

Bordachar Urrutia, Rodrigo. **Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia.** *Derecho y Ciencias Sociales*. Octubre 2015. N° 13 .Pgs 71-91 . ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

## **Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia**

*Conservatory measures on arbitration and the incorporation of emergency arbitrator.*

Rodrigo Bordachar Urrutia<sup>•</sup>

### **Resumen.**

Uno de los temas más relevantes en el arbitraje es el tratamiento de las medidas cautelares dentro del proceso. Cada vez es más recurrente que los tribunales estatales den más reconocimiento a las decisiones de los árbitros, referidas a remedios procesales. De su lado, el arbitraje también viene incorporando figuras o procedimientos que refuerzan la jurisdicción cautelar. Tal es el caso del árbitro de emergencia.

**Palabras Clave:** arbitro de emergencia- medidas cautelares-reconocimiento estatal

### **Abstract.**

Conservatory measures are one of the most important subjects on arbitration. State courts recognise everytime more the arbitrators decisions regarding on remedies during arbitration. On behalf, arbitration has incorporated new procedures aiming to enforce the protection of parties and their interests. That is the case of the emergency arbitrator.

**Key Words.** Emergency arbitrator- conservatory measures- state recognize

---

<sup>•</sup> Abogado (admitido en 2004), Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster 2 en Derecho, Universidad de París II (Panthéon-Assas). Socio de Bordachar, Alvear, Meneses, Montes & Cía. Profesor y coordinador académico del programa de Arbitraje y solución de controversias, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex coordinador para América Latina del Foro de Jóvenes Árbitros de la Cámara de Comercio Internacional (ICC YAF, 2011-2014).

Recibido: 19/5/2015. Aceptado con correcciones: 30/10/2015

## **Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia**

Rodrigo Bordachar Urrutia

### **1.Introducción.**

La necesidad de medidas precautorias no es privativa de los procesos judiciales estatales. Las partes en un arbitraje, sea éste doméstico o internacional, pueden requerir también de la aplicación de medidas cautelares. Prohibición de celebrar actos o contratos o ejecutar garantías, secuestro, retención de bienes, obtención anticipada de pruebas, son cuestiones tan relevantes y necesarias en uno y otro proceso.

No obstante este problema común, hay algunos factores diferenciadores en la ejecución de medidas provisionales en uno u otro proceso. Por ejemplo, los tribunales arbitrales carecen de imperio y requerirán generalmente el auxilio de la justicia estatal para ejecutar la medida, en caso de oposición de la parte contra la cual se quiere hacer valer.<sup>1</sup> Asimismo, la ejecución de una medida cautelar en un Estado distinto de la sede en que se sigue el arbitraje, podrá enfrentarse a dilemas prácticos, puesto que en no pocos países no se acepta la ejecución y, menos aún, reconocer resoluciones de tribunales arbitrales extranjeros, que recaigan sobre medidas cautelares, ya que no son sentencias definitivas.

Asumiendo estas falencias, las legislaciones comparadas y diversos reglamentos institucionales, paulatinamente han incorporado la posibilidad de que sean los propios árbitros directamente y sin pasar por la judicatura ordinaria, quienes conozcan y resuelvan los pedidos de las partes de otorgarles medidas precautorias o cautelares.

Los avances han sido importantes. Por ejemplo, en 2006 se modificó la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>2</sup>sobre arbitraje comercial internacional (en adelante la “Ley Modelo”) de manera de dotar a los tribunales arbitrales de mayor autonomía frente a la concesión de medidas cautelares. Las legislaciones estatales en materia de arbitraje, sobre todo las inspiradas en la

---

<sup>1</sup>Una excepción a esta regla está dada por la Ley de arbitraje del Perú, de 2008. Su artículo 48 le otorga al tribunal arbitral plenas facultades para conceder e incluso ejecutar por sí la medida cautelar. Como lo señala el párrafo 1 del mencionado artículo “*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*”. A mayor abundamiento el artículo 48.3 excluye toda posibilidad de revisión del tribunal judicial para interpretar el contenido o los alcances de la medida concedida por el tribunal arbitral. Y de tener dudas que requieran la aclaración o precisión sobre los alcances de la medida, el juez estatal debe plantearlos directamente al tribunal arbitral.

<sup>2</sup> Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, también conocida como UNCITRAL, por sus siglas en inglés.

Ley Modelo, han seguido esta tendencia, eso sí, algunas con mayor audacia que otras. Restan, sin embargo, distintos problemas prácticos, que paulatinamente tienden a ser solucionados, a través, por ejemplo, de las últimas modificaciones a los reglamentos de las instituciones administradoras de arbitrajes más importantes del mundo. Como prueba de lo anterior, prácticamente todos ellos han incorporado la figura del árbitro de emergencia, que constituye un proceso cautelar de urgencia, previo al inicio al arbitraje, tendiente a conceder medidas cautelares cuando éstas no pueden esperar a la constitución del tribunal, siempre por motivos justificados.

En el presente trabajo revisaré, primero, el tratamiento general de las medidas cautelares y precautorias en el proceso, para entrar posteriormente a su tratamiento en el arbitraje comercial internacional, y de forma particular, a la figura del árbitro de emergencia como remedio procesal.

## **2. Las medidas cautelares como forma de asegurar la tutela jurisdiccional efectiva.**

La acción es el centro del proceso, una pretensión representativa de un interés legítimo. La acción puede tener diversos objetos o fines, tales como una mera declaración de un derecho previamente establecido, la obtención de una cosa, el aseguramiento de pruebas, etc. Pero de nada serviría tener la razón, si la evidencia que nos permitiría probar nuestro caso fue alterada o desapareció, o incluso sería inclusive obtener una sentencia favorable, si ya no tenemos sobre qué pagarnos o el objeto mismo de la *litisse* ha perdido o destruido.

La acción, por tanto, es el instrumento mediante el cual se asegura a los justiciables la *tutela jurisdiccional*. Esta garantía fundamental se manifiesta, no solamente en el reconocimiento del derecho al juez natural —sea éste judicial o arbitral—, sino también en que el asunto se resuelva dentro de un plazo razonable.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> El reconocimiento de la tutela jurisdiccional está consagrado como garantía fundamental, con distintas redacciones, en prácticamente todas las constituciones y cartas de derechos. A nivel multilateral lo podemos encontrar, por ejemplo, en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969): “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”.

Este texto es muy similar al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden*

La tutela jurisdiccional no se agota en su reconocimiento como garantía fundamental, sino que debe ser además *efectiva*. Para cumplir ese objetivo y evitar que el justiciable vea sus derechos evaporados al final del proceso, la ley contempla distintos medios que le permiten, al menos provisoriamente, disminuir los riesgos, los que comúnmente toman el nombre de medidas cautelares, medidas provisionales o medidas precautorias. “La tutela cautelar tiene exactamente esta finalidad objetiva, actuar de forma que el plazo necesario para el reconocimiento del derecho no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho haciendo nula la posibilidad de su ejercicio: dicho en pocas palabras, de conseguir la finalidad fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, que es la efectividad de la tutela jurisdiccional”.<sup>4</sup>

Carnelutti distinguía dos grupos de procesos cautelares: el proceso cautelar instrumental —con carácter conservativo— y el final —de carácter innovativo—. El primero es el que tiende a garantizar los medios del procesos definitivo, y caben dentro de él los que buscan constituir una cautela para el proceso de cognición o de ejecución, según corresponda. El proceso cautelar final, de su lado, sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo(Carnelutti, 1997: 86).

Coherente con esta distinción, las medidas cautelares que ofrecen los ordenamientos jurídicos son de formas tan diversas como la manera en que se regulan. Algunas legislaciones optan por enumerar y definir un catálogo de medidas cautelares posibles, especificando asimismo la modalidad en que ésta puede operar. Otras, en cambio, proponen formas genéricas, de manera que la respuesta del ordenamiento jurídico pueda ajustarse a la necesidad de la parte que la requiere.

Al revisar las opciones de medidas de urgencia disponibles en distintas legislaciones encontramos, por ejemplo, la prohibición de celebrar actos o contratos, la retención de bienes, la presentación de garantías personales o reales, el nombramiento de interventores o administradores provisionales, la entrega de ciertos documentos o la deposición anticipada de

---

*público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.*

<sup>4</sup>Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-213/1989, 19 de junio de 1990. The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros. Conclusiones del Abogado General Sr. Giuseppe Tesauró. Parte I, p. 2457. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96738&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=97984> [3/5/2015].

testigos, entre otras muchas otras. Por muy distintas que puedan ser, todas ellas comparten elementos comunes: son esencialmente provisorias y buscan asegurar el resultado del juicio.

Con todo, el otorgamiento de medidas precautorias es una cuestión delicada, por los efectos que puede provocar a la parte contra quien se imponen. El legislador tenderá a establecer estándares mínimos para su concesión, que permitan equilibrar de un lado, la preservación del interés y los derechos de aquella parte solicitante, con los de aquella que se ve afectada por la medida. Lo anterior resulta evidente, pues el solicitante de la medida no tiene un derecho declarado o indubitado. Bien podría haber accionado con el solo interés de obtener un beneficio individual o de obstaculizar alguna transacción en que se ve envuelta su contraparte, para con ello sacar provecho particular.

El ordenamiento jurídico no podría, por tanto, conceder una medida de urgencia sin más a quien la pide, por el mero hecho de invocar un pretendido derecho, ya que con ello podría terminar por afectar a la otra parte, causándole perjuicios que difícilmente podrá subsanar, inclusive si ésta gana finalmente el juicio.

Por ello, el legislador impone determinados presupuestos para su otorgamiento, y los más comunes son la existencia de una **situación jurídica cautelable**, que constituya al menos **presunción grave del derecho** que se reclama (apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*), y que, de no concederse la tutela, haya **peligro por la mora procesal** (*periculum in mora*). Estos requisitos genéricos son compartidos con los que normalmente se exigen en el proceso arbitral, en determinados casos, con ciertos matices.

### **3. Alcance general de las medidas cautelares y precautorias en arbitraje.**

#### **3.1 Medidas cautelares en arbitraje doméstico.**

Para entender las medidas cautelares en el arbitraje, es preciso comprender previamente el tratamiento que el Estado da al arbitraje dentro de su propio sistema de administración de justicia. Ello además va de la mano con el grado de libertades que los ciudadanos gozan en el sistema de organización del Estado, pues en donde hay menos libertades individuales, se entiende la existencia del arbitraje como una concesión del Estado. Es decir, el arbitraje existe en estos sistemas porque el Estado, a través de la ley, lo permite, de modo que las instituciones judiciales o estatales tendrán más vías de control respecto de la función del árbitro.

Por el contrario, en otros Estados, donde hay mayor grado de libertad individual y reconocimiento de la autonomía privada, la regulación del arbitraje es una consecuencia lógica de admitir la existencia del derecho individual de las partes de elegir el foro que resolverá sus controversias. En tal situación, la intervención de la judicatura estatal será menor y más reducida, tradicionalmente relegadas a funciones de apoyo al proceso arbitral. Esta aparente lógica economicista no es sino una consecuencia de la doble naturaleza jurídica del arbitraje, por cuanto éste surge de un acuerdo de voluntades entre privados —un contrato—, pero la función del árbitro es jurisdiccional, ya que el “arbitraje se ha creado, lo hemos visto, a fin de resolver controversias: la misión del árbitro es exactamente la misma que aquella del juez” (Motulsky, 2010: 6).

La particular concepción que el arbitraje tenga entonces dentro del sistema jurídico respectivo, incidirá en los efectos de las resoluciones que recaigan sobre medidas cautelares dictadas por árbitros. El caso chileno en materia de arbitraje doméstico, es bien particular, ya que el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales ha definido a los árbitros como “jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”. En cuanto tales, la doctrina y jurisprudencia chilenas les han reconocido plena competencia para dictar medidas cautelares y ejecutarlas directamente, con la única limitación de no afectar derechos de terceros ajenos al juicio o que se requieran medidas de apremio como el auxilio de la fuerza pública. En otras palabras, sólo en tales el árbitro deberá pedir la intervención de los tribunales estatales. Por otro lado, y como lo recuerda Aylwin, no se debe confundir el imperio con la jurisdicción para pronunciarse sobre medidas cautelares, por cuanto la falta de imperio no priva a los árbitros de la facultad de dictar medidas precautorias, ya que éstas no importan un medio de apremio o compulsión, sino únicamente una garantía para asegurar el resultado del juicio (Aylwin, 2005: 415).

Con todo, no quiero dar a entender que los árbitros tienen competencia exclusiva para resolver sobre medidas cautelares una vez que el juicio arbitral se ha iniciado. Sólo me he referido al tratamiento y reconocimiento de las resoluciones dictadas por árbitros, relativas al otorgamiento de cautelares. Por el contrario, en derecho comparado, tanto a nivel de arbitraje doméstico como internacional, se reconoce una competencia recurrente de árbitros y jueces estatales en materia de medidas provisionales (Rivera, 2007). Si a ello añadimos la necesidad de que se adopten o concedan incluso antes de juramentados los árbitros, es claro que no es

posible prescindir de las facultades conservativas de los tribunales estatales por el hecho de esperar el inicio de la instancia arbitral.

Un análisis somero del comportamiento legislativo comparado, permite afirmar que hay una tendencia a dotar de forma explícita jurisdicción a los árbitros en materia de medidas cautelares. Tal es el caso del artículo 183 de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza y el artículo 39 de la Ley de arbitraje inglesa.<sup>5</sup>

En la vereda opuesta, el Código de procedimiento civil italiano, en su artículo 818 impide a los árbitros dictar medidas cautelares, reservando competencia exclusiva para tal fin a los tribunales estatales.

No obstante aquello, hay ciertas normas locales que pueden dar lugar a dudas sobre el real reconocimiento que se les da a los árbitros en materia de medidas conservativas, sobre todo por la ausencia de normas expresas. En el caso argentino, por otro lado, no hay un pronunciamiento explícito de los códigos procesales, por lo que algunos fallos han expresado que no es posible otorgarles a los árbitros la facultad de conceder medidas precautorias,<sup>6</sup> ya que, a más de la ausencia de norma habilitante, el artículo 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC) impide a los árbitros decretar medidas compulsorias o de ejecución, quienes deberán solicitarlas al juez estatal. *A fortiori*, las medidas precautorias deberían requerirse necesariamente al juez estatal.

Fuera de esta interpretación restrictiva, la doctrina argentina reconoce otras dos posiciones. La segunda, estimaría que el citado artículo 753 no sería en sí una limitante, pero para que los árbitros sean competentes en materia de medidas conservativas, las partes, en el acuerdo de arbitraje, deberían concederles de manera explícita esa facultad. La tercera corriente, coherente con la solución chilena ya expresada, es que no hay que confundir el imperio, del que efectivamente carecen los árbitros, con los demás atributos de la jurisdicción, entre los cuales se encuentra la facultad de conceder medidas conservativas (así, Rivera, 2007; Robiolo, 2007; Caivano, 2000). La razón de fondo es que el proceso de otorgamiento de la medida tiene dos fases: la primera, consistente en el proceso de decisión sobre la procedencia de la medida, y la segunda, la ejecución de aquélla.

---

<sup>5</sup>El Artículo 183 de la LDIP suiza, denominado “Medidas provisionales o de conservación” expresa que “1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a solicitud de una de las partes, ordenar medidas provisionales o de conservación”. De su lado, el también citado artículo 39 de la Arbitration Act (1996) dispone que las partes son libres de dotar al tribunal arbitral del poder para ordenar una medida provisional que permita garantizar el laudo final.

<sup>6</sup>C. Nac. Civ., sala A, 13/6/1972, “Vialco SA v. El Fletero SRL”, ED 50-463, citado por Rivera, 2007.

Los árbitros son quienes tienen la potestad de evaluar la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares que las partes les soliciten en el curso del procedimiento arbitral. El artículo 753 del CPCC no priva a los árbitros de la facultad de decidir. Por el contrario, sólo en la segunda etapa procesal, de la ejecución, y cuando se precisen de medidas de apremio o compulsorias, los árbitros deberán pedir la intervención del tribunal judicial (Caivano, 2000).

Tanto la competencia concurrente de tribunales arbitrales y judiciales en la concesión de medidas cautelares, así como el auxilio que la judicatura brinda al arbitraje para ejecutar la medida o incluso el laudo arbitral, ratifican lo que Jan Paulsson ha calificado como la “gran paradoja del arbitraje”: por un lado se busca la cooperación de la autoridad pública, y al mismo tiempo, el arbitraje pretende liberarse del poder público, tal como ocurre en esta constante tensión entre los tribunales estatales y los tribunales arbitrales (Paulsson, 2013). Los justiciables que han optado por el arbitraje pretenden excluir la participación de la judicatura estatal, pero tan pronto se encuentran con un bache en el camino, buscan el auxilio de la misma autoridad judicial que han repudiado *ab initio*.

### **.Medidas precautorias en el contexto arbitral internacional.**

Las relaciones comerciales internacionales se basan en la confianza: los actores de un contrato internacional se encuentran en puntos diversos del globo, muchas veces no se ven las caras, y aun así deciden contratar. Ciertamente que la razón principal es la necesidad de uno de los contratantes por los bienes y servicios que se encuentran en poder del otro. Pero de nada servirá aquello si las partes de este contrato no tienen suficientes garantías de que efectivamente podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones que recíprocamente han contraído.

Es aquí donde el arbitraje internacional ofrece un foro neutral, prescindiendo a través del acuerdo de voluntades, de la jurisdicción local y de las eventuales susceptibilidades que una u otra parte pudieren haber tenido al ser juzgados por los tribunales nacionales de la otra. El arbitraje ha demostrado ser el sistema de resolución de disputas comerciales internacionales más importante y, además, el más efectivo.<sup>7</sup>Entre las razones que sirven para

---

<sup>7</sup> Anualmente la Escuela de Arbitraje Internacional de la Queen Mary University of London publica una encuesta a los usuarios y practicantes del arbitraje. En su edición de 2015 se destaca que el 90% de los encuestados indicó que el arbitraje internacional era su método de solución de conflictos preferido. Luego, tras presentarles un listado de características del arbitraje, se les pidió identificar cuáles eran para ellos las más valoradas. La ejecutabilidad de los laudos internacionales (65%) y el hecho de evitar sistemas jurídicos específicos o cortes

fundar esta afirmación se recogen la rapidez,<sup>8</sup> costos,<sup>9</sup> confidencialidad y ejecutabilidad de los laudos<sup>10</sup> son algunos de los aspectos más comunes que inciden en la decisión de optar al arbitraje, entre quienes buscan iniciar una relación comercial internacional.

La Convención de Nueva York (en adelante, la “CNY”) ha colaborado en este desarrollo, facilitando el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales entre los Estados miembros, a tal punto que a 2015, los signatarios ya suman 156 Estados, por lo que podemos decir que se trata de una convención, a estas alturas, de carácter universal. Sin embargo, en la gran mayoría de los Estados se ha interpretado la CNY como un instrumento aplicable únicamente a laudos finales, lo que excluiría, por ejemplo, darle reconocimiento a sentencias parciales o interlocutorias, dictadas por árbitros, que hubieren concedido remedios cautelares.

De allí que diversas iniciativas busquen dotar de manera más clara a los árbitros de competencia en materia de medidas cautelares, incluyendo aquellas que tengan por objeto ejecutarse en un país distinto del de la sede.

Sólo a modo de referencia, el concepto de sede es jurídico, y no necesariamente físico. Es decir, no significa que las diligencias arbitrales, las audiencias o todo aquello referido al proceso se realice en la sede elegida. Formalmente es el lugar donde se lleva el arbitraje y donde éste se sustancia, pero desde lo propiamente jurídico, la sede vincula al proceso arbitral con un conjunto de normas jurídicas propias de esa sede —*lex loci arbitri* o *lex arbitrii*—y las autoridades judiciales con capacidad de intervención sobre el arbitraje, como para servir de tribunal de apoyo o para conocer del recurso de anulación (Vásquez, 2013). De modo que iniciativas como las últimas modificaciones a la Ley modelo de la CNUDMI de 2006 (en

---

locales (64%) fueron las características que más destacaron los encuestados. Para saber más de la encuesta y su metodología puede revisarse en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> [27/10/2015].

<sup>8</sup> En los reglamentos institucionales de arbitraje el plazo para la emisión del laudo suele fijarse en seis meses, desde la presentación de la demanda, ampliable a un año en casos justificados. Además es común que se renuncie a los recursos procesales en el acuerdo arbitral, lo que limita, por lo mismo, la extensión del proceso en el tiempo, con ocasión de las sucesivas instancias. Cualquiera litigante sabrá que estos plazos son claramente inferiores a los del desarrollo de un proceso judicial regular.

<sup>9</sup> La crítica al arbitraje en este sentido es que, a diferencia de la justicia estatal, se debe pagar al juez, por lo que no sería efectiva tal afirmación. Por otro lado, quienes defienden esta tesis, sostienen que para calificar los costos finales del proceso deben considerarse todas las instancias, el tiempo como costo de oportunidad, y que además las instituciones arbitrales, al tener tablas de valores predefinidas, permiten anticiparse a los costos finales del árbitro y de la institución. Por lo demás, algunos estudios han calculado que los honorarios del árbitro representan más o menos el 14% del total del arbitraje, los gastos de defensa (abogados y peritos), el 82%, los gastos de arbitraje el 2% y los de la institución, otro 2% (Tercier, 2010).

<sup>10</sup> Cuando me refiero a ejecutabilidad de los laudos, estoy haciendo referencia a que en su gran mayoría, los laudos y decisiones arbitrales se ejecutan voluntariamente, pero también a que los mismos laudos son reconocidos y ejecutados fuera del territorio de la sede arbitral en que se han dictado.

adelante, LM) sean tan relevantes, porque buscan crear procedimientos expeditos que habiliten de manera eficaz y oportuna a las partes envueltas en un arbitraje a obtener estas medidas dentro del mismo proceso, sin tener que recurrir necesariamente a la justicia estatal.

La LM en su artículo 17.1, señala que siempre el tribunal arbitral, a petición de parte, podrá otorgar medidas cautelares, a menos que ellas mismas hayan excluido esta facultad. Si comparamos el texto previo a 2006 de la LM, se ha marcado una gran diferencia, pues se pasó de una mera declaración de competencia de los árbitros para conceder cautelares, a definir un procedimiento completo, que regula inclusive el reconocimiento y la ejecución de las decisiones arbitrales —en un Estado distinto del de la sede— referidas a medidas precautorias. Esto constituye un gran avance, sobre todo para las legislaciones nacionales que se han inspirado en la LM, y que se han promulgado a partir de 2006.<sup>11</sup>

Salvo algunas interpretaciones judiciales aisladas que señalarían que, conforme al artículo II(3) de la Convención de Nueva York (en adelante, “CNY”), un Estado signatario de ésta no debe permitir que las cortes locales decidan sobre una medida cautelar, existiendo un acuerdo de arbitraje,<sup>12</sup> la opinión prácticamente unánime de la doctrina y jurisprudencia es de permitir la coexistencia de jurisdicciones concurrentes —judicial y arbitral— donde se pueda discutir el establecimiento de medidas cautelares en arbitraje comercial internacional.

---

<sup>11</sup> Si bien la Ley Modelo no es un tratado internacional, lo que implicaría que su texto sería vinculante para los Estados que fueran parte de él, su influencia es innegable en la uniformidad del derecho arbitral internacional. Algunos Estados han optado por incorporar la Ley Modelo prácticamente en su texto original, mientras que otros le han hecho ajustes a su articulado, adaptándolo a sus necesidades locales o a las intenciones que el propio legislador local ha tenido. De la lectura de los proyectos originales y las exposiciones de motivos de éstos, destaca particularmente el interés de dichos Estados en constituirse en sedes de arbitrajes comerciales internacionales, eliminando cualquier traba u obstáculo que sus propios tribunales locales pudieran imponer al proceso arbitral. En materia de medidas cautelares este tipo de reformas pro arbitraje tienen especial relevancia, ya que tratándose de arbitrajes comerciales internacionales siempre hay una tensión constante entre los tribunales judiciales y los arbitrales, respecto de las facultades y límites que a cada cual corresponde.

<sup>12</sup> El profesor Born destaca dos decisiones que tienden a interpretar que el artículo II(3) de la CNY impone una suerte de obligación de abstención total de los tribunales locales en la sustanciación de un proceso arbitral, inclusive si ésta tuviera por objeto la colaboración de las cortes estatales (véase Born, 2009, pp. 2031-2034): *McCreary Tire & Rubber Co. v. CEAT SpA* (501 F.2d 1032 (3d Cir. 1974) y *Cooper v. Ateliers de la Motobecane, SA* (442 N.E.2d 1239 (N.Y. 1982)). En el primero de estos casos el demandante intentó sin éxito desconocer el acuerdo de arbitraje contenido en el contrato de distribución que tenía con la demandada, por medio de dos demandas interpuestas en cortes judiciales, y en la última de ellas pidió además al tribunal que le concedieran la retención de fondos que su contraria tenía en un banco local. Las acciones judiciales fueron sucesivas y ambas determinaron que lo que correspondía era remitir a las partes a arbitraje, incluyendo en su negativa el otorgamiento de la medida cautelar solicitada.

En el segundo de los casos citados por Born, la interpretación fue aún más allá, al expresar la Corte de Apelaciones de Nueva York que “*el propósito e interés de la Convención (de Nueva York) se puede cumplir mejor, por medio de limitar las actuaciones judiciales de carácter prearbitral, a aquéllas en que se deba determinar si el arbitraje es vinculante o no*” (la traducción es propia).

Esta concurrencia de jurisdicciones es positiva desde un doble aspecto. Por un lado, viene a llenar el vacío que pueden presentar los tribunales arbitrales ante la necesidad de ejecutar forzosamente la medida de urgencia que han decretado, ya que están desprovistos de imperio. En segundo lugar, tratándose de medidas cautelares que deben cumplirse o ejecutarse fuera del país de la sede del arbitraje, no es poco frecuente que sea difícil de hacerlas cumplir, ya que al no ser una decisión definitiva, por cuanto una medida prejudicial es esencialmente revocable, no le son aplicables las prescripciones de la CNY, que únicamente se refiere a sentencias arbitrales definitivas.

En cuanto al objeto perseguido por las medidas cautelares en un proceso arbitral, éste estará determinado (y limitado también) por las leyes locales y las normas de arbitraje aplicables.

La misma LM en su artículo 17, luego de las enmiendas de 2006, opta por definir las precautorias de acuerdo a su objetivo, determinando que se adoptarán en la medida que el remedio solicitado: (a) Mantenga o restablezca el *statu 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.

De la práctica habitual y del examen de los reglamentos de algunas de las instituciones arbitrales más requeridas<sup>13</sup> fuera de repetirse en las medidas precautorias solicitadas los objetivos planteados en la LM, se pueden encontrar aquellas medidas que aseguren anticipadamente las costas del proceso —*security for costs*—, cuando, por ejemplo, exista riesgo presumible que una parte (usualmente el demandante) no pueda cubrir las costas arbitrales de la contraparte, cuando es vencida. Otra medida, aunque rara en la práctica, es aquella mediante la cual se impone a una de las partes la obligación de realizar pagos parciales, como cuando en su contestación, la demandada reconoce parcialmente una parte de la deuda demandada.

---

<sup>13</sup> En este trabajo me remitiré a los reglamentos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), del International Centre for Dispute Resolution (ICDR), la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA) y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago).

### **3.3.Tratamiento de las medidas precautorias en los Reglamentos institucionales de arbitraje**

Los distintos reglamentos arbitrales, de su lado, también han incorporado disposiciones relativas al otorgamiento de medidas precautorias. Recordemos que la remisión de las partes en el acuerdo de arbitraje a un reglamento institucional implica darle por referencia a la cláusula compromisoria todo el contenido de dichas reglas, como si fuera parte del contrato, haciéndole obligatorias todas sus disposiciones. Claro está que la efectividad de dichas reglas dependerá de las normas sobre el particular que tenga la sede de arbitraje y la ley de fondo aplicable.

Algo común en los reglamentos de las instituciones internacionales más requeridas es la forma procesal que éstas pueden revestir. En el campo del arbitraje, la resolución del tribunal arbitral que concede las medidas precautorias puede tomarla forma de orden procesal o de laudos parciales o provisionales. También su objeto puede ser diverso, permitiendo a su solicitante, por ejemplo, preservar evidencia, mantener el *statu quo* (órdenes de no innovar), y en general cualquier otra acción necesaria para asegurar la ejecutabilidad del laudo final. En este punto, la selección de la ley aplicable al fondo y del reglamento arbitral, si corresponde, resulta esencial, por cuanto determinan tanto las alternativas, estándares de otorgamiento, duración y requisitos de estas medidas.

Haciendo un recorrido por estos reglamentos, podemos encontrar algunas variaciones en los tipos, duración y requisitos exigidos para conceder la medida, y también en la posibilidad de otorgarlas *ex-parte*, es decir, sin dar oportunidad a la parte contra quien se impone la medida de controvertir la necesidad de su otorgamiento, siempre por razones de urgencia y porque, de hacerlo, se pondría en peligro la efectividad de la medida.

El artículo 28 del Reglamento de la CCI dispone que el tribunal arbitral, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas.<sup>14</sup> El Reglamento de la CCI, entonces, deja abierto el tipo de medida precautoria que se puede conceder. A su vez, en el artículo 28(2) se faculta a las partes a solicitarlas ante cualquier autoridad judicial competente,

---

<sup>14</sup> En el sistema CCI, podríamos decir que hay dos etapas procesales. La primera parte, desde que el tribunal arbitral recibe el expediente y hasta la fijación del acta de misión, en la cual se establece el calendario del proceso arbitral y la exposición sumaria de las pretensiones de las partes (art. 23 del Reglamento CCI); la segunda, correspondiente a la etapa de instrucción, con la presentación de los memoriales de demanda y contestación, presentación de la prueba, deliberación y dictación del laudo arbitral. De modo que la primera etapa podríamos definirla como prejudicial, al hacer el paralelo con el proceso judicial: el tribunal arbitral ya está dotado de jurisdicción, pero la discusión respecto del fondo no está aún abierta.

previo a la entrega del expediente al tribunal, e incluso con posterioridad a ello “en circunstancias apropiadas”. Se deja expresamente a salvo que tal requerimiento “no contraviene el acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del tribunal arbitral al respecto”.

En cuanto a la forma de la decisión arbitral que concede la medida precautoria, ésta puede ser un laudo o una orden procesal. De acuerdo a Francisco González de Cossío, “las determinaciones meramente procesales deben tomarse vía orden procesal, mientras que las resoluciones sobre puntos controvertidos deben adoptarse mediante laudo” (González de Cossío, 2011: 566). En el marco del particular sistema de la CCI, se ha dicho que optar por otorgar la medida precautoria mediante orden procesal es más rápido, ya que la decisión no estará sujeta al escrutinio y control que la Corte Internacional de Arbitraje realiza necesariamente a los laudos (de acuerdo al artículo 33 del Reglamento CCI). “Sin embargo, el escrutinio tiene la ventaja de proveer a las partes y al tribunal arbitral de un mecanismo de control de calidad confiable (sin ningún costo adicional para las partes). [...] La elección de la forma no estará determinada por su ejecutabilidad, por cuanto las medidas provisionales aun en la forma de laudo, no son ejecutables de acuerdo a la Convención de Nueva York. A mayor abundamiento, la caracterización de la decisión por parte del tribunal arbitral, como laudo u orden, no es vinculante para las cortes estatales, que se estarán más bien a la sustancia de la decisión y a la ley doméstica a la cual ésta está sujeta” (Fry y otros, 2012: 291).

La London Court of International Arbitration (en adelante “LCIA”), en su reglamento de 2014 ha regulado las medidas cautelares en el artículo 25. Al igual que el Reglamento de la CCI de 2012, se deja abierta la posibilidad de recurrir a tribunales locales, como al propio arbitral, pero con la limitación de que si ya ha comenzado el arbitraje, sólo podrá pedir las al tribunal estatal en circunstancias excepcionales (no definidas) y debe contar con la autorización del tribunal arbitral.

No obstante, en el Reglamento de la LCIA aparece como requisito para el otorgamiento, por parte del tribunal arbitral, de una medida provisoria, conceder a la parte adversa “la oportunidad razonable de responder a tal solicitud” de medida. Con ello se descartaría la posibilidad de conceder una medida *ex parte*.

En el caso del Centro Internacional de Resolución de Disputas (en adelante “ICDR”), las medidas provisionales son tratadas en el artículo 24 de su reglamento. No hay, en este caso, ningún tipo de enumeración de medidas, sino que se habla de *cualquiera* que el tribunal

considere necesaria imponer, previa solicitud de parte, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas de protección o conservación de bienes.

Finalmente, en el caso del Reglamento de arbitraje internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (en adelante “CAM Santiago”), las medidas son tratadas en el artículo 17. También hay una disposición abierta, permitiendo “medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas respecto del objeto del litigio” (artículo 17(1)). Sin descartar expresamente la opción de concederlas por medio de una orden procesal, se señala que “dichas medidas podrán estipularse en un laudo provisional” (artículo 17(2) del Reglamento CAM Santiago).

De la revisión de los reglamentos procesales enunciados, en todos se autoriza al tribunal a requerir a la parte solicitante la presentación, si se estima necesario, de una garantía o fianza referida a los eventuales perjuicios que la medida pudiera ocasionar a la parte afectada por ésta.

### **3.4. La incorporación del árbitro de emergencia en el contexto del arbitraje comercial internacional**

La necesidad de una medida conservativa no siempre queda limitada al proceso mismo, sino que puede requerir una respuesta urgente, inmediata. Ya hemos dicho que la efectividad de la tutela judicial depende en gran medida de la rapidez que se dé por parte de la jurisdicción a la protección de un derecho.

Una de las partes podría necesitar una medida urgente, que no puede esperar a la constitución del tribunal arbitral. Baste recordar que no hay sistema alguno que garantice una constitución inmediata del tribunal, ni aún tratándose de un arbitraje *ad hoc*. Se requerirá o el concurso de la otra parte para designar al o los árbitros, de la institución arbitral o de la justicia ordinaria. Este proceso previo de constitución podría tomar semanas, plazo que puede terminar por perjudicar a la futura demandante en obtener un resultado satisfactorio y efectivo.

Claro, ya se ha dicho que la parte que lo precisa, podrá recurrir directamente a la justicia ordinaria a pedir la medida urgente y prejudicial. Pero podemos encontrarnos con limitaciones procesales importantes, ya que en algunos ordenamientos se exige, por ejemplo, que la demanda se interponga dentro de cierto plazo, vencido el cual, la medida se deja sin efecto. O bien puede ser que el solicitante no quiera hacer público el conflicto que lo envuelve con su

futuro demandado, por lo que aprovechando la confidencialidad del arbitraje que le garantizan algunos reglamentos, prefiera que sea dentro de un proceso arbitral que se le confieran las medidas solicitadas.

Prácticamente todos los sistemas judiciales han incorporado en sus procesos un sistema cautelar prejudicial, es decir, previo a la interposición de la demanda. En el campo arbitral dicha necesidad se veía suplida, de cierta manera, en la posibilidad de pedir la medida a la jurisdicción estatal. Pero la realidad demostró que ello no era suficiente, y así también lo percibieron las distintas instituciones arbitrales, que incorporaron a sus reglamentos provisiones referidas a procedimientos de urgencia, con carácter pre-arbitral, que permitieran conceder a las partes de medidas cautelares urgentes. Es así como se llega al árbitro de emergencia, quien, previo a la constitución del tribunal arbitral, pasa a ser el juez natural de la parte que quiere cautelar sus derechos. La innovación de esta nueva figura es que se trata de un árbitro con todas sus cualidades, designado de manera sencilla y rápida, cuya intervención es provocada por la parte interesada, salvo que en el pacto arbitral se excluya la figura. (Rivera, 2014). Además, su decisión puede ser confirmada o revocada, una vez designado el tribunal arbitral definitivo.

Podría decirse que la primera institución de arbitraje que incorporó una figura similar fue la CCI, que en 1990 dictó el Reglamento del procedimiento precautorio pre-arbitral. A pesar de probar su utilidad, hasta 2014 sólo 14 casos de procedimiento precautorio fueron ingresados a la Corte de la CCI. Este lento desarrollo se explicaría en que para poder hacer uso de este procedimiento las partes debían pactar expresamente que se sometían al reglamento especial dispuesto por la CCI para tal fin. De igual manera, algunas jurisdicciones locales, hasta cierto punto no se mostraban dispuestas a reconocer o ejecutar las decisiones emanadas por el tercero neutral que fue designado por la Corte para resolver de estas medidas, dado que no se le consideraba formalmente como árbitro, a pesar de cumplir, hasta cierto punto una función jurisdiccional.

Con la modificación en 2012 de su Reglamento, la CCI incorporó dentro de su procedimiento la figura del árbitro de emergencia.<sup>15</sup> A diferencia del procedimiento precautorio prearbitral hasta entonces vigente, ahora ya no es necesario remitirse al reglamento especial, sino que el optar por un arbitraje CCI lleva incorporada la facultad de las

---

<sup>15</sup>La figura del árbitro de emergencia se regula, en términos generales, en el artículo 29 del Reglamento de la CCI vigente desde el 1 de enero de 2012. Sin embargo, tales disposiciones se complementan, en lo procedimental, con las Reglas de árbitro de emergencia, previstas en el Apéndice V del Reglamento CCI.

partes a solicitar medidas cautelares urgentes al árbitro de emergencia. A mayor abundamiento, sólo puede excluirse su intervención si las partes, de manera expresa, así lo han dispuesto.

Un reciente estudio de la CCI (Carlevaris y otro, 2014) ha demostrado lo eficaz que ha sido la incorporación de la figura del árbitro de emergencia. En los primeros dos años de implementación del nuevo Reglamento de la CCI, se han presentado diez solicitudes otorgamiento de medidas, por medio del árbitro de emergencia, que comprometían a un total de 34 partes de 15 diferentes nacionalidades. Seis de los diez casos involucraron a más de dos partes. Luego de este estudio, realizado con datos recopilados hasta 2014 y hasta principios de noviembre de 2015 se habían admitido a trámite un total de 23 solicitudes. El proceso regular desde la presentación de la medida a la Secretaría de la Corte hasta la obtención o rechazo de la medida por parte del árbitro de emergencia no debiera extenderse por más allá de 18 días, lo que reafirma el carácter especial de este proceso.

Cabe hacer presente que el inicio de procedimiento arbitral de urgencia establecido por la CCI está condicionado al pago de un importe de US \$40.000, que se desglosa en US \$10.000 en gastos administrativos para la CCI y de US \$30.000 para honorarios y gastos del árbitro de emergencia (art. 7 del Apéndice V, sobre Reglas de árbitro de emergencia). Los montos involucrados son muy superiores a los US \$3.000 que se exigen como provisión para los gastos de arbitraje, al momento de presentar la solicitud de arbitraje (art. 1 del Apéndice III, sobre costos del arbitraje y honorarios), sin perjuicio de los gastos administrativos y honorarios finales del árbitro que se determinen al final del proceso, conforme el Reglamento de Arbitraje de la CCI.

ICDR, en su Reglamento vigente a partir de junio de 2014 también incorpora la figura del árbitro de emergencia (o de urgencia, de acuerdo a su texto en español). Para tal fin exige que cualquier parte podrá solicitar una medida urgente de protección previo a la constitución del tribunal arbitral. En su solicitud, que debe presentar a la ICDR (el Administrador) y a todas las demás partes, debe indicar la naturaleza de la medida solicitada y las razones por las que esa medida es requerida con carácter de urgencia, y las razones por las cuales tiene derecho a esa medida.

En el caso de la LCIA, el árbitro de emergencia y su procedimiento se regulan en el artículo 9B. Al igual que en los otros dos reglamentos previamente citados, se exige la presentación de una solicitud escrita, en la que se debe explicitar el ámbito específico en que

se pretende aplicar la medida de urgencia y designar árbitro de emergencia, y la demanda concreta y fundamentada, para el otorgamiento de la medida.

Es importante destacar que en estos procesos, cualquiera sea el Reglamento que se elija, hay dos etapas. La primera, que podríamos decir de control de admisibilidad de la solicitud de la medida y designación del árbitro de emergencia. Ésta concluye con el nombramiento del árbitro único que se encargará de resolver, en una segunda fase, la pertinencia o no de la medida.

Es decir, en la primera parte, sólo hay un proceso que podríamos calificar como administrativo, ya que no hay traslado a la otra parte y se limita a designar, cumpliendo los requisitos que cada reglamento establece, al árbitro de urgencia. Mientras que en la segunda, hay un proceso jurisdiccional propiamente tal, en el que el árbitro conocerá de las motivaciones, justificaciones y necesidad del otorgamiento de la medida, permitiendo la participación de las demás partes del juicio arbitral, e incluso, pudiendo ser sujeto de eventuales recusaciones por parte de los involucrados.

El punto que determina si estamos frente a un procedimiento de arbitraje de emergencia y la solicitud ordinaria de medidas precautorias está dada por la recepción que hacen los árbitros de los antecedentes del caso. En efecto, los árbitros pueden incluso haber sido designados por las partes o la institución, según corresponda, pero si no han recibido el expediente, la parte que lo precisa podrá pedir la designación de un árbitro de emergencia si la urgencia así también lo amerita.

Como la mayor parte de las instituciones arbitrales recientemente incorporaron provisiones relativas al árbitro de emergencia, se debe verificar la época en la cual se concluyó el acuerdo de arbitraje, o si éste se remite al reglamento vigente al tiempo de iniciarse la controversia, ya que de no ser así, o de haberse pactado con anterioridad a la entrada en vigencia de los nuevos reglamentos, no podría solicitarse el inicio de tal proceso.

Las instituciones que han incorporado el arbitraje de emergencia han dispuesto que se designe al árbitro en un plazo muy breve, no mayor a 48 horas desde que han sido requeridos.

Una vez designado, las reglas de procedimiento suelen indicar a los árbitros de emergencia que deben actuar con celeridad, tomando en consideración la naturaleza y la urgencia de la medida requerida, pero siempre debe prever la oportunidad a todas las partes involucradas de presentar su caso.

### **3.5 Aspectos jurisdiccionales relevantes en un proceso de árbitro de emergencia.**

Las resoluciones y medidas ordenadas por el árbitro de emergencia tienen un ámbito limitado en cuanto a su aplicación. Primeramente sólo pueden afectar a los signatarios de un acuerdo de arbitraje, y que éste haga referencia al reglamento arbitral de la institución correspondiente. Ello además reduce los riesgos potenciales de cuestiones de competencia que pudieran dilatar un proceso que por esencia, debe ser rápido.

Sin entrar al detalle de aquellos casos conocidos hasta ahora, quisiera detenerme en el tema de la ejecutabilidad de las medidas cautelares dictadas por los árbitros de emergencia. Tenemos que plantear la cuestión en dos situaciones. La primera, de orden práctico: contrario a lo que se pueda pensar, la mayor parte de las medidas cautelares de urgencia son cumplidas voluntariamente, y más aún en un arbitraje de emergencia, donde no se quiere predisponer a los árbitros con una actitud negativa. Ello independiente que las medidas que son esencialmente revocables, pueden inclusive ser revisadas con posterioridad por el tribunal arbitral una vez que éste se ha constituido.

La segunda cuestión, es la referida al reconocimiento de la resolución del árbitro de emergencia, por la jurisdicción local. La materia no plantea problemas cuando se pretende ejecutar en la sede del arbitraje. No obstante ello, cuando tiene por finalidad ejecutarse o cumplir sus efectos fuera del lugar de la sede, los reparos y problemas prácticos ya enunciados para las medidas cautelares dentro del proceso arbitral, se reiteran aquí.

Con todo, algunas jurisdicciones, procurando dar una aplicación práctica a las decisiones del árbitro de emergencia, han interpretado las disposiciones de la Ley Modelo en su versión 2006, en particular la referida en el artículo 17H, que se remite al reconocimiento de órdenes y laudos relativos a medidas cautelares. Asimismo se fundan en las provisiones de la propia CNY, que a pesar de referirse a laudos definitivos, interpretan la naturaleza de la decisión que recae sobre las cautelares.

Así, algunos autores estiman que el laudo que acoge una medida cautelar sí tendría el carácter de definitivo y final, por cuanto resuelve la cuestión precisa que se ha sometido a decisión de los árbitros. Incluso algunas decisiones judiciales avalarían tal posición. En el caso *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*,<sup>16</sup> la Corte de Distrito de Nueva York rechazó la

---

<sup>16</sup>*Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*, United States District Court, Southern District of New York, 13 CV 7237, 31 de octubre de 2013, citado en Paata (2015) "Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator's Orders", disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/04/15/indirect-enforceability-of-emergency-arbitrators-orders/comment-page-1/#comment-429316> [19/05/2015]

solicitud de anulación de un laudo dictado por un árbitro de emergencia, estimando que dicha decisión era, en esencia, final, confirmándola para el efecto de reconocer y ejecutar la medida por ella decretada.

Pero ello no es sensato, partiendo de la base que, expresamente, los propios reglamentos que incorporan la figura del árbitro de emergencia señalan que su decisión es revisable e incluso revocable por el tribunal arbitral que se designe finalmente. Lo anterior, en la medida que las legislaciones internas de cada Estado no doten explícitamente a las decisiones del árbitro de emergencia —y más generalmente a las que conceden medidas cautelares dentro del proceso arbitral— del carácter de ejecutables.

#### **4 Conclusión**

El arbitraje comercial en general, se funda en la confianza: en los árbitros y en la sensatez de sus decisiones; y entre las partes, de que éstas cumplirán lo que el árbitro determine en su laudo. Independiente de los beneficios que tiene el arbitraje, las partes igualmente requieren contar con remedios cautelares efectivos, que permitan que la decisión final del árbitro, tenga resultados y pueda ser ejecutada. Consecuencia de que el derecho a una tutela judicial efectiva no es privativo de la jurisdicción estatal, es que también este derecho debe alcanzar a quienes optan por esta forma alternativa de solución de controversias. Siendo así, las medidas cautelares dentro de un arbitraje son una necesidad, y que sean efectivas y ejecutables, aún más.

En ese contexto, las reformas a las legislaciones arbitrales, partiendo por las de la Ley Modelo en 2006, y las que le siguieron, incorporando estas modificaciones, han permitido dotar de un mayor grado de autonomía a los tribunales arbitrales para conocer y conceder medidas precautorias, sin depender tanto de la judicatura estatal.

Por otro lado, la institucionalización y regulación del árbitro de emergencia en las últimas modificaciones a los reglamentos arbitrales viene a llenar un vacío importante. Hasta entonces, la parte que requería una medida de urgencia previo a la formación del tribunal arbitral, debía contentarse con el recurso a la justicia ordinaria. Si por una parte ganaba ejecutabilidad inmediata, e incluso auxilio de la fuerza pública, si era preciso, perdía en rapidez, confidencialidad y en otras tantas virtudes que hoy prodigamos al arbitraje.

El sistema arbitral internacional entendió este requerimiento, dotando al proceso de este instrumento cautelar. Ciertamente el éxito final del árbitro de emergencia va a depender del

comportamiento de las partes, y del reconocimiento que de ahora en adelante le den las jurisdicciones locales y, esperamos pronto, las legislaciones nacionales. Según rescata parte de la doctrina (Rivera, 2014), las decisiones del árbitro de emergencia gozan de ciertas características particulares, como la *celeridad*, ya que la decisión de conceder la medida anticipada puede tomar entre una a dos semanas. Asimismo, dependiendo del tipo de medida solicitada, la decisión del árbitro de emergencia puede ser de *aplicación directa*, sin necesidad de apoyo de las cortes nacionales. Pretenden además dotar de *protección* a los derechos de las partes del arbitraje, no sólo material, sino para la preservación de pruebas, que en el caso de arbitrajes puede ser esencial. En lo fundamental, también son *temporales*, ya que en nada obligan al tribunal arbitral definitivamente constituido que las mantenga. Al ser, el árbitro de emergencia, una persona distinta de aquellas que finalmente conducirán el proceso arbitral, garantiza a las partes que *no habrá un prejuzgamiento*. Por último, su elevado *costo* de ejecución puede ser una manera de disuadir solicitudes que no tengan un buen fundamento, y que se limite a casos en que, por el eventual daño que se quiere evitar, se justifiquen por su cuantía.

Hasta ahora, para tranquilidad de los practicantes y estudiosos del arbitraje, los resultados han sido satisfactorios, y esperamos que lo siga siendo en el futuro.

## **Bibliografía**

- Aylwin Azócar, Patricio (2005). *El juicio arbitral*. Jurídica de Chile, Santiago.
- Barona Vilar, Silvia (2006). *Medidas cautelares en el arbitraje*. Thomson Civitas, Navarra.
- Born, Gary B. (2009). *International Commercial Arbitration*, Tomo II. Kluwer, La Haya.
- Caivano, Roque J. (2000). *Arbitraje*. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Carlevaris, Andrea y otro (2014). *Running in the ICC Emergency arbitrator rules: The first ten cases*. Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, vol. 25 N.º 1. Cámara de Comercio Internacional, París.
- Carnelutti, Francesco (1997). *Instituciones del proceso civil*, vol. I. El Foro, Buenos Aires.
- Fry, Jason y otros (2012). *The Secretariat guide to ICC Arbitration*. ICC Publication 729. Cámara de Comercio Internacional, París.
- González de Cossío, Francisco (2011). *Arbitraje*. Porrúa, México.
- Motulsky, Henri (2010). *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*. Dalloz, París.
- Paulsson, Jan (2013). *The idea of arbitration*. Oxford University Press, Oxford.

Rivera, Irma (2014). *El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento*. César Guzmán-Barrón (Dir.), *Revista de Arbitraje PUCP*. Año IV N.º 4, setiembre 2014, pp. 163-167.

Rivera, Julio César (2007). *Arbitraje comercial. Internacional y doméstico*. LexisNexis, Buenos Aires.

Robiolo, Jorge Alberto (2007). *Derecho arbitral*. La Ley, Buenos Aires.

Tercier, Pierre (2010). *El nuevo reto del arbitraje: ¿Cómo reducir la duración y los costos?* En: Bernal Gutiérrez, Rafael y otros. *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 15-25.

Vásquez Palma, María Fernanda (2013). *Las sedes arbitrales en el arbitraje comercial internacional*. Thomson Reuters, Santiago.