

# Ejecución de medidas cautelares decretadas por árbitros de emergencia en arbitraje comercial internacional: preocupaciones y posibles soluciones<sup>1</sup>

Execution of precautionary measures issued by emergency arbitrators in international arbitration: concerns and possible solutions

ANDRÉS SEGURA SEGURA<sup>2</sup>

## RESUMEN

Dada la importancia de las medidas cautelares dentro del proceso arbitral a efectos de garantizar el cumplimiento del laudo, surge la figura del árbitro de emergencia como competente para establecer la medida. Surge sin embargo la problemática de establecer de un lado la naturaleza de sus decisiones y la posibilidad de hacerlas exigibles a través de la ejecución en el arbitraje comercial internacional.

**Palabras clave:** árbitro de emergencia, medidas cautelares, ejecución de las medidas cautelares.

- 1 Fecha de recepción: 14 de mayo de 2020. Fecha de aceptación: 26 de junio de 2020. Para citar el artículo: Segura A. "Ejecución de medidas cautelares decretadas por árbitros de emergencia en arbitraje comercial internacional: preocupaciones y posibles soluciones". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 19, n° 1, enero-junio, 2020. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v19n1.02>
- 2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial de la misma universidad y máster (LLM) en *Comparative and International Dispute Resolution* de *Queen Mary University of London*. Email: [andres.segura@alicanto.legal](mailto:andres.segura@alicanto.legal)

## ABSTRACT

Given the importance of precautionary measures within the arbitration process in order to guarantee compliance with the award, the figure of the emergency arbitrator emerges as competent to establish the measure. However, the problem of establishing the nature of its decisions and the possibility of making them enforceable through execution in international commercial arbitration.

**Key words:** emergency arbitrator, precautionary measures, execution of precautionary measures.

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años la introducción del árbitro de emergencia en el campo del arbitraje internacional ha sido vista como una de las soluciones más apropiadas —tal vez la mejor— para mantener el *status quo* en el intervalo comprendido entre la solicitud de arbitraje y la constitución del tribunal arbitral, especialmente cuando el demandante está en la urgente búsqueda de evitar la causación de un daño irreparable o de preservar evidencia, entre otros.

Aunque la tendencia es el cumplimiento voluntario de las órdenes emitidas por árbitros de emergencia, algunas dudas han surgido cuando esta voluntad no existe y la parte que se supone debe obedecer las órdenes no lo hace. Una encuesta de arbitraje internacional<sup>3</sup> mostró algunas preocupaciones relacionadas con la ejecución de medidas cautelares decretadas por árbitros de emergencia (79%), lo cual influenció en la decisión de los encuestados de acudir a cortes nacionales (46%) en vez de a árbitros de emergencia (29%) cuando requirieran el decreto urgente de una cautela.

Estas preocupaciones por la ejecución de medidas cautelares tienen origen en las legislaciones nacionales que se ocupan de la ejecución de decisiones arbitrales y en la bien conocida Convención de Nueva York. Han sido generalmente clasificadas en aquellas que devienen de la forma de la cautela —orden o laudo—, del *status* del árbitro de emergencia en comparación con un tribunal arbitral estándar y de la naturaleza "*provisional*" de la decisión cautelar.

Después de hacer una referencia general al origen y concepto del árbitro de emergencia, este escrito pretende demostrar que verdaderamente, a la luz de la Convención de Nueva York y de la mayoría de las legislaciones

3 Queen Mary University of London's School of International Arbitration y White & Case. 2015 *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. (Londres: 2015), [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf) > (3 de agosto de 2019).

nacionales referidas, las tres preocupaciones mencionadas no deberían ser más que infundados temores. Por eso, la ejecución de medidas cautelares decretadas por árbitros de emergencia debería ser cumplida con el marco legal vigente en la materia, de ser requerido.

Consciente de la existencia de opiniones disímiles frente a lo dicho, este escrito también propone algunas soluciones que deberían satisfacer a la mayoría de usuarios del arbitraje internacional. Tales soluciones comprenden no solo la expedición de nuevas legislaciones nacionales, sino también la utilización de la popularidad alcanzada por la Convención de Nueva York.

Rara vez las tres principales preocupaciones aquí expuestas han sido estudiadas y profundizadas como se hace en este escrito. Algunos de los puntos aquí sugeridos para garantizar la efectividad del arbitraje internacional son: la exclusión de la necesidad de una decisión arbitral "*final*" para que sea ejecutada, de un lado, y la necesidad de deshacerse de la distinción entre órdenes y laudos para efectos de ejecución, del otro lado.

En general, después de abordar genéricamente la definición, alcance y orígenes del árbitro de emergencia, este escrito pretende explorar las tres principales preocupaciones –y posibles soluciones– de la ejecución en cortes nacionales de medidas cautelares decretadas por árbitros de emergencia. En primer lugar, la forma adoptada por los árbitros de emergencia para decretar cautelas será explorada a la luz de reglamentos institucionales y de la Convención de Nueva York, las diferencias conceptuales entre órdenes y laudos serán abordadas y, posteriormente, se sugerirá la manera en que deberían tratarse ambas figuras en aras de la efectividad del arbitraje internacional. En segundo lugar, el *status* del árbitro de emergencia será puesto de presente para concluir que, de hecho, se trata de un verdadero tribunal arbitral con competencia limitada y específica. Finalmente el concepto de decisión arbitral "*final*" y su impacto en la ejecución de medidas cautelares será estudiado, para concluir que el adjetivo "*final*" no debería ser un requisito para la ejecución y que, de serlo, para tales efectos dicha palabra debería equipararse a la palabra "*obligatorio*", por tratarse de una decisión que no puede ser recurrida.

## 1. EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA

### 1.1. DEFINICIÓN Y ALCANCE

En general, una medida cautelar en arbitraje ha sido considerada como una decisión "*diseñada para proteger a las partes de un daño durante el curso del proceso*"<sup>4</sup>.

4 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM, *Emergency Arbitrators Versus the Courts: From Concurrent Jurisdiction to Practical Considerations*, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, Ed. 3 (2018): 276.

Algunos autores<sup>5</sup> han considerado que una medida cautelar es esencial para garantizar la efectividad del proceso arbitral en sí mismo y, así, evitar una decisión final ineficaz. En otras palabras, un arbitraje sin una apropiada y rápida cautela, cuando sea necesaria, sería equivalente a un ejercicio fútil<sup>6</sup>.

Una vez la solicitud de arbitraje ha sido radicada, la selección del tribunal y su consecuente constitución toman –usualmente– cierto tiempo. En el entretanto el demandante podría necesitar una cautela urgente que no puede esperar hasta la constitución del tribunal arbitral estándar, que decidiría si hay fundamentos para decretarla o no. Como no había instrumentos arbitrales para resolver esta dificultad, la búsqueda del decreto de una medida cautelar después de la solicitud de arbitraje y antes de la constitución del tribunal tenía solo una alternativa: las cortes nacionales<sup>7</sup>.

Sin embargo, el hecho de que una parte tuviera que acudir a una corte nacional estaría en contra de su propósito inicial de evitar –precisamente– la Rama Judicial y referir sus disputas a arbitraje<sup>8</sup>. Acudir a las cortes nacionales haría que su búsqueda primigenia de neutralidad<sup>9</sup> y confidencialidad<sup>10</sup> a través del pacto arbitral se diluya.

Como las instituciones de arbitraje internacional fueron conscientes de los problemas que esta única opción tenía frente al deseo de evitar cortes nacionales, crearon varias alternativas basadas en una interrelación de la autonomía de la voluntad –como pilar fundamental del arbitraje– y la necesidad de urgentes medidas cautelares. Todas esas alternativas han evolucionado en lo que hoy se denomina “*árbitro de emergencia*”. Por ello la razón de ser de este especial y expedito procedimiento está constituida por la autonomía de la voluntad de desea evitar las cortes nacionales, de un lado, y satisfacer la necesidad urgente de una cautela –como mantener un *status quo* o preservar material probatorio– Precisamente por eso “*un arbitraje de emergencia debe ser conducido de una manera rápida que esté en consonancia (y no prejuzgue) la descripción de la situación hecha por el solicitante que requiera una cautela urgente*”<sup>11</sup>, pues esa urgencia es una de las características principales de esa necesidad cautelar.

5 JONATHAN HILL, *Is an Interim Measure of Protection Ordered by an Arbitral Tribunal an Arbitral Award?*, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9 (2018): 592.

6 *Ibíd.* 592 a 592, citando a Eric Schwartz y Yves Derains. *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, (La Haya: Kluwer Law International, 2005), 294.

7 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM. *Op. Cit.*, 276.

8 ALI YESILIRMAK, *Emergency Arbitral Provisional Measures, Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Vol. 12 (2005): 115.

9 *Ibíd.* 115, citando a Jan Paulsson, *A Better Mousetrap: 1990 ICC Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure*, Vol. 18 (1990): 214 y 215.

10 *Ibíd.* 115, citando a Benjamin Davis, *The ICC Pre arbitral Referee Procedure in Context with Technical Expertise, Conciliation and Arbitration*, Vol. 9(2) (1992): 230.

11 BEN GIARETTA, *The Practice of Emergency Arbitration*, b- *Arbitra | Belgian Review of Arbitration*, Vol. 2017 Ed: 1 (2017): 85.

Uno de los puntos más difíciles es determinar la existencia de una real urgencia que motive un favorable decreto por parte del árbitro de emergencia. Según Giaretta, hay tres mecanismos diferentes para establecer la existencia de tal urgencia: un test incluido en el reglamento de una institución arbitral –lo cual no es común pero puede encontrarse en el reglamento ACICA<sup>12</sup> y en el reglamento CIArb<sup>13</sup>–; un test acordado por las partes que haga referencia a una legislación nacional en particular –especialmente la ley de la sede del arbitraje–; o un test aplicado por el árbitro de emergencia conforme a lo que considere más adecuado después de escuchar las peticiones de las partes en la materia<sup>14</sup>.

Dos características comunes pueden encontrarse en los test contenidos en los dos reglamentos referidos: primero, la necesidad de evitar un daño irreparable o un daño que no pueda ser reparado por un laudo –si la medida no fue ordenada–; segundo, la razonable posibilidad de que el solicitante tendrá éxito en las pretensiones de su demanda.

Por su parte, las legislaciones nacionales que, por ejemplo, han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante la Ley Modelo), también hacen dos factores a tener en cuenta a la hora de resolver sobre el decreto de una cautela: (i) que *“de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada”*<sup>15</sup>; (ii) que *“existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere”*<sup>16</sup>.

Con relación al test que realice directamente el árbitro de emergencia de acuerdo a lo que considere más apropiado, Giaretta<sup>17</sup> sostiene que ha habido un *“desarrollado consenso entre doctrinantes acerca de los elementos requeridos previos a que un tribunal pudiera decretar medidas cautelares”*, lo cual también incluye *“un caso justificado en los méritos”* y la necesidad de una medida cautelar *“para evita un daño mayor a aquel que pudiera causarse en una etapa posterior”*.

Como puede verse, sin importar el mecanismo elegido para determinar la viabilidad del decreto de una medida cautelar solicitada por el demandante, todos tienen dos fundamentos comunes: la existencia de un daño irreparable y la posibilidad de éxito de la demanda. Si alguno de esos comunes elementos

12 Reglamento 2016 del Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA), Tabla 1 parágrafo 3.5.

13 Reglamento 2015 del Chartered Institute of Arbitrators CIArb Arbitration Rules, apéndice I artículo 3(h).

14 *Ibíd.* 96.

15 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, artículo 17A(1)(a).

16 *Ibíd.* artículo 17A(1)(B).

17 BEN GIARETTA, Op. Cit., 97.

faltare en la petición urgente de cautela, las posibilidades de obtener un decreto son más bien bajas.

En resumen, un árbitro de emergencia es una figura incorporada en varios reglamentos de arbitraje institucional que provee un árbitro elegido con el único propósito de abordar, antes de la constitución del tribunal arbitral estándar y en un muy corto periodo de tiempo, la necesidad urgente de una medida cautelar o conservatoria solicitada por una parte. La cautela solicitada será decretada siempre y cuando con ella se pretenda evitar la causación de ciertos daños, de un lado, y si hay una posibilidad de éxito de la demanda a la hora de proferir el laudo, del otro.

### 1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA

La versión de 1990 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional –en adelante “el reglamento CCI”– creó y adoptó la figura del “*referee prearbitral*”: una persona con la facultad de decretar, antes de la constitución del tribunal arbitral, decisiones obligatorias tales como ordenar una medida conservatoria, un pago, preservar evidencia, entre otras.

Si bien la creación del *referee* tenía un noble propósito, su éxito fue más bien limitado. La razón obedeció al hecho de que el procedimiento fue creado bajo un mecanismo *opt-in*, es decir, era necesario incluir el *referee* prearbitral en un “*acuerdo escrito separado, distinto al pacto arbitral*”<sup>18</sup>, lo cual rara vez ocurrió.

Posteriormente, la versión de 1997 de los Procedimientos Arbitrales Sumarios del Reglamento del Instituto Arbitral de los Países Bajos –NAI, por sus siglas en inglés– incluyó la posibilidad de elegir un árbitro con el único propósito de decretar medidas cautelares urgentes cuando el tribunal arbitral aún no se hubiese constituido<sup>19</sup>.

La versión de 1999 del Procedimiento Suplementario de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Arbitraje Americana (AAA) fue una de las primeras en introducir la terminología “árbitro de emergencia”. Empero, la recién bautizada figura sufría el mismo problema del *referee* prearbitral del reglamento de la CCI: requería un acuerdo especial de las partes para otorgarle las facultades de decretar medidas cautelares, lo que significa que también fue constituido bajo un mecanismo *opt-in*.

La versión 2006 del reglamento del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR, por sus siglas en inglés) es ampliamente considerada

18 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM, Op. Cit., 278, citando a Emmanuel Gaillard y Philippe Pinsolle, *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experience*, *Arbitration International*, Vol. 20 Ed: 1 (2004): 24.

19 AMIR GHAFARI y EMMYLOU WALTERS, *The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?*, *Arbitration International*, Vol. 30 Ed:1 (2014): 154.

como la primera en introducir el arbitraje de emergencia tal y como se conoce hoy<sup>20</sup>, no solo por usar la palabra "árbitro" sino también por solucionar el problema que hizo poco exitoso el *referee* prearbitral del reglamento CCI: la necesidad de consentimiento expreso. Con este arreglo, el árbitro de emergencia tenía competencia para decretar medidas cautelares a menos que las partes acordaran otra cosa. Es decir, la competencia del árbitro se edificó bajo un mecanismo *opt-out*.

Otras instituciones que han adoptado el arbitraje de emergencia –con algunas actualizaciones en el tiempo– son el Singapore International Arbitration Centre (SIAC), en 2010; la Stockholm Chamber of Commerce (SCC), en 2010; la Swiss Chambers Arbitration, en 2012; y la London Court of International Arbitration (LCIA).

Con el tiempo, algunos reglamentos han eliminado la posibilidad de que las partes excluyan las disposiciones relacionadas con el arbitraje de emergencia y, en cambio, las hacen una parte inamovible de su estructura. Esta eliminación ha sido considerada por algunos como una "*postura relativamente progresiva*"<sup>21</sup>. Si más adelante la experiencia casuística demuestra la efectividad de los árbitros de emergencia y, así, todas las dudas relacionadas con su ejecución son relegadas a un asunto irrelevante, medidas como la referida serán, potencialmente, la tendencia.

Hoy en día la mayoría de las instituciones han expedido reglamentos que incluyen disposiciones relacionadas con el arbitraje de emergencia, bajo dos premisas: la competencia privativa para decidir acerca de la solicitud medidas cautelares o conservatorias<sup>22</sup>, de un lado, y la posibilidad de que el subsecuente tribunal arbitral –que en este escrito se denominará "tribunal arbitral estándar"<sup>23</sup>– reconsidere o no la decisión del árbitro de emergencia<sup>24</sup>, del otro lado.

20 GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration* 2nd edn, (Kluwer Law International, 2014), 2443; ANK A. SANTENS y JAROSLAV KUDRNA, 'The State of Play of Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions', *Journal of International Arbitration*, Vol. 34 Ed: 1 (2017): 4.

21 EMMANUEL GAILLARD, *Interim and Emergency Measures of Protection* (BCDR Rules 2017, Arts 26 & 14), *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 4 Ed: 2 (2017): 316.

22 Por ejemplo, el artículo 6(2) del apéndice V del reglamento CCI establece que "En la Orden, el árbitro de emergencia decidirá si la Petición es admisible de conformidad con el Artículo 29(1) del Reglamento y si el árbitro de emergencia tiene jurisdicción para ordenar las Medidas de Emergencia".

23 Otros, como Valasek y de Jong han escodido usar el término "tribunal sustancial". Ver en MARTIN J. VALASEK y JENNA ANNE DE JONG, *Enforceability of Interim Measures and Emergency Arbitrator Decisions*, *International Arbitration Report* Ed:10 (2018): 17 y ss.

24 Por ejemplo, el artículo 29(3) del reglamento CCI establece que "La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la orden. El tribunal arbitral puede modificar, dejar

## 2. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR ÁRBITROS DE EMERGENCIA

La tendencia en arbitraje internacional es que las partes cumplan voluntariamente con las decisiones arbitrales relacionadas con medidas cautelares<sup>25</sup>. Si una parte no acata las ordenes cautelares, esa omisión podría originar una inferencia negativa de parte del tribunal arbitral, con potenciales consecuencias en el laudo último y en la condena en costas arbitrales<sup>26</sup>. Esta podría ser la razón por la cual las partes cumplen voluntariamente con tal clase de órdenes.

Sin embargo, las dudas surgen cuando por cualquier razón una de las partes signatarias del pacto arbitral no tiene el deseo de cumplir voluntariamente con las medidas cautelares decretadas por el árbitro de emergencia. En este caso, como en el caso de las decisiones de fondo emitidas al final del arbitraje, la parte interesada en el cumplimiento de la decisión buscará su ejecución a través de los mecanismos legales que puede perseguir –ante cortes nacionales– y es aquí donde tales preocupaciones nacen. Principalmente, porque tal ejecución es vital para la efectividad del arbitraje internacional y si una parte no está dispuesta a cumplir la medida cautelar podría causarse –precisamente– el daño que se pretendía evitar a través de la petición hecha al árbitro de emergencia<sup>27</sup>.

La ejecutabilidad de las decisiones expedidas por árbitros de emergencia se apoyará en la legislación nacional del país donde la ejecución sea solicitada. Esto es así porque, como fue afirmaron Hirst y Brown, hay una diferencia fundamental entre una corte nacional y un tribunal arbitral en lo que refiere a la ejecución de decisiones: la primera no puede ejecutar sus decisiones –incluidas medidas cautelares– pero puede apoyarse en la última<sup>28</sup>. En este contexto, cada jurisdicción ha abordado y abordará de diferentes maneras las preocupaciones de ejecutabilidad<sup>29</sup>.

sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia”.

25 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM, *Op. Cit.*, 287.

26 JULIAN D.M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS y STEFAN KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration* cap. 23 (La Haya: Kluwer Law International, 2003), 610.

27 GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration* Ed. 2 cap. 23 (Kluwer Law International, 2014), 2515.

28 PETER HIRST y DAVID BROWN, *Interim Relief, including Emergency Arbitration*, in *Construction Arbitration en Global Arbitration Review: The Guide to Construction Arbitration*, eds. Stavros Brekoulakis y David Brynmor (Londres: Law Business Research Ltd, 2017), 103.

29 Esta es la conclusión alcanzada por la tesis westfaliana o pluralista en relación con la legitimación del arbitraje internacional. Las otras dos tesis son la tesis territorial (que se basa en la legislación de la sede del arbitraje como la legitimación de los procesos de arbitraje internacional y, por lo tanto, la definición que dé esa sede es la que importa)



Ghaffari y Walters han resumido y clasificado en tres categorías los problemas mencionados frente a la ejecución de cautelares: (i) aquellas relativas a "la incertidumbre acerca del status de un árbitro de emergencia"; (ii) "el hecho de que su decisión tiene una naturaleza provisional"; y (iii) "su denominación, particularmente como una Orden en lugar de un Laudo"<sup>30</sup>. Todas ellas serán abordadas en las siguientes líneas, aun cuando el orden cambiará según las necesidades de la presente línea argumentativa.

## 2.1. LA IMPORTANCIA DE SU FORMA: ¿ORDEN O LAUDO?

### 2.1.1. La forma conforme a las reglas institucionales

Dependiendo del reglamento arbitral acordado por las partes, la medida cautelar decretada por árbitros de emergencia puede tener la forma de orden o de laudo. El reglamento LCIA da libertad al árbitro de emergencia para proferir cautelares en forma de orden o de laudo<sup>31</sup>, lo que también ocurre en el caso de los reglamentos ICDR<sup>32</sup> y SIAC<sup>33</sup>, solo para mencionar algunos ejemplos. El reglamento HKIAC<sup>34</sup> va incluso más allá al añadir un tercera y general categoría y, así, establece que la cautela podría ser decretada como *decisión*, orden o laudo.

Otros reglamentos, como el de la CCI, exigen que la medida cautelar decretada por el árbitro de emergencia tome la forma de una orden<sup>35</sup>. La explicación detrás de esta limitación del reglamento CCI se basa en la urgencia de la medida: como los laudos deben ser escrutados por la Corte CCI, tal procedimiento tomaría algún tiempo y, con eso, se estaría en contra de las necesidades urgentes del solicitante<sup>36</sup>.

Nuevamente, estas clasificaciones podrían ser irrelevantes cuando la medida cautelar es acatada por la parte contra la cual se decretó. Sin embargo, cuando hay abstención y la decisión arbitral no es cumplida, el escenario

y la tesis autónoma (qué pregunta una definición unificada de laudo). Ver en JONATHAN HILL, Op. Cit., 598 a 602.

30 AMIR GHAFARI y EMMYLOU WALTERS, Op. Cit., 157.

31 Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA), artículo 9.9.

32 Reglamento del International Centre for Dispute Resolution (ICDR), artículo 6(4).

33 Reglamento del Singapore International Arbitration Centre (SIAC), cuadro 1(8).

34 Reglamento del Hong Kong International Arbitration Centre Rules (HKIA), cuadro 4 artículo 12.

35 Reglamento de la CCI, artículo 29(2): "La decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia".

36 CHRISTOPHER BOOG, Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Appendix V: Emergency Arbitrator Rules, Article 6 [Order], en *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, ed. Manuel Arroyo (Kluwer Law International, 2018), 2418.

más probable es el de la búsqueda de su cumplimiento en cortes nacionales y es, en ese momento, cuando las distinciones de forma se vuelven relevantes.

### 2.1.2. El impacto de la forma de las medidas cautelares cuando la ejecución se realiza invocando la Convención de Nueva York

El problema de la forma de la medida cautelar decretada se origina, principalmente, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante la Convención de Nueva York) para lograr su ejecución. El razonamiento es simple: como la Convención de Nueva York se refiere a laudos, las órdenes están excluidas de ser ejecutadas en aplicación de la Convención. En palabras de Santens y Kudrna, *"las órdenes puramente procedimentales no pueden ejecutarse bajo la Convención de Nueva York"*<sup>37</sup>. Este es el mismo enfoque que inicialmente tomó Born, que sostuvo que *"las convenciones líderes en arbitraje internacional y los estatutos de arbitraje nacional aplican solo para 'laudos arbitrales', y no para otros instrumentos y decisiones. Otro tipo de decisiones (por ejemplo, órdenes procedimentales o provisionales de tribunales arbitrales) pueden tener derecho a deferencia judicial o a no interferencia, pero no a reconocimiento y ejecución judicial bajo convenciones de arbitraje internacional y legislación de arbitraje nacional"*<sup>38</sup>.

Esta es la posición tomada en algunas jurisdicciones como Francia, por ejemplo, donde la diferencia entre las dos clases de decisiones es relevante porque solo los laudos son ejecutables. Por eso la definición de laudo –explicada más abajo– es el obstáculo crítico de su ejecución<sup>39</sup>.

### 2.1.3. Laudos y órdenes: significado, similitudes y diferencias

La Convención de Nueva York no define lo que un *"laudo"* es y de ninguna manera define la palabra *"orden"*. Sin embargo, el artículo II de la Convención sí enfatiza que un *"laudo"* deberá ser reconocido como *"obligatorio"*, lo que podría ser considerado como una característica esencial de una eventual definición: solo decisiones de naturaleza obligatoria expedidas por un árbitro pueden ser consideradas como *"laudos"*.

La Ley Modelo tampoco ha definido lo que un laudo es, aun cuando en 1984 sus redactores sugirieron la siguiente definición: *"'laudo' significa un*

37 ANK A. SANTENS y JAROSLAV KUDRNA, The State of Play of Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions, *Journal of International Arbitration* vol. 34 ed: 1 (2017): 10.

38 GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration* cap. 22 (La Haya: Kluwer Law International, 2014), 2918.

39 DIANA PARAGUACUTO-MAHÉO y CHRISTINE LECUYER-THIEFFRY, Emergency Arbitrator: A New Player in the Field—The French Perspective, *Fordham International Law Journal* vol. 40 ed: 3 (2017): 764.

*laudo final que dispone de todos los asuntos sometidos al tribunal arbitral y cualquier otra decisión del tribunal que finalmente determine: cualquier asunto de fondo, la cuestión de su competencia o cualquier otro asunto de procedimiento, pero, en este último caso, solo si el tribunal determina que su decisión es un laudo*<sup>40</sup>. Esta definición, y cualquier otra, fueron rechazadas debido principalmente a falta de tiempo<sup>41</sup> y a diferentes preocupaciones referentes a asuntos procedimentales<sup>42</sup>.

Aunque han surgido debates con relación a la definición de “*laudo arbitral*”<sup>43</sup> y, con ello, la necesidad de diferenciar este tipo de decisiones con las “*órdenes*”, comentaristas y doctrinantes han considerado que la diferencia entre órdenes y laudos reside en su rigurosidad: una orden es menos rigurosa que un laudo<sup>44</sup>. Otros han considerado que la forma adoptada por las decisiones del tribunal arbitral tiene consecuencias en su efecto persuasivo de cumplimiento frente a las partes y, por eso, la formalidad de un laudo –reflejada en la necesidad de una decisión razonada<sup>45</sup> y su dificultad para ser reversada, o la longitud de su texto y la necesidad de ser firmada por al menos el presidente del tribunal arbitral<sup>46</sup>– podrían convencer a una parte de cumplir su contenido<sup>47</sup>, más de lo que podría hacer una simple orden.

Otra diferencia podría encontrarse en el contenido de la decisión. Así, si la decisión es final podría considerarse como un laudo<sup>48</sup> y, en el sentido contrario, si no dispone una decisión final sería meramente una orden. Fry ha concluido que los autores han atado esta finalidad<sup>49</sup> a una decisión que resuelve de fondo las disputas sustanciales que están conociendo los árbitros y, por eso, las decisiones de medidas cautelares provisionales que no contienen disputas no pueden considerarse como laudos<sup>50</sup>.

40 AMIR GHAFFARI y EMMYLOU WALTERS, Op. Cit., 161, citando a CNUDMI, Report of the Working Group on the Work of its Seventh Session (New York, 1984), par. 192.

41 JONATHAN HILL, Op. Cit., 591.

42 *Ibíd.*

43 *Ibíd.* citando a John Savage y Emmanuel Gaillard (eds), Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (La Haya: Kluwer Law International, 1999), par. 1348.

44 ALI YESILIRMAK, Op. Cit., 141.

45 Sin embargo, el artículo 6(1)(b) de las guías del Chartered Institute of Arbitrators tienen un punto de vista diferente que considera que las órdenes también pueden ser motivadas, especialmente cuando se refieren a cautelas urgentes. Ver en Chartered Institute of Arbitrators, International Arbitration Practice Guideline: Applications for Interim Measures (2016) 17, <https://www.ciarb.org/media/4194/guideline-4-applications-for-interim-measures-2015.pdf>, (9 de agosto de 2019).

46 GARY B. BORN, Op. Cit. cap. 23, 2506.

47 JULIAN D.M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS y STEFAN KRÖLL, Op. Cit., 608.

48 ANK A. SANTENS y JAROSLAV KUDRNA, Op. Cit., 11.

49 Con relación a la “finalidad” de una decisión arbitral, ver el capítulo 3.3. de este texto.

50 JASON FRY, *The Emergency Arbitrator—Flawed Fashion or Sensible Solution*, *Dispute Resolution International*, Vol. 7 (2013): 188.

Born<sup>51</sup> ha sostenido que tres elementos básicos deben reunirse para considerar que una decisión arbitral es un laudo. En primer lugar, debe ser expedida como resultado de un pacto arbitral; en segundo lugar, debe ser escrita y elaborada por el tribunal arbitral; finalmente, debe resolver finalmente un asunto sustancial y no uno procedimental. Por otro lado, una orden es usualmente relativa a asuntos procedimentales relacionados con el progreso del arbitraje.

Según la Corte Suprema de Justicia francesa, un laudo es "*una decisión de un tribunal arbitral que finalmente resuelve, en todo o en parte, una disputa subyacente en los méritos, en la competencia o en cualquier asunto procedimental que lleve al tribunal a poner fin al proceso*"<sup>52</sup>. Determinar si una decisión arbitral es una orden o un laudo dependerá de su contenido más que de su etiqueta: si la decisión cumple los requisitos de un laudo, será considerada como un laudo para fines de ejecución<sup>53</sup>. Esta tesis es apoyada por Savage y Gaillard, quienes han sostenido que lo que determina si una decisión es un laudo es exclusivamente su contenido<sup>54</sup>.

El principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma también ha sido adoptado en Australia y Singapur. En Australia, una corte rechazó la ejecución de una medida cautelar provisional amparada en la Convención de Nueva York porque, aun cuando la decisión estaba titulada como orden y laudo, la misma no cumplía los requisitos de un laudo<sup>55</sup>. En Singapur, la corte sostuvo que el título "*laudo*" de una decisión no la hacía un laudo en sí misma porque es su sustancia la que determina su naturaleza<sup>56</sup>.

En Inglaterra, las cortes también han diferenciado entre laudos y órdenes dependiendo del asunto abordado por la decisión: mientras las órdenes se refieren exclusivamente a asuntos procedimentales, los laudos resuelven peticiones legales hechas por las partes y deciden basados en pruebas y argumentos<sup>57</sup>. Por su parte, Marchisio –en su resumen de la Ley de Arbitraje inglesa– concluyó que un laudo arbitral es aquel que cumple los siguientes cuatro requisitos: debe ser expedido por árbitros, debe ser una decisión toma-

51 GARY B. BORN, Op. Cit. cap. 22, 2923 a 2927.

52 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM. Op. Cit., 292, citando el caso de Groupe Antoine Tabet contra République du Congo.

53 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM. Op. Cit., 291, citando el caso de Société Braspetro Oil Services (Brasol) v GMRA Cour d'appel de Paris.

54 JONATHAN HILL, Op. Cit., 597, citando a John Savage y Emmanuel Gaillard, Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (Kluwer Law International, 1999), par. 1352.

55 JONATHAN HILL, Op. Cit., 597, citando el caso de Resort Condominiums International Inc v Ray Bolwell and others (Corte Suprema de Queensland, 29 de octubre de 1993).

56 JONATHAN HILL, Op. Cit., 597, citando el caso de Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v Dexia Bank SA. (Corte de Apelaciones de Singapur, 2006).

57 GIACOMO MARCHISIO, The Notion of Award in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of French Law, English Law, and the UNCITRAL Model Law (Kluwer Law International, 2017), 77, citando a David St John Sutton, Judith Gill y Matthew Gearing, Russell on Arbitration (Londres: Sweet & Maxwell, 2007), 305.

da después de un trámite que se asemeja a un proceso judicial, debe resolver una disputa entre las partes y, por último, debe ser final –en el sentido de que no puede ser revisada o reexaminada– o provisional –siendo capaz de ser modificada por el tribunal si así lo considera apropiado–<sup>58</sup>.

Debido a las diferentes definiciones sugeridas por distintos autores, cortes y leyes nacionales, Marchisio ha clasificado la clásica definición de laudo entre el "*modelo monodimensional*" –adoptado en Francia– y el "*modelo multidimensional*" –adoptado en Inglaterra–, insinuando que la referida distinción es producto de la evolución del arbitraje internacional. Así, una más amplia definición de laudo ha sido sugerida, específicamente como una decisión tomada por árbitros en ejercicio de sus poderes decisionales y, por tanto, un laudo incluye "*decisiones contenciosas, decisiones de competencia, decisiones por acuerdo y decisiones ante causam (incluyendo medidas cautelares provisionales)*"<sup>59</sup> expedidas por tribunales arbitrales internacionales<sup>60</sup>.

#### 2.1.4. La opinión del autor

La discusión frente a la diferencia entre una orden y un laudo y su impacto en la aplicación de la Convención de Nueva York para efectos de ejecución parece ser una afronta contra la flexibilidad del arbitraje internacional. Mientras que propósito y principal atracción del arbitraje internacional es ofrecer a las partes medios flexibles para resolver una disputa<sup>61</sup>, la clasificación entre las categorías de decisiones tomadas por árbitros es una característica distintiva del rígido Derecho Procesal. Por tanto, ambas circunstancias son incompatibles y no pueden ser interpretadas conjuntamente.

En cambio, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de aplicar la Convención de Nueva York a decisiones relacionadas con medidas cautelares provisionales –incluyendo aquellas proferidas por árbitros de emergencia– es la existencia de una decisión expedida por un tribunal arbitral internacional que sea *obligatoria* para las partes, sin importar el nombre que se le dé. Lo que importa a la Convención es que la decisión tenga una naturaleza *obligatoria* para considerarla como un laudo para efectos de ejecución. En palabras de Ghaffari y Walters, la forma adoptada por el tribunal arbitral al expedir la cautela no importa en lo que refiere a su ejecución, pues lo que realmente importa es su verdadero efecto y naturaleza<sup>62</sup>.

58 GIACOMO MARCHISIO, Op. Cit., 81.

59 JONATHAN HILL, Op. Cit., 605.

60 JONATHAN HILL, Op. Cit., 605, citando a Giacomo Marchisio, Op. Cit., 14-15.

61 NIGEL BLACKABY et al, Redfern and Hunter on International Arbitration 6 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015), 23 y 70.

62 AMIR GHAFFARI y EMMYLOU WALTERS, Op. Cit., 161.

Dicha perspectiva podría poner en el mismo nivel laudos y algunas clases de órdenes, lo que activaría preocupaciones de marca mayor relacionadas con el desarrollo normal de un proceso arbitral<sup>63</sup>. De acuerdo con Hill, por ejemplo, esta equiparación permitiría a las partes solicitar ante cortes nacionales la anulación de las órdenes, lo que incrementaría los niveles de interferencia de las cortes nacionales. Por eso tal propuesta se ha considerado como un "arma de doble filo"<sup>64</sup>. Sin embargo, la verdad es que el enfoque aquí sugerido podría garantizar la ejecución de la decisión y también darle celeridad al trámite arbitral en sí mismo<sup>65</sup>.

Empero, algunas opiniones no están de acuerdo con la aquí expuesta. Algunos de los que discrepan son autores miembros de la comisión redactora del reglamento CCI. Para ellos, las medidas de emergencia no se pueden considerar como "laudos" de acuerdo a la definición dada por el artículo 1(1) de la Convención de Nueva York y, por tanto, tales medidas no son ejecutables con base en tal instrumento internacional<sup>66</sup>. Nuevamente, esta perspectiva parece ser ultraformalista y contraria a la flexibilidad procedimental del arbitraje internacional.

Una interpretación de la Convención de Nueva York junto con la Ley Modelo se propone en este escrito. Tal interpretación tendría como resultado la ejecución de medidas cautelares provisionales decretadas por árbitros de emergencia, principalmente porque la versión 2006 de la Ley Modelo consagró la ejecución de medidas cautelares provisionales expedidas por tribunales arbitrales sin consideración a la forma tomada por tal decisión. Esta interpretación de la Convención de Nueva York en concordancia con los postulados de la Ley Modelo no es descabellada del todo, pues la misma CNUDMI ya ha dado algunas recomendaciones para interpretar la Convención de Nueva York basadas en el desarrollo de jurisprudencia y legislación nacionales—incluida legislación basada en la Ley Modelo—<sup>67</sup>. La interpretación aquí sugerida parece ser más bien plausible, incluso cuando la Ley Modelo—fuente de interpretación—no ha sido adoptada por el país donde la ejecución de la medida cautelar se persigue, pero sí lo ha sido la Convención de Nueva York.

Adicionalmente, la interpretación propuesta se alinea con la razón de ser de la conferencia que dio origen a la Convención de Nueva York, que era

63 GARY B. BORN, *Op. Cit.* cap. 22, 2935.

64 *Ibíd.*

65 *Ibíd.*

66 DIANA PARAGUACUTO-MAHÉO y CHRISTINE LECUYER-THIEFFRY, *Op. Cit.*, 762 citando a Nathalie Voser y Christopher Boog, *ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin (Special Supplement) Vol: 22 (2011): 85.*

67 CNUDMI, *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) parte 2 (Naciones Unidas, 2015), 15 y ss.*

la búsqueda de efectividad del arbitraje internacional como un medio alternativo de resolución de controversias<sup>68</sup>. La relación entre esta efectividad y las medidas cautelares provisionales es resaltada por la misma CNUDMI, que en su nota explicativa sostiene que *"la eficacia de un arbitraje suele depender de la posibilidad de que ellas prosperen"*<sup>69</sup>.

Por tanto, más allá de las clasificaciones conceptuales de decisiones emitidas por tribunales arbitrales para lograr su ejecución, lo que debería ser tenido en cuenta a la hora de decidir acerca de tal ejecución de medidas cautelares provisionales es la autonomía de la voluntad de las partes y la eficacia del arbitraje internacional, ambas garantizadas por la ejecución de dicha clase de decisiones cuando una parte de un pacto arbitral así lo requiera.

## 2.2. ¿EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA ES UN VERDADERO TRIBUNAL ARBITRAL?

### 2.2.1. Alternativas a la Convención de Nueva York para alcanzar la ejecución de decisiones arbitrales

Como una alternativa para solucionar los problemas relacionados con la forma de las decisiones explicados más atrás, varias jurisdicciones han adoptado normatividad especial para incentivar la ejecución de medidas cautelares provisionales decretadas por tribunales arbitrales. En estos casos, la ejecución de las cautelas provisionales no estaría basada en la Convención de Nueva York sino en legislaciones nacionales.

Es el caso de aquellos países donde la Ley Modelo ha sido adoptada, cuyo artículo 17H(1) establece que *"toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada"*. Otro ejemplo puede encontrarse en la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996, cuya sección 42 contiene provisiones relativas a la ejecución en cortes nacionales de órdenes decretadas por el tribunal. También la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda ha establecido que las cautelas provisionales expedidas por tribunales arbitrales son vinculantes y, por tanto, ejecutables por las cortes nacionales competentes<sup>70</sup>.

De hecho, algunas jurisdicciones han ido más allá refiriéndose específicamente a la ejecución de cautelas decretadas por árbitros de emergencia, como en el caso de Singapur y Hong Kong. En Singapur, la Ley de Arbitraje Internacional expresamente considera al árbitro de emergencia como un *"tribunal*

68 Ibíd. parte 1, 5.

69 Ibíd. parte 1, 26.

70 Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda, artículo 17L incorporado el 18 de octubre de 2007 por la sección 8(4) de la Ley de Enmienda del Arbitraje 2007.

*arbitral*<sup>71</sup>, cuyas decisiones son capaces de ser ejecutadas sin importar si son decretadas en forma de órdenes<sup>72</sup> o laudos<sup>73</sup>. También, en 2013 la Ley de Arbitraje de Hong Kong adicionó provisiones para establecer que cualquier decisión de un árbitro de emergencia decretando una cautela era ejecutable<sup>74</sup>.

### 2.2.2. ¿Qué es un tribunal arbitral?

Aun cuando la Ley Modelo, la Ley de Arbitraje de Inglaterra y la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda lograron resolver las preocupaciones relativas a la forma de las medidas cautelares y su ejecución, su referencia al “*tribunal arbitral*” o simplemente al “*tribunal*” –en el caso de Inglaterra– ha originado nuevas preocupaciones frente a su impacto en los árbitros de emergencia, principalmente debido a que la redacción de tales leyes fue hecha antes de la creación y expansión de los árbitros de emergencia. Estas nuevas preocupaciones se enfocan en si el árbitro de emergencia es un verdadero árbitro o meramente un experto, una tercera parte mediadora<sup>75</sup> o un empleado de una institución arbitral<sup>76</sup>. Santens y Kudrna han sostenido que como las disposiciones del árbitro de emergencia fueron creadas después de la Convención de Nueva York y de la mayoría de leyes de arbitraje nacionales, no es claro si su referencia a “*árbitro*” o a “*tribunal arbitral*” incluyen al árbitro de emergencia en sí mismo, quien no decide en los méritos de la controversia<sup>77</sup>. Cavalieros y Kim sugieren que el árbitro de emergencia podría no ser el “*tribunal arbitral*” al que se refiere la Ley Modelo<sup>78</sup>. De hecho, refiriéndose a la Ley Modelo, Valasek y de Jong han dudado acerca de la claridad del artículo 17H (1), que no define lo que es un tribunal arbitral, “*lo cual deja abierta la pregunta de si un árbitro de emergencia cae fuera de la definición*”<sup>79</sup>.

Por su parte, Giarretta resaltó que si el árbitro de emergencia no puede ser considerado con un árbitro la ejecución de sus decisiones sería gris y, siendo así, la parte que persigue una medida cautelar provisional debería estudiar la posibilidad de evadir al árbitro de emergencia y solicitar la cautela

71 Ley de Arbitraje Internacional de Singapur, artículo 2.

72 *Ibíd.*, artículo 12(6).

73 *Ibíd.*, artículo 19.

74 Ley de Arbitraje de Hong Kong, artículo 22B.

75 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM, *Op. Cit.*, 285.

76 GIARETTA, *Op. Cit.*, 88.

77 ANK A. SANTENS y JAROSLAV KUDRNA, *Op. Cit.*, 10.

78 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM, *Op. Cit.*, 289.

79 MARTIN J. VALASEK y JENNA ANNE DE JONG, *Enforceability of Interim Measures and Emergency Arbitrator Decisions in International Arbitration Report* (Norton Rose Fulbright, 2018): 18.



directamente ante las cortes nacionales<sup>80</sup>, siempre y cuando dicha posibilidad esté disponible<sup>81</sup>.

Aún así, para hacerle frente directamente a esta preocupación algunas jurisdicciones han equiparado expresamente a árbitros de emergencia con tribunales arbitrales. Este es el caso de Singapur, cuya Ley de Arbitraje Internacional define “tribunal arbitral” como aquel que está constituido por un solo árbitro, un panel de árbitros o una institución arbitral, incluyendo “un árbitro de emergencia elegido de conformidad con el reglamento arbitral acordado o adoptado por las partes”.

Sin embargo, en aquellas circunstancias en las que el asunto no es tan claro debido a la falta de definiciones por parte de la ley o el reglamento, la respuesta debe encontrarse en la autonomía de la voluntad y en el significado básico de árbitro en arbitraje internacional. Al hacerlo así la respuesta es clara: no hay razón para considerar que un árbitro de emergencia no es equiparable a un árbitro estándar. En otras palabras, un árbitro de emergencia es un verdadero tribunal arbitral compuesto por un único árbitro cuya competencia está limitada a la solicitud de medidas cautelares provisionales.

En primer lugar las partes, a través del reglamento elegido para administrar el arbitraje, han decidido que el árbitro de emergencia se desempeñe como un verdadero tribunal arbitral. La evolución de la terminología utilizada para denominar esta figura no puede pasar desapercibida. El uso de la palabra “referee” fue dejada de lado por la Cámara de Comercio Internacional para darle paso a la palabra “árbitro”, seguida de la expresión “de emergencia”. Este último adjetivo es el que limita su competencia. El mismo nombre es adoptado por todos los reglamentos institucionales que incluyen este mecanismo para decretar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral estándar.

La importancia del uso del lenguaje para estos propósitos fue resaltada por la Corte de Apelaciones de París, que en su momento negó una petición para anular una decisión proferida por un *referee* —bajo el reglamento CCI versión 1990— con el argumento de que no se trataba de una decisión jurisdiccional sino de una contractual. Según sostuvieron Paraguacuto-Mahéo y

80 BEN GIARETTA, Op. Cit., 88 y 89.

81 En Inglaterra, la Ley de Arbitraje establece la posibilidad de que las cortes nacionales decreten medidas cautelares en apoyo a los tribunales arbitrales. Sin embargo, en *Gerald Metals contra Timis* la Corte consideró que si el reglamento arbitral pactado por las partes incluía árbitros de emergencia, la competencia de las cortes nacionales en este asunto era limitada y, por tanto, la parte que buscaba la cautela debía hacer la solicitud únicamente ante el árbitro de emergencia. Esta tesis ha sido criticada principalmente porque está en contra de los reglamentos en sí mismos, que usualmente permiten a las partes escoger entre cortes nacionales y árbitros de emergencia, en lo que ha sido llamado “competencia concurrente”.

Lecuyer-Thieffry, la Corte de Apelaciones tuvo en cuenta que los redactores del *referee* prearbitral habían evitado el uso de las palabras "árbitro" y "arbitraje"<sup>82</sup>.

Con el fin de establecer si un árbitro de emergencia es un tribunal arbitral también es importante tener en cuenta la autonomía de la voluntad y, concretamente, si las partes pretendieron que tal órgano fuera un tribunal arbitral. Cuando el pacto arbitral contiene una referencia a un reglamento institucional se entiende que esas reglas son parte de la autonomía de la voluntad que decidió evitar las cortes nacionales en beneficio de tribunales arbitrales y, por eso, si el reglamento le da al árbitro de emergencia el mismo nivel que a un tribunal arbitral estándar significa que las partes así lo quisieron. Este es el caso, por ejemplo, del reglamento ICDR<sup>83</sup>, que establece que un árbitro de emergencia tiene las mismas facultades que un tribunal estándar en lo que refiere a medidas cautelares. También es el caso de los reglamentos HKIAC<sup>84</sup> y SCC<sup>85</sup>, que determinan que todas las reglas aplicables y poderes relacionados con medidas cautelares decretadas por tribunales arbitrales son aplicables para árbitros de emergencia.

En segundo lugar, las definiciones de "arbitraje" y "árbitro" deben ser consideradas para resolver esta preocupación. Según Blackaby, Partasides, y otros, el arbitraje es un método simple para resolver disputas a través del cual las partes acuerdan someter su disputa a un tercero –o unos terceros– privados en cuyo juicio ellas confían<sup>86</sup>. Este tercero se llama árbitro, que escucha a las partes y, posteriormente, profiere una decisión final y vinculante. Es final y vinculante porque las partes así lo acordaron. Por su parte, Lew, Mistelis y Kröll identificaron cuatro características esenciales del arbitraje, a saber: una alternativa a las cortes nacionales, un mecanismo privado para la resolución de disputas, selección y control por las partes y una decisión final y obligatoria acerca de los derechos y obligaciones de las partes<sup>87</sup>.

Las definiciones dadas permiten concluir que un árbitro de emergencia es, de hecho, un verdadero árbitro. Es una tercera parte que resuelve las específicas disputas surgidas entre las partes relativas a medidas cautelares y, al hacerlo, profiere una decisión final y vinculante. También un árbitro de emergencia cumple con las cuatro características fundamentales del arbitraje –puestas de presente atrás– porque es una alternativa a las cortes nacionales, es un mecanismo privado que solo concierne a las partes, es seleccionado y controlado por las partes que han elegido ciertos reglamentos que contienen esta figura y su forma de elección, y hay una decisión final y vinculante

82 DIANA PARAGUACUTO-MAHÉO y CHRISTINE LECUYER-THIEFFRY, Op. Cit., 764.

83 Reglamento ICDR, artículo 6(4).

84 Reglamento HKIAC, esquema 4 de los procedimientos del arbitraje de emergencia, punto 11.

85 Reglamento SCC, apéndice II del árbitro de emergencia, artículo 1(2).

86 NIGEL BLACKABY et al, Op. Cit., 2.

87 JULIAN D.M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS y STEFAN KRÖLL, Op. Cit., 3.

referida a las cautelares específicas pretendidas por una parte. Su única diferencia con un arbitraje estándar es una competencia más limitada: mientras el tribunal estándar tiene competencia para resolver cualquier diferencia que tenga conexión con cierto contrato –dependerá de la redacción del pacto arbitral–, el árbitro de emergencia solo puede decidir lo relativo a medidas cautelares perseguidas por una parte y que tengan relación con ese contrato.

### 2.2.3. La opinión del autor

El árbitro de emergencia puede considerarse como un verdadero árbitro, tanto por su definición como por la autonomía de la voluntad de las partes. Con relación a lo primero, un árbitro de emergencia es una persona que escucha los argumentos de ambas partes y, después de eso, profiere una decisión vinculante para ellas decretando o no las cautelares<sup>88</sup>. Con relación a la autonomía de la voluntad, cuando las partes deciden que el árbitro de emergencia está investido con las mismas facultades que un tribunal arbitral estándar, se trata de una estipulación que no puede dejarse a un lado y, en cambio, debe ser la fuente y fundamento del árbitro de emergencia, así como lo es del tribunal arbitral estándar.

Como el árbitro que es, al ejercer sus facultades el árbitro de emergencia está obligado a mantener la misma independencia e imparcialidad<sup>89</sup> que se le exige a un tribunal arbitral estándar. Por tanto, el árbitro de emergencia está sujeto a ser recusado cuando tales requerimientos de neutralidad no se cumplen del todo<sup>90</sup>.

Para estos propósitos es relevante traer a colación no solo una definición, sino también la percepción del arbitraje que la comunidad de los negocios tiene en mente pues, después de todo, está compuesta por las personas que expresan su autonomía de la voluntad en beneficio del arbitraje. Born sostiene que la gente de negocios “*percibe que el arbitraje internacional provee un proceso de resolución de conflictos neutral, rápido y experto, principalmente sujeto al control de las partes, en un foro centralizado, con acuerdos de resolución de disputas y decisiones ejecutables internacionalmente*”<sup>91</sup>. Quitarle ejecutabilidad a las medidas cautelares provisionales emitidas por los árbitros de emergencia no es nada diferente a quitarle eficiencia y credibilidad al actual y evolucionado arbitraje comercial internacional, lo cual simplemente no puede ser aceptado.

Según lo que se ha dicho, las preocupaciones relativas al *status* del árbitro de emergencia parecen ser nada diferente a meras preocupaciones, pues lo

88 Reglamento CCI, artículo 29(2).

89 Reglamento CCI, apéndice V: reglamento del árbitro de emergencia, artículos 2(4) y 2(5).

90 *Ibíd.*, artículo 3.

91 GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration* 2ª Ed. Cap. 1 (La Haya: Kluwer Law International, 2014), 71.

cierto es que el árbitro de emergencia es un verdadero tribunal arbitral con competencia limitada –por la misma autonomía de la voluntad– a asuntos relacionados con cautelas urgentes y provisionales.

### 2.3. LA NATURALEZA "PROVISIONAL" DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y SU IMPACTO EN EL CONCEPTO DE "DECISIÓN FINAL" PARA EFECTOS DE EJECUCIÓN

Muchas dudas han surgido respecto a la "*finalidad*" de las decisiones arbitrales que decretan medidas cautelares provisionales, y a sus consecuencias cuando su ejecución se pretende a través de cortes nacionales con base en la Convención de Nueva York. Las dudas están basadas fundamentalmente en el hecho de que, siendo provisionales como lo son, dichas medidas carecen del elemento "*finalidad*", algo que muchos han considerado como una de las principales características de un "*laudo*". Por tanto, como esas cautelas provisionales no pueden considerarse como laudos, ellas no pueden ser ejecutadas con fundamento en la Convención de Nueva York.

#### 2.3.1. La redacción de la Convención de Nueva York

A pesar de esas dudas, algo que debe resaltarse desde el comienzo es que la Convención de Nueva York no incluye, en ninguno de sus artículos, la palabra "*final*" como requisito para ejecutar laudos proferidos por tribunales arbitrales internacionales. No solo eso, sino también el hecho de que el adjetivo "*final*" que fue, de hecho, utilizado en la Convención de Ginebra para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927 fue intencionalmente reemplazado por los redactores de la Convención de Nueva York en beneficio de la solitaria palabra "*obligatoria*". Esta es una importante y determinante característica, especialmente cuando la Convención de Nueva York ha sido alabada por su "*efectivo estilo de redacción*" y ha sido considerada como un tratado revolucionario tanto en el derecho internacional como en el arbitraje internacional<sup>92</sup>.

Dado lo anterior, la necesidad de un laudo "*final*" –sea cual sea el alcance que se le dé al adjetivo– para ejecutar esa decisión arbitral de cautelas provisionales parece estar por fuera del alcance de la Convención de Nueva York, con todo lo que ello significa. En cambio, de acuerdo con la redacción de dicha Convención, lo que las cortes nacionales deberían exigir para ejecutar una decisión expedida por un tribunal arbitral es que sea "*obligatoria*" según los

92 STAVROS BREKOULAKIS, Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Observations on The Efficiency of The Current System and The Gradual Development of Alternative Means of Enforcement, The American Review of International Arbitration Vol: 19 Nros.: 3-4 (2008): 438.

términos acordados por las partes en el pacto arbitral. En esencia, si la palabra “*final*” fue suprimida y la decisión arbitral es “*obligatoria*” —que es su único requisito—, eso debería ser suficiente para garantizar la ejecución del laudo<sup>93</sup>.

El alcance de la palabra “*obligatorio*” es, para algunos, la improcedencia de recursos —bien sea en la etapa arbitral o ante una corte nacional— con base en los méritos contra el laudo arbitral<sup>94</sup>, lo que algunas veces puede establecerse con la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, como cuando el pacto arbitral se refiere al reglamento CCI, cuyo artículo 35(6) consigna que “*todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente*”.

En todo caso, sin importar la demostrada exclusión de la palabra “*final*” en beneficio de la palabra “*obligatorio*” en el tratado más importante de arbitraje internacional —y un verdadero punto de referencia en el campo—, es común encontrar en la doctrina y en decisiones judiciales las palabras “*final*” y “*obligatorio*” como una pareja inseparable que debe estar al lado de la palabra “*laudo*” para que este sea ejecutable. Doctrinantes y cortes nacionales han acordado tácitamente que es necesario que la decisión arbitral sea “*final*” para que pueda ser ejecutada a través de cortes nacionales y en aplicación de la Convención de Nueva York.

### 2.3.2. El significado del adjetivo “*final*” y su interpretación con relación a medidas cautelares

El significado de un laudo “*final*”<sup>95</sup> en el contexto de decisiones arbitrales internacionales es más complejo de lo que parece —o de lo que debería ser— e inclusive en algunos casos coincide con la definición de “*obligatorio*”. Mourre y Radicati Di Brozolo señalaron que un pacto arbitral pretende evitar apelaciones que son comunes en el litigio ante cortes nacionales<sup>96</sup> y, por ello, tal “*finalidad*” es uno de los pilares fundamentales del arbitraje internacional,

93 ALI YESILIRMAK, Chapter 9: Provisional Measures, en *Pervasive Problems in International Arbitration*, International Arbitration Law Library vol 15, Eds. Loukas A. Mistelis y Julian D.M. Lew (Kluwer Law International, 2006), 199.

94 International Council for Commercial Arbitration, ICCA'S Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges (International Council for Commercial Arbitration, 2011), 101 y 102.

95 La palabra “*laudo*” es usada en este capítulo y en los subsiguientes principalmente porque es el referido en el contexto de la Convención de Nueva York, que usa la palabra “*laudo*”. Sin embargo, el uso de “*laudo*” se hace a pesar de la posición del autor frente a la ejecución tanto de laudos como de órdenes.

96 ALEXIS MOURRE y LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, *Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 23 Ed. 2 (2006): 171.

pues no permite una revisión de fondo de la decisión arbitral<sup>97</sup>. Un enfoque diferente ha sido adoptado por las cortes francesas –según el análisis hecho por Marchisio– que sostienen que una decisión es “*final*” cuando resuelve un asunto sustancial –por ejemplo, el desempeño de un contrato– o procesal –por ejemplo, la competencia del tribunal– siempre y cuando la misma no pueda ser recurrida<sup>98</sup>.

La flexibilidad del arbitraje internacional permite un catálogo de diferentes clases de laudos que pueden ser expedidos por árbitros para así mejorar el manejo del caso y, debido a eso, se puede alcanzar un enfoque totalmente diferente del significado de laudo “*final*”. Caron y Caplan definieron “*laudos parciales*” como aquellos relacionados con un asunto en particular que puede resolverse en una etapa inicial –mientras que los demás asuntos requieren más tiempo– o los relacionados con asuntos separados en casos complejos –como la competencia del tribunal, la responsabilidad de una parte y la condena en daños o en costas–<sup>99</sup>; “*laudos provisionales*” como aquellos relacionados con la gradual resolución de asuntos separados; y “*laudos interlocutorios*” como aquellos en los que se resuelve un asunto relacionado con la dirección del arbitraje. Dada la anterior calificación, un “*laudo final*” podría ser considerado como el último en ser expedido y que cierra el proceso arbitral<sup>100</sup> y, por tanto, termina la competencia de los árbitros<sup>101</sup>. Así se puede inferir de la redacción del artículo 31(1) del reglamento CCI<sup>102</sup>.

Al definirse la “*finalidad*” en el escenario de las medidas cautelares provisionales en arbitraje internacional, dicha palabra ha mantenido algunos de los alcances señalados atrás –especialmente los expuestos por Mourre y Radicati Di Brozolo– o ha sido objeto de alguna distorsión. Es aquí cuando son comunes las discusiones relativas a su significado y sus consecuencias y, por ello, la definición pasa de ser problemática para volverse aún más ambigua de lo que solía ser. Mientras algunos han sido estrictos dando una definición de “*finalidad*” que rechaza la posibilidad de ejecución de las cautelas provisionales, otros han sido más flexibles para que la ejecución que se pretende sea exitosa.

En el equipo que está en contra de la ejecución de las cautelas provisionales, Lew, Mistelis y Kröll han sugerido que las cautelas provisionales no son

97 *Ibíd.* 172.

98 GIACOMO MARCHISIO, *Op. Cit.*, 66.

99 GARY B. BORN, *Op. Cit.* cap. 22, 2927, citando a eds. David Caron y Lee Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 2d ed (Oxford: Oxford University Press, 2013), 736 a 738.

100 International Council for Commercial Arbitration, *Op. Cit.*, 8.

101 GIACOMO MARCHISIO, *Op. Cit.*, 68.

102 El artículo 31(1) del reglamento CCI establece que “El tribunal arbitral deberá dictar su laudo final en el plazo de seis meses”.

ni finales ni obligatorias porque no resuelven las pretensiones de las partes y solo tienen una función temporal, de modo que no pueden ejecutarse<sup>103</sup>. Esta postura es la misma adoptada por Ghaffari y Walters, quienes le adicionan que las medidas cautelares provisionales decretadas por árbitros de emergencia carecen de "*finalidad*" porque pueden ser revocadas por el tribunal arbitral estándar y, por eso, se preguntan si solo decisiones "*finales*" pueden ejecutarse con base en la Convención de Nueva York<sup>104</sup>.

En contraste, en el equipo proejecución, Dunmore ha afirmado que un laudo provisional puede considerarse como "*final*" en lo que refiere al asunto que ha decidido<sup>105</sup>. Yesilirmak también ha sugerido que las decisiones que contienen medidas provisionales son "*finales en lo que respecta a los asuntos con los que se enfrenta, siempre y cuando se trate asuntos separables de los otros que se encuentran en disputa*"<sup>106</sup>, posición que está en línea con la efectividad del arbitraje internacional pretendida por la Convención de Nueva York. Gaillard, por su parte, ha manifestado alguna incomodidad con las posturas radicales que sostienen que las cautelares provisionales no se pueden ejecutar con base en la Convención de Nueva York<sup>107</sup>.

Mención especial merece la posición de Born, que desde el comienzo parecía estar en contra de la ejecución de las cautelares provisionales decretadas por un tribunal arbitral internacional, pero la verdad es que él apoya su ejecución al considerar que la decisión es un verdadero laudo. Para llegar a la conclusión inicial, Born argumentó que la improcedencia de apelación basada en los méritos en contra de laudos arbitrales es una de las características principales del arbitraje internacional, porque normalmente tal revisión se limita a asuntos procedimentales, competencia y orden público<sup>108</sup>. Una decisión no es final ni obligatoria si puede ser "*rescindida, suspendida, cambiada o reabierto por el tribunal que la profirió*"<sup>109</sup>. Así, "*las decisiones no obligatorias, indicaciones provisionales de puntos de vista y otras decisiones no finales proferidas por los árbitros no son laudos para los propósitos de ejecución de la Convención de Nueva York y de la mayoría de legislaciones nacionales de arbitraje*"<sup>110</sup>. En cambio, es final cuando resuelve un asunto sustancial en lugar de uno procedimental<sup>111</sup>. Sin embargo, y tal vez

103 JULIAN D.M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS y STEFAN KRÖLL, Op. Cit., 612.

104 AMIR GHAFARI y EMMYLOU WALTERS, Op. Cit., 158 y 159.

105 EMMANUEL GAILLARD, Op. Cit., 308, citando a Michael Dunmore, Interim Measures by Arbitral Tribunals: The Enforceability Conundrum, Asian International Arbitration Journal vol: 8 (2012): 227.

106 ALI YESILIRMAK, Chapter 9: Provisional Measures, Op. Cit., 199.

107 EMMANUEL GAILLARD, Op. Cit., 307.

108 GARY B. BORN, Op. Cit. cap. 1, 82.

109 GARY B. BORN, Op. Cit. cap. 23, 2513 citando el caso de Resort Condominiums Int'l Inc contra Bolwell (Corte Suprema de Queensland, 1993).

110 GARY B. BORN, Op. Cit. cap. 22, 2926-2927.

111 GARY B. BORN, Op. Cit. cap. 22, 2926.

en desacuerdo con los anteriores postulados, Born también sostiene que las cautelas provisionales deberían ser ejecutadas como laudos arbitrales, siempre y cuando ellas “*dispongan de una petición cautelar mientras se concluye el arbitraje*”<sup>112</sup>.

A pesar de que la Convención de Nueva York no requiere expresamente que un laudo sea “*final*” para ser ejecutado, un número importante de jurisdicciones han concluido lo contrario<sup>113</sup>, con algunas excepciones –como el caso de Nueva Zelanda<sup>114</sup>–. Al hacerlo así, las cortes nacionales han sido todavía más creativas y expansivas a la hora de definir el significado de laudo “*final*” y, aún así, diferentes aproximaciones se han tomado para permitir –o no– la ejecución de una decisión arbitral.

La Corte Federal suiza definió laudo “*final*” como aquel que, basado en fundamentos sustanciales o procedimentales, ponía fin al procedimiento arbitral, sin importar si tal laudo final era susceptible o no de apelación<sup>115</sup>.

En Australia, en el caso de *Resort Condominiums* contra *Bolwell* la Corte Suprema de Queensland declaró que una decisión que puede ser “*rescindida, suspendida, variada o cambiada por el tribunal que la profirió no es ‘final’ ni vinculante para las partes*” y, con ello, la Corte rechazó el argumento del demandante que sostenía que en la legislación aplicada no existía la palabra “*final*”<sup>116</sup>.

En Francia una decisión de medidas cautelares expedida por un árbitro de emergencia no sería considerada como ejecutable debido a su carácter provisional y a su facultad de ser modificada por el tribunal arbitral estándar –lo que significaría carencia de “*finalidad*”–<sup>117</sup>, pero aparentemente algunos vientos de cambio parecen haber empezado a soplar. En primer lugar, la *Cour de cassation* ha insistido que bajo el Código de Procedimiento Civil francés la finalidad del laudo depende de los efectos de la decisión, lo que comprende un efecto *res judicata* y la prohibición de que el mismo tribunal revise la

112 GARY B. BORN, Op. Cit. cap. 23, 2515.

113 WILLIAM G. BASSLER, The Enforceability of Emergency Awards in the United States: or When Interim Means Final, *Journal of International Dispute Settlement* Vol: 9 (Oxford: Oxford University Press, 2018): 563 y 564.

114 Un caso para destacar ocurre en Nueva Zelanda, cuya ley de arbitraje expresamente toma la posición de la Convención de Nueva York y evita así la discusión referente a la necesidad de una decisión “*final*” para ejecutar laudos u órdenes (incluyendo medidas cautelares) expedidos por un tribunal arbitral internacional. Es por ello que establece que la medida cautelar debe ser únicamente “*vinculante*” para que se pueda ejecutar por la corte competente. Esta legislación evita el uso de la combinación de palabras “*laudo*” y “*final*”.

115 GARY B. BORN, Op. Cit., cap. 22, 2929, citando una decisión del 13 de abril de 2010 expedida por el Tribunal Federal Suizo.

116 JULIAN D.M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS y STEFAN KRÖLL, Op. Cit., 613, citando el caso de *Resort Condominiums International, Inc* contra *Ray Bolwell and others* (Corte Suprema de Queensland, 1993).

117 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM, Op. Cit., 292.



decisión<sup>118</sup>. Sin embargo, en *Otor contra Carlyle* una corte nacional francesa tuvo un enfoque diferente en lo que respecta al significado de "finalidad", en este caso relacionada con una resolución final de una disputa, sin importar la naturaleza temporal o provisional de la decisión<sup>119</sup>. Debido a la importancia de este enfoque diferente, vale la pena citar expresamente su razonamiento: "considerando que el 4 de abril de 2002 el tribunal arbitral finalmente resolvió la petición de medidas conservativas elevada por las compañías Carlyle, la limitación de las medidas provisionales ordenadas por el tribunal arbitral a la duración del proceso no pone en tela de juicio su carácter *res judicata*, que los árbitros fueron libres de proferir en forma de laudo, una elección procedimental que ninguna parte recurrió"<sup>120</sup>.

Los Estados Unidos de América, basados en el precedente judicial, leyes federales y en razones de orden público, han encontrado que un laudo que no es final es objeto de rechazo en lo que hace a su ejecución<sup>121</sup>. Es por ello que podría alegarse que solo decisiones arbitrales finales pueden o no ser confirmadas por las cortes estadounidenses<sup>122</sup>. Por suerte, la mayoría de los casos han alcanzado una definición de "final" a favor de la ejecución, como se muestra a continuación.

Las cortes estadounidenses han tenido diferentes puntos de vista en lo que hace a la finalidad de decisiones arbitrales que decretan cautelas provisionales, tanto cuando han sido expedidas por tribunales arbitrales estándar como cuando lo han sido por árbitros de emergencia. En *Southern Seas Navigation Ltd. contra Petroleos Mexicanos of Mexico City*<sup>123</sup>, la Corte de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York consideró que un laudo provisional es "un fin en sí mismo" que persigue aclarar los derechos de las partes durante el periodo provisional anterior a la expedición del laudo final sustancial. En *Creek Coal contra Gainsville* la Corte de Apelaciones para el Sexto Circuito puso de manifiesto que un laudo provisional que resolvía "un asunto autónomo" es una

118 Esta posición ha sido cuestionada por Marchisio, que sostiene que "finalidad" se refiere a la falta de recursos procesales contra la decisión e invita a evitar la confusión entre "finalidad" y "res judicata". Ver en Giacomo Marchisio, Op. Cit., 68.

119 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM, Op. Cit., 292-293, citando Société Otor Participations et autres contra Société Carlyle Holdings et autre, Cour d'appel de Paris 7 de octubre de 2004, Revue de l'Arbitrage Vol: 3 (2005) 738.

120 *Ibid.*

121 WILLIAM G. BASSLER, Op. Cit., 564.

122 *Ecopetrol S.A. v. Offshore Exploration & Production LLC*, 46 F Supp 3d 327, 336 (S.D.N.Y. 2014) citing *Metallgesellschaft AG v M/V Capitan Constante* 790 F 2d 280 283 (2d Cir 1986); *Michaels v Mariforum Shipping SA* 624 F 2d 411, 414 (2d Cir 1980); *Daum Global Holdings Corp v Ybrant Digital Ltd*, n.º 13cv3135, 2014 WL 896716, at \*2(S.D.N.Y. Feb. 20, 2014).

123 EMMANUEL GAILLARD, Op. Cit., 308 y WILLIAM G. BASSLER, Op. Cit., 572, citando *Southern Seas Navigation Ltd contra Petroleos Mexicanos of Mexico City* 606 F Supp 692 (SDNY 1985).

decisión final<sup>124</sup>. También, en *Publicis Communications and Publicis SA contra True North Communications*, la Corte de Apelaciones para el Séptimo Circuito hizo dos declaraciones fundamentales: la primera, aseguró que el uso común de la palabra “*laudo*” junto con la palabra “*final*” en tratados, leyes y doctrina no significa que otras decisiones arbitrales, incluidas órdenes, no pudieran ser finales también; la segunda, que una decisión en asuntos importantes podría considerarse como final aun cuando otras peticiones deban ser decididas más adelante<sup>125</sup>.

Sin embargo, un camino diferente fue tomado por la Corte de Distrito para el Distrito Sur de California en *Chinmax contra Alere San Diego*, donde basada en el hecho de que podría ser cambiada o anulada por el tribunal arbitral estándar, una decisión proferida por un árbitro de emergencia no podía considerarse como final<sup>126</sup>. Como puede verse, las diferentes aproximaciones al asunto fueron también consecuencia de las diferentes definiciones del adjetivo “*final*”.

En todo caso, para resolver las dudas de ejecución aquí referidas recurriendo a la efectividad del arbitraje internacional, vale la pena enfatizar en dos observaciones realizadas por la distinguida Corte para el Distrito Sur de Nueva York. En la primera se dijo que una cautela decretada para evitar un daño irreparable debía tener sentido y, para ello, debía ser capaz de ser ejecutada<sup>127</sup>. En la segunda se sostuvo que una cautela provisional sería ineficaz si no era capaz de ser ejecutada, sin importar su etiqueta de “*provisional*”. Tal provisionalidad—para estos efectos de ejecución— no se refería a un paso intermedio sino a un verdadero fin en sí mismo para aclarar la situación de las partes en el periodo “*provisional*” anterior a la expedición del laudo de mérito<sup>128</sup>.

### 2.3.3. La opinión del autor

La doctrina ha aceptado tanto una definición de laudo que incluye etiquetas como “*final*” como lo que es considerado como “*finalidad*” de una decisión arbitral<sup>129</sup>, pero son dos requisitos cuestionables que obstaculizan la ejecución de decisiones expedidas por tribunales arbitrales—incluidos los tribunales

124 WILLIAM G. BASSLER, Op. Cit., 566, citando *Island Creek Coal Sales Company contra City of Gainesville* 729 F 2d 1046 (6th Cir 1984) (derogada por *Cortez Byrd Chips Inc v Bill Harbert Const Co* 529 US 193 120 S Ct 1331 146 L Ed 2D 171 (2000)).

125 AMIR GHAFARI y EMMYLOU WALTERS, Op. Cit., 163, citando *Publicis Communication et al v True North Communications Inc*, 206 F 3d 725 (7th Cir 2000) par. 9.

126 PHILIPPE CAVALIEROS y JANET KIM, Ob. Cit., 290, citando *Chinmax Medical Systems Inc contra Alere San Diego Inc*, 2011 SD Ca, 2011 WL 2135350.

127 *Yahoo v Microsoft*, 983F. Supp 2d310 (SDNY 2013) 13 citing *Southern Seas Navigation Ltd. v Petroleos Mexicanos of Mexico City*. 606 F Supp 692 (SDNY 1985).

128 *Ecopetrol v. Offshore Exploration & Production* (S.D.N.Y. 2014), 338-339.

129 Como ALI YESILIRMAK, en Chapter 9: Provisional Measures, Ob. Cit., 199.

arbitrales de emergencia— y que van en contra del espíritu de la redacción de la Convención de Nueva York, un tratado exitoso a nivel mundial cuyo principal propósito era garantizar la efectividad del arbitraje internacional a través de una redacción simple pero meticulosamente pensada. De hecho, exigir para la ejecución que el laudo sea “*final*”, además de la necesidad de que sea “*obligatorio*” —cuando el significado de “*final*” difiere del de “*obligatorio*”— podría considerarse como una exigencia adicional a los requisitos contenidos en la Convención de Nueva York, lo cual está en contra de la misma Convención.

Ahora, si permanece el requerimiento de “*finalidad*” de un laudo para hacerlo ejecutable —que es el escenario más probable— la sugerencia es que se tenga el adjetivo “*final*” como el de una decisión contra la cual no procede ningún recurso ordinario o extraordinario. Es decir, hacer una aproximación entre la definición de “*final*” y la de “*obligatorio*”, siendo esta última la utilizada por la Convención de Nueva York. Eso es lo que usualmente las partes acuerdan cuando en su pacto arbitral hacen referencia a reglamentos institucionales que, por ejemplo en el caso del reglamento de la CCI, contienen un artículo expreso referente a la naturaleza vinculante de una decisión arbitral y la improcedencia de recursos en su contra —incluyendo cautelas provisionales decretadas por árbitros de emergencia—. Así, el efecto *res judicata* para alcanzar el concepto de laudo “*final*” debería rechazarse cuando la eficacia del arbitraje y la ejecución de decisiones arbitrales están en entredicho.

La toma de una postura como la sugerida no implica que la decisión sobre las cautelas proferida por el árbitro de emergencia no sea final, aun cuando el tribunal arbitral estándar pueda cambiarla o revocarla. La finalidad permanece porque: (i) dicha decisión del árbitro de emergencia no puede ser revisada en virtud de un recurso interpuesto ante una corte nacional; (ii) la revisión del tribunal arbitral estándar procedería mera y potencialmente debido a la naturaleza de la cautela en sí misma, que puede cambiar si el *status quo* también varía.

Inclusive, si una postura diferente se toma con relación a la definición de “*final*”, el autor concuerda con el test citado por Bassler<sup>130</sup> para determinar la finalidad de una decisión decretada por un árbitro de emergencia. Este test comprende tres elementos: una decisión que disponga de una solicitud o asunto separado, una decisión que esté en línea con la autonomía de la voluntad en lo que hace a la cautela de emergencia, y una decisión que tenga como fin evitar un daño irreparable y que busque la ineficacia e inutilidad de un laudo que resuelva de fondo el arbitraje. Ningún otro requerimiento debería ser exigido para honrar la autonomía de la voluntad de las partes y

130 WILLIAM G. BASSLER, Ob. Cit., 572-573, citando a Dora Ziyeva, Ian A. Laird, Borzu Sabahi y Anne Marie Whitesell (eds.), *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, Vol. 1 (Juniset LLC, 2015), 302.

la eficacia del arbitraje internacional, que se manifiestan en la ejecutabilidad de decisiones arbitrales.

### 3. CAMBIOS SUGERIDOS

La cruzada por la ejecución de medidas cautelares provisionales decretadas por árbitros de emergencia debe tener y tendrá un solo ganador: la eficacia del arbitraje internacional. Esto, porque como fue sostenido por Paraguacuto-Mahéo y Lecuyer-Thieffry, cuando las partes eligen la opción de tener un árbitro de emergencia a cargo del decreto de cautelas de emergencia es porque ellas quisieron que fuera eficaz, y la única manera de que así sea es a través de su ejecutabilidad en cortes nacionales, si así se requiere<sup>131</sup>.

Debido a las diferentes posiciones con relación a las preocupaciones atrás referidas, la solución más segura y práctica para garantizar la ejecución de estas cautelas parece ser a través de leyes nacionales que expresamente consideren a los árbitros de emergencia como un verdadero tribunal arbitral, cuyas decisiones son susceptibles de ejecución. Esta es la solución adoptada en Singapur que, como se dijo, en una modificación hecha en 2012 a su Ley de Arbitraje Internacional expresamente consideró al árbitro de emergencia como un verdadero tribunal arbitral<sup>132</sup> y permitió la ejecución de órdenes<sup>133</sup> y laudos<sup>134</sup> expedidos por un tribunal arbitral.

Sin embargo, como dicha sugerencia podría tomar un tiempo considerable antes de que se expanda a nivel mundial –por supuesto, en caso de ser adoptada–, algunas soluciones alternativas en el corto plazo son necesarias y, por ello, hay dos opciones que surgen como las más fácilmente aplicables. En primer lugar, una recomendación que provenga de la CNUDMI<sup>135</sup> que dé un más amplio margen a lo que debe considerarse como laudo y a su ejecución, en el sentido de incluir allí las decisiones en materia de medidas cautelares proferidas por árbitros de emergencia. Esta opción, si bien no resulta ser vinculante, parece ser bastante convincente cuando las cortes nacionales pretenden interpretar la Convención de Nueva York para permitir la ejecución de cautelas decretadas por árbitros de emergencia. Otra solución debería ser suministrada por las instituciones de arbitraje internacional, cuyos reglamentos deberían establecer claramente que tanto los árbitros de emergencia como los tribunales arbitrales estándar tienen el mismo nivel y, por eso, ambos deberían considerarse como verdaderos tribunales arbitrales. Por tanto,

131 DIANA PARAGUACUTO-MAHÉO y CHRISTINE LECUYER-THIEFFRY, *Ob. Cit.*, 772.

132 Ley de Arbitraje Internacional de Singapur, artículo 2.

133 *Ibíd.*, artículo 12(6).

134 *Ibíd.*, artículo 19.

135 Similar a la recomendación hecha en 2006 relacionada con la interpretación del artículo II, parágrafo 2 y artículo VII, parágrafo 1, de la Convención de New York.

las medidas cautelares provisionales decretadas por el uno o por el otro son equivalentes. Este tipo de precepto puede encontrarse en el artículo 14 del reglamento de la Bahrain Chamber for Dispute Resolution (BCDR), que resalta la equivalencia de medidas cautelares provisionales decretadas por cualquier clase de tribunal arbitral<sup>136</sup>.

Ajustes a la Convención de Nueva York con el fin de incluir artículos relativos a la ejecución de cautelares provisionales decretadas por árbitros de emergencia parecieran ser, la mejor opción. Sin embargo, su viabilidad es más bien incierta debido principalmente a dos razones traídas a cuento por Brekoulakis para lograr cualquier modificación a la Convención. La primera es una política, que proveniente de la dificultad de que, al menos, 160 naciones<sup>137</sup> acuerden un nuevo tratado, por lo que es preferible mantener el tratado existente. La segunda es una legal, que obedece a la divergencia de los marcos normativos de los actuales miembros signatarios<sup>138</sup>.

Una aplicación muy estricta de las anteriores propuestas podría implicar la ejecución de cualquier decisión que provenga de un tribunal arbitral y, con ello, una aplicación de mala fe podría materializar el riesgo de demoras en los trámites arbitrales –puesto de presente por Born–<sup>139</sup>. Igual, esta no sería la primera vez que el arbitraje se enfrente con este tipo de contingencia y no sería la primera vez que la solucione. Las legislaciones nacionales han prescrito que aun cuando una de las partes inicie acciones ante cortes nacionales relativas a la competencia arbitral, los procedimientos arbitrales pueden continuar y, con ello, los árbitros pueden tomar decisiones. Este es el caso del artículo 8(2) de la Ley Modelo y de la sección 32(4) de la Ley de Arbitraje de Inglaterra. En el mismo sentido, normas legales que prohíban la posibilidad de solicitar la anulación de decisiones arbitrales que contengan cautelares provisionales es una alternativa que no debería ser descartada.

#### 4. CONCLUSIONES

El actual árbitro de emergencia es una figura creada en 2006 por el ICDR, con sus orígenes en el no tan exitoso *referee* prearbitral creado en la versión 1990 del Reglamento Arbitral de la CCI, cuyo principal objetivo es el decreto expedito de medidas cautelares provisionales antes de la constitución del tribunal arbitral estándar. Eso, siempre y cuando el solicitante pruebe la existencia tanto de una necesidad de evitar un daño irreparable o de un daño que no sería adecuadamente reparado por un lado si la medida no es

136 EMMANUEL GAILLARD, *Ob. Cit.*, 313.

137 Cifra tomada de <http://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states>. 5 de agosto de 2019.

138 STAVROS BREKOULAKIS, *Enforcement of Foreign Arbitral Awards...* *Ob. Cit.*, 438.

139 GARY B. BORN, *Ob. Cit.* cap. 22, 2935.

ordenada, como la razonable posibilidad de que tenga éxito en los méritos de sus pretensiones.

Con el tiempo, la figura del árbitro de emergencia ha disfrutado de buena acogida en los centros líderes de arbitraje internacional. La Cámara de Comercio Internacional, la London Court of International Arbitration, el Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, el Singapore International Arbitration Centre y el Hong Kong International Arbitration Centre, entre otros, han incorporado en similares condiciones al árbitro de emergencia, para decretar, cuando sea requerido y necesario, medidas cautelares urgentes y provisionales antes de la constitución del tribunal arbitral estándar.

Aún así, la proliferación del árbitro de emergencia ha hecho surgir tres preocupaciones principales relacionadas con la ejecutabilidad de sus decisiones cuando no se cumplen voluntariamente, pero esas preocupaciones no son lo suficientemente fuertes como para evitar su ejecución en cortes nacionales o, al menos, no deberían serlo.

En primer lugar, como la Convención de Nueva York se refiere a la ejecución de laudos arbitrales, varios doctrinantes han considerado que las órdenes arbitrales están excluidas. Ni la Convención ni la Ley Modelo han dado una definición de "órdenes" y de "laudos", aun cuando la última trató –en 1984– de definir el significado de "laudo". Un catálogo de diferentes definiciones y aproximaciones ha sido creado por doctrinantes y cortes nacionales, apoyando o no la ejecución de "órdenes" con base en la Convención de Nueva York. Al menos, ese amplio catálogo de alguna manera tiene en común el principio de sustancia sobre la forma, en el sentido de que lo que define una figura u otra es la naturaleza de su contenido, sin importar el nombre dado a la decisión por parte del tribunal arbitral.

Con independencia de la multiplicidad de definiciones, como la eficacia es una de las principales características del arbitraje internacional, y el principal objetivo de la Convención de Nueva York es la ejecución de decisiones arbitrales vinculantes para las partes, la forma que tome la decisión no debería ser relevante para efectos de ejecución y solo su verdadera naturaleza y efecto deberían ser relevantes<sup>140</sup>. Esta es una tesis que funciona con el actual marco legal cuando se interpretan conjuntamente la Convención y la Ley Modelo.

En segundo lugar, a pesar de que la versión 2006 de la Ley Modelo incluyó preceptos para impulsar la ejecución de cautelas provisionales proferidas por tribunales arbitrales, en este caso las preocupaciones tienen que ver con el *status* del árbitro de emergencia, concretamente de si se puede considerar como un verdadero tribunal arbitral. Para resolver este asunto, algunos legisladores –como en Singapur– han considerado expresamente que el árbitro

140 AMIR GHAFARI y EMMYLOU WALTERS, Ob. Cit., 161.

de emergencia es un tribunal arbitral. Para los casos donde no hay una provisión explícita, la preocupación debería solventarse a la luz de la autonomía de la voluntad –como pilar fundamental del arbitraje– y de la definición de “árbitro”. De un lado, como las partes acordaron llamarle “árbitro”, él o ella debe considerarse como tal; de otro lado, el árbitro de emergencia cumple con la definición básica de tribunal arbitral<sup>141</sup>, especialmente porque es una alternativa a las cortes nacionales, es un mecanismo privado para resolver disputas –en este caso con competencia limitada a medidas cautelares–, es seleccionado y controlado por las partes y profiere decisiones finales<sup>142</sup> y vinculantes.

Finalmente, algunos han sostenido que siendo provisionales como lo son, las decisiones sobre medidas cautelares provisionales carecen de finalidad y, por tanto, no pueden considerarse como laudos ejecutables a la luz de la Convención de Nueva York. Con relación a esta última preocupación, la verdad es que la Convención de Nueva York expresamente excluyó el adjetivo “final” –que anteriormente hacía parte de la Convención de Ginebra de 1927– y mantuvo únicamente el adjetivo “obligatorio”, que se refiere a una decisión que no puede ser apelada de fondo ante cortes nacionales o en diferentes etapas arbitrales. Por tanto, siempre y cuando la decisión sea vinculante también es ejecutable.

A pesar de lo anterior, la inclusión del adjetivo “final” ha sido un factor común entre doctrinantes y cortes nacionales, y su definición ha variado de acuerdo a sus necesidades y posiciones. Algunas definiciones consideran que “final” es la última decisión proferida por el tribunal arbitral antes de que pierda competencia o aquella que resuelve la disputa, mientras otros van desde definirla como una decisión que no puede ser cambiada o modificada –lo que incluiría un efecto *res judicata*–, hasta considerarla como una decisión que no es susceptible de recurso.

Si la posición es que se requiere que la decisión arbitral sea “final” para ser ejecutable –a pesar de que la Convención de Nueva York no lo exija así–, tal “finalidad” debería establecerse en concordancia con el test de tres pasos propuesto por Bassler, que incluye: una decisión que resuelva de una solicitud o asunto separado, una decisión que esté en línea con la autonomía de la voluntad, y una decisión que pretenda evitar un daño irreparable y busque evitar la ineficacia e inutilidad de un laudo sustancial<sup>143</sup>.

Aunque las preocupaciones arriba expuestas carecen de la fortaleza requerida para poner en riesgo la ejecución de medidas cautelares provisionales decretadas por árbitros de emergencia, algunos doctrinantes y jurisdicciones

141 Para estos propósitos, la definición dada por Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan Kröll, *Ob. Cit.*, 3.

142 “Final” en el sentido referido en este escrito, que se asimila a la definición de “vinculante”.

143 WILLIAM G. BASSLER, *Ob. Cit.*, 572 y 573.

han considerado lo contrario y han construido barreras para tal ejecución. Para estos casos, algunos cambios tienen que materializarse y las sugerencias aquí propuestas incluyen la adopción de legislación que expresamente permita la ejecución de tales cautelas –como en Singapur– o una recomendación de la CNUDMI relacionada con la interpretación de la Convención de Nueva York junto con la Ley Modelo, que impulse el propósito de ejecutabilidad mencionado. Una nueva convención internacional parece ser una solución inviable debido al desafío político que supone alcanzar un número de signatarios que se acerque al número de signatarios de la Convención de Nueva York.

En todo caso, lo que debe prevalecer y prevalecerá es la ejecución de cautelas provisionales decretadas por árbitros de emergencia, como una manifestación de la autonomía de la voluntad y como una muestra de la eficacia del arbitraje internacional.

## 5. BIBLIOGRAFÍA<sup>144</sup>

Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Rules.

Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA) Rules 2016.

BASSLER, WILLIAM G. The Enforceability of Emergency Awards in the United States: or When Interim Means Final. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9 (2018): 559.

BLACKABY, NIGEL, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BOOG, CHRISTOPHER. Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Appendix v: Emergency Arbitrator Rules, Article 6 [Order]. En *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, editado por Manuel Arroyo. Kluwer Law International, 2018.

BORN, GARY B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2014.

BREKOUKAKIS, STAVROS. Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Observations on The Efficiency of The Current System and The Gradual Development of Alternative Means of Enforcement. *The American Review of International Arbitration*, Vol. 19 Nros. 3-4 (2008): 415.

144 El idioma original de los textos citados es el inglés. Para efectos de facilitar la lectura, todas sus traducciones son libres.



CAVALIEROS, PHILIPPE y JANET KIM. Emergency Arbitrators Versus the Courts: From Concurrent Jurisdiction to Practical Considerations. *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, Ed: 3 (2018): 275.

Chartered Institute of Arbitrators CI Arb 2015 Arbitration Rules.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

Corte para el Distrito Sur de Nueva York. *Ecopetrol v. Offshore Exploration & Production* (S.D.N.Y. 2014).

FRY, JASON. The Emergency Arbitrator—Flawed Fashion or Sensible Solution. *Dispute Resolution International*, Vol. 7 (2013): 179.

GAILLARD, EMMANUEL. Interim and Emergency Measures of Protection (BCDR Rules 2017, Arts 26 & 14). *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 4 Ed: 2 (2017): 297.

GHAFFARI, AMIR, y EMMYLOU WALTERS. The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age? *Arbitration International*, Vol: 30 Ed:1 (2014): 152.

GIARETTA, BEN. The Practice of Emergency Arbitration. b- Arbitra | Belgian Review of Arbitration, Vol. 2017 Ed: 1 (2017): 83.

HILL, JONATHAN. Is an Interim Measure of Protection Ordered by an Arbitral Tribunal an Arbitral Award? *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9(2018): 590.

HIRST, PETER y DAVID BROWN. Interim Relief, including Emergency Arbitration, in Construction Arbitration. En *Global Arbitration Review: The Guide to Construction Arbitration*, editado por Stavros Brekoulakis y David Brynmor. Londres: Law Business Research Ltd, 2017.

Hong Kong Arbitration Act.

Hong Kong International Arbitration Centre Rules (HKIA) Rules.

International Centre for Dispute Resolution (ICDR) Rules.

International Chamber of Commerce Arbitration Rules.

International Council for Commercial Arbitration. *ICCA'S Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*. International Council for Commercial Arbitration, 2011).

LEW, JULIAN D.M., LOUKAS A. MISTELIS y STEFAN KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003.

London Court of International Arbitration (LCIA) Rules.

MARCHISIO, GIACOMO. *The Notion of Award in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of French Law, English Law, and the uncitral Model Law*. Kluwer Law International, 2017.

MOURRE, ALEXIS, y LUCA G. RADICATI DI BROZOLO. *Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back*. *Journal of International Arbitration*, Vol: 23 Ed: 2 (2006): 171.

New Zealand Arbitration Act 1996.

PARAGUACUTO-MAHÉO, DIANA, y CHRISTINE LECUYER-THIEFFRY. *Emergency Arbitrator: A New Player in the Field—The French Perspective*. *Fordham International Law Journal*, Vol. 40 ed: 3 (2017): 750.

Queen Mary University of London's School of International Arbitration y White & Case. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. Londres, 2015. [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf).

SANTENS, ANK A., y JAROSLAV KUDRNA. *The State of Play of Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions*. *Journal of International Arbitration*, Vol. 34 Ed:1 (2017): 1.

Singapore Arbitration Act.

Singapore International Arbitration Centre (SIAC) Rules.

VALASEK, MARTIN J., y JENNA ANNE DE JONG. *Enforceability of Interim Measures and Emergency Arbitrator Decisions*. *Norton Rose Fulbright International Arbitration Report*, Vol. 10 (2018): 17.

YESILIRMAK, ALI. Chapter 9: *Provisional Measures*, en *Pervasive Problems in International Arbitration*, *International Arbitration Law Library*, editado por Loukas A. Mistelis y Julian D.M. Lew. Kluwer Law International, 2006, 199.

YESILIRMAK, ALI. *Emergency Arbitral Provisional Measures*. *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Vol. 12(2005): 114.