiento del arbitraje por terceros (Third Party Funding) en el otorgamiento de la Cautio Judicatum Solvi. A. El financiamiento por terceros y sus dilemas. (i) La conveniencia de permitir la participación de los terceros financistas. (ii) Deber de revelación. (iii) El tercero financista y su repercusión en los costos del arbitraje. (iv) La incidencia del tercero financista en el test para el otorgamiento de la cautio judicatum solvi. IV. Nuevos desarrollos en temas de Garantía por Costos. A. Enmiendas a las Reglas CIADI 2022. B. Discusiones en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. V. Casos Prácticos. VI. Conclusiones.

I. Introducción

La *cautio judicatum solvi* o garantía por costos es una medida cautelar que se otorga en un procedimiento arbitral o judicial que ordena a una de las partes a prestar una caución o fianza a favor de la otra para asegurar el derecho de la requirente a cobrar los costos del arbitraje en el caso que dicha parte prevalezca. El fin de la medida es resguardar los intereses de una parte que es forzada a participar en un procedimiento e incurrir en los gastos que se generen cuando existe el riesgo de que la demandante no tenga solvencia económica. Estos costos pueden incluir los gastos administrativos, honorarios legales y los costos del tribunal arbitral.

Los tribunales han sido muy prudentes a la hora de decidir su procedencia y otorgar la medida. En el ámbito de los arbitrajes de inversión, la regla ha sido que la medida procede en casos excepcionales y recién en el año 2019, en el caso de *RSM vs. Santa Lucía*, un tribunal arbitral otorgó a favor de la parte demandada la *cautio judicatum solvi*. A la fecha, sólo existen pocos casos de inversión en el que los tribunales han otorgado la esta medida.⁴

Antes de la enmienda de las Reglas CIADI de julio 2022 (“Reglas CIADI 2022”), las reglas arbitrales no reconocían expresamente la facultad de los árbitros para conceder la *cautio judicatum solvi*. Sin embargo, esto no fue un impedimento para su otorgamiento dado que los tribunales encontraron que eran competentes para conceder este tipo de medida cautelar. Si bien han existido algunas voces disidentes, la práctica arbitral la ha aceptado y prueba de ello es que las Reglas CIADI 2022 expresamente incluyeron esta potestad.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el otorgamiento de este tipo de medidas ha generado debate. Parte de estas discusiones incluye, entre otros, el balance entre el derecho de la demandante al acceso a la justicia y la afectación a la integridad patrimonial del demandando; la incidencia cada vez más frecuente del financiamiento de terceros y cómo debe considerarse este elemento en el análisis del tribunal arbitral, entre otros.

En este contexto, el objetivo de este trabajo es presentar el marco normativo que rige la *cautio judicatum solvi* en los arbitrajes de inversión y brindarle al lector una guía para ayudarlo a

⁴ *RSM c. Santa Lucia*, CIADI, Decisión sobre la solicitud de Santa Lucía sobre la garantía de costos, 13 de abril de 2014; *García Armas y otros c. Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada), 20 de junio de 2018; *Eugene Kazmin c. República de Latvia*, Caso CIADI No. ARB/17/5, Orden Procesal No. 6, Decisión sobre la Cautio Judicatum Solvi solicitada por la Demandada, 13 de abril de 2020; *Dirk Herzig como Administrador Concursal de los Activos de Unionmatex Industrieanlagen GmbH c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/18/35, Decisión sobre Cautio Judicatum Solvi, 27 de enero de 2020; *Progras Energy c. Pakistan*, PCA Caso No. 2014/18, Decisión del Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra y Gales, 9 de febrero de 2018; *Nord Stream 2 AG c. Unión Europea*, CPA Caso No. 2020-07, Orden Procesal Nro. 11, 14 de julio de 2023.

determinar cuándo una solicitud de este tipo tiene más posibilidades de ser concedida o rechazada así como desarrollos recientes en la materia.

La primera parte de este trabajo discute el régimen previo a la enmienda a las Reglas CIADI vigente desde julio de 2022 y los parámetros analizados por los tribunales arbitrales para el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*. La segunda parte, trata la incidencia del financiamiento por terceros en el otorgamiento de este tipo de medida y el debate generado en su entorno. La tercera parte trata la actual regulación de las Reglas CIADI, los trabajos preparatorios a la enmienda y los nuevos cuestionamientos a resolver. Finalmente, en la última parte, presentamos un cuadro con casos de arbitraje de inversión en el cual exponemos los elementos fácticos presentes en cada caso y el razonamiento del tribunal arbitral para conceder o denegar la *cautio judicatum solvi*.

II. Régimen previo a la enmienda a las Reglas CIADI vigente desde julio de 2022

En esta primera sección analizaremos el marco normativo y la práctica arbitral en torno a la *cautio judicatum solvi* previo a la enmienda de las Reglas del CIADI y las principales cuestiones que han surgido para entender a este instituto.

A. ¿Qué es y qué comprende el concepto de la *cautio judicatum solvi*?

La *cautio judicatum solvi* es una medida que tiene por fin resguardar el derecho del requirente de recuperar los costos del arbitraje en caso de prevalecer en el litigio. Según el Tribunal en *RSM c. Santa Lucía*, este es un derecho procesal que no se relaciona directamente con el fondo del asunto y es un derecho condicional, en tanto se consolida si el requirente prevalece en el fondo y el tribunal ordena el reembolso de costos.⁵ Generalmente la *cautio judicatum solvi* se otorga por medio de una garantía bancaria, un pago en custodia o una forma similar de garantía.⁶

Este tipo de caución únicamente comprende a las costas y honorarios legales, es decir, incluye a los gastos que se derivan de la defensa arbitral y no se extiende a los daños reclamados. Por ello es importante distinguir entre la garantía por costos y la garantía por daños (*security for claims*). Si bien esta última también es una medida cautelar, ella tiene por objeto garantizar el pago de los daños reclamados en el arbitraje cuando se pruebe que la ejecución del laudo es imposible y no se pueden recuperar los daños.⁷ Esta es una medida que rara vez se otorga atento al riesgo de un prejuzgamiento en el fondo del caso y el elevado estándar que debe probar la parte requirente.⁸

En relación con los efectos del incumplimiento de una garantía por costos, previo a la reforma de las reglas del CIADI, los tribunales ya habían determinado que contaban con facultades

⁵ *RSM Production Corporation c. Santa Lucia*, Caso CIADI No. ARB/12/10 (Decisión sobre la Solicitud de garantías de costos de Santa Lucía), 13 de abril de 2014, ¶¶ 63-64; *García Armas y otros c. Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada), 20 de junio de 2018, ¶ 201.

⁶ Sigvard Hakan Ludvig Jarvin and Corinne Nguyen, “Advance on Costs, Security for Costs and Related Issues – Introductory Comments” en *Compendium of International Commercial Arbitration Forms: Letters, Procedural Instructions, Briefs and Other Documents*, Kluwer Law International, 2017, p. 233.

⁷ Born, G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021, §17.02(G)(4)(d).

⁸ *Pugachev c. Rusia*, Ad Hoc, Laudo Parcial, 7 de julio de 2017, ¶¶ 406-412.

inherentes y discrecionales para suspender el procedimiento y eventualmente decidir sobre la discontinuación del mismo.⁹

Por ejemplo, en el caso *Kazmin c. Latvia*, el tribunal sostuvo que es generalmente aceptado que los tribunales tienen autoridad para suspender el procedimiento en circunstancias apropiadas y, citando al caso *RSM c. Santa Lucía*, sostuvo que el artículo 44 de la Convención CIADI, segunda oración, concede a los tribunales la facultad para suspender el procedimiento por incumplimiento de una orden por costos.¹⁰

Hoy en día, con la reforma de las reglas del CIADI, se reconoce de forma expresa en la regla 53, la facultad del tribunal para suspender el procedimiento si la parte no cumple con la garantía por costos, y si el procedimiento se suspende por más de 90 días, el Tribunal está facultado para discontinuar el procedimiento previa consulta con las partes.¹¹

B. Competencia de los tribunales arbitrales y el test prima facie

Previo a la enmienda de las reglas del CIADI, ni estas, ni las reglas CNUDMI reconocían de forma expresa la facultad de los árbitros de otorgar una garantía por costos. A pesar de ello, era ampliamente aceptado por los tribunales arbitrales que la *cautio judicatum solvi* se podría conceder en el marco de sus facultades para ordenar medidas cautelares¹² y fundaban su potestad en el artículo 47 de la Convención CIADI y el artículo 39 de dichas Reglas, como así también en el artículo 26.2.c y artículo 42.1 de las Reglas de CNUDMI.¹³

⁹ Sigvard Hakan Ludvig Jarvin and Corinne Nguyen, “Advance on Costs, Security for Costs and Related Issues – Introductory Comments” en *Compendium of International Commercial Arbitration Forms: Letters, Procedural Instructions, Briefs and Other Documents*, Kluwer Law International, 2017, p. 233.

¹⁰ “It is generally admitted that pursuant to this provision, ICSID tribunals have the authority to suspend the proceedings in appropriate circumstances. In *RSM v. Saint Lucia*, the tribunal found specifically that Article 44 sentence 2 of the ICSID convention granted ICSID tribunals the authority to suspend the proceedings in case of a non-compliance by a party with an order for security for costs. The present Tribunal agrees with this position.” *Kazim c. Latvia*, Caso CIADI No. ARB/17/5, Orden Procesal No. 7 (Decisión sobre la solicitud para suspender el procedimiento del Demandado), 6 de mayo de 2020, ¶ 18. Ver también *RSM Production Corporation c. Santa Lucia*, Caso CIADI No. ARB/12/10, Decisión sobre anulación, 29 de abril de 2019, ¶¶ 190-191; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egipto*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decisión sobre objeciones jurisdiccionales, 27 de noviembre de 1985, ¶ 87.

¹¹ Ver Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Reglas de Arbitraje 2022, Reglas 53

¹² *Hope Services LLC c. República de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/20/2, Orden Procesal No. 4 (Decisión sobre la garantía de costos de la Demandada), 12 de mayo de 2021, ¶¶ 29-31; *Dirk Herzig como Administrador Concursal de los Activos de Unionmatex Industrieanlagen GmbH c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/18/35, Decisión sobre Cautio Judicatum Solvi, 27 de enero de 2020, ¶ 48; *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre las medidas provisionales solicitadas por las partes, 25 de septiembre de 2001, ¶ 86; *South American Silver Limited c. Bolivia*, PCA Caso No. 2013-15, Orden Procesal No. 10, 11 de enero de 2016, ¶ 52; *García Armas y otros c. Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada), 20 de junio de 2018, ¶ 186.

¹³ Alexander Karl, ‘Chapter V: Investment Arbitration, Security for Costs as a Default in Investment Arbitration: A Workable Protection for States when Third-Party Funders are involved?’, en Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2020 (Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2020) p. 566.

Particularmente en el caso de los arbitrajes CIADI, los tribunales observaron que su autoridad para “recomendar” medidas cautelares, era equivalente a su facultad para “ordenar” cualquier medida provisional que se considere necesaria para preservar el derecho de una parte.¹⁴

Asimismo, en este tipo de medidas, los tribunales arbitrales y algunos autores han postulado que no es necesario que la parte requirente demuestre y pruebe como condición previa al análisis de esta medida, la existencia de una posibilidad razonable de que vaya a vencer en jurisdicción (*caso prima facie sobre la jurisdicción*) o en el fondo (*caso prima facie sobre el fondo*).

En cuanto al *test prima facie* de jurisdicción, en el caso *RSM c. Santa Lucía*, el tribunal sostuvo que no es necesario que el requirente demuestre que puede razonablemente vencer en jurisdicción. Si bien para conceder una medida provisional los tribunales podrían requerir la existencia preliminar de jurisdicción, este *test* no aplica en el caso de una solicitud de garantía por costos. Del mismo modo, la doctrina también ha sostenido que este requerimiento es improcedente y que esta se puede conceder, inclusive, cuando la jurisdicción está siendo cuestionada.¹⁵

En lo que respecta a la verosimilitud del derecho invocado sobre el fondo, algunos tribunales también se han pronunciado sobre la negativa puesto que cualquier pronunciamiento en ese sentido sería prematuro y podría arriesgar el prejuzgamiento del caso.¹⁶

C. Los requisitos para la procedencia de la *cautio judicatum solvi*

Previo a su reforma, el artículo 47 de la Convención CIADI no definía cuales eran las “circunstancias” que determinaban la procedencia de medidas provisionales pero existía consenso de que estas debían ser “urgentes y necesarias.”¹⁷ En otras palabras, no era suficiente

¹⁴ *RSM Production Corporation c. Santa Lucia*, Caso CIADI No. ARB/12/10 (Decisión sobre la Solicitud de garantías de costos de Santa Lucía), 13 de abril de 2014, ¶ 49; *Emilio Agustín Maffezini c. España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Resolución Procesal No. 2, 28 de octubre de 1999, ¶ 9.

¹⁵ Alexander Karl, ‘Chapter V: Investment Arbitration, Security for Costs as a Default in Investment Arbitration: A Workable Protection for States when Third-Party Funders are Involved?’, en Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2020 (Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2020) p. 567.

¹⁶ *La sucesión de Julio Miguel Orlandini-Agreda y Compañía Minera Orlandini Ltda. c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA Nro. 2018-39, Decisión Sobre la Solicitud de Terminación, Trifurcación y Cautio Judicatum Solvi del Demandado, 9 de julio de 2019, ¶ 142; *RSM Production Corporation c. Santa Lucia*, Caso CIADI No. ARB/12/10 (Decisión sobre la Solicitud de garantías de costos de Santa Lucía), 13 de abril de 2014, ¶ 59; *RSM Production Corporation c. Santa Lucia*, Caso CIADI No. ARB/12/10, Opinión del Árbitro Gavan Griffith, 15 de julio de 2016, ¶ 4-6; *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. La República Plurinacional de Bolivia*, UNCITRAL, PCA Caso 2011-17, Orden Procesal No. 4, 11 de marzo de 2013, ¶ 8.

¹⁷ *RSM Production Corporation c. Santa Lucia*, Caso CIADI No. ARB/12/10 (Decisión sobre la Solicitud de garantías de costos de Santa Lucía), 13 de abril de 2014, ¶ 75; *Tethyan Copper Company Pty Limited c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Decisión sobre Medidas Provisionales, 13 de diciembre de 2012, ¶ 118; *Tanzania Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Limited*, Caso CIADI No. ARB/98/8, Decisión sobre Solicitud de Medidas Provisionales del Demandado, 20 de diciembre de 1999, ¶ 18; *Plama Consortium Limited c. Republica de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Orden del Tribunal sobre la Solicitud de Medidas Provisionales Urgentes del Demandante, 6 de septiembre de 2005, ¶ 38; *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/7, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendaciones sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de

que la medida se ordene con el fin de preservar un derecho, sino que debía existir un peligro inminente de que un daño irreparable a los derechos del requirente acontezca y que sea por dicha razón que se solicita una medida cautelar.

En el caso de la *cautio judicatum solvi*, el estándar de “necesario y urgente” es alto y procede de forma excepcional. De hecho, en la práctica los tribunales han establecido que no es suficiente que se pruebe que el demandante carece de fondos o deliberadamente encubre sus bienes, sino que debe existir algún elemento de mala fe.¹⁸

En el análisis de procedencia de una garantía por costos, existen dos pasos fundamentales. En primer lugar, el tribunal debe encontrar que existen circunstancias excepcionales que determinan la necesidad y urgencia del otorgamiento de la medida. Este análisis es muy factual y por ello, en los siguientes párrafos se detallan los elementos considerados por los tribunales arbitrales en donde esta medida fue exitosamente concedida.

En el caso *RSM c. Santa Lucía*, el tribunal concedió la medida y en su análisis tuvo en cuenta (i) el historial de incumplimiento de las obligaciones financieras de la demandante en casos anteriores, tanto CIADI como no CIADI¹⁹ (ii) que la demandante admitió no tener recursos propios para cubrir los costos y admitió que era financiada por un tercero financista desconocido, (iii) que el tribunal tenía razones suficientes para creer que el tercero financista no cubriría los costos de un eventual laudo a favor del demandado²⁰ y (iv) estos elementos se presentaron de forma acumulativa.²¹

En el caso *García Armas y otros c. Venezuela*, se concedió la garantía por costos. El Tribunal consideró que la mera existencia de financiamiento por tercero no era *per se* prueba de insolvencia.²² Sin embargo, hubo dos elementos centrales: (i) la existencia de un acuerdo de financiamiento y (ii) el hecho de que el acuerdo no cubría una condena en costas, que llevaron al tribunal a sostener dos conclusiones (i) que podría existir un riesgo de que los demandantes puedan ser insolventes o que no cuenten con bienes necesarios para que una condena sea ejecutada y (ii) que se había configurado un probable riesgo de que se produzca un daño a la demandada no resarcible adecuadamente mediante una indemnización.²³ Atento a ello, el

2007, ¶ 174; *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Provisionales, 17 de agosto de 2007, ¶ 59; *Perenco Ecuador Limited c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre Medidas Provisionales, 8 de mayo de 2009, ¶ 43; *Burimi S.R.L. e Eagle Games S.H.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/18, Orden Procesal No. 8, 3 de mayo de 2012, ¶ 34.

¹⁸ Cfr. Xuan Shao, ‘Disrupt the Gambler’s Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third-Party Funding’, en Thomas Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford University Press 2021, vol. 12, núm. 3, sección 3.

¹⁹ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB/12/10 (Decisión sobre la Solicitud de garantías de costos de Santa Lucía), 13 de abril de 2014, ¶ 82.

²⁰ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB/12/10 (Decisión sobre la Solicitud de garantías de costos de Santa Lucía), 13 de abril de 2014, ¶¶ 83, 86.

²¹ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, Caso CIADI No. ARB/12/10 (Decisión sobre la Solicitud de garantías de costos de Santa Lucía), 13 de abril de 2014, 13/04/2014, ¶ 86.

²² *García Armas y otros c. Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada), 20 de junio de 2018, ¶ 243.

²³ *García Armas y otros c. Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada), 20 de junio de 2018, ¶ 245.

tribunal recurrió a la carga dinámica de la prueba²⁴ para que las demandantes prueben de manera fehaciente que tenían efectivamente los medios para afrontar una eventual condena por garantía de costos o la existencia de bienes suficientes. En el proceso, las propias demandantes alegaron ser solventes, pero no lograron probar fehacientemente lo requerido por el tribunal.²⁵ El Tribunal consideró que “de la documentación acompañada no se puede concluir que la Demandada pueda ejecutar efectivamente los bienes identificados por los Demandantes. Ello porque las sociedades propietarias de los activos no pueden asumir las obligaciones de sus accionistas. Amén de que el resto de los Demandantes ni siquiera son accionistas de ninguna de las sociedades.”²⁶

En el caso *Eugene Kazmin c. República de Latvia*, el tribunal consideró los siguientes elementos para conceder la *cautio judicatum solvi*: (i) que la demandante incumplió con el pago de los honorarios de su anterior abogado²⁷, (ii) la existencia de investigaciones penales por evasión fiscal²⁸, (iii) que el demandante encubría bienes para reducir su exposición al reclamo de acreedores²⁹, (iv) la existencia de transacciones anteriores que demostraban una conducta negativa sobre las prácticas corporativas de la demandante³⁰ y (v) que la demandante no probó la existencia de bienes y ni siquiera ofreció una carta de garantía u otro compromiso de pago para hacer frente a una eventual condena en costas.³¹

En el caso *Dirk Herzig c. Turkmenistan*, el tribunal consideró en conjunto, no por si solos, tres elementos (i) la existencia de un tercero financista,³² (ii) la ausencia de bienes del demandante,³³ y (iii) el hecho de que el tercero financista no asumía responsabilidad frente a una eventual condena en costas.³⁴ En cuanto a los dos primeros elementos, el tribunal fue claro en señalar que dichos elementos por si solos no constituían una situación de excepcionalidad

²⁴ *García Armas y otros c. Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada), 20 de junio de 2018, ¶ 248.

²⁵ *García Armas y otros c. Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada), 20 de junio de 2018, ¶¶ 224, 232.

²⁶ *García Armas y otros c. Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada), 20 de junio de 2018, ¶¶ 249.

²⁷ *Eugene Kazmin c. República de Latvia*, Caso CIADI No. ARB/17/5, Orden Procesal No. 6, Decisión sobre la Cautio Judicatum Solvi solicitada por la Demandada, 13 de abril de 2020, ¶ 31.

²⁸ *Eugene Kazmin c. República de Latvia*, Caso CIADI No. ARB/17/5, Orden Procesal No. 6, Decisión sobre la Cautio Judicatum Solvi solicitada por la Demandada, 13 de abril de 2020, ¶ 41.

²⁹ *Eugene Kazmin c. República de Latvia*, Caso CIADI No. ARB/17/5, Orden Procesal No. 6, Decisión sobre la Cautio Judicatum Solvi solicitada por la Demandada, 13 de abril de 2020, ¶ 42.

³⁰ *Eugene Kazmin c. República de Latvia*, Caso CIADI No. ARB/17/5, Orden Procesal No. 6, Decisión sobre la Cautio Judicatum Solvi solicitada por la Demandada, 13 de abril de 2020, ¶ 58.

³¹ *Eugene Kazmin c. República de Latvia*, Caso CIADI No. ARB/17/5, Orden Procesal No. 6, Decisión sobre la Cautio Judicatum Solvi solicitada por la Demandada, 13 de abril de 2020, ¶ 61.

³² *Dirk Herzig como Administrador Concursal de los Activos de Unionmatex Industrieanlagen GmbH c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/18/35, Decisión sobre Cautio Judicatum Solvi, 27 de enero de 2020, ¶ 54.

³³ *Dirk Herzig como Administrador Concursal de los Activos de Unionmatex Industrieanlagen GmbH c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/18/35, Decisión sobre Cautio Judicatum Solvi, 27 de enero de 2020, ¶ 55.

³⁴ *Dirk Herzig como Administrador Concursal de los Activos de Unionmatex Industrieanlagen GmbH c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/18/35, Decisión sobre Cautio Judicatum Solvi, 27 de enero de 2020, ¶ 57.

para considerar la medida, pero estos junto con el tercer elemento que es crítico en el análisis, motivaron que el tribunal ordenara la *cautio judicatum solvi*.

En el caso *Nord Stream 2 AG c. Unión Europea*, el tribunal hizo una especial referencia a los elementos analizados en el caso Manuel García Armas. El tribunal denominó a estos elementos como los elementos generales para conceder medidas provisionales adaptados a una situación de garantía por costos. Los elementos son: (i) una posibilidad razonable de que se dicte un laudo favorable al solicitante de la medida, incluyendo los costos legales de representación; (ii) un riesgo razonable de que el solicitante no pueda recuperar de la otra parte, los costos otorgados en su favor; y (iii) una evaluación ponderando de que el daño resultante de la falta de recuperación de los costos, sea sustancialmente mayor que el perjuicio de una condena de en costas.³⁵

Una vez que los tribunales determinan la existencia de circunstancias excepcionales que acreditan la necesidad y urgencia de la medida, el segundo paso consiste en superar el *test* de proporcionalidad de la medida.³⁶ En este punto, el *test* consiste en sopesar el eventual perjuicio de no recuperar los costos incurridos en el arbitraje, frente al perjuicio de no poder continuar con el reclamo si no se proporciona la garantía de costos.³⁷ En otras palabras, el tribunal debe balancear, por un lado, el derecho de la demandante de acceso a la justicia, y por otro lado, el derecho de la demandada a su integridad patrimonial.

En el caso *Eskosol v. Italy* el tribunal sostuvo que el *test* de proporcionalidad es una parte crítica de cualquier análisis de medidas provisionales, y la parte que solicita estas medidas debe demostrar que su necesidad no esté superada por las dificultades a las que se vería sometida la otra parte si se conceden las medidas. Puntualmente sostuvo que este análisis es particularmente crítico cuando una medida puede, al menos potencialmente, afectar la capacidad de una parte de presentar sus reclamos o defensas ante el CIADI.³⁸

Este análisis tampoco es sencillo y el ejemplo contundente de disparidad de criterio es el caso *Dirk Herzig c. Turkmenistan*. Como vimos en los párrafos anteriores, el tribunal concedió la *cautio judicatum solvi*, pero posteriormente el tribunal revirtió su decisión, atento a que la demandante no podía pagar la caución.

El tribunal sostuvo que, si bien el tercero financista no cubría una eventual condena en costas y era injusto que obtenga beneficios sin asumir riesgos y a pesar de que el demandado se enfrentase a una situación en la cual no podría recuperar los costos del arbitraje, la

³⁵ *Nord Stream 2 AG c. Unión Europea*, CPA Caso No. 2020-07, Orden Procesal Nro. 11, 14 de julio de 2023, ¶ 91.

³⁶ *Hope Services LLC v. República de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/20/2, Orden Procesal No. 4 (Decisión sobre la garantía de costos de la Demandada), 12 de mayo de 2021, ¶ 61; *La sucesión de Julio Miguel Orlandini-Agreda y Compañía Minera Orlandini Ltda. c. el Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA Nro. 2018-39, Decisión Sobre la Solicitud de Terminación, Trifurcación y Cautio Judicatum Solvi del Demandado, 9 de julio de 2019, ¶ 145; *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, Caso CIADI No. ARB/15/50, Orden Procesal No. 3, Decisión sobre la solicitud de la Demandada de medidas provisionales, 12 de abril de 2017, ¶ 38.

³⁷ Martina Polasek and Celeste E Salinas Quero, 'Security for Costs: Overview of ICSID Case Law' in Sherlin Tung, Fabricio Fortese and Crina Baltag (eds), *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy* (Kluwer 2020), p. 400.

³⁸ *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, Caso CIADI No. ARB/15/50, Orden Procesal No. 3 (Decisión sobre la solicitud de la Demandada de medidas provisionales), 12 de abril de 2017, ¶ 38.

discontinuación del procedimiento por la inhabilidad del demandante de pagar la caución importaría una privación de justicia. La postura de la mayoría fue criticada por la minoría y este caso no deja de ser una paradoja evidente de disparidad de criterio y la dificultad en el análisis de proporcionalidad.³⁹

III. La incidencia del financiamiento del arbitraje por terceros (*Third Party Funding*) en el otorgamiento de la *Cautio Judicatum Solvi*

La tendencia al alza en la inversión necesaria para iniciar y llevar adelante un arbitraje de inversión, en términos de tiempo, dinero y esfuerzo requeridos, puede desincentivar a aquellos que no se encuentran en una posición financiera óptima de emprender este camino.

Para brindar soluciones a esta situación, han surgido nuevos mecanismos de financiamiento, como el financiamiento por terceros, las pólizas de seguros de costas procesales (*After the Event* o “ATE”) o el seguro por falta de pago de un laudo (*Award Default Insurance* o “ADI”)⁴⁰, especialmente diseñadas para este mercado, que se han convertido en buenas alternativas para aquellos demandantes que no cuentan con los recursos necesarios para afrontar un arbitraje o para aquellos que, simplemente, deciden invertir su dinero en actividades más rentables y optan por recurrir a un mecanismo de financiamiento para la disputa.

En esta sección del trabajo, analizamos brevemente el concepto del financiamiento por terceros, las controversias que ha generado en su entorno y que impacto tiene la presencia de un tercero financista en el análisis previo a decidir la garantía por costos.

A. El financiamiento por terceros y sus dilemas

El financiamiento por terceros, es un mecanismo de financiamiento por el cual una persona natural o jurídica sin intereses preexistentes en la disputa asume, a través de un contrato, todos o parte de los costos asociados a la acción arbitral a cambio de una retribución que puede ser un monto fijo o un porcentaje de lo que la parte financiada (usualmente la demandante) obtenga como resultado del proceso, ya sea en un eventual laudo arbitral o en un acuerdo negociado que ponga fin a la acción arbitral.⁴¹

La presencia de terceros ajenos a la disputa ha generado distintos cuestionamientos y controversias. Las cuestiones incluyen, entre otras, (i) si se debería permitir la participación de terceros financistas en los procesos arbitrales, (ii) si se debe revelar su presencia, (iii) si se

³⁹ Cfr. Xuan Shao, ‘Disrupt the Gambler’s Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third-Party Funding’, in Thomas Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford University Press 2021, vol. 12, núm. 3, sección 5.

⁴⁰ Dechamps, Jean Paul, “Nuevos Desarrollos Financieros en el Arbitraje Internacional”, 28 de marzo, 2017, disponible en <https://abogados.com.ar/nuevos-desarrollos-financieros-en-el-arbitraje-internacional/19631>, consultado el 9 de abril de 2023.

⁴¹ Caivano, Roque J., “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, *Revista Argentina de Arbitraje*, Buenos Aires, No. 2, Mayo 2018; Pascuzzo, Carmine A., “La *Cautio Judicatum Solvi* vis a vis el financiamiento de terceros en el arbitraje”, *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC)*, Caracas, Primera Edición, 2019, pp. 15-20; Dechamps, Jean Paul, “Nuevos Desarrollos Financieros en el Arbitraje Internacional”, 28 de marzo, 2017, disponible en <https://abogados.com.ar/nuevos-desarrollos-financieros-en-el-arbitraje-internacional/19631>, consultado el 9 de abril de 2023

deben revelar los términos del acuerdo de financiamiento, y (iv) cómo incide la mera presencia de un tercero financista en el análisis para el otorgamiento de una garantía por costos.

(i) La conveniencia de permitir la participación de los terceros financistas

En lo que respecta a la participación de los terceros financistas en el arbitraje, hay quienes consideran que la presencia de un tercero ajeno a la controversia dispuesto a solventar los gastos promueve la presentación de reclamos frívolos o infundados, que más que proteger un derecho o buscar el resarcimiento de un daño, tiene por objeto hostigar a una parte.⁴²

Varios Estados demandados han sostenido que el financiamiento por terceros “constituye un desbalance que exagera las asimetrías propias del sistema de arbitraje de inversiones”.⁴³ Este desbalance se evidenciaría en que un demandante insolvente puede iniciar un arbitraje con el apoyo de un tercero financista, quien a su vez no se responsabiliza si el Tribunal impone el pago de costas a la parte financiada.⁴⁴ Este es el conocido supuesto del *hit and run* (golpea y corre).

En cambio, otra parte de la biblioteca opina lo contrario. Estos sostienen que en la mayoría de los casos, los terceros financistas son empresas sofisticadas que cuentan con profesionales especializados en la evaluación del riesgo, que persiguen una utilidad, y que cuando deciden invertir en un caso es porque existen probabilidades de éxito. Por ello postulan que la mera presencia de un tercero financista debería ser un indicio de que dicha acción tiene altas probabilidades de éxito o que, por lo menos, la misma no es una acción frívola.⁴⁵ En esta misma línea, otros autores sostienen que la posibilidad de acceder al financiamiento de terceros permite a ciertos demandantes presentar reclamos con buenas perspectivas de éxito que de otra manera no serían viables por carecer de los recursos económicos necesarios para afrontar sus costos, lo que convierte al tercero financista en una especie de catalizador de acceso a la justicia arbitral.⁴⁶

⁴² Pascuzzo, Carmine A., “La Cautio Iudicatum Solvi vis a vis el financiamiento de terceros en el arbitraje”, *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC)*, Caracas, Primera Edición, 2019, págs. 18-19; González de Cossío, Francisco, Las medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje, disponible en <http://www.gdca.com.mx/publicationsEng.html>, consultado el 12 de abril de 2023.

⁴³ Pascuzzo, Carmine A., “La Cautio Iudicatum Solvi vis a vis el financiamiento de terceros en el arbitraje”, *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC)*, Caracas, Primera Edición, 2019, p. 18.

⁴⁴ Pascuzzo, Carmine A., “La Cautio Iudicatum Solvi vis a vis el financiamiento de terceros en el arbitraje”, *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC)*, Caracas, Primera Edición, 2019, pp. 18-19.

⁴⁵ Como bien señala Dechamps al respecto: “... la entidad de financiamiento efectuará una cuidadosa revisión (“due diligence”) de los méritos del reclamo del demandante, requiriendo acceso a la documentación respectiva y exigiendo ciertas garantías respecto de la fortaleza del reclamo, como por ejemplo una declaración sobre la inexistencia de vicios ocultos.” Ver, Dechamps, Jean Paul, “Nuevos Desarrollos Financieros en el Arbitraje Internacional”, 28 de marzo, 2017, disponible en <https://abogados.com.ar/nuevos-desarrollos-financieros-en-el-arbitraje-internacional/19631>, consultado el 9 de abril de 2023

⁴⁶ Caivano, Roque J., “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, *Revista Argentina de Arbitraje*, Buenos Aires, No. 2, mayo 2018; Pascuzzo, Carmine A., “La Cautio Iudicatum Solvi vis a vis el financiamiento de terceros en el arbitraje”, *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC)*, Caracas, Primera Edición, 2019, pp. 15-20

(ii) Deber de revelación

Otro dilema que se presenta es si debe exigirse que las partes revelen la existencia de un acuerdo de asistencia financiera entre una de las partes y un tercero ajeno al proceso arbitral.⁴⁷ Asimismo, los financistas normalmente requieren a sus clientes que no revelen esta circunstancia, a menos que los clientes estén sujetos a una obligación legal o a alguna circunstancia que justifique el deber de revelación.

No obstante, están quienes consideran que la divulgación de dicha información debería ser obligatoria debido a que la existencia de un tercero que sin ser parte del proceso tiene un interés directo en el resultado de la acción podría poner en riesgo la transparencia, el debido proceso y afectar el principio de la buena fe. Por otro lado, existen otros que opinan que son los árbitros, en cada caso particular, los llamados a decidir si es necesario o pertinente ordenar la divulgación del acuerdo y su contenido.⁴⁸

Un elemento a tener en cuenta en esta discusión es la existencia de un potencial conflicto de intereses entre algún miembro del tribunal arbitral y el tercero financista. La no divulgación de la existencia de un tercero financista podría dar lugar a la anulación del laudo arbitral basado en la afectación del debido proceso si se comprueba que alguno de los árbitros está de alguna manera relacionado con dicho financista.⁴⁹

Estas discusiones han dado lugar a modificaciones en algunas reglas arbitrales. Algunas instituciones como el CIADI, ahora exigen la notificación del acuerdo con un tercero financista estableciendo que aquella parte que ha suscrito un acuerdo de financiamiento con un tercero deberá notificar “por escrito revelando el nombre y la dirección de cualquier tercero de quien la parte, directa o indirectamente, haya recibido fondos para la interposición de, o defensa en un procedimiento a través de una donación o una subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento.” También señala que dicha notificación deberá dirigirse al Secretario General cuando se registre la solicitud de arbitraje o inmediatamente después de celebrado el acuerdo si ello sucede después del registro.”⁵⁰

Aún más controvertido es si se debe o no revelar los términos del acuerdo de financiamiento. Existen algunas pocas decisiones en donde los tribunales optaron por la revelación. En el caso *EuroGas Inc y Belmont Resources Inc. con la República de Eslovaquia*⁵¹ y en *South American*

⁴⁷ Ver, “Chapter 4: Disclosures and Conflict of Interest”, *ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, ICCA Reports Series, Vol. 4 (© International Council for Commercial Arbitration; ICCA & Kluwer Law International 2018) pp. 81-116.

⁴⁸ Chapter 4: Disclosures and Conflict of Interest”, *ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, ICCA Reports Series, Vol. 4 (© International Council for Commercial Arbitration; ICCA & Kluwer Law International 2018), pp. 110-112.

⁴⁹ Sobre este asunto, Caivano afirma que “asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros es uno de los temas más delicados en materia de arbitraje” y que “por su trascendencia, estas condiciones se han convertido en principios fundamentales del arbitraje sobre los que se apoya la credibilidad del sistema mismo.” Ver, Caivano, Roque J., “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, *Revista Argentina de Arbitraje*, Buenos Aires, No. 2, mayo 2018.

⁵⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Reglas de Arbitraje 2022, Reglas 14.

⁵¹ *EuroGas Inc y Belmont Resources Inc. c. la República de Eslovaquia*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Laudo, 18 de agosto de 2017, ¶ 108.

Silver Limited c. Bolivia,⁵² el tribunal ordenó la revelación de la identidad del financista. Ahora bien, en el caso de *Muhammet Çap & Sehil In_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistan*, el tribunal fue un paso más adelante y obligó que se revele la identidad y los términos del acuerdo.⁵³ En este caso la decisión se basó en (i) la necesidad de asegurar la integridad del procedimiento y en determinar si los árbitros están afectados por la existencia de un tercero financista y (ii) que la demandada indicó que solicitaría una garantía sobre costos.⁵⁴

Las nuevas reglas CIADI ahora expresamente sostienen que el Tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador.⁵⁵ Sin embargo, esta medida es discrecional y deberemos de evaluar como continuará el desarrollo de la práctica arbitral para determinar cómo los tribunales analizan esta disposición.

(iii) El tercero financista y su repercusión en los costos del arbitraje

Otra de las preocupaciones expresadas por académicos y practicantes, es la relativa a como la presencia de un tercero financista podría incrementar los costos del proceso arbitral. Si bien es cierto, por lo general, que la demandante retiene el control de la acción y el tercero solo tiene un derecho (contractual) a mantenerse informado de las acciones realizadas por la demandante,⁵⁶ hay quienes consideran que el ánimo de lucro adicional del tercero financista, resultaría en un incremento en el nivel de beligerancia de la demandante que se manifiesta en una conducta procesal agresiva y la presentación de escritos adicionales para consolidar su posición y elevar las probabilidades de éxito de su reclamo.

Igualmente es importante tener en cuenta que existen otros elementos, más allá de la existencia de un tercero financista, que tienen un impacto considerable en los costos de un arbitraje internacional, tales como la complejidad de la disputa, la bifurcación del procedimiento arbitral, la presentación de solicitudes o incidencias procesales, los costos de traducción y la conducta procesal y probatoria de las partes.⁵⁷

En todo caso, se ha discutido que la posibilidad de que la presencia de un tercero financista eleve los costos del arbitraje debiera ser contrastada con el interés de proteger el acceso a la justicia de aquel actor que, sin el auxilio financiero de un tercero financista, vería efectivamente

⁵² *South American Silver Limited c. Bolivia*, PCA Caso No. 2013-15, Orden Procesal No. 10, 11 de enero de 2016, ¶ 79.

⁵³ Cfr. Alexander Karl, ‘Chapter V: Investment Arbitration, Security for Costs as a Default in Investment Arbitration: A Workable Protection for States when Third-Party Funders are involved?’, in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2020 (Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2020) p. 588.

⁵⁴ *Muhammet Çap & Sehil In_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistan*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Orden Procesal No. 3, 12 de junio de 2015, ¶¶ 9-10.

⁵⁵ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Reglas de Arbitraje 2022, Reglas 14(1), 14(2) y 14(4); Von Goeler, Jonas, ‘Chapter 9: Security for Costs and Third-Party Funding’, en *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, *International Arbitration Law Library*, Vol. 35 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2016) p. 339-341.

⁵⁶ La voluntad de las partes, plasmada en el contrato de financiamiento, determinará en última instancia el nivel de participación del tercero financista en la toma de decisiones y el diseño de la estrategia procesal.

⁵⁷ Pascuzzo, Carmine A., ‘La Cautio Iudicatum Solvi vis a vis el financiamiento de terceros en el arbitraje’, *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC)*, Caracas, Primera Edición, 2019, p. 16.

anulada su capacidad de presentar un reclamo meritorio, y más cuando puedan existir reclamos de denegación de justicia.

(iv) La incidencia del tercero financista en el test para el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*

En lo que respecta a la *cautio judicatum solvi*, cuando una parte solicita la garantía por costos y existe un tercero financista, surgen dos cuestiones a resolver. La primera, es si la mera presencia de un tercero financista satisface el requerimiento de que la orden sea necesaria y urgente. La segunda, es si la medida impediría que el demandante pueda acceder a la justicia.⁵⁸

En cuanto a la primera cuestión, algunos tribunales ya se han expedido sosteniendo que la mera presencia de un tercer financista no es suficiente para superar el test. No obstante, si se prueba que el demandante carece de bienes y recurre a un financista para afrontar el arbitraje, y éste no asume los costos en un eventual laudo adverso, en algunos casos, los tribunales han decidido revertir la carga de la prueba para que el demandando pruebe que cuenta con bienes o capacidad financiera para hacer frente a los eventuales costos.⁵⁹

Este fue el supuesto en el caso *García Armas*. El tribunal revertió la carga de la prueba y atento a que los demandantes no pudieron probar fehacientemente su solvencia económica, se otorgó la *cautio judicatum solvi*. El Tribunal tuvo en cuenta la existencia de un acuerdo de financiamiento y lo complementó con (i) la admisión de la propia demandante de que sus reclamos estaban financiados “en su totalidad” por el tercero financista, (ii) el hecho que el acuerdo de financiamiento no incluía ninguna contingencia por una eventual condena de costas o los costos asociados al otorgamiento de una garantía por costas, y (iii) la incapacidad de la demandante de acreditar fehacientemente la solvencia necesaria para garantizar a la demandada la ejecución de un laudo ordenando el pago de costas, eran suficientes para justificar el otorgamiento de la garantía solicitada.⁶⁰

Asimismo, en el caso *Tennat Energy LLC c. Canada*, el tribunal también siguió esta línea y sostuvo que el demandante no cumplió con su obligación inicial de establecer con una base razonable que el demandante carecía de bienes, para que luego dicha carga se revierta a la demandante.⁶¹

Al día de la fecha, la mera presencia de un tercero financista no es óbice suficiente para justificar la procedencia de la *cautio judicatum solvi* pero, considerando otros elementos fácticos, puede dar lugar al otorgamiento de la garantía por costos.

⁵⁸ Cfr. Xuan Shao, ‘Disrupt the Gambler’s Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third-Party Funding’, en Thomas Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford University Press 2021, vol. 12, núm. 3, sección 4.

⁵⁹ Cfr. Xuan Shao, ‘Disrupt the Gambler’s Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third-Party Funding’, en Thomas Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford University Press 2021, vol. 12, núm. 3, sección 4.

⁶⁰ *García Armas y otros c. Venezuela*, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada), 20 de junio de 2018, ¶¶ 242-251.

⁶¹ *Tennat Energy LLC c. Canadá*, PCA Caso No. 2018-54, Orden Procesal No. 4, 27 de febrero de 2020, ¶ 178.

IV. Nuevos desarrollos en temas de Garantía por Costos

En esta sección hacemos una breve referencia al estado actual de las Reglas CIADI y a las Reglas de CNUDMI.

A. Enmiendas a las Reglas CIADI 2022

Como se mencionó previamente, las reglas CIADI del 2006 no incluían una disposición específica que tratara la figura de garantía por costos. Las solicitudes de garantías por costos con base en las reglas del 2006, eran por lo general solicitadas bajo el concepto de una medida cautelar. La equiparación de este tipo de medida con una medida cautelar fue objeto de alegatos por las partes que discutían sobre si las medidas cautelares eran un concepto lo suficientemente amplio como para incluir la garantía por costos⁶² pero ello fue ampliamente aceptado por la práctica arbitral.⁶³

El 3 de agosto de 2018, el CIADI publicó un documento de trabajo por el cual propuso cambios integrales para la modernización de sus reglas para la resolución de disputas entre inversionistas y Estados. Estas propuestas reflejan los comentarios que el CIADI recibió de sus Estados Miembros y las consultas públicas que iniciaron a raíz de una propuesta del CIADI de enero de 2017.⁶⁴ Las propuestas incluyeron iniciativas de modernización en diversos ámbitos, incluyendo la posibilidad de incluir una disposición que regulara de forma expresa las solicitudes de garantías por costos.

Finalmente, luego de este proceso, en el 2022 el CIADI modificó sus reglas de arbitraje⁶⁵ e incluyó en el artículo 53, una disposición que expresamente regula la figura de la garantía por costos:

Regla 53: Garantía por Costos

- (1) A solicitud de una de las partes, el Tribunal podrá ordenar a cualquiera de las partes que haya presentado una demanda o una demanda reconventional, que otorgue una garantía por costos.
- (2) Se aplicará el siguiente procedimiento:
 - (a) la solicitud incluirá una relación de las circunstancias relevantes y documentos de respaldo;
 - (b) el Tribunal deberá fijar plazos para las presentaciones sobre la solicitud;
 - (c) si una parte solicita una garantía por costos antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá fijar plazos para los escritos sobre la solicitud, de tal

⁶² Abu-Manney, Raid et al, *Updated ICSID Arbitration Rules: A Closer Look at the New Cost Rules and Security for Costos Provision*, Mayer Brown, 8 de marzo de 2023.

⁶³ *Ver supra* Sección II.

⁶⁴ Luttrell, Sam, *Observations non the Proposed new ICSID Regime for Security for Costs*, *Journal of International Arbitration*, Issue 36/3, Kluwer Law International Arbitration.

⁶⁵ *Ver* trabajos preparatorios y discusiones de las enmiendas aprobadas en 2022 por el CIADI, disponible en <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>

forma que el Tribunal pueda considerar la solicitud con prontitud una vez constituido; y

- (d) el Tribunal emitirá la decisión sobre la solicitud dentro de los 30 días siguientes a lo que suceda de último, sea la constitución del Tribunal o la última presentación sobre la solicitud.
- (3) Al determinar si ordena a una parte que otorgue una garantía por costos, el Tribunal deberá considerar todas las circunstancias relevantes, incluyendo:
- (a) la capacidad que tiene dicha parte para cumplir con una decisión adversa en materia de costos;
 - (b) la voluntad de esa parte de cumplir con una decisión adversa en materia de costos;
 - (c) el efecto que pudiera tener el otorgar dicha garantía por costos sobre la capacidad de dicha parte para seguir adelante con su demanda o demanda reconventional; y
 - (d) la conducta de las partes.
- (4) El Tribunal considerará toda la prueba presentada en relación con las circunstancias previstas en el párrafo (3), incluyendo la existencia de financiamiento por terceros.
- (5) El Tribunal especificará cualquier término relevante en una resolución sobre garantía por costos y fijará el plazo para el cumplimiento de la resolución.
- (6) Si una parte incumpliera una resolución para otorgar una garantía por costos, el Tribunal podrá suspender el procedimiento. Si el procedimiento se suspendiera durante más de 90 días, el Tribunal podrá, previa consulta a las partes, ordenar la discontinuación del procedimiento.
- (7) Una parte deberá revelar con prontitud cualquier cambio sustancial en las circunstancias en las que se basó el Tribunal al ordenar la garantía por costos.
- (8) El Tribunal podrá modificar o revocar la resolución de garantía por costos de oficio o a solicitud de una de las partes en cualquier momento.⁶⁶

⁶⁶ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Reglas de Arbitraje 2022, Reglas 53.

La Regla 53 es una disposición que faculta a los tribunales arbitrales a emitir decisiones sobre seguridad de costos con relación a reclamos y contra reclamos. La Regla tiene como objetivo balancear los derechos de las partes, considerando el riesgo de incumplimiento de los costos adjudicados en el laudo, con el derecho a resolver disputas a través de un arbitraje bajo las Reglas CIADI.⁶⁷ Algunos comentarios sugieren que la Regla 53 establece un estándar más bajo para adjudicar órdenes de garantías por costos.⁶⁸

La Regla 53(2) establece un procedimiento específico para el análisis de este tipo de solicitudes y las Reglas 53(3)-(4) establecen las circunstancias y criterios que el tribunal debe considerar. Algunos de estos requisitos ya habían sido considerados por tribunales constituidos bajo las Reglas CIADI, no obstante, consideramos que la “codificación” de estos criterios es un paso importante pues las partes tendrán certeza respecto a los elementos que tendrán que probar para poder presentar una solicitud sólida y con probabilidades de éxito.

El CIADI también emitió una “guía” en su sitio web sobre la garantía de costos en donde describe los elementos y las circunstancias relevantes que un tribunal debe considerar a la hora de determinar la procedencia de una garantía por costos. Entre ellas hace notar:⁶⁹

1. la capacidad y voluntad que tiene una parte para cumplir con una decisión adversa en materia de costos,
2. el efecto que pudiera tener el ordenar el otorgamiento de una garantía por costos sobre la capacidad de dicha parte para seguir adelante con su demanda o demanda reconventional y
3. la conducta de las partes

Asimismo, la guía determina que el tribunal debe considerar todas las pruebas que se presenten con relación a las circunstancias que requieran el otorgamiento de la garantía por costos, lo cual incluye, entre otros, la existencia de financiamiento por terceros; pero agrega que su mera existencia no es suficiente para justificar una resolución sobre garantía por costos.⁷⁰

Uno de los avances importantes que contempla la Regla 53 es que incluye la facultad del tribunal de suspender el procedimiento o incluso la facultad de discontinuarlo, en caso en que las partes no cumplan con la resolución de otorgar la garantía.

La incorporación de esta disposición a las Reglas CIADI ayuda a dar más certeza a las partes y al tribunal sobre los elementos a tener en cuenta para solicitar y concederla. Sin embargo, no todas las cuestiones procedimentales fueron incluidos y resueltas en esta reforma. Algunos de los temas que no se contemplaron y que los tribunales tendrán que desarrollar – o construir sobre casos previos – son los referentes a los elementos probatorios como el estándar de la prueba, la carga de la prueba y si esta es invertida cuando existe un tercero financista y el

⁶⁷ Baltag, Crina y Alarcón, María José, *2022 ICSID Regulations and Rules: Towards Efficiency and Consistency in Investment Arbitration Proceedings*, Revista Brasileira de Arbitragem, Noviembre 2022, p. 176.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Procedimientos CIADI, Garantía por costos – Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI Reglas 2022 disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/procedimientos/arbitraje/convenio/garantia-por-costos/2022>

⁷⁰ *Id.*

inversionista tiene que probar que tiene los medios suficientes para afrontar una potencial condena adversa en costos.

B. Discusiones en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI

El Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) es el grupo de trabajado dentro de la CNUDMI asignado para la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y estados (“SCIE”). Durante las etapas iniciales del Grupo de Trabajo III se señalaron diversos aspectos con relación al SCIE que sería conveniente reformar y se dispuso de una clasificación de temas en categorías amplias. Dentro de ellas se consideraron aspectos relativos al costo y duración de los procedimientos, financiación por terceros y otros aspectos procesales importantes.⁷¹

En 2022, la Secretaría emitió una nota en la cual preparó una serie de propuestas de disposiciones con relación a aspectos procesales en procedimientos de SCIE, e incluyó una disposición sobre la garantía por costos con vistas a su posible inclusión en tratados de inversión o un instrumento multilateral sobre la reforma del sistema de SCIE.⁷²

El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una disposición que: (i) fuera independiente de la disposición relativa a las medidas provisionales o cautelares; (ii) resaltara principalmente que los demandados podrían solicitar garantías de pago de las costas a los demandantes; (iii) aclarara que la garantía de pago de las costas solo podría exigirse a instancia de parte; (iv) no fuera aplicable frente a partes que no fueran litigantes; (v) estableciera las condiciones y el umbral pertinentes y (vi) presentara opciones sobre las consecuencias en caso de incumplimiento.

Luego de tomar en cuenta estas consideraciones, el grupo de Trabajo preparó la siguiente disposición:

DISPOSICIÓN B	
1.	A instancia de una parte litigante, el tribunal arbitral podrá ordenar a la otra parte litigante que haya interpuesto la demanda que garantice el pago de las costas.
2.	La parte litigante que formule la solicitud a que se hace referencia en el párrafo 1 señalará con la mayor precisión posible las circunstancias que justifiquen la garantía de pago de las costas.
3.	En un plazo de [...] días a partir de la fecha de la solicitud de la parte litigante, el tribunal arbitral determinará, después de invitar a las partes litigantes a expresar su opinión, si ordena la garantía de pago de las costas.

⁷¹ Resolución A/CN.9/WG.III/WP.219 “Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) Proyecto de disposiciones sobre la reforma procesal” de la CNUDMI, 11 de julio de 2022, p. 2.

⁷² *Id.*

4. Al determinar si ordena a una parte litigante que garantice el pago de las costas, el tribunal arbitral tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, incluidas las siguientes:
 - a. la posibilidad que tenga esa parte de cumplir una decisión sobre costas que le sea adversa;
 - b. la voluntad que tenga esa parte para cumplir una decisión sobre costas que le sea adversa;
 - c. el efecto que la garantía de pago de las costas podría tener en la posibilidad de que esa parte siga adelante con su demanda;
 - d. la conducta de las partes litigantes, y
 - e. la existencia de financiación por terceros.
5. El tribunal arbitral especificará en su orden las condiciones de la garantía de pago de las costas, incluido el plazo dentro del cual la parte litigante deberá cumplir con la orden. Si la parte litigante incumple la orden, el tribunal arbitral podrá suspender el proceso durante un período determinado, transcurrido el cual podrá ordenar la conclusión del proceso.
6. Las partes litigantes comunicarán con prontitud todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias en que haya basado el tribunal arbitral su determinación de ordenar o no la garantía de pago de las costas.
7. A instancia de una parte litigante o por iniciativa propia, el tribunal arbitral podrá modificar o revocar la orden de garantía de pago de las costas.

Esta disposición es similar a la contenida en las Reglas de Arbitraje CIADI 2022. Es más, la nota de la Secretaría hace referencia a la Regla 53 de las Reglas de Arbitraje CIADI 2022. Especialmente, los elementos que un tribunal debiera tomar en consideración en la propuesta del Grupo de Trabajo III son muy similares.

V. Casos Prácticos

Finalmente, en esta sección presentamos algunos casos relevantes en donde los tribunales arbitrales han analizado si procede o no la garantía por costos. Identificamos de forma sucinta el estándar utilizado por el tribunal, los elementos fácticos del caso relacionados con el análisis de la garantía por costos y el razonamiento del tribunal arbitral para conceder o denegar la medida.

Caso	Estándar y Elemento Fácticos	Razonamiento del Tribunal
<p>1. <i>Burimi S.R.L. y Eagle Games S.H.A. c. República de Albania</i>, Caso CIADI No. ARB/11/18, Orden Procesal No. 2 (Medidas Provisionales relativas a Cautio Judicatum Solvi), 3 de mayo de 2012</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: No</p> <p>Presencia de Tercero Financista: No</p>	<p>Estándar: el Tribunal consideró que las medidas deben tener carácter “extraordinario” y que deben ser impuestas en circunstancias muy limitadas. Son elementos imprescindibles para dictar una medida provisional que dicha medida sea: (i) necesaria para evitar un daño inminente e irreparable y (ii) urgente.</p> <p>Elementos fácticos: (i) el demandando considera que atento a que la demandada no presenta una real actividad y que es posible que los fondos no sean de ella, esta podría organizar su quiebra frente a un eventual laudo adverso (¶ 39).</p>	<p>El Tribunal Arbitral deniega las solicitudes de ambas partes señalando que ninguna de ellas logró demostrar que las medidas solicitadas eran (1) necesarias para evitar un daño irreparable y (2) urgentes. (¶¶ 38-43, 44-46, 50(a), 50(b))</p> <p>El Tribunal reconoce que el incumplimiento de laudos imponiendo daños o costos a las partes involucradas en un arbitraje, importa un riesgo sistémico a los arbitrajes de disputas internacionales de inversión. Sin embargo, el Tribunal señala, al momento de tomar esta determinación, que no encuentra en las circunstancias de este caso razones para intervenir y disminuir dicho riesgo (¶ 49).</p>
<p>2. <i>Eskopol S.p.A. in Liquidazione c. República Italiana</i>, Caso CIADI No. ARB/15/50, Orden Procesal No. 3 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales/Cautelares solicitadas por la Demandada), 12 de abril, 2017</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: No</p> <p>Presencia de Tercero Financista: Sí</p>	<p>Estándar: el Tribunal consideró que el requirente debe demostrar la existencia de circunstancias excepcionales y que su necesidad no se vea superada por las dificultades a las que estará sujeta la parte contraria si se otorgan las medidas.</p> <p>Elementos fácticos: (i) existencia de un tercero financista y (ii) quien aparentemente ayudó a la demandante a obtener una póliza de seguro con el propósito específico de protegerla del riesgo de una posible decisión adversa de</p>	<p>El Tribunal deniega la solicitud de Italia dado que esta no ha demostrado la existencia de “circunstancias excepcionales” que ameriten la imposición de medidas cautelares. El tribunal agrega que la imposición de medidas provisionales solo procede cuando las mismas son necesarias y urgentes para preservar un derecho que amerita protección y que éstas deben ser proporcionales, en el sentido de que no impongan a la parte afectada cargas indebidas que rompan el equilibrio entre la justificación para otorgarlas y la capacidad del demandante de ejercer su derecho de acción (¶¶ 36-38).</p>

Caso	Estándar y Elemento Fácticos	Razonamiento del Tribunal
	costos u orden de garantía de costos.	
<p>3. <i>Dirk Herzig como Administrador Concursal de los Activos de Unionmatex Industrieanlagen GmbH c. Turkmenistán</i>, Caso CIADI No. ARB/18/35, Decisión sobre Cautio Judicatum Solvi, 27 de enero de 2020</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: Sí</p> <p>Presencia de Tercero Financista: Sí</p>	<p>Estándar: el Tribunal tomó en consideración (i) los derechos que el solicitante pretendía preservar; (ii) las medidas cuya recomendación se pide y (iii) las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.</p> <p>Elementos fácticos: (i) existencia de un tercero financista, (ii) proceso concursal de la demandante y (iii) el acuerdo de financiamiento establece que el tercero financista no será responsable del pago de costos en caso de un laudo adverso.</p>	<p>Por una decisión en mayoría, el Tribunal concede la solicitud de Turkmenistán señalando que la conjunción de los tres elementos considerados, hacen prácticamente imposible que la demandante pueda cumplir con un eventual laudo imponiéndole el pago de costos (¶ 58). En respuesta al argumento de la demandante relativo a que la imposición de la medida implicaría la afectación de su derecho de acceso a la justicia, el Tribunal considera que dicho argumento carece de fuerza toda vez que la demandante no necesita reunir y depositar en garantía los US\$ 3 millones de la medida cautelar, sino solo una fracción de dicha cantidad en la forma de una garantía bancaria. Asimismo, señala, sin tratar de interferir en la relación comercial entre la demandante y el tercero financista, que la obtención de dicha garantía bancaria podría ser de interés al tercero financista, toda vez que con ella se salvaguarda el derecho de continuar con la acción arbitral y obtener un eventual laudo a favor de la parte financiada (¶¶ 64-65).</p>
<p>4. <i>Eugene Kazmin c. República de Latvia</i>, Caso CIADI No. ARB/17/5, Orden Procesal No. 6, Decisión sobre la Cautio Judicatum Solvi solicitada por la Demandanda, 13 de abril, 2020</p>	<p>Estándar: el Tribunal evalúa (i) la necesidad de la medida, (ii) la urgencia, (iii) la existencia de “circunstancias excepcionales” y (iv) la proporcionalidad entre el monto de la medida cautelar y el peso que la misma tendrá en la capacidad del demandante para acceder a la justicia.</p>	<p>El Tribunal concede la medida con base en la existencia de todos los requisitos necesarios para emitir la medida cautelar solicitada. Con respecto a las circunstancias excepcionales, el Tribunal identificó cuatro situaciones (mencionadas en la columna anterior) que no solo demostraron la existencia de dichas circunstancias, sino que además</p>

Caso	Estándar y Elemento Fácticos	Razonamiento del Tribunal
<p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: Sí</p> <p>Presencia de Tercero Financista: No</p>	<p>Elementos fácticos:</p> <p>(i) la falta de pago por servicios prestados a los primeros abogados del demandante, (ii) las múltiples investigaciones criminales realizadas por Ucrania bajo sospecha de evasión de impuestos por parte del demandante y sus compañías (entre otros actos ilícitos), (iii) la existencia de activos imposibles de rastrear y la costumbre documentada del demandante de mover activos para reducir el riesgo de exposición a los reclamos de potenciales acreedores, y (iv) la existencia de transacciones inusuales en Latvia el 2016 entre entidades controladas por el demandante y compañías aparentemente no relacionadas, sin ninguna justificación o sentido económico, que fueron objeto de investigaciones criminales a cargo de las autoridades de Latvia. (¶¶ 31-60)</p>	<p>comprobaron la necesidad y urgencia de otorgar la medida provisional solicitada.</p>
<p>5. <i>García Armas y Otros c. República Bolivariana de Venezuela</i>, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9, 20 de junio de 2018</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: Sí</p>	<p>Estándar: el Tribunal evalúa los siguientes requisitos: (i) existencia prima facie una posibilidad razonable de que se dicte un laudo favorable a Venezuela, (ii) si el no otorgamiento de la medida pudiera ocasionar un daño no remediable por una indemnización; (iii) proporcionalidad y (iv) urgencia de la medida.</p>	<p>El Tribunal concede la solicitud de Venezuela de una garantía por los costos y considera la existencia de un acuerdo de financiamiento y que el financista no cubriría una condena en costas. El tribunal recurre al principio de la carga dinámica de la prueba y sitúa en la demandante la carga de probar su solvencia. En el proceso las demandantes alegaron ser solventes pero no lograron demostrar fehacientemente su solvencia, ni</p>

Caso	Estándar y Elemento Fácticos	Razonamiento del Tribunal
Presencia de Tercero Financista: Sí	Elementos fácticos: (i) la existencia de un tercero financista, (ii) el acuerdo de financiamiento no cubriría una eventual condena en costas costos; (ii) se determinó que los demandantes eran insolventes.	una posible ejecución efectiva en su contra (¶¶ 232, 245, 248-251).
<p>6. <i>Ipek Investment Limited c. República de Turquía</i>, Caso CIADI Nro. ARB/18/18, Orden Procesal Nro. 7, 14 de octubre de 2019</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: No</p> <p>Presencia de Tercero Financista: No</p>	<p>Estándar: el tribunal analiza (i) la existencia de circunstancias excepcionales; (ii) la existencia de un riesgo económico alto, (iii) la existencia de mala fe o un abuso de proceso</p> <p>Elementos fácticos: (i) el tribunal consideró que el demandante había buscado cómo sufragar los costos y gastos del procedimiento; (i) no determinó la existencia de mala fe en el inicio del procedimiento.</p>	<p>El Tribunal consideró que el Demandante estaba realizando esfuerzos importantes para obtener provisiones financieras para el riesgo de un laudo adverso por costos y por tanto consideró que el Demandado no había logrado establecer una conducta que fuera económica altamente riesgosa (¶¶ 10-20).</p> <p>El tribunal también indicó que no prejuzgaría sobre los méritos del caso, y que el Demandado no demostró que el demandante había actuado de mala fe al entablar el arbitraje (¶¶ 21-27).</p>
7. <i>La sucesión de Julio Miguel Orlandini-Agreda y Compañía Minera Orlandini Ltda. c. el Estado Plurinacional de Bolivia</i> , Caso CPA Nro. 2018-39, Decisión Sobre la Solicitud de Terminación, Trifurcación y <i>Cautio Judicatum Solvi</i> del	Estándar: (i) la existencia prima facie de una posibilidad razonable de que el Tribunal dicte un laudo favorable al demandado que incluya sus costos de representación; (ii) la probabilidad de un daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización en el caso de que no se ordene la medida; (iii) que dicho daño sea notablemente más grave que el que probablemente se cause a la parte contra quien	El Tribunal indicó que no era partidario de juzgar, en esa instancia del procedimiento, si hay una posibilidad razonable de una condena en costas a favor de cualquiera de las Partes. Sin embargo, esto no significaba que un tribunal no pudiera ordenar una garantía por costos en una etapa del procedimiento si existen factores que lo justifiquen. Los factores incluyen (i) historial de falta de pago en procedimientos anteriores, (ii) conducta inapropiada durante el procedimiento en cuestión, (iii) pruebas que demuestren que el

Caso	Estándar y Elemento Fácticos	Razonamiento del Tribunal
<p>Demandado, 9 de julio de 2019</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: No</p> <p>Presencia de Tercero Financista: No</p>	<p>se ordene la medida si esta es concedida; y (iv) que la medida solicitada sea de tal urgencia que no pueda esperar hasta la emisión del laudo.</p> <p>Elementos fácticos: (i) el Tribunal consideró que las Demandantes abonaron su porción del pago anticipado y no había evidencia de insolvencia; (ii) una de las demandantes se comprometió a hacerse cargo de todas las costas del arbitraje; (iii) no existieron abusos, comportamiento inapropiado o mala fe en el curso del procedimiento.</p>	<p>demandante esta trasladando u ocultando activos para limitar su exposición a condena en costas o (iv) pruebas que reflejen mala fe o una conducta inapropiada (¶ 143).</p> <p>El tribunal también sostuvo que las dificultades financieras y la financiación por terceros, no constituyen necesariamente circunstancias excepciones que justifiquen per se la concesión al demandado de un a <i>cautio judicatum solvi</i> (¶147). Finalmente, luego de evaluar todos los elementos en conjunto y concluyó que no está convencido de que las circunstancias justifiquen la orden de garantía por costos (¶ 151)</p>
<p>8. <i>RSM Production Corporation c. Santa Lucía</i>, Caso CIADI No. ARB/12/10 (Decisión sobre la Solicitud de garantías de costos de Santa Lucía), 13 de abril de 2014</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: Si</p> <p>Presencia de Tercero Financista: Si</p>	<p>Estándar: (i) la existencia de circunstancias excepcionales que requieren la (ii) necesidad de la medida, (iii) la urgencia y (iv) proporcionalidad.</p> <p>Elementos fácticos: (i) incumplimiento de obligaciones financieras de la demandante, (ii) admisión de la demandante de no contar con recursos financieros y admisión de la existencia de un financiamiento por tercero, (iii) existencia de todas las circunstancias de forma acumulativa</p>	<p>Para concederla medida, el tribunal consideró (i) la historia procesal de la demandada de incumplimiento con órdenes de pagos en casos CIADI y no CIADI, (ii) que la demandada admitió no contar con recursos financieros suficientes, (iii) la demandante admitió que era financiada por un tercero financista desconocido y (iv) a diferencia de casos anteriores, estas circunstancias se presentan en forma acumulativa (¶¶ 82, 86, 87).</p>
<p>9. <i>Dawood Rawat c. República de Mauritania</i>, Caso PCA No. 2016-20,</p>	<p>Estándar: el tribunal considera para conceder la medida deben existir circunstancias excepcionales,</p>	<p>El tribunal deniega el otorgamiento de la garantía sobre costos porque no encuentra que la falta de bienes de la demandante sea suficiente</p>

Caso	Estándar y Elemento Fácticos	Razonamiento del Tribunal
<p>Orden sobre Medidas Interinas, 11 de enero de 2017</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: No</p> <p>Presencia de Tercero Financista: No</p>	<p>en donde la medida sea necesaria y se deba adoptar con urgencia para prevenir un daño irreparable.</p> <p>Elementos fácticos: la falta de capacidad financiera de la demandada.</p>	<p>para crear una situación excepcional (¶ 145).</p>
<p>10. <i>South American Silver Limited c. Bolivia</i>, PCA Caso No. 2013-15, Orden Procesal No. 10, 11 de enero de 2016, ¶</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: No</p> <p>Presencia de Tercero Financista: Sí</p>	<p>Estándar: el tribunal considera que la medida procede en circunstancias extremas y excepcionales que demuestren un riesgo real y alto económico para el demandado y/o mala fe de la parte de quien se solicita la medida.</p> <p>Elementos facticos: (i) la demandante no reveló información sobre sus bienes y estados financieros, (ii) la demandante no soporta los gastos en el arbitraje porque es costado por sus fundadores, (iii) la demandante es una sociedad instrumental y (iv) la existencia de financiamiento por un tercero financista.</p>	<p>El Tribunal considera que en el caso no hay evidencia de que la demandante (i) haya incumplido frente a terceros; (ii) haya incumplido sus obligaciones en este y otros arbitrajes, (iii) no quiera o no pueda pagar. Inclusive, aun asumiendo el argumento de la demandada sobre los estados financieros de la demandante, de que se generarían problemas de flujo de caja para fines del año 2015, no se probaría una falta total de fondos o activos para pagar (¶ 66). Para el otorgamiento de una garantía sobre costos, el estándar es muy alto y procede solo frente a circunstancias extremas y excepcionales, por ejemplo, cuando existe evidencia de un abuso o de un incumplimiento que pueda ocasionar un daño irreparable si la medida no es concedida (¶ 68). En relación con la existencia de un tercero financista, el tribunal considera que si bien su existencia puede ser un elemento a tener en cuenta al momento del otorgar la medida, este elemento analizado de forma aislada no es suficiente (¶75) y no evidencia la imposibilidad de pago o insolvencia (¶76).</p>

Caso	Estándar y Elemento Fácticos	Razonamiento del Tribunal
<p>11. <i>Tennat Energy LLC c. Canada</i>, PCA Caso No. 2018-54, Orden Procesal No. 4, 27 de febrero de 2020</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: No</p> <p>Presencia de Tercero Financista: Sí</p>	<p>Estándar: el tribunal considera que para que proceda la medida deben existir circunstancias excepcionales.</p> <p>Elementos fácticos: (i) no existe información pública que demuestre que la demandante cuenta con bienes y (ii) la existencia de un tercero financista.</p>	<p>El tribunal deniega la medida y considera el razonamiento de los tribunales en (i) <i>Orlandini c. Bolivia</i>, en donde el tribunales sostuvo que existen circunstancias excepcionales cuando (a) existe un track record del demandante de incumplimientos por falta de pago en decisiones sobre costos, (b) conducta inadecuada del demandante en el procedimiento que interfiera en la eficiencia y orden del procedimiento, (c) evidencia de que la demandante oculte o traslade bienes para evitar una mayor exposición frente a un laudo por costos, (d) cualquier otra evidencia de mala fe o conducta inadecuada del demandante (¶ 174); (ii) <i>RSM c. Santa Lucia</i> en donde el factor decisivo fue la historia probada de la demandante de no cumplir con decisiones sobre costos (¶ 175); (iii) <i>Eurogas c. Eslovaquia</i>, en donde el tribunal sostuvo que las dificultades financieras y el financiamiento por un tercero, no constituyen per se circunstancias excepcionales (¶ 176).</p> <p>El tribunal sostuvo que en este caso, la demandante ni siquiera cumplió con su carga de la prueba inicial para razonablemente demostrar que la demandante carece de bienes para poder revertir la carga de la prueba (¶178) y que la existencia de un tercero financista, por si solo sin considerar otros elementos, no es suficiente para otorgar la medida (¶179).</p>
<p>12. <i>Nord Stream 2 AG c. Unión Europea</i>, CPA Caso</p>	<p>Estándar: el tribunal considera (i) la posibilidad razonable de que se dicte un</p>	<p>El tribunal otorgó la medida, para ello, el tribunal analizó específicamente los dos últimos</p>

Caso	Estándar y Elemento Fácticos	Razonamiento del Tribunal
<p>No. 2020-07, Orden Procesal Nro. 11, 14 de julio de 2023, ¶ 91.</p> <p>Otorgamiento de la Garantía por Costos: Sí</p> <p>Presencia de Tercero Financista: Sí</p>	<p>laudo favorable al solicitante de la medida, incluyendo los costos legales de representación; (ii) la existencia de un riesgo razonable de que el solicitante no pueda recuperar de la otra parte los costos otorgados en su favor; y (iii) una evaluación ponderando de que el daño resultante por la falta de recuperación de los costos, sea sustancialmente mayor que el perjuicio de una condena en costas.</p> <p>Elementos fácticos: (i) la existencia de un tercero financista, (ii) la no existencia de elementos suficientes para disipar las dudas razonables de que el tercero financista tenga la capacidad de pagar una condena en costas adversas, (iii) el reconocimiento de la demandante de que su garante y otros accionistas del grupo corporativo la apoyan para financiar los costos del procedimiento arbitral, pero que una condena en costas solo sería ejecutable contra la demandante.</p>	<p>requisitos referentes al riesgo de no poder recuperar los costos y la ponderación de riesgos. El tribunal sostuvo que el riesgo de no recuperación es más alto que la carga de interponer la orden de garantía por costos (¶93). La demandante no demostró que su financista tenía la capacidad de poder hacer frente a una posible condena y que la intención o confirmación de sus accionistas u otros miembros del grupo corporativo de pagar los costos no era suficiente, pues un laudo en favor del demandado únicamente podría ser ejecutado en contra de la parte en el arbitraje, es decir, la demandante (¶93).</p>

VI. Conclusiones

La cautio judicatum solvi es una medida cautelar que se otorga en un procedimiento arbitral o judicial que ordena a una de las partes a prestar una caución o fianza a favor de la otra para

asegurar el derecho de la requirente a cobrar los costos del arbitraje en el caso que dicha parte prevalezca.

En el caso de los arbitrajes de inversión, las reglas vigentes CIADI 2022 reconocen expresamente la facultad del tribunal arbitral para ordenar este tipo de medidas. No obstante, previo a la reforma, los tribunales aceptaban su competencia en el marco de su facultad para conceder medidas cautelares.

Conforme con las nuevas reglas, el tribunal tiene discreción para determinar cuándo procede una medida, sin embargo, tiene la obligación de tener en cuenta todas las circunstancias relevantes.

Previo a la reforma del CIADI, los tribunales requerían la presencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la medida. La medida debía ser necesaria, urgente y proporcional. Asimismo, varios tribunales han descartado el test prima facie de jurisdicción y de mérito para su otorgamiento. Este estándar no parece haberse modificado con la reforma de reglas CIADI pero dependerá de su evolución y si los tribunales determinan que esta medida se rige por un estándar autónomo y desligado del estándar tradicional que se aplica a las medidas cautelares.

La existencia de un tercero financista es un elemento para considerar en el análisis para el otorgamiento de la garantía por costos. Sin embargo, los tribunales arbitrales no lo han considerado como un requisito suficiente para dictar la medida, pues no necesariamente evidencia una falta de recursos financieros de la demandante para afrontar el eventual pago de costas o una intención de eludir el pago correspondiente.

Los tribunales han considerado elementos adicionales a la existencia de un tercero financista para conceder la garantía por costos entre ellos (i) la conducta previa de las partes, (ii) evidencias de mala fe, (iii) los términos del acuerdo de financiamiento y (iv) la existencia de bienes o de capacidad económica del demandante para cubrir costos en caso de un laudo adverso. Estas circunstancias se han codificado en las nuevas reglas CIADI.

La carga de la prueba corresponde a la parte requirente pero los tribunales han considerado que se revierte la carga de la prueba cuando existe un tercero financista, que no asume riesgo en caso de laudo adverso y no cubre eventuales costos y que la parte requirente pruebe sobre una base razonable que el demandante carece de bienes para afrontar eventuales costos.

Bibliografía

ABU-MANNEY, Raid et al, *Updated ICSID Arbitration Rules: a Closer Look at the New Cost Rules and Security for Costs Provision*, Mayer Brown, 8 de marzo de 2023.

ALEXANDER Karl, ‘Chapter V: Investment Arbitration, Security for Costs as a Default in Investment Arbitration: A Workable Protection for States when Third-Party Funders are involved?’, en Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2020 (Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2020).

BALTAG, Crina y ALARCÓN, Maria José, 2022 ICSID Regulations and Rules: Towards Efficiency and Consistency in Investment Arbitration Proceedings, *Revista Brasileira de Arbitragem*, Noviembre 2022.

BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021.

CAIVANO, Roque J., “Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global”, *Revista Argentina de Arbitraje*, Buenos Aires, No. 2, mayo 2018.

Chapter 4: Disclosures and Conflict of Interest”, *ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, ICCA Reports Series, Vol. 4 (International Council for Commercial Arbitration; ICCA & Kluwer Law International 2018).

VON GOELER, Jonas, Chapter 9: Security for Costs and Third-Party Funding”, in *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, *International Arbitration Law Library*, Vol. 35 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2016).

CHUN, Young Hye (Martina), “Security for Costs Under the ICSID Regime: Does it Prevent ‘Arbitral Hit-and Runs’ or Does it Unduly Stifle Third-Party Funded Investors’ Due Process Rights?”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Malibu, vol. 21, núm. 2 (2021).

DECHAMPS, Jean Paul, “Nuevos Desarrollos Financieros en el Arbitraje Internacional”, 28 de marzo, 2017, disponible en <https://abogados.com.ar/nuevos-desarrollos-financieros-en-el-arbitraje-internacional/19631>, consultado el 9 de abril de 2023.

LUTTRELL, Sam, *Observations non the Proposed new ICSID Regime for Security for Costs*, *Journal of International Arbitration*, Issue 36/3, Kluwer Law International Arbitration.

Martina POLASEK and Celeste E SALINAS QUERO, ‘Security for Costs: Overview of ICSID Case Law’ in Sherlin Tung, Fabricio Fortese and Crina Baltag (eds), *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy* (Kluwer 2020).

Pascuzzo, Carmine A., “La Cautio Iudicatum Solvi vis a vis el financiamiento de terceros en el arbitraje”, *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC)*, Caracas, Primera Edición, 2019.

Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI, ICSID Working Paper No. 6, noviembre 2021.

SIGVARD HAKAN Ludvig Jarvin and NGUYEN Corinne , “Advance on Costs, Security for Costs and Related Issues – Introductory Comments” en *Compendium of International*

Commercial Arbitration Forms: Letters, Procedural Instructions, Briefs and Other Documents, Kluwer Law International, 2017.

VON GOELER, Jonas, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, *International Arbitration Law Library*, Vol. 35 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2016).

XUAN Shao, 'Disrupt the Gambler's Nirvana: Security for Costs in Investment Arbitration Supported by Third-Party Funding', en Thomas Schultz (ed), *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford University Press 2021, vol. 12, núm. 3.

Sección III: Anexos

ANEXO 1: REPORTEROS

Jurisdicción	Reporteros	Correo Electrónico
Argentina:	Francisco A. Amallo <i>MHR / Martinez de Hoz & Rueda</i>	francisco.amallo@mhrlegal.com
	Milagros Sanguinetti <i>MHR / Martinez de Hoz & Rueda</i>	milagros.sanguinetti@mhrlegal.com
	Ignacio J. Minorini Lima <i>Bruchou & Funes de Rioja</i>	Ignacio.Minorini.Lima@bruchoufunes.com
	Manuela Bertone <i>Bruchou & Funes de Rioja</i>	Manuela.Bertone@bruchoufunes.com
Brasil:	Augusto Barros de Figueiredo <i>Barros de Figueiredo Advogados</i>	augusto@barrosdefigueiredo.com.br
	João Luiz Lessa Neto <i>J. Lessa Advocacia Empresarial</i>	jl@jlessa.com.br
Chile:	Gonzalo Fernández Ruiz <i>Carey y Cía.</i>	gfernandez@carey.cl
Colombia:	Estefanía Ponce Durán <i>Posse Herrera Ruiz</i>	estefania.ponce@phrlegal.com
Costa Rica:	Jorge Manuel Chacón Mora <i>CJA Legal</i>	jmchacon@cjalegal.com
	Karima Sauma Mekbel <i>DJ Arbitraje</i>	Karima.sauma@dj Arbitraje.com
Ecuador:	Hugo García-Larriva <i>Bustamante Fabara</i>	hgarcia@bustamantefabara.com
	Martín Flores Martínez <i>Bustamante Fabara</i>	mflores@bustamantefabara.com
	Daniel Caicedo de los Ríos	dcaicedo@cplaw.ec

Jurisdicción	Reporteros	Correo Electrónico
	<i>Carmigniani Pérez Abogados</i>	
El Salvador:	Humberto Sáenz <i>Novis Estudio Legal</i>	hsaenz@novislegal.com
Guatemala:	Edson Ovidio López Ortiz <i>ECIJA Integrum.</i>	edlopez@ecija.com
México:	Orlando Federico Cabrera Colorado <i>Hogan Lovells</i>	orlando.cabrera@hoganlovells.com
	Eduardo Lobatón Guzmán <i>Hogan Lovells</i>	eduardo.lobaton@hoganlovells.com
	Galo Márquez Ruiz <i>Creel</i>	Galo.marquez@creel.mx
Nicaragua	Ofilio J. Mayorga <i>Foley Hoag LLP (Nueva York)</i>	omayorga@foleyhoag.com
Panamá	Margie-Lys Jaime <i>Universidad de Panamá</i>	margiejaimedc@gmail.com
Perú:	José Tam Pérez <i>Rodrigo, Elías y Medrano</i>	jtam@estudiorodrigo.com
	Julio Olórtegui Huaman <i>Rodrigo, Elías y Medrano</i>	jolortegui@estudiorodrigo.com
	Denisse Gonzales Daly Ribeiro <i>Rodrigo, Elías y Medrano</i>	dgonzalesdaly@estudiorodrigo.com
Paraguay:	José Antonio Moreno Rodríguez <i>Altra Legal</i>	jmoreno@altra.com.py
	José Antonio Moreno Bendlin <i>Altra Legal</i>	kmoreno@altra.com.py
	Felicita Elisa Argaña Bendlin	fargana@altra.com.py

Jurisdicción	Reporteros	Correo Electrónico
	<i>Altra Legal</i>	
	Rafael Silva Velázquez <i>Altra Legal</i>	rsilva@altra.com.py
República Dominicana	Eugenia Brache <i>Corte de Arbitraje y Resolución Alternativa de Conflictos de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo</i>	ebrache@camarasantodomingo.do
Uruguay	Soledad Díaz <i>FERRERE</i>	sdiaz@ferrere.com
	Agustina Rodríguez <i>FERRERE</i>	agrodriguez@ferrere.com
Venezuela:	José Gregorio Torrealba R. <i>Leğa Abogados</i>	jgtorrealba@jgtorrealba.com

MEDIDAS CAUTELARES Y PROCEDIMIENTOS DE EMERGENCIA

ANEXO 2- Compendio de Normas, Reglamentos Arbitrales y Jurisprudencia

Este anexo contiene un listado de las normas, reglamentos arbitrales y jurisprudencia relevantes reportados para cada una de las jurisdicciones participantes en la encuesta. La información aquí contenida se encuentra actualizada a diciembre de 2023 y referida en su idioma original.

Jurisdicción	Leyes de Arbitraje	Otras Leyes	Reglamentos de Arbitraje ¹	Jurisprudencia Relevante
República Argentina	Ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional vigente desde el 4 de agosto de 2018. [Ley de Arbitraje Comercial Internacional]	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454 de 1967 y sus modificatorias. [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación]	<p>Reglamento de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios (CEMARC) [Reglamento y Anexo sobre Medidas Cautelares]</p> <p>Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires [Reglamento]</p> <p>Reglamento de Arbitraje del Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje (CEMA) [Reglamento]</p>	<p>CNCom, Sala B, 11/04/2002, “Forever Living Products Argentina SRL y otros c/ Beas, Juan y otro”. [Decisión]</p> <p>CNCom., Sala D, 09/04/2015, “Methanex Chile Limited c/ Petrobras Energía S.A. (Argentina)”. [Decisión]</p> <p>CNCom., Sala C, 14/09/2021, “Energías Renovables del Sol S.A. c/ Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (CAMMESA) s/ medida precautoria”. [Decisión]</p> <p>CNCAF, Sala IV, Exp. 41.255/2013/1/RH1, “Incidente de recurso de queja de YPF S.A.</p>

¹ Se incluyen los hipervínculos de los reglamentos vigentes a diciembre de 2023.

Jurisdicción	Leyes de Arbitraje	Otras Leyes	Reglamentos de Arbitraje ¹	Jurisprudencia Relevante
				en autos ‘YPF S.A. c/ AES Uruguaiana Empreendimentos S.A. y otros s/ recurso directo de organismo externo’ y Exp. 41.255/2013/CA, “YPF S.A. c/ AES Uruguaiana Empreendimentos S.A. y otros s/ recurso directo de organismo externo” sentencia del 7/10/2014 (cons. 33 y 34 y resolutorio 5°). [Decisión]
República Federativa de Brasil	Ley 9.307/96, Dispõe sobre a arbitragem. 23 de septiembre de 1996, D.O.U. No. 24.9.1996. Ley 9.307/96. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Ley 6.404, de 15 de dezembro de 1976. 26 de mayo de 2015, D.O.U. No. 27.5.2015.		Reglamento RA 44/20 del Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canada. Resolución 4/2018 de la Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp.	STJ - REsp: 1297974 RJ 2011/0240991-9, Magistrado Ponente: Ministra NANCY ANDRIGHI, Sentencia: 06/12/2012. GRUPO TERCERO, Fecha de Publicación: DJe 19/06/2012.
República de Chile	Ley 19.971 de Arbitraje Comercial Internacional, 10 de septiembre de 2004, D.O. 230697.	Código de Procedimiento Civil, Ley 1.552. 28 de agosto de 1902.	Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago) [Reglamento]	Corte Suprema, Rol 5468-2009, sentencia de fecha 11 de mayo de 2010.

Jurisdicción	Leyes de Arbitraje	Otras Leyes	Reglamentos de Arbitraje ¹	Jurisprudencia Relevante
			Reglamento Arbitral del Centro Nacional de Arbitraje (CNA) [Reglamento]	Corte Suprema, Rol 2349-2005, sentencia de 13 de abril de 2006.
República de Colombia	Ley 1.563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, del 12 de julio de 2012, D.O. 48489. [Ley 1.563 de 2012]	Código General del Proceso, Ley 1.564 de 2012. 12 de julio de 2012. [Código General del Proceso]	Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB) [Reglamento] Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia [Reglamento]	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá, fallo del 16 de octubre de 2019 [hipervínculo] Juzgado Veinticuatro Laboral de Circuito de Bogotá, D.C., fallo del 25 de octubre de 2019. [hipervínculo] . Corte Suprema de Justicia, fallo del 15 de julio de 2022, M.P. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Rad. No. 11001-02-03-000-2022-00385-00. [Fallo]
República de Costa Rica	Ley No. 8937, de Arbitraje Comercial Internacional, del 27 de abril de 2011, G. No. 100. [Ley de Arbitraje Comercial Internacional]	Código Procesal Civil, Ley 9.342, del 30 de febrero de 2016. [Código Procesal Civil]	Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. [Reglamento]	Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José Sección Segunda, Resolución N° 00351 – 2022 [Resolución] Tribunal Contencioso Administrativo del Segundo Circuito Judicial de San José, , Resolución N° 00548-2020. [Resolución]

Jurisdicción	Leyes de Arbitraje	Otras Leyes	Reglamentos de Arbitraje ¹	Jurisprudencia Relevante
				Tribunal Contencioso Administrativo del Segundo Circuito Judicial de San José, Anexo A, Resolución N° 00585-2020 [Resolución]
República del Ecuador	Codificación 14. Ley de Arbitraje y Mediación, del 14 de diciembre de 2006, R.O. No. 417. Texto No. 165 [Presidente Constitucional de la República]. Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación. 26 de agosto de 2021.	Código Orgánico General de Procesos, del 22 de mayo de 2015. (COGEP).	Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana. (AMCHAM). Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. (CCG).	Sentencia No. 107-13-SEP-CC Corte Constitucional de Ecuador; Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, Proceso No. 09332-2018-00849G, SF. Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Proceso N° 17230-2021-00085G, SF.
República de El Salvador	Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje del 23 de julio de 2002.			
República de Guatemala	Decreto 67-95, Ley de Arbitraje. 16 de noviembre de 1995. [Ley de Arbitraje]		Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala. [Reglamento] Reglamento de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de la Industria de Guatemala. [Reglamento]	Corte de Constitucionalidad, expediente 2533-2022. [Auto] Corte de Constitucionalidad, expedientes 3647-2022 [Sentencia]; 1118-2023 [Sentencia] y 1816-2014. [Sentencia]

Jurisdicción	Leyes de Arbitraje	Otras Leyes	Reglamentos de Arbitraje ¹	Jurisprudencia Relevante
				Circular N° 7-2012 de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia [Circular]
Estados Unidos Mexicanos	Código de Comercio. Título Cuarto del Libro Quinto (reformado en 1993 y 2011). [Código de Comercio]		Reglamento del Centro de Arbitraje de México (CAM) [Reglamento] Reglamento de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO). [Reglamento]	Tesis aislada I.4o.C.34 C (10a.), del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. [Tesis aislada] Sentencia R.C. 383/2019 dictada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. [Sentencia] Amparo en revisión civil 322/2013 Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en México[Sentencia]
República de Nicaragua	Ley 540 de Mediación y Arbitraje, del 25 de mayo de 2005, D.O. No.122.	Código Procesal Civil, Ley 902 de 9 de octubre de 2015.	Reglamento de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje “Antonio Leiva Pérez” de 2017, de la Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua.	
República de Panamá	Ley 131 de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá, del 31 de diciembre de 2013 G.O. No.27449-C.		Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CECAP).	Vikingo Joint Ventures SA y Vikingo Overseas Inc v. Las Brisas de Amador SA, Auto No. 1 de 29 de mayo de 2014, Pleno de la Corte Suprema de Justicia,

Jurisdicción	Leyes de Arbitraje	Otras Leyes	Reglamentos de Arbitraje ¹	Jurisprudencia Relevante
			Reglamento de Arbitraje del Centro de Solución de Conflictos (CESCON).	fallo de 30 de septiembre de 2015, M. P. José Ayú Prado. Expediente 539-14. Pleno de la Corte Suprema de Justicia, 12 de abril de 2023. M.P. Cecilio Cedalise Riquelme.
República del Paraguay	Ley 1.879 de Arbitraje y Mediación del 11 de abril de 2002, G.O. No. 80.		Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Paraguayo.	Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 3ra Sala de la Capital, Auto Interlocutorio 508, 29 de junio de 2017.
República del Perú	Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, del 27 de junio de 2008. [Decreto Legislativo]	Código Procesal Civil, Resolución Ministerial 10-93-JUS del 23 de abril de 1993. [Código Procesal Civil]	Reglamento de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. [Reglamento] Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL). [Reglamento] Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú. (AMCHAM) [Reglamento]	Expediente 00199-2018-0, Aguaytía Energy del Perú S.R.L c. Maple Gas Corporation del Perú S.R.L, Resolución Nro. 5 del 22 de octubre de 2019. [Resolución]
República Dominicana	Ley 489-08 de Arbitraje Comercial del 30 de		Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje y de	Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de la Provincia

Jurisdicción	Leyes de Arbitraje	Otras Leyes	Reglamentos de Arbitraje ¹	Jurisprudencia Relevante
	diciembre de 2008. G.O. No. 10502. [Ley 489-08]		Resolución Alternativa de Conflictos de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo. [Reglamento]	de Santo Domingo, Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial, Auto N° 551-2022-SAUT-00017, 6 de abril de 2022. Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Primera Sala, Sentencia N° 714, 29 de marzo de 2017. [Sentencia]
República Oriental del Uruguay	Ley 19.636 de Arbitraje Comercial Internacional, del 13 de julio de 2018, D.O. No. 29.992. [Ley de Arbitraje Comercial Internacional]		Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Uruguay. [Reglamento]	Sentencia 223/2008, del 19 de agosto de 2008, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to Turno en Uruguay. [Sentencia]
República Bolivariana de Venezuela	Ley de Arbitraje Comercial. 7 de abril de 1998, G.O. No. 36.430. [Ley de Arbitraje Comercial]		Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. [Reglamento] Reglamento del Centro de Empresarial de Conciliación y Arbitraje. [Reglamento]	Tribunal Supremo de Justicia – Sala Constitucional, 03-11-2010 (1.067). [Fallo] Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. Oficio 2021-A-0039.