

BOLETÍN DE ARBITRAJE

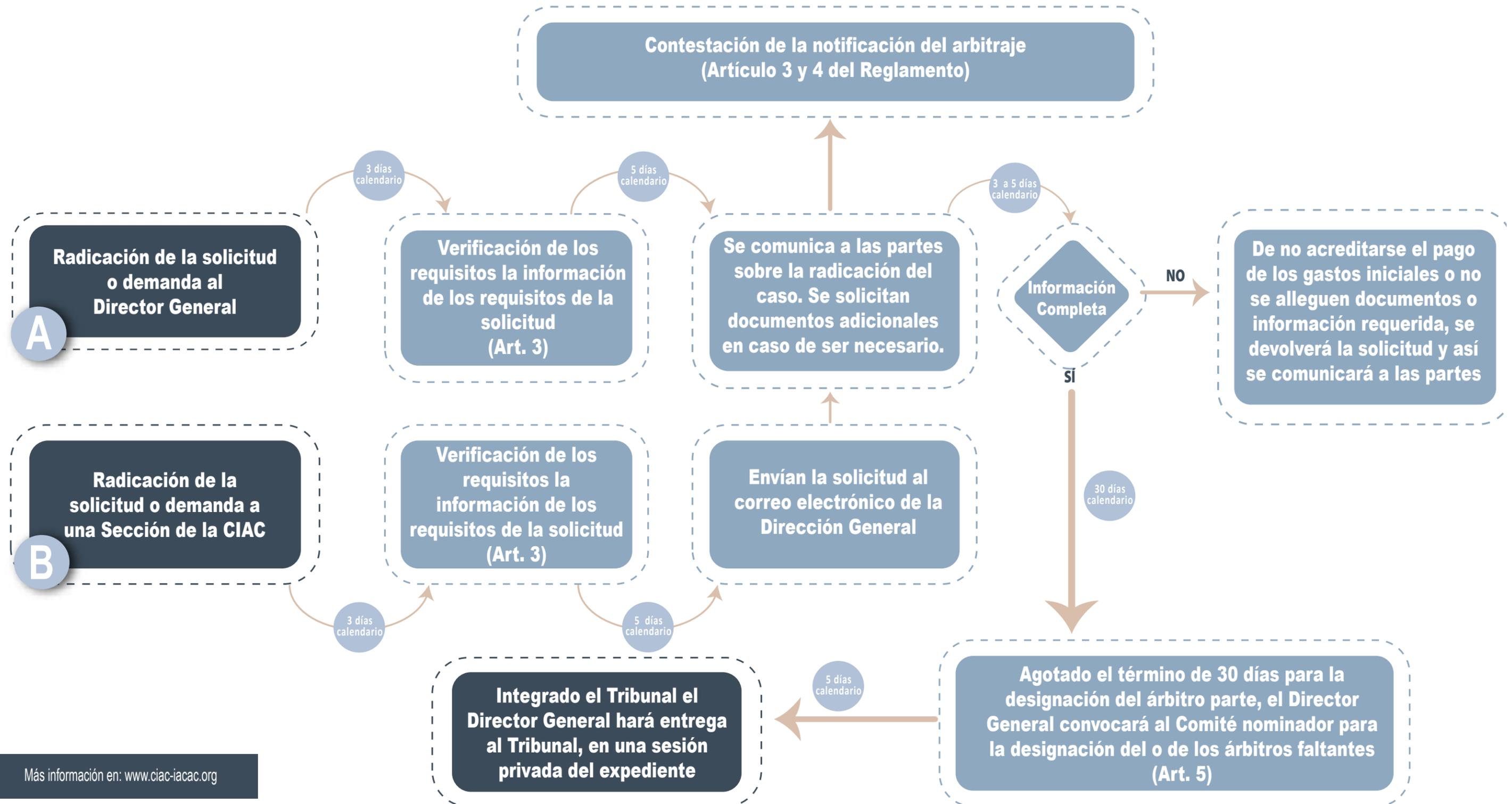
Febrero 2023 | Año 1, Volumen 1



CIAC

Comisión Interamericana
de Arbitraje Comercial

Contáctenos:
(+57) 300-556-7103
www.ciac-iacac.org



Conoce sobre los procedimientos de CIAC

- 

1 ¿Cuántas secciones tiene CIAC a través de los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio y en qué países tiene la CIAC representación?

 - En total se cuentan con 29 secciones nacionales y asociadas.
 - Están integradas por los principales Centros de Métodos Alternativos de Solución de Controversias en América Latina y España.
- 

2 ¿Cuándo es aplicable el reglamento de la CIAC?

 - Cuando las partes lo pactan directamente a través del pacto arbitral.
 - Por la aplicación del artículo 3 de la Convención de Panamá, el cual dispone: Artículo 3. A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las Reglas de Procedimiento de la comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.
- 

3 ¿Cuándo inicia formalmente un proceso arbitral ante la CIAC?

Cuando es presentada la solicitud ante la Dirección General de la CIAC o ante cualquier de las seccionales, quienes reportan la presentación del caso ante la Dirección General. Adicionalmente, la parte deberá acreditar que dicha convocatoria arbitral ha sido radicada a la parte demandada.
- 

4 ¿Puedo presentar una demanda de arbitraje ante una sección de CIAC?

Sí, e internamente la sección informará de tal solicitud a la Dirección General a efectos que se le de trámite al caso.
- 

5 ¿Pueden las Partes elegir un lugar distinto para la celebración de audiencias?

Sí, está es una de las ventajas de pactar arbitraje ante la CIAC, la posibilidad que tienen las partes de celebrar audiencias en cualquiera de sus secciones nacionales y asociadas.
- 

6 ¿Puedo elegir cualquier árbitro, en un arbitraje CIAC?

De conformidad con nuestros reglamentos, las partes pueden elegir un árbitro parte, y en caso de no existir acuerdo, el árbitro será designado por el comité nominador de la CIAC de sus listas, las cuales están publicadas en la página web.

INDICE

Radicación de la demanda o solicitud	3
Conoce sobre los procedimientos de CIAC	4
Mensaje de la Presidencia	6
Presentación.....	7
<i>Diana Trías Bertorelli</i>	
Cambios Normativos en la Región	10
<i>Julia Barbieri Filgueiras, Sandra Montes Gózar</i>	
Doctrina Arbitral: Artículos	14
El Árbitro Internacional: Mares, Laberintos y un Oráculo	
<i>Hernando Herrera Mercado</i>	
Entrevistas: La facultad coercitiva de los árbitros para la ejecución de medidas cautelares	22
<i>Ludovina Villanueva Núñez</i>	
Entrevista con Sheilah Vargas Soto	23
Entrevista con Anayansy Rojas Chan	26
Entrevista con Diego Romero Ponce	29
Entrevista con José Luis Echevarría Petit.....	32
Entrevista con Patricia Vera Nieto	37

COMITÉ EDITORIAL

Comisión Académica y de Publicaciones: Alberto Pauly Saenz, Diana Trías Bertorelli, Marianella Ventura Silva, Ludovina Villanueva Núñez

Edición: Marianella Ventura Silva

Diagramación: Leisy Tulsidas

Mensaje de la Presidencia

Con el inicio de este nuevo año y una nueva etapa para el arbitraje comercial internacional en América Latina y el Caribe, tengo el agrado de presentar el primer Boletín de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

En la presentación del boletín, Diana Trías Bertorelli realiza un recorrido por la historia de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, destacando sus antecedentes, su evolución y afirmando que “la Comisión se ha consolidado a lo largo de más de ochenta años de exitosa actividad, como una institución arbitral líder en la administración de arbitrajes y mediaciones, responsable de la promoción, desarrollo y protección de la cultura del arbitraje, en que ha trascendido el hemisferio americano”.

Luego de la presentación, Julia Barbieri Filgueiras y Sandra Montes Gózar dan cuenta de los cambios normativos en la región, destacando especialmente la introducción de las disposiciones de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI en las legislaciones argentinas y uruguayas de 2018.

El primer artículo de doctrina arbitral del Boletín llega desde Colombia de la mano de Hernando Herrera Mercado y se titula «El Árbitro Internacional: Mares, Laberintos y un Oráculo», basado en la charla magistral otorgada por el autor en el marco de la LIV Conferencia de la CIAC en mayo de 2022 en Barranquilla, encuentro que precedió al LV Consejo Directivo de la CIAC en Guadalajara en noviembre de 2022. La LIV Conferencia de la CIAC fue el marco para la firma de un convenio de colaboración entre la CIAC y Women Way in Arbitration (WWA Latam), “asociación creada con el fin de promover una mayor participación de las abogadas en los procesos internacionales de arbitraje, a fin de fortalecer la diversidad de género para lograr una justicia más plena y representativa de la sociedad”, dando cuenta del compromiso de nuestra institución con el impulso y la necesaria evolución del arbitraje comercial internacional.

La primera edición del Boletín concluye con una serie de entrevistas, conducidas por Ludovina Villanueva Núñez sobre la facultad coercitiva de los árbitros para la ejecución de medidas cautelares, en que conversó con representantes de Perú, Costa Rica, Ecuador y Uruguay: Sheilah Vargas Soto, Anayansy Rojas Chan, Diego Romero Ponce, José Luis Echevarría Petit y Patricia Vera Nieto.

Agradezco especialmente a la Comisión Académica y de Publicaciones de la CIAC, conformada por Alberto Pauly Saenz, Diana Trías Bertorelli, Marianella Ventura Silva y Ludovina Villanueva Núñez por su trabajo en la primera edición de un boletín que esperamos pueda contribuir a la difusión del conocimiento especializado en arbitraje comercial internacional en la Región.

Macarena Letelier Velasco

Presidenta de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

3 de enero de 2023

Presentación

Diana Trías Bertorelli

En diciembre de 1933, la Séptima Conferencia de Estados Americanos, celebrada en Montevideo, Uruguay, abordó importantes temas para la región dentro de los cuales destacan las relaciones pacíficas entre las naciones americanas, cooperación internacional y problemas sociales. Debe destacarse la relevancia del tema relativo a la necesidad de contar con un sistema interamericano de arbitraje y conciliación que permita a los comerciantes de la región resolver de manera eficaz, breve y especializada los conflictos que se presenten entre ellos con ocasión de las relaciones comerciales.

En respuesta a este particular requerimiento, y con una clara intención y propósito, se aprobó la Resolución XLI que acordó “Con miras a estrechar aún más las cercanas relaciones entre las asociaciones comerciales de las Américas, se creará una entidad internacional que representará los intereses comerciales de todos los países y asumirá como una de sus más importantes funciones, la responsabilidad de establecer un sistema interamericano de arbitraje, completamente independiente de control oficial. Acordó “(...) Se constituya una Agencia Comercial Interamericana que represente los intereses de todas las Repúblicas y que asuma la responsabilidad de implantar un sistema interamericano de arbitraje, como una de sus funciones primordiales (...)”.

Así pues, la Resolución XLI constituyó el fundamento para que, a los cuatro meses de su aprobación, el Consejo Directivo de la Unión Panamericana, diera concreción a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), bajo el auspicio de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) constituida a su vez en 1926 e integrada por comerciantes, abogados y académicos de los Estados Unidos.

Es así como en 1934, nace la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, conocida bajo las siglas CIAC o IACAC (siglas en inglés), como respuesta a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación, para solucionar de manera especializada y eficaz, las controversias comerciales que se susciten dentro de la comunidad empresarial internacional.

En 1958, la Comisión comienza a funcionar en los diversos países latinoamericanos a través de delegaciones o comités locales, que mantenían listas permanentes de árbitros, y desarrollaban programas educativos para hombres de negocios, abogados y funcionarios gubernamentales.

En el año 1.966, debido a la decadencia de la práctica del arbitraje comercial y a pesar del apoyo que se le brindaba, se realizó una extensa encuesta entre todos los países americanos, con el objeto de determinar si había o no necesidad de revitalizar y ensanchar el sistema de arbitraje comercial interamericano existente.

Posteriormente, en el año 1.967, con el apoyo del Consejo Interamericano de Comercio y Producción (CICYP) se reorganizó el funcionamiento de la CIAC y en reuniones celebradas ese año en Buenos Aires, San José y Río de Janeiro se establecieron las bases de su actual funcionamiento. Es así, como se constituyen las secciones nacionales de la CIAC en diversos países del hemisferio; en algunos casos sus integrantes fueron instituciones representativas de actividades comerciales, bancarias, industriales, agrícolas, exportadoras, mineras, etc.

En 1.975, es aprobada la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) con la participación de: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela.

La CIAC en 1.978, modificó sus reglas de procedimiento, adoptando las reglas del arbitraje ad hoc recomendadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), con algunas modificaciones menores, considerando la naturaleza de la CIAC.

En el año 1980, el ámbito de la Comisión se amplía, incluyendo dentro de sus alcances además del campo americano a España, constituyéndose la Cámara de Comercio e Industria de Madrid como la Sección Nacional de la CIAC en España.

A mediados de los ochenta, en 1985, los objetivos de la CIAC incluyen la promoción de los métodos alternativos de solución de controversias; es así como empieza a participar en programas de capacitación y difusión de estos con la ayuda de organismos internacionales y otros de carácter privado; y el 1 de julio 1988 entra en vigencia el Reglamento de Procedimientos de la CIAC, posteriormente modificado el 1 de abril de 2002.

En ese mismo año 2002, se firma Convenio de cooperación para la Administración de Casos por parte de AAA/ICDR de todos los Casos CIAC

El 1 de julio del 2008, entra en vigencia el Procedimiento Administrativo Interno de la CIAC para los casos que se administren bajo su Reglamento.

Desde el año 2010, CIAC ha contado con el apoyo de los principales centros de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos de América, España y Portugal, los cuales se han hecho parte de la Comisión como sección nacional o sección asociada, permitiendo difundir y consolidar este sistema idóneo de solución de controversias. Es así como desde 2.017, hacen parte de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España,

Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

El 25 de abril de 2017, entran en vigencia los nuevos Estatutos de la CIAC y posteriormente, el 13 de junio de 2019 comienzan a regir el nuevo Reglamento de Procedimientos, así como el nuevo Procedimiento Administrativo Interno de la CIAC para los casos que se administren bajo su Reglamento. Ambos instrumentos fueron modificados en el año 2020 y entraron en vigencia el 1 de abril y 1 de julio del 2020, respectivamente.

Entra en vigencia a partir del primero de julio, el nuevo Procedimiento Administrativo Interno de la CIAC para los casos que se administren bajo su Reglamento.

El año 2021, se da por finalizado el Convenio de Cooperación para la Administración de Casos por parte de AAA/ICDR de todos los casos CIAC, pasando la Omisión a administrar los mismos a través de sus Secciones y con el apoyo de la Dirección General. Este mismo año, el 28 de julio, se aprueban las Políticas Administrativas para el funcionamiento de casos CIAC.

El recorrido histórico desde el nacimiento de la CIAC permite afirmar que la Comisión se ha consolidado se ha a lo largo de más de ochenta años de exitosa actividad, como una institución arbitral líder en la administración de arbitrajes y mediaciones, responsable de la promoción, desarrollo y protección de la cultura del arbitraje, que en ha trascendido el hemisferio americano, que sin duda se debe a una clara misión y visión desde el inicio de sus actividades y a la exitosa gestión de quienes han formado y forman parte de ella.

Mención especial en el desempeño exitoso de la CIAC, lo constituyen las Secciones Nacionales y Asociadas, cuyo valioso y fundamental aporte han permitido y permiten promover y difundir la práctica del arbitraje y mediación como medios de solución de controversias.

La CIAC, fundamentada en su amplia experiencia y en el afán de mantener la calidad de sus servicios, desarrolla de manera constante actividades de formación y actualización para nuestros prestigiosos árbitros y mediadores sobre diversos aspectos de dichos mecanismos de resolución de disputas.

Asimismo, CIAC mantiene comunicación permanente con sus árbitros y red de Secciones Nacionales y Asociadas a fin de planificar estrategias y ejecutar actividades para la difusión del arbitraje y la mediación. En esta búsqueda y diseño de actividades y estrategias surgió la idea de publicar un Boletín electrónico contentivo de artículos y noticias de interés en nuestra área, que se concreta en esta primera edición que nos llena de orgullo y compromiso.

Cambios Normativos en la Región

Cambio Normativo con la introducción reciente del Modelo UNCITRAL en Argentina y Uruguay

Julia Barbieri Filgueiras, Sandra Montes Gózar

En julio de 2018, Argentina y Uruguay adoptaron las normas de arbitraje comercial internacional promovidas por la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, modificada en 2006 (en adelante “CNUDMI” y “Ley Modelo”)

De ese modo, pusieron fin a una carencia muchas veces denunciada por la comunidad arbitral de ambos países, pues eran los únicos en la región (y de los pocos en el mundo) que no contaban con una legislación especial y moderna en la materia.

El Poder Legislativo uruguayo aprobó la Ley No. 19.636, Ley de Arbitraje Comercial Internacional, el 3 de julio de 2018. Un día después, el 4 de julio de 2018, el Parlamento argentino aprobó la Ley No. 27449, también nombrada Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Ambas fueron publicadas el 26 de julio de 2018.

La aprobación de estas leyes tuvo como objetivos esenciales: (i) dotar a ambos países de un instrumento de reconocimiento internacional que ocupe el vacío existente hasta el año 2018 en materia arbitral; (ii) cumplir con el mandato implícito de estandarización legislativa, como países signatarios de la Convención de Nueva York de 1958, y con la exhortación de las Naciones Unidas; y (iii) potenciarse como sedes de arbitrajes comerciales internacionales.

Al adoptar la Ley Modelo de la CNUDMI, Argentina y Uruguay hacen una diferencia entre la ley aplicable a los arbitrajes internacionales y la aplicable a los arbitrajes domésticos, alineándose con otros países latinoamericanos que optan por un sistema dualista, como Chile, Colombia, Cuba y Ecuador; diferenciándose de países como Brasil y Perú que adoptan el sistema monista, donde una misma ley es aplicable tanto a los arbitrajes nacionales, como internacionales

En este acápite, desarrollaremos los principales cambios normativos que se derivan de la adopción del Modelo CNUDMI por Argentina y Uruguay. Básicamente: el concepto de arbitraje internacional, la regulación del convenio arbitral, las causales de recusación de árbitros, las normas sobre competencia y medidas cautelares; y el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Ámbito de aplicación: el concepto de arbitraje internacional

El artículo 1.3 de la Ley Modelo establece que un arbitraje es considerado internacional cuando: (a) Las partes de un acuerdo de arbitraje tienen, en el momento de su celebración, sus sedes comerciales en Estados diferentes; (b) uno de los siguientes lugares está situado fuera del Estado en el que las partes tienen su sede:

- El lugar del arbitraje, si se determina en el acuerdo de arbitraje o en virtud del mismo.
- Cualquier lugar en el que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial o el lugar con el que el objeto del litigio tenga los vínculos más estrechos.

Además, la Ley Modelo también considera un arbitraje como internacional en los casos en que las partes han convenido expresamente que el objeto del acuerdo de arbitraje está relacionado con más de un Estado.

Aquí apreciamos la primera distinción relevante adoptada por las leyes argentina y uruguaya: ninguna de éstas reconoce la posibilidad de que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, pacten que el arbitraje sea internacional. La ley argentina no lo considera como un supuesto; y la ley uruguaya lo rechaza expresamente en su artículo 1.4, según el cual “*la sola voluntad de las partes no determinará la internacionalidad del arbitraje*”.

Acuerdo de arbitraje

Las leyes argentina y uruguaya no contemplan la posibilidad de que el convenio arbitral se concerte verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio, como sí lo hace la Ley Modelo en su artículo 7.3. El acuerdo escrito es el único aceptado por ambas jurisdicciones.

Recusación

Las causales de recusación de las leyes argentina y uruguaya tienen como punto de partida lo previsto por el artículo 12 de la Ley Modelo, la cual indica que un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes.

Sin embargo, cada una de estas leyes añade supuestos adicionales: la ley argentina prevé como causal de recusación (que no admite prueba en contrario) la actuación del árbitro o de miembros del estudio jurídico, consultora y organización equivalente a la que pertenece aquel, en otro arbitraje o proceso judicial como (i) patrocinante o representante de una de las partes, independientemente de la cuestión en debate; o (ii) con la misma causa o con el mismo objeto, como patrocinante o representante de un tercero.

En el caso uruguayo, se hace la salvedad que en los arbitrajes en que sea parte un Estado o una entidad pública, la condición de funcionario público del árbitro designado por esa parte no supone necesariamente causal de recusación.

Principio Kompetenz-Kompetenz

Tanto la ley uruguaya como la argentina reconocen el principio kompetenz – kompetenz, otorgándole al Tribunal Arbitral, la posibilidad de decidir sobre su propia competencia y jurisdicción, incluidas cuestiones respecto a la propia existencia y validez de la cláusula arbitral, tal y como lo establece el artículo 16 de la Ley Modelo.

En su artículo 16, la ley uruguaya establece que la incompetencia del Tribunal Arbitral se debe interponer, como máximo, al momento de contestar la demanda, o tan pronto se plantee tratándose de cuestiones en donde el Tribunal se ha excedido de su mandato. Ello puede ser resuelto en el laudo o como cuestión previa. Si el Tribunal se declara competente, las partes pueden recurrir al fuero judicial en el plazo de 30 días para solicitar la resolución definitiva de la cuestión. Dicho fuero cuenta con 60 días para emitir una decisión que es inapelable. Mientras tanto, el Tribunal Arbitral puede continuar con las actuaciones e incluso emitir el laudo. En caso se emita el laudo y luego el tribunal judicial declare la incompetencia del tribunal arbitral, se deberá iniciar un procedimiento de nulidad de laudo arbitral.

Por su parte, la ley argentina prevé en su artículo 35 la autonomía de la cláusula arbitral indicando, expresamente, que una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato; con lo cual, la decisión del tribunal de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

Medidas precautorias

En cuanto a las medidas precautorias, cabe señalar que la Ley argentina ha adoptado un enfoque más detallado del tema, siguiendo fielmente los artículos 17-A a 17-J de la Ley Modelo de la CNUDMI. Para ello, en su Título V, distingue entre las “medidas cautelares” y las “órdenes preliminares”. Éstas últimas con una naturaleza colaborativa de las primeras, pues su objetivo es que, antes de la interposición de las cautelas, se paralice el posible daño que se esté causando. En otras palabras, a través de una orden preliminar, el Tribunal Arbitral puede conminar al futuro sujeto pasivo de la tutela cautelar a no frustrar la medida cautelar solicitada.

La ley uruguaya, en cambio, sólo se ocupa de las medidas cautelares, reconociendo la capacidad de los árbitros para la adopción de las medidas que considere necesarias.

Ambas jurisdicciones prevén la posibilidad de conceder medidas precautorias inaudita parte.

Ley aplicable al fondo del litigio.

En cuanto a la elección de las normas aplicables para resolver el fondo del litigio, las legislaciones argentina y uruguaya consagran la autonomía privada, ya reconocida por el artículo 28 de la Ley Modelo, en el sentido de autorizar a las partes a elegir las normas aplicables para resolver sus posibles conflictos. Según este artículo, “*el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las*

partes como aplicables al fondo del litigio”.

Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales

En este punto, las leyes argentina y uruguaya son fieles a la Ley Modelo, aunque se han permitido un avance puntual relevante. Ello se debe a que, aunque la redacción de la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo de la CNUDMI se refería al “orden público de ese país” o al “orden público de este Estado” al momento de describir los supuestos de denegación de reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, la doctrina ya había distinguido que, a los efectos de estas disposiciones, debían tenerse en cuenta, también, las normas de orden público internacional reconocidas por ese país o Estado.

Es así como ambas jurisdicciones han indicado expresamente que no podrá ser reconocido o ejecutado un laudo, cuando el tribunal competente compruebe que el reconocimiento del laudo es contrario al orden público internacional reconocido por dicho país.

Esta distinción es oportuna y ayuda a los aplicadores de la ley, contribuyendo a evitar la confusión con conceptos diferentes, como el orden público considerado en el derecho interno, las normas cognitivas o las normas de aplicación inmediata.

Las leyes de Argentina y Uruguay son, ahora, instrumentos modernos y eficaces que pueden inaugurar una nueva era en el desarrollo del arbitraje comercial internacional en la región.

Ciertamente, el arbitraje no es un fin en sí mismo y acompaña a los flujos comerciales y de inversión. Con la publicación de las nuevas normas, ajustadas a los estándares internacionales, estos países disponen del marco jurídico necesario para el desarrollo del instituto.

Teniendo en cuenta que ya existe un intenso flujo de transacciones económicas, así como centros de arbitraje consolidados capaces de administrar los arbitrajes que puedan surgir a la luz de estas modificaciones legislativas, se dan las condiciones para inaugurar una nueva etapa en la resolución de disputas entre los actores económicos de estas naciones.

Doctrina Arbitral: Artículos

El Árbitro Internacional: Mares, Laberintos y un Oráculo¹

Hernando Herrera Mercado²

Quienes me conocen, saben de mi gusto por la repentización oratoria. No obstante, en esta ocasión, alejándome de ese parámetro -o si se quiere, manía consentida y añeja-, pretenderé engalanar esta disertación consignando en un escrito las reflexiones sobre esta materia. Igualmente, de esta forma espero atender con mayor esmero la honrosa invitación cursada por las doctoras Macarena y Verónica, y por las demás directivas de la CIAC, a quienes agradezco enormemente esta grata convocatoria. Quisiera también agradecer al público presente, integrado por destacados directores y directores de centros de arbitraje, tratadistas, árbitros, y profesoras y académicos en este campo, por su interés en esta intervención, y misma que por supuesto, espero colme las expectativas en ella depositadas.

Ahora bien, tratando de ser un poco disruptivo y con el objetivo de darle cierto toque de originalidad a estas palabras, he rotulado el presente escrito bajo el título: *“El árbitro internacional: mares, laberintos y un oráculo”*, lo que anticipa el empleo de varias licencias para visualizar adecuadamente este quehacer y sus principales desafíos y vicisitudes.

Partiremos del indiscutible, incontestable, y si se quiere invencible axioma que consigna que la actividad arbitral es elemento más que clave para el buen suceso de los trámites arbitrales internacionales. Por supuesto que tal entendido no deduce que el rol arbitral sea omnímodo, o que esté llamado a opacar otros aspectos o actores preponderantes del arbitraje (*como la extensión del acuerdo arbitral, el procedimiento arbitral, o la interacción de las partes*), pero si busca reafirmar la relevancia que tiene este tercero imparcial convocado a resolver la controversia. Coincidiremos entonces según las líneas que preceden, con el ex secretario general de la Cámara de Comercio Internacional Frédérick Eisemann, quien acertadamente resumió esta cuestión así: *“Tanto vale el arbitraje como el árbitro”*.

¹ El presente ensayo fue objeto de la charla magistral “Una mirada al arbitraje internacional en Colombia” que brindó el doctor Hernando Herrera Mercado en ocasión de la LIV^o Conferencia CIAC “Nuevas tendencias en materia de arbitraje y mediación internacional” que se llevó a cabo el 23 de mayo de 2022 en Barranquilla, Colombia.

² Se ha desempeñado como presidente de la Corporación Excelencia en la Justicia, presidente de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá, director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Bogotá, juez de la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, juez de la Corte Constitucional, juez de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, juez de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y juez de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Igualmente, ha ocupado la dirección de la Maestría de Arbitraje Nacional, Internacional y de Inversión de la Universidad del Rosario, fue presidente (e) y secretario general de Telecom, asesor y secretario del Ministerio de Justicia y del Derecho, asesor de la Comisión Especial Legislativa, asesor jurídico de la empresa Bavaria S.A., y primer director del Instituto Anticorrupción de la Universidad del Rosario. Miembro activo de la lista de árbitros de varios centros de arbitraje nacionales e internacionales. También ha ejercido la cátedra universitaria en pregrado y postgrado en las universidades: Externado, Javeriana, La Sabana y el Rosario. Colaborador, columnista y analista en temas de justicia y derecho de diversos medios especializados.

Advertidos de la trascendencia de su papel *-en virtud de su recordado poder decisorio y vinculante para los sujetos del conflicto y definición de la materia debatida-*, bien se podría decir que, para cumplir la misión de dirimir eficientemente un litigio, los árbitros se someten a una particular y desafiante faena, si se quiere, muy semejante a la que enfrentan los barcos en alta mar. Y así se entenderá en línea con esa comparación, que los árbitros deban ser diestros en “navegar” por las ajetreadas y variadas aguas por las que transita el arbitraje internacional (*revestido de especiales complejidades*). Ciertamente por varias razones que se desprenden de la naturaleza del arbitraje internacional (*sus implicaciones en relación con dos o más intereses nacionales*), de hecho, este exige un mayor tino para arribar a “buen puerto”. En consecuencia, como los buenos navegantes, los árbitros también deben ser capaces de sortear las condiciones de navegación más adversas, especial destreza para conducir, habilidad para maniobrar con cualquier tipo de viento y para operar bajo la consigna que *“los mares calmos no hacen buenos capitanes”*.

¿Qué hace entonces de tal un avezado navegante y se puede homologar con los desafíos que entraña el trámite arbitral internacional? Responderemos, que debe verificar las condiciones de navegabilidad (o la extensión del acuerdo arbitral), conocer el funcionamiento de la embarcación hasta el último detalle (el procedimiento y ley aplicables al caso), definir bien el rumbo (o la programación debida y oportuna de audiencias) y medir las velas requeridas (o determinar el tipo de pruebas que impulsará el trámite). Pongámoslo en términos más jurídicos, la persona que tiene a su mando el trámite arbitral tiene la responsabilidad de desplegarlo con certidumbre y firmeza. Ciertamente, el árbitro siempre debe tener el control del trámite; es su temple, el que conduce el arbitraje por la certidumbre; es su buena mano al lidiar aguas mansas o embravecidas (*como las que afrontaron según la mitología griega los Argonautas navegando desde Págasas hasta la Cólquide en busca del vellocino de oro*), la que lleva a coronar con éxito el objeto misional del arbitraje.

Por ello precisamente, dados los enormes y variados retos que impone esta tarea (*más aún por las problemáticas a las que incumbe una controversia internacional*), por lo que resulta útil el símil de tener al árbitro por un timonel, comparación que además nos brinda una dimensión integral de los pormenores que rodean esta misión. Sabido es, que un timonel gobierna la dirección de una embarcación, y precisamente su carácter y conocimiento se pone más a prueba cuando tiene que moverse entre vientos cruzados o entre olas crecientes, y es allí, como para el buen árbitro, donde su destreza resulta imprescindible.

Evidentemente el arbitraje internacional supone por sus características y complejidades (*eventual aplicación de varios reglamentos de procedimiento, posible interacción de sistemas normativos concurrentes que se concatenan o pueden estar en contradicción, etc.*), mayor probabilidad de circunstancias difíciles, y, por ende, volviendo a la analogía, mayor necesidad de carácter en el timón. De allí que el árbitro que atiende una controversia de naturaleza internacional deba ajustar muy bien las amarras de esa embarcación llamada trámite arbitral para soportar y saber conducir la pugnacidad que le es propia y connatural a este tipo de litigios, y conducir firmemente la nave hasta arribar a un laudo resolutorio y ejecutable. Y así, se resalta, que el árbitro sea pieza fundamental del arbitraje, su habilidad, sosiega el trámite en combustión; su pericia,

guía tranquilamente esta instancia; o, por el contrario, su dejación, torna el arbitraje en inoperante; y, sus falencias, reducen al arbitraje a la inutilidad. Sin duda, y como bien lo concluye el tratadista Charles Jarrosson: *“El árbitro lleva las riendas de la nave arbitral”*, y sobre este rol, añadimos, descansa en gran *-o en inmensa medida-*, la credibilidad de esta institución. Este último aspecto impone de suyo, que la función arbitral deba estar revestida de comportamientos y actos destinados a desplegarla con responsabilidad, dedicación, honorabilidad, concentración, coherencia y agilidad. Precisamente, la analogía de verse navegando por mares, hace entre otras, que el árbitro internacional sea previsivo en orden a tener la capacidad para anticiparse a vicisitudes o a las complejidades de estos trámites.

¿Y por qué el arbitraje no puede tenerse como mar?, si acaso como bien lo definieron Alberti, Neruda, Paz o Machado, debe afrontar circunstancias que lo hacen calmo y en otros momentos bravío. Connatural resulta entonces apreciar, que para afrontar ese mar de tormenta o serenidad *-para apaciguar el primero o para darle continuidad al segundo-*, el árbitro internacional debe por ejemplo planificar, en beneficio de la resolución útil de la controversia, el trayecto del trámite.

En ese orden de ideas, al árbitro le corresponde un papel activo, no puede ser un convidado de piedra en el trámite arbitral ni un mero espectador del quehacer procesal de las partes. Por ello, a pesar de que el arbitraje tiene origen consensuado *-y sin cuya voluntariedad no dimana la habilitación del árbitro-*, a este se le asigna la indelegable misión de impulsar el trámite, por lo que debe tener la determinación necesaria para que el procedimiento arbitral esté librado de cualquier tipo de contrariedad.

De allí también, que al que hemos denominado especie de timonel (*el árbitro internacional*), le resulte como imponderables ejercer las facultades otorgadas con buen talante. En consecuencia, apegado siempre a la determinación que le haga inferir a las partes que se está ante una juiciosa conducción arbitral, y derivado de lo anterior, evitando dubitaciones o contradicciones en el manejo procesal, rechazando recursos abiertamente improcedentes, o la solicitud de pruebas superfluas o inconducentes, o la realización de conductas desplegadas para evadir u obstaculizar las órdenes del tribunal.

De otro lado, dado que arbitraje debe tenerse como sinónimo de agilidad (*o de prontitud*), esa embarcación debe impulsarse bajo claros preceptos sobreentendidos en la reglamentación de conocidos centros de arbitraje internacional, como aquel que establece que *“la causa debe ser instruida en el plazo más breve posible”*. Lógicamente, una vez emprendida la faena procesal *-o diríamos, levantada el ancla que ata el barco y que le aguanta al fondo del mar-*, la faena procesal arbitral debe tener curso, y ella será más optima de seguirse muy juiciosamente un calendario que fije las actuaciones. En general, ese acto de marcha de navegación es lo que también se ha denominado por algunos estatutos arbitrales, como el de la CCI, el Acta de Emisión. Ese documento, como bien es definido por el Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, tiene por finalidad facilitar el proceso arbitral y permite una valoración preliminar acerca de las pretensiones planteadas y la materia de la contienda, e incorporar, una serie de elementos: como la exposición sucinta de las pretensiones de las partes, la lista de los puntos litigiosos a resolver, la indicación de las reglas aplicables al procedimiento y

las puntualizaciones que se consideren relevantes a fin de resolver adecuadamente la controversia. Ese acto no es pues, ni más ni menos, que una especie *“bitácora” (como de antaño se conocía al instrumento que programaba el rumbo, la conducción del timón y de la aguja náutica para facilitar la navegación en los océanos)*.

Ahora bien, a fin de garantizar el buen curso marítimo, la bitácora de navegación del arbitraje internacional se complementa con otras varias herramientas. La primera de ellas, corresponde a apegarse a la carta náutica, que no es otra cosa en nuestro rol, que situarse y darle absoluta prevalencia a los acuerdos celebrados entre las partes *–a la extensión del pacto arbitral, al tipo de arbitraje a adelantar y a las reglas de procedimiento pactadas para desplegar el trámite-*, y *“matriz”* por consiguiente que ata al árbitro y su actividad (*ello con independencia que se le considere un juez privado o mandatario, como lo concluye Rubellin-Devichi; o que posea la misma misión que la de un juez, al decir de Motulsky Ecríts*).

Igualmente, siguiendo una vez más con nuestra analogía marítima, para asegurar la llegada a buen puerto arbitral, al árbitro le corresponderá también defender la integridad del proceso a fin de que el arbitraje cumpla con los objetivos para los cuales fue instaurado. Esa es una especie de brújula marítima, que permitirá no perder de vista el objeto útil del arbitraje. Esa regla se justifica en el cumplimiento de su objeto misional y debe concretarse en la resolución definitiva y permanente de una controversia, para lo cual el árbitro debe velar por emitir actos válidos y por expedir un laudo en el que se encuentren purgadas eventuales nulidades y en el que se minimice el riesgo de procedencia de cualquier causal de anulación mediante la cual se pretenda impugnarlo.

En lo que hace de los sujetos intervinientes (*la tripulación a bordo*), al árbitro internacional también le incumbe un enorme reto, garantizar la igualdad real entre las partes. Esto supone, que durante todo el procedimiento arbitral se debe evitar cualquier decisión que origine la concesión de privilegios inadmisibles o que deriven en trato diferente entre las partes. En la práctica, por ejemplo, impedir injustificadamente a un sujeto procesal una prueba que se le ha permitido a otra, u otorgar plazos desiguales para cumplir con cargas procesales similares. Precisamente, es el compás el instrumento de navegación que proporciona el sentido y la posición exacta en la que se encuentra la embarcación, y lo decimos, por que la regla del debido proceso tiene la misma finalidad en el trámite arbitral (*ayudar a preservar el rumbo adecuado guardando la imparcialidad y la neutralidad*). Debido proceso tiene que ver entonces, según lo visto, con *“trato igual”*, como también, agregaríamos ahora, con claridad procesal. En este último caso, le asiste al árbitro la obligación de esmerarse en la redacción de las ordenes arbitrales, ello con el fin de que las partes puedan comprenderlas adecuadamente e incluso con certeza puedan interponer recursos válidos frente a ellas. Desde esa perspectiva, es importante que el árbitro internacional haga inteligible *-como apelativo de que puede ser fácilmente comprendido-*, sus determinaciones. Ello exige, que sus decisiones puedan ser entendidas con nitidez y sin dificultad alguna por sus destinatarios. Y se impone, en adición de lo anterior, que deban estar debidamente motivadas, o lo que tiene por equivalente, fundadas en ordenes coherentes, no contradictorias y que resulten ejecutables. Diríamos aquí también entonces, que arbitraje, debe ser igualmente sinónimo de diafanidad.

En resumen, para la idónea conducción de su trayecto, el árbitro internacional requerirá de maniobras fundamentales para preservar el trámite, desplegar actos para la adecuada navegación del arbitraje y mucha consistencia para expedir un laudo idóneo (*de conformidad con la ley aplicable al convenio arbitral, la ley aplicable al procedimiento en sí (la lex arbitri o lex fori), y la ley aplicable al fondo de la controversia (the lex causae)*). Evidentemente, y vista la importancia que posee la figura del árbitro, se insistirá una vez más, y como bien lo ha expuesto el autor J. H. Carter, que: “*Los tres temas más importantes en el arbitraje internacional son los árbitros, los árbitros, los árbitros*”.

Hasta acá hemos relatado las similitudes del arbitraje internacional con la navegación por aguas de complejo tránsito, o mejor aún, donde se requiere un timonel diestro. Pero aquí no acaban los desafíos para un árbitro imbuido en estas temáticas. También podemos coincidir bajo otro símil, que el papel del árbitro al inmiscuirse en el cabal entendimiento de una disputa internacional se asemeja al de adentrarse en un hábitat o complejo similar al de un laberinto.

En ese arquetipo, el árbitro se ve confrontado por tesis jurídicas antagónicas y que son esgrimidas de manera tan convincente que solo la inmersión profunda, la juiciosa observación probatoria, y el agudo juicio, le permitirá encontrar solución al desafío que le plantean los litigantes, o siguiendo esta otra comparación, desentrañar el enigma del laberinto. Por supuesto, los laberintos arbitrales, los que nos conciernen en esta ocasión, ya no se inspiran en la leyenda o en la ficción (*como el mítico Laberinto de Creta que dio origen al resto de laberintos; o los perfectamente descritos por Borges en sus narraciones; o como el que bautizó la novela histórica de García Márquez en torno a los últimos días del Libertador Simón Bolívar*), sino que se refieren al desafío que supone dirimir una controversia casi siempre presentada con puntos opuestos pero aparentemente igual de sugestivos.

Ciertamente, las partes contendientes están en su derecho de plantear o formular tesis para que se les atribuya razón, y la tarea del árbitro, se centra, precisamente, en desmenuzarlas, contrastarlas, cotejarlas, valorarlas, y sopesarlas, conforme a las pruebas recaudadas y al régimen jurídico aplicable, con el objetivo de hacer claro lo que en principio se observa difuso.

Para cerrar la cuestión echemos mano de la mitología (*que revela la forma como Teseo escapó del laberinto valiéndose de un hilo mágico con el que pudo marcar el sentido de la salida*), y expongamos en asociación con nuestro tema, que en el arbitraje también existe esa especie de hilo revelador. Ese hilo, lo conforman las deducciones que, una vez debidamente conectadas, conducen al árbitro a la solución del problema jurídico que se le ha encargado.

Precisamente el arbitraje internacional envuelve, claro que sí, la presencia de innegables laberintos, incluso superiores a veces a los que ocurren de hecho en los arbitrajes domésticos dada la mayor interacción y acreditación de múltiples factores ligados a la resolución de conflictos en un contexto internacional (*inversiones transfronterizas, globalización comercial y expansión de mercados, realización de grandes obras de infraestructura, etc. en los que participan actores de diversos países*).

De otro lado, los pleitos y la forma como ellos se originan en el marco internacional, también modulan complejos tipos de laberintos. Hay por ejemplo litigios de esa naturaleza que se presentan de manera simple y con pretensiones univocas y plenamente conectadas, asemejando el laberinto clásico o cretense (*que es un laberinto univario de forma ovoidal y de diseño menos dificultoso*); en otras ocasiones, las partes modulan sus peticiones o contra argumentaciones con ramificaciones mucho más complejas, lo que exige del árbitro mayor capacidad analítica y de distinguir lo principal de lo accesorio (*el típico laberinto rizoma*); en otras oportunidades nos topamos con un arbitraje compuesto por varios pleitos -varias controversias acaecidas entre los mismos sujetos y en virtud de la misma relación jurídica- y que por su dispersión exige mayor concentración del árbitro para atender sus particularidades (*un laberinto compuesto por varias muralla y muchos corredores*).

¿Cómo sobreponerse entonces a esos y a otros imponderables o retos laberínticos dentro el arbitraje internacional? Pensamos que con el empleo de varios útiles “hilos” conductores con los que se superarían los aparentes enigmas que envuelven este tipo de trámites. El primero de ellos, se encuentra en las pruebas y en el recaudo probatorio. En esta misma línea, para fundar su convicción y superar parte del laberinto que se le plantea, un experimentado árbitro internacional deberá identificar el material jurídico pertinente aportado por las partes, y que entre otras suele ser extenso, rescatando de este lo fundamental, lo relevante, y evidenciando lo eventualmente contradictorio en las posturas que se le presenten para darle luz al proceso y darle predominio a lo esencial.

Igualmente, en el arbitraje internacional, punto también indispensable de la tarea del árbitro para superar el laberinto al que las posturas antagónicas lo conducen, concierne a la debida aplicación del derecho que rija la controversia, lo que conlleva a la idónea comprensión de las normas, y a poder descenderlas al caso concreto mediante la subsunción de los hechos establecidos dentro del parámetro legal. De esta manera, el árbitro surte un juicio de equivalencia entre los hechos probados frente a los supuestos fácticos incorporados en las normas jurídicas aplicables. Una vez ello, estamos a punto de sobrepasar una de las fases más complejas del laberinto.

Siguiendo la clave de ese hilo enrutador, el árbitro deberá determinar el tipo de razonamiento jurídico a emplear para la definición del litigio. Ello requiere la capacidad de poder calificar o valorar una controversia legal para resolverla sobre bases jurídico-objetivas por medio de un juicio lógico. En todo caso, cuando el árbitro se aproxima a tomar una decisión definitiva, es deseable que haya evaluado adecuadamente las posturas de las partes, atribuyéndoles mérito de fondo de conformidad con el recaudo probatorio, las alegaciones de los abogados sobre la materia debatida y empapándose del sistema legal aplicable o en torno al derecho de la controversia. Ciertamente, el árbitro no puede perder de vista dentro de este aspecto que su decisión tiene por objeto declarar o no la favorabilidad de una pretensión, y, por ende, se encuentra obligado no solo a decidirla sino también a justificar las razones de su determinación. Por tanto, el proceso de argumentación del laudo internacional implicará igualmente un acto justificado que debe contener los elementos debatidos, el tratamiento de los hechos del caso y la interpretación de las normas aplicables al mismo, y así contar con el respaldo suficiente para establecer correctamente la razón jurídica que corresponda. Con ello, el árbitro habrá superado los últimos muros del laberinto.

En complemento a lo dicho, y para ir cerrando esta disertación, advertiremos que en el arbitraje internacional no solo se presentan mares y laberintos como los descritos, igualmente la coyuntura y la transición que vive la humanidad (*la llamada contemporaneidad*) nos conducen a visualizar otros desafíos a tener en cuenta. Estas últimas líneas hablarán precisamente del “oráculo”. En la Antigüedad, tal mensaje se describía como la respuesta que daban los dioses a las cuestiones que se les planteaban; era pues, una revelación del futuro próximo. Ese oráculo en nuestra actividad está dictado por una época de vertiginosos cambios.

A este respecto conviene traer a colación el libro “La tercera ola” de autoría de Alvin Toffler, texto que con aire futurista pretende descifrar la configuración que tomará el mundo una vez superada la llamada era industrial (*seguramente muy ligada a la informática*). Por eso con acierto algunos otros escritores hablan que “no estamos en una era de cambio, sino en un cambio de era.” Ello supone desafíos enormes para el quehacer humano. Analistas como Andrés Oppenheimer desarrollan precisamente teorías más o menos discutibles, pero en todo caso inquietantes sobre el futuro del trabajo en la era de la automatización. Una era en la que los datos serán el producto más valioso en los próximos años —*el petróleo del siglo XXI, como ya los llaman muchos*-. Evidentemente en este contexto el crecimiento de la tecnología será exponencial por factores como el crecimiento de la clase media de China, India y de otros países emergentes y que resultará en un aumento de 1.000 millones de consumidores en el mundo para 2025 y en un incremento de 50 % en el gasto mundial en tecnología para 2030. Ello significará un vertiginoso incentivo para el desarrollo tecnológico, el más persistente frente al vivido en toda la historia. En otras palabras, despidámonos del mundo tal y como lo conocemos, por que en muy poco, sino es que no ya, nos encontraremos insertos en la “era de la ultra digitalización”. En nuestro campo, tal escenario nos hace plantear o formular preguntas como ¿cuál será el papel del derecho en el porvenir?, ¿cómo se afectará el tráfico jurídico con estos cambios?, ¿variará sustancialmente el objetivo del derecho?, ¿el litigio será exclusivamente virtual?, y en especial, ¿los juzgadores, entre estos los árbitros, estarán sometidos a nuevos parámetros para la resolución de las controversias?

Pero no solo la tecnología está moldeando el Derecho, sino que también las nuevas formas de interacción comercial a partir de la tecnología han supuesto desarrollos impensables de la ciencia jurídica para hacerla compatible con la realidad imperante. Centrémonos, por ejemplo, tan solo en uno de ellos, la incursión de los llamados contratos inteligentes. Para entender un *smart contract* primero hemos de recordar que hasta ahora los contratos han sido verbales o escritos, y sometidos a formas de resolución tradicional o arbitral, y en este último caso, dependiendo de su contexto, sus conflictos dirimidos mediante arbitrajes nacionales o internacionales. En cambio, un contrato inteligente, es capaz de ejecutarse y hacerse cumplir por sí mismo, sin intermediarios ni mediadores. Un contrato inteligente es así, en síntesis, un programa informático que facilita asegura, hace cumplir y ejecuta acuerdos registrados entre dos o más partes mediante un sistema no controlado por ninguna de ellas o por sus agentes y que se ejecuta automáticamente. En consecuencia, cuando se dispara una condición pre-programada, no sujeta a ningún tipo de valoración humana, el contrato inteligente ejecuta o plasma la cláusula contractual correspondiente. En la práctica, la interacción entre las partes se da a través de claves privadas, la transacción se concreta mediante

la utilización un programa que ejecuta el contrato, y el pago se registra a través de una moneda virtual (*o bitcoin*) que se encuentran en una cuenta neutral controlada por el contrato inteligente y que se depositará automáticamente en la cuenta del vendedor. Evidentemente esta nueva dinámica conlleva un enorme desafío a la forma como opera el Derecho y por cierto a las maneras de resolver los conflictos, más aún, dado su contexto, en el marco del arbitraje internacional.

Bajo esa circunstancia nos preguntamos por consiguiente ¿cuál será el papel que tendrá el árbitro internacional para dirimir esas controversias de alta complejidad técnica y operativa que en la formación contractual han logrado sustituir al ser humano?, ¿acaso este sistema conducirá a que sean máquinas las encargadas de dirimir los conflictos? ¿estaremos ad- portas de la robotización del arbitraje?

Por ahora, solo inquietudes para algo que tan solo podemos sentir (especie de “oráculo”), y que, en todo caso, implica una ostensible variación para la abogacía, y en nuestro campo de acción más próximo, en la manera de resolver las controversias derivadas de este “nuevo derecho” y concretamente en la forma como operamos los árbitros, en particular los árbitros que conocemos de los asuntos internacionales.

Entrevistas: La facultad coercitiva de los árbitros para la ejecución de medidas cautelares

Ludovina Villanueva Núñez

Entrevista con Sheilah Vargas Soto



Foto: Sheilah Vargas Soto (Perú)

Abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), especializada en derecho procesal civil, derecho procesal administrativo y arbitrajes. Cuenta con estudios de Maestría en Relaciones Internacionales y Protección Internacional de los Derechos Humanos ante la Sociedad Italiana para la Organización Internacional, habiendo realizado una pasantía de tres (3) meses en el ADR Center, Conflict Management & Risoluzione delle Controversie, en Roma. Cuenta con más de veinte (20) años de experiencia en litigios y arbitrajes nacionales e internacionales en calidad de abogada y árbitro.

1. ¿Cuál es el tratamiento para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje en su país?

El tratamiento para la adopción de cautelares en el arbitraje sí está regulado en mi país (Perú).

Dependiendo de la constitución del Tribunal Arbitral, estas pueden solicitarse ante el Poder Judicial (cuando el Tribunal no está constituido) o ante el Tribunal Arbitral (cuando el Tribunal se ha constituido).

El Decreto Legislativo N° 1071, Decreto que regula el arbitraje (en adelante, “Ley de Arbitraje”) establece en su artículo 47°, la posibilidad de que las partes soliciten medidas cautelares antes de la constitución del Tribunal Arbitral, así como una vez que éste haya quedado constituido, regulando la relación de colaboración entre el Poder Judicial y los árbitros en el dictado de dichas medidas cautelares.

2. De corresponder: ¿Considera que en el procedimiento arbitral debe establecerse siempre la posibilidad de adoptar medidas cautelares inauditam parte, por razones de ‘urgencia’ y ‘necesidad’?

A diferencia de lo que ocurre cuando se solicita la medida cautelar ante el Poder Judicial, el artículo 47.3° de la Ley de Arbitraje señala que el tribunal arbitral antes de resolver la solicitud cautelar, deberá ponerla en conocimiento de la otra parte. Sin embargo, si la parte solicitante justifica que no se debe poner en conocimiento de la otra parte la solicitud cautelar, el tribunal podría omitir ese trámite y resolver directamente. Como puede apreciarse la regla en el arbitraje es que antes de que el tribunal arbitral se pronuncie sobre la solicitud cautelar, debe ponerla en conocimiento de la contraparte; excepcionalmente, el tribunal podrá decidir que ello no es necesario y resolver directamente la

medida cautelar. Es importante que esta posibilidad no sea limitada de origen, ya que pueden existir pedidos cautelares que, por motivos de urgencia y necesidad, deban ser tramitados sin conocimiento de la parte afectada con el dictado de la misma.

3. ¿Cómo se ejecutan las medidas cautelares en el proceso arbitral en su país?

3.1 Ejecución de medida cautelares dictadas antes de la constitución del tribunal arbitral:

Como se ha mencionado, existe la posibilidad de solicitar una medida cautelar ante el Poder Judicial (antes de la constitución del tribunal arbitral). Si la medida es concedida por el juez, debiera ser ejecutada en este fuero. Si se impugna la medida cautelar y no hay tribunal arbitral constituido, dicha impugnación será conocida por la Corte Superior.

Puede ocurrir que cuando se ha dictado la medida cautelar por el Poder Judicial, se constituye el tribunal arbitral. Pues bien, ese momento, 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 debe remitir el expediente en el estado que se encuentre, bajo responsabilidad, 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 de los actuados, 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.

Es importante indicar que 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.

3.2 Ejecución de medidas cautelares luego de constituido el tribunal arbitral:

Una vez constituido el Tribunal Arbitral, las partes pueden solicitar medidas cautelares ante dicho Tribunal. Es importante precisar que la facultad de otorgar medidas cautelares por parte de los árbitros puede devenir del acuerdo arbitral, de las reglas de arbitraje pactadas en el caso concreto o de la ley de arbitraje.

En los últimos años, es frecuente encontrarnos con cláusulas de convenio arbitral que otorgan a los árbitros no solo facultades de dictar medidas cautelares, sino también facultades de ejecución de las mismas y/o ejecución de los propios laudos arbitrales.

En ese sentido, puede darse el caso que el tribunal arbitral esté facultado para ejecutar sus medidas cautelares, salvo que el propio tribunal considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. Supuesto en el cual requerirá asistencia del Poder Judicial.

Ya sea en los casos que se requiera la asistencia de la fuerza pública o que la parte

afectada incumpla con la medida cautelar, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente para que ejecute dicha medida, adjuntado para el ello, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar. La autoridad judicial procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

Es importante mencionar que 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. Finalmente, ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

4. ¿Considera que es eficaz el procedimiento establecido en su país para ejecutar medidas cautelares? Esto es: ¿para asegurar la eficiencia del laudo? ¿Por qué?

En la medida que los árbitros tengan facultades para ejecutar las medidas cautelares dictadas por ellos, y no requieran auxilio de la fuerza pública, debieran ejecutarse directamente las medidas cautelares.

Es inevitable que en el caso de medidas cautelares cuya ejecución implique el uso de la fuerza pública, se deba requerir asistencia del Poder Judicial. Ya que ello está directamente vinculado con la coertio, característica propia de la jurisdicción estatal y de la cual carecen los árbitros.

5. ¿Está de acuerdo con otorgar al árbitro la potestad de solicitar directamente auxilio a las autoridades públicas para que ejecuten sus medidas cautelares, en tanto sea necesario?

Sí, estoy de acuerdo que los árbitros tengan la potestad de solicitar directamente auxilio a las autoridades públicas para la ejecución de las medidas dictadas por ellos. Ello permitiría que las medidas cautelares se cumplan plenamente. Otro tema distinto es que la asistencia judicial no pudiera darse de manera inmediata o en plazos breves, debido a la carga procesal existente en los juzgados. Situación que se ha agudizado con la pandemia y la justicia virtual.

Entrevista con Anayansy Rojas Chan



Foto: Anayansy Rojas Chan (Costa Rica)

Licenciada en Derecho y Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad de Costa Rica. Especialista en Banca y Finanzas del Instituto de Estudios Bursátiles de Madrid. Máster en Administración de Proyectos de la Universidad de Cooperación Internacional. Máster en Derecho, Empresa y Justicia de la Universidad de Valencia, España. Becaria del Instituto para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, Roma, para el estudio del tratamiento jurídico de la custodia electrónica de valores. Docente de la Universidad de Costa Rica en Derecho Comercial y Contratos Comerciales Modernos. Autora de obras jurídicas sobre aspectos legales del mercado financiero y custodia de valores, ganadora del Premio Alberto Brenes Córdoba del Colegio de Abogados de Costa Rica.

1. ¿Cuál es el tratamiento para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje en su país?

En primer lugar se debe explicar que en Costa Rica el arbitraje se rige por un sistema dual. Existe una ley doméstica denominada Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social No 7727, utilizada para el arbitraje doméstico (conocida como Ley RAC), y la Ley de Arbitraje Comercial Internacional No 8937 basa en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. El tratamiento de las medidas cautelares variará de conformidad con la naturaleza local o internacional del arbitraje.

En la Ley RAC no existe un artículo que de forma expresa regule la emisión de medidas cautelares por un Tribunal en un proceso arbitral. El artículo 52 regula la posibilidad de que las partes en cualquier etapa del proceso puedan solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares. Asimismo, de oficio o a instancia de parte, el Tribunal puede solicitar a la autoridad competente las medidas que estime necesarias. Por lo anterior, se concluye que tanto la función declarativa como la ejecutiva de las medidas cautelares reside en las autoridades judiciales.

Tratándose de la Ley LACI, el Capítulo IV A contempla las medidas cautelares y las órdenes preliminares. El artículo 17 confiere la facultad al Tribunal de otorgar medidas cautelares a instancia de una de las partes. La medida cautelar es definida como:

“...toda medida temporal otorgada en forma razonada, 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 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 puedan ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.”

Por su parte, el Artículo 17A contempla las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares.

2. De corresponder: ¿Considera que en el procedimiento arbitral debe establecerse siempre la posibilidad de adoptar medidas cautelares inauditam parte, por razones de ‘urgencia’ y ‘necesidad’?

Las medidas cautelares por razones de urgencia y necesidad tienen la finalidad de obtener una respuesta rápida y eficiente ante una circunstancia que -de dilatarse en el tiempo- haría nugatorio el proceso arbitral. Se trata de una situación excepcional dirigida a proteger el buen resultado del proceso arbitral. Bajo esta premisa, considero que el proceso arbitral debe contemplar la posibilidad de adopción de medidas cautelares inauditam parte, ante la existencia de una situación de urgencia y necesidad, así como de circunstancias que amenacen la efectividad de la medida cautelar.

3. ¿Cómo se ejecutan las medidas cautelares en el proceso arbitral en su país?

Tratándose de arbitraje doméstico las partes o el tribunal arbitral, según sea el caso, deben acudir al apoyo de las autoridades judiciales competentes con el propósito de solicitar y ejecutar la medida cautelar conforme lo establece el artículo 52 de la Ley RAC.

En el caso del arbitraje internacional se desconoce la existencia de precedentes en Costa Rica donde hayan sido ejecutadas medidas cautelares, en consecuencia, no resulta factible describir la forma en que han sido ejecutadas.

4. ¿Considera que es eficaz el procedimiento establecido en su país para ejecutar medidas cautelares? Esto es: ¿para asegurar la eficiencia del laudo? ¿Por qué?

En materia de arbitraje local considero que la eficacia del procedimiento establecido para la solicitud de medidas cautelares se encuentra disminuida por la falta de preparación académica y desconocimiento de las autoridades judiciales sobre la materia de arbitraje. Esta circunstancia abre el portillo -como en efecto ha acontecido- a resoluciones judiciales que contienen interpretaciones equívocas que, a su vez, generan apelaciones ante el Tribunal de Alzada, y restan eficacia y celeridad a la ejecución de dichas medidas.

En línea con lo anterior, otra circunstancia que también resta eficacia en el contexto de la Ley RAC es que los árbitros no cuentan con la facultad de dictar la medida cautelar, sino que debe ser canalizado a través de la autoridad judicial.

La Ley LACI se basa en la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL por lo que incorpora un estándar internacional adecuado.

5. ¿Está de acuerdo con otorgar al árbitro la potestad de solicitar directamente auxilio a las autoridades públicas para que ejecuten sus medidas cautelares, en tanto sea necesario?

De acuerdo.

Resulta conveniente otorgar al árbitro la potestad de solicitar directamente el auxilio a las autoridades públicas, pues debido a su conocimiento del proceso y experiencia como árbitro cuenta con mayor capacidad para valorar la pertinencia de la medida y lograr una tutela cautelar oportuna. Lo anterior siempre y cuando las circunstancias lo justifiquen.

Entrevista con Diego Romero Ponce



Foto: Diego Romero Ponce (Ecuador)

Socio de Romero Arteta Ponce Abogados y Presidente del Directorio del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana-AMCHAM.

1. ¿Cuál es el tratamiento para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje en su país?

El Arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos se ha convertido por excelencia en una herramienta con la cual particulares voluntariamente deciden someter sus controversias susceptibles de transacción existentes o futuras a Tribunales Arbitrales bajo un procedimiento fijado por mutuo acuerdo dentro del marco establecido por la Ley.

Respecto a la adopción de medidas cautelares en el Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación faculta a los árbitros a dictar medidas cautelares a fin de asegurar los bienes materia del proceso o su resultado, y para el efecto pueden exigir una garantía a la parte que solicita la medida para cubrir el costo de la misma y la indemnización de daños y perjuicios a la otra parte en caso de que la pretensión se declare infundada en el laudo.

Adicionalmente, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación vigente desde el 26 de agosto de 2021, faculta dictar cualquier medida cautelar, no solamente al Tribunal Arbitral, sino también a los Árbitros de emergencia previstos en los Reglamentos de los Centros de Arbitraje y Mediación, instaurándose así la figura del árbitro de emergencia en la legislación ecuatoriana.

2. De corresponder: ¿Considera que en el procedimiento arbitral debe establecerse siempre la posibilidad de adoptar medidas cautelares inauditam parte, por razones de ‘urgencia’ y ‘necesidad’?

El arribo de la figura del árbitro de emergencia a nuestra legislación denota el avance e importancia de la institución del Arbitraje en nuestro país, pues pretende brindar mayor seguridad jurídica a las partes que optan por este

mecanismo alternativo de solución de conflictos al facultar a árbitros de emergencia la labor de decidir sobre medidas cautelares previo a la conformación del Tribunal Arbitral.

Partiendo de la premisa que el arbitraje es una alternativa eficiente, administrada por las partes que ejercen su libertad, en el marco de sus derechos disponibles y considerando que las medidas cautelares son mecanismos para precauterlar bienes, derechos y/o el resultado de un proceso, considero que es importante establecer en el procedimiento arbitral fijado por las partes, la posibilidad de solicitar, antes de la conformación del Tribunal Arbitral, medidas cautelares por razones necesarias o urgentes, ante un árbitro de emergencia.

Su importancia es relevante, toda vez que en caso de no establecerse esta posibilidad, la parte interesada de solicitar una medida cautelar antes de la conformación del Tribunal Arbitral por razones de urgencia o necesidad debe acudir a un juez civil y seguir el procedimiento previsto para las providencias preventivas, y si bien, esta solicitud no implica renuncia del convenio arbitral la celeridad procesal a la que tiende el arbitraje y por la que las partes lo eligen, se ve coartada al tener que acudir a la justicia ordinaria.

Igualmente, la medida cautelar se puede solicitar en la demanda arbitral, pero este pedido toma su tiempo, pues es necesario que se conforme el Tribunal Arbitral que conocerá del proceso, para lo cual antes se debe citar al demandado con el contenido de la demanda, deberá contestar su demanda, tener la mediación intra proceso, posesionar al Tribunal y cuando esté se declare competente podrá analizar la medida cautelar solicitada.

3. ¿Cómo se ejecutan las medidas cautelares en el proceso arbitral en su país?

En el Ecuador la ejecución de las medidas cautelares está a cargo de los árbitros siempre que así se haya estipulado en el convenio arbitral, es decir, los árbitros sin necesidad de recurrir a un juez ordinario pueden solicitar auxilio de funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos para ejecutar medidas cautelares.

Adicionalmente, la legislación ecuatoriana faculta al Tribunal Arbitral modificar, suspender o revocar toda medida cautelar otorgada, por pedido de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia. De la misma forma puede proceder ante toda medida cautelar que se haya dictado, antes de la constitución del tribunal arbitral, por jueces o árbitros de emergencia.

En el caso de que el convenio arbitral no establezca nada respecto a la ejecución de medidas cautelares, la parte interesada puede recurrir a un juez ordinario y solicitar que ordene la ejecución de medidas cautelares, sin que ello implique renuncia al convenio arbitral.

4. ¿Considera que es eficaz el procedimiento establecido en su país para ejecutar medidas cautelares? Esto es: ¿para asegurar la eficiencia del laudo? ¿Por qué?

La facultad otorgada por la Ley de Arbitraje y Mediación y su Reglamento en el Ecuador, al árbitro para dictar y ejecutar medidas cautelares permite asegurar bienes

y/o el resultado del laudo, por lo que hace eficaz el procedimiento, dándole fuerza a la institución del arbitraje que es elegida por voluntad y autonomía de las partes, derivada de la confianza en el procedimiento elegido por ellas.

Además, que exista la posibilidad de adoptar Además, que exista la posibilidad de adoptar medidas cautelares por razones de necesidad o urgencia previo a la conformación del Tribunal Arbitral, ante un Árbitro de emergencia que otorga mayor seguridad jurídica a la institución del arbitraje y celeridad procesal, asumiendo, de esta forma el arbitraje una clara función social, dando satisfacción a los intereses de los particulares.

5. ¿Está de acuerdo con otorgar al árbitro la potestad de solicitar directamente auxilio a las autoridades públicas para que ejecuten sus medidas cautelares, en tanto sea necesario?

La estructura del arbitraje es semejante a la de un proceso judicial, el árbitro se desenvuelve como juez, facultado por la Ley y la voluntad de las partes para llevar a cabo y resolver la controversia.

Por ello, dotar al árbitro con la potestad de solicitar directamente el auxilio de funcionarios públicos para ejecutar medidas cautelares que deban aplicarse en un proceso arbitral para asegurar o preservar bienes, derechos o el resultado del proceso arbitral, es necesario para el efectivo desarrollo del proceso, además, fomenta la utilización del arbitraje por la seguridad jurídica que brinda la institución arbitral al poner a disposición de las partes y árbitros todas las herramientas necesarias para asegurar el proceso.

Entrevista con José Luis Echevarría Petit



Foto: José Luis Echevarría Petit (Uruguay)

Socio a Cargo del Estudio Echevarría Leunda & Echevarría Petit Abogados.

1. ¿Cuál es el tratamiento para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje en su país?

El arbitraje doméstico en Uruguay está regulado por lo dispuesto en el Código General del Proceso (ley 15.982 del 18 de octubre de 1988).

El arbitraje comercial internacional está regulado por lo dispuesto en la ley 19.636 del 26 de julio de 2018.

Luego de la aprobación de la Ley 19636, quedó consagrado por el derecho positivo uruguayo el concepto dualista del arbitraje, doméstico-internacional que ya tenía una acogida jurisprudencial muy importante.

Código General del Proceso

En el Código General del Proceso que aplica al arbitraje doméstico, hay una previsión expresa respecto de las medidas cautelares, que establece que las mismas se tramitan por el juez competente de la jurisdicción estatal.

El tribunal competente es el que hubiera correspondido de no haber existido un compromiso arbitral. De acuerdo a las reglas de la competencia en razón de cuantía, en general serían competentes los Juzgados Letrados de Primera Instancia.

En caso de que las medidas cautelares sean preliminares al arbitraje, caducan si este no se inicia dentro de un plazo de 30 días de efectivizadas.¹

¹ El artículo 488 del CGP establece: "Las medidas cautelares, las diligencias previas al arbitraje como, por ejemplo, las pruebas anticipadas y los procedimientos tendientes a la formalización del compromiso, se tramitarán ante el tribunal competente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 494.

El principio general en la materia es que las medidas cautelares se conceden inauditam partem, y en general con la exigencia de una contracautela.

Ley de Arbitraje Comercial Internacional

Principio general: Noticia a la contraria

El principio general en la ley uruguaya de arbitraje comercial internacional es que las medidas cautelares se decretan previa comunicación a la contraparte, principio general que admite excepción cuando el Tribunal Arbitral entienda que hay peligro en la demora de su adopción.

En este aspecto la ley que rige el arbitraje comercial internacional difiere diametralmente con la que rige el arbitraje doméstico.

Si bien la ley de arbitraje comercial internacional coincide con la Ley Modelo en que en general debe oírse a la contraria antes de conceder las medidas cautelares, difiere en cuanto nuestra ley no prevé las órdenes preliminares, que en el sistema de la ley modelo pueden atenuar el riesgo de frustración de la medida por el otorgamiento de noticia previa.

Excepción a la regla general de la noticia previa.

La parte puede solicitar las medidas cautelares sin noticia, y será el Tribunal quien resuelva si el otorgamiento de noticia a la contraria puede causar peligro de su efectividad.

En todo caso, la parte que pretenda obtener la adopción una medida cautelar sin noticia deberá fundamentar por qué la noticia puede frustrar la medida.

Facultad del Tribunal Arbitral de resolver la adopción de medidas cautelares.

A este respecto, la ley uruguaya establece a texto expreso la facultad del Tribunal Arbitral (salvo acuerdo en contrario de las partes) para ordenar la adopción de medidas cautelares. Es facultativo del Tribunal Arbitral la exigencia o no de contra cautela a la parte solicitante.

La intervención del Poder Judicial en esta materia es supletoria. Dicha intervención tiene lugar, de acuerdo a la ley, cuando la misma es necesaria a efectos de la ejecución de lo dispuesto, sólo en caso de que la parte obligada por la medida no se someta a ella en forma voluntaria, o si la efectividad de la medida requiere dicha intervención.

El tribunal del Poder Judicial competente, al igual que en el resto de los casos, es un Tribunal de Apelaciones en lo Civil, por imperio de lo establecido en el artículo 6º de la ley.

La medida cautelar adoptada como diligencia preliminar al arbitraje caducará de pleno derecho si no se promoviere judicialmente la constitución de tribunal arbitral y el otorgamiento del compromiso en su caso, dentro de los treinta días de cumplida.

Definición legal de medida cautelar

A los efectos de la ley, medida cautelar significa medida temporal, por la que el Tribunal Arbitral, previo al dictado del Laudo ordene a una de las partes a:

- Mantener o restablecer el status - quo mientras se dirima la contienda;
- Adoptar medidas o se abstenga de realizar actos, para evitar daños actuales o inminentes o menoscaben el proceso arbitral;
- Proporcionar medios para la conservación de bienes que permitan ejecutar el laudo que pueda dictarse;
- Preservar elementos de prueba.

Ausencia de previsión sobre Órdenes Preliminares en la ley uruguaya.

La Ley Modelo, a partir de la reforma del año 2006, prevé dentro del régimen de medidas cautelares la emisión de órdenes preliminares.

Las órdenes preliminares las imparte el Tribunal Arbitral a una parte para que no frustre la finalidad de una medida cautelar solicitada (artículo 17° literal B, numeral primero).

Nuestra ley no las prevé, por lo que el Tribunal carece de esta herramienta para dar noticia previa y a la vez evitar la frustración de la medida solicitada, dejándole como sólo recurso otorgar la medida sin noticia si así lo solicita la parte.

Presupuestos de la adopción de medidas cautelares.

El Tribunal Arbitral debe basarse, para la adopción de una medida cautelar, en la protección de un derecho y en el peligro de frustración del mismo, sin que dicha decisión implique prejuzgamiento sobre el fondo del asunto.

La Ley Modelo, el artículo 17° literal A, prevé las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares.

Dicho artículo prevé como regla general que el solicitante debe convencer al Tribunal Arbitral acerca de: a) Que si no se adopta la medida se irrogará un daño que no puede resarcirse adecuadamente mediante indemnización, y que dicho daño es notablemente más grave del que podría sufrir el destinatario de la medida, de ser ésta adoptada. B) Que existe una razonable probabilidad de que la demanda sobre el fondo del asunto prospere, sin que la decisión del Tribunal Arbitral implique un prejuzgamiento sobre el fondo.

Por su parte, la ley uruguaya establece que una medida cautelar será otorgada por el Tribunal Arbitral cuando estime que es necesaria para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión no frustración del mismo por la duración del proceso. Con esta redacción evita el debate sobre cuál daño no es resarcible adecuadamente mediante indemnización.

La Ley Modelo establece una salvedad para el caso de que la medida cautelar refiera a la preservación de un elemento de prueba relevante y pertinente para resolver la

controversia, y establece que las condiciones anteriores sólo son aplicables si el Tribunal lo considera oportuno.

Responsabilidad del solicitante por los eventuales daños y perjuicios causados a la otra parte.

Como es lógico y consistente con el principio de buena fe, el solicitante de una medida cautelar es responsable de los daños causados por la adopción de la misma en caso de que en el laudo el Tribunal Arbitral determine que no debían haberse solicitado.

El Tribunal puede asimismo condenar en costas y costos más daños y perjuicios al solicitante según el artículo 17° numeral sexto.

En la Ley Modelo se establece el mismo principio.

Caducidad de las medidas cautelares

De acuerdo a la ley de arbitraje comercial internacional uruguaya, las medidas cautelares solicitadas previamente al comienzo del proceso arbitral caducan a los 30 días de que el Tribunal las haya adoptado, si la parte solicitante no hubiera realizado actos concretos para el inicio del proceso.

En la Ley Modelo no se prevé una caducidad para las medidas cautelares, pero sí para las órdenes preliminares, las que caducan a los 20 días (artículo 17° literal C, numeral cuarto).

Solicitud de medidas cautelares ante la Jurisdicción Ordinaria.

La ley sienta en el artículo 9° una regla general de gran importancia: la solicitud de medidas cautelares o provisionales ante un juzgado ordinario no es incompatible con el acuerdo de arbitraje.

Dicho de otra forma, la solicitud de tales medidas no puede reputarse como renuncia a la jurisdicción arbitral por sí mismas.

Esta regla otorga una mayor certeza para el actor que precisa la inmediata adopción de tales medidas para evitar que el resultado del arbitraje sea frustrado, y no desea renunciar ni explícita ni tácitamente a la jurisdicción arbitral.

2. De corresponder: ¿Considera que en el procedimiento arbitral debe establecerse siempre la posibilidad de adoptar medidas cautelares inauditam parte, por razones de 'urgencia' y 'necesidad'?

En el derecho procesal interno aplicable al arbitraje doméstico uruguayo, el principio general es que las medidas cautelares se toman inauditam parte, y bajo responsabilidad de quien las solicita si resultan indebidas y causan perjuicios.

Entiendo que esta posibilidad está prevista especialmente en la ley de arbitraje comercial

internacional uruguaya como una prerrogativa del Tribunal.

Me parece razonable que así sea, porque la necesidad de concederlas sin noticia debe considerarse caso a caso, teniendo presente las especiales circunstancias que rodean la solicitud.

3. ¿Cómo se ejecutan las medidas cautelares en el proceso arbitral en su país?

Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconoce como vinculante, y salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, si la parte concernida no se somete voluntariamente o si su efectividad lo requiere, será ejecutada, al ser solicitada tal ejecución, por el tribunal competente conforme lo dispuesto en el artículo 6 de la ley uruguaya.

Es decir que la intervención de la jurisdicción estatal en es supletoria.

Esta supletoriedad es respetada por nuestros tribunales judiciales, y por ello, sólo en los casos en que es necesario para la efectividad de la medida o en los que hay resistencia de la destinataria de la medida cautelar se requiere la intervención del Juez estatal.

4. ¿Considera que es eficaz el procedimiento establecido en su país para ejecutar medidas cautelares? Esto es: ¿para asegurar la eficiencia del laudo? ¿Por qué?

Entiendo que, como todo instrumento, depende de su uso adecuado. Si los Tribunales actúan con ecuanimidad y responsabilidad a la vez, no dejarán de tomar las medidas que entiendan necesarias para asegurar las resultancias del juicio.

Si actúan con convicción y firmeza, omitirán la noticia previa cuando a su leal saber y entender tal noticia perjudique las chances de que el laudo sea efectivo, y en el resto de los casos darán noticia previa.

En caso de que la conducta de la destinataria de la medida haya sido contraria a la buena fe y haya frustrado la medida, el Tribunal deberá aplicar las consecuencias negativas que correspondan.

En todo caso, mi opinión es que como depende mucho del caso concreto, es mejor dar al Tribunal la flexibilidad que precisa para la mejor decisión a la luz de las circunstancias del caso.

5. ¿Está de acuerdo con otorgar al árbitro la potestad de solicitar directamente auxilio a las autoridades públicas para que ejecuten sus medidas cautelares, en tanto sea necesario?

No daría una respuesta única. No me parecería excesivo que el Tribunal pudiera comunicar un embargo a un registro, pero sí podría parecer excesivo que acuda auxiliado por la fuerza pública y sin intervención judicial para ejecutar un secuestro. En síntesis, no lo habilitaría sin más, pero quizás sí a tomar el camino directo en situaciones que el camino indirecto sólo constituye un aspecto burocrático que demora el proceso de ejecución de la medida cautelar.

Entrevista con Patricia Vera Nieto



Foto: Patricia Vera Nieto (Ecuador)

Abogada por la Universidad de las Américas. Máster en Arbitraje y Litigio Internacional por la Universidad San Francisco de Quito. Es directora del Centro de Arbitraje y Mediación de Amcham Quito. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras y Asociaciones de la Producción del Azuay. Actualmente tiene a su cargo una de las Vicepresidencias de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC. Su práctica profesional se enfoca en el manejo y administración de arbitrajes, así como también en arbitraje comercial.

1. ¿Cuál es el tratamiento para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje en su país?

En el Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación en el artículo 9 establece la facultad para que los árbitros puedan dictar medidas cautelares de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil (Actual Código Orgánico General de Procesos) o las normas que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o garantizar el resultado de este.

2. De corresponder: ¿Considera que en el procedimiento arbitral debe establecerse siempre la posibilidad de adoptar medidas cautelares inauditam parte, por razones de 'urgencia' y 'necesidad'?

Las medidas cautelares en arbitraje tienen por objeto precautelar bienes que sean materia del proceso arbitral o tal como lo indica el artículo señalado anteriormente, garantizar el resultado del Arbitraje. Esta decisión sin duda alguna precautela los derechos e intereses que han sido sometidos por la parte actora ante el conocimiento del tribunal arbitral. Sin embargo, desde la perspectiva de la parte demandada sus intereses podrían verse afectados por dicha medida. A veces el resultado de esta decisión puede implicar que la parte sobre la cual recae la medida tome otras acciones que impidan su correcta ejecución. Por lo que, considerando la complejidad o particularidad de cada caso los procedimientos arbitrales si debieran contemplar la posibilidad de que las medidas cautelares se dicten inauditam parte tomando en consideración el momento procesal en el que se la solicita. En el caso ecuatoriano, esto no se encuentra contemplado en la Ley de Arbitraje y Mediación y debería incluirse mediante una reforma legal. Sin embargo, el Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación, si contempla la

facultad de los centros a implementar el servicio de Arbitraje de Emergencia.

Actualmente, el Reglamento para el funcionamiento de Arbitraje y Mediación del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana reformado y vigente desde el 1 de enero de 2022, contempla y regula el procedimiento de Arbitraje de Emergencia. Justamente con la intención de que se puedan solicitar y dictar medidas cautelares ante un árbitro designado para tales efectos de forma previa a la presentación de la demanda. Esto no significa que todas las medidas puedan ser solicitadas inauditam parte. Sin embargo, la parte solicitante puede pedirlo y el árbitro designado evaluará si la concede de esta manera o no.

3. ¿Cómo se ejecutan las medidas cautelares en el proceso arbitral en su país?

Cuando las partes han pactado previamente en el convenio arbitral la facultad del tribunal para ejecutar las medidas cautelares es el propio tribunal el que puede ordenar la ejecución de dichas medidas podrán solicitar el auxilio de funcionarios judiciales, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin la necesidad de recurrir ante un juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si es que nada se establece en el convenio arbitral, cualquiera de las partes puede acudir antes un juez ordinario y solicitar que ordenen la ejecución de esta medida sin que esto signifique una renuncia al convenio arbitral

4. ¿Considera que es eficaz el procedimiento establecido en su país para ejecutar medidas cautelares? Esto es: ¿Para asegurar la eficiencia del laudo? ¿Por qué?

Si, efectivamente en el Ecuador ha funcionado muy bien por el hecho de que la Ley faculta a los árbitros a poder ejecutar las medidas cautelares que dicten cuando así lo han previsto las partes en el convenio arbitral. Esto implica que haya una respuesta inmediata y directa por parte del tribunal arbitral al momento de ejecutar las medidas cautelares. Sin embargo, no todos los convenios arbitrales establecen esta facultad al tribunal arbitral. En ese sentido, si hubiese un mayor conocimiento por parte de las partes o abogados que suscriben convenios arbitrales respecto de la inclusión de esta potestad del tribunal arbitral, sería mucho más eficaz su aplicación.

Para los casos en los que las partes no haya pactado esta disposición previamente en el convenio arbitral, se puede solicitar la ejecución de medidas cautelares ante un juez ordinario quien será el encargado de ordenar la ejecución.

5. ¿Está de acuerdo con otorgar al árbitro la potestad de solicitar directamente auxilio a las autoridades públicas para que ejecuten sus medidas cautelares, en tanto sea necesario?

Si, estoy de acuerdo. La facultad y potestad de un árbitro se asemeja mucho a la facultad que tienen los jueces. En ese sentido, considero que los árbitros podrían tener total libertad y facultad de solicitar directamente el auxilio a las autoridades públicas para la ejecución de las medidas cautelares que ellos dicten.