



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

Análisis normativo comparado sobre el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

GONZALO IVÁN ISLA AROS

Profesora guía: Dra. Renée Marlene Rivero Hurtado

Santiago de Chile, 2021.

A mi madre y mi padre, y a mis familias de sangre y de amistad.

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis marca el término de un proceso de redacción inserto en un contexto de pandemia, cuarentenas y trabajo a distancia, y ciertamente marca el inicio del cierre de mi carrera universitaria. Por ello, expreso los siguientes agradecimientos:

En primer lugar, doy mis más grandes agradecimientos a la profesora Dra. Renée Rivero Hurtado, guía de la presente, por su dirección y orientación desde los inicios de esta investigación que nació bajo su guía durante el III Concurso Nacional de Semilleros de Derecho Procesal organizado por la Universidad Diego Portales y el Centro de Estudio de Justicia de las Américas el año 2018. Ni la pandemia, ni los kilómetros de distancia ni las reuniones por Zoom fueron impedimentos para su preocupación humana y académica.

Porque las ideas no nacen solas, expreso mis agradecimientos a mis compañeros de los Semilleros de Derecho Procesal de 2018, Matías y Joaquín, con quienes desarrollamos las ideas base de esta tesis que nos llevaron a obtener el quinto lugar dentro de la competencia. Por los traspasos, retos y estrés que compartimos durante varios días.

A toda mi familia, por la vida. Especialmente a mis padres, Norma e Iván; a mis hermanas y hermano, Fernanda, Verónica y Joaquín; y a mis tías Judith, Jeanette y María. Gracias a ustedes, soy.

A mis grandes amigos, mis otras familias: a mi familia del sur, con quienes de alguna u otra manera siempre volvemos a reunirnos en el pueblo. A mi familia de Santiago, con quienes viví las alegrías y penas de esta carrera. Todo mi amor y admiración para ustedes, gracias por llegar a mi vida y por dejarme ser parte de las suyas.

A todos, todas y todos, muchas gracias.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN CHILE	11
I. Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional y medidas cautelares	11
II. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en el Código de Procedimiento Civil: ¿cómo afecta al arbitraje internacional?	16
CAPÍTULO II: LEY MODELO DE LA CNUDMI Y EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA	22
I. Medidas cautelares en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	22
A. <i>Creación de un Capítulo IV A sobre medidas cautelares y órdenes preliminares</i>	25
B. <i>Creación de un mecanismo especial de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares</i>	30
C. <i>Consagración expresa de la facultad de la justicia ordinaria para dictar medidas cautelares</i>	33
D. <i>Eventuales conflictos derivados de su interpretación literal</i>	33
E. <i>Límites de la potestad de la justicia ordinaria para adecuar las medidas a sus propias facultades al resolver sobre su reconocimiento o ejecución</i>	34
F. <i>Órdenes preliminares como institución controversial</i>	36
G. <i>Aspectos procesales pendientes</i>	38
II. El arbitraje de emergencia de los reglamentos institucionales como alternativa para obtener tutela cautelar	40
CAPÍTULO III: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	44
I. Tratados internacionales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras	44
A. <i>Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, o Convención de Nueva York</i>	45
B. <i>Tratado de Derecho Procesal Internacional</i>	49
C. <i>Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional</i>	50
D. <i>Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros</i>	50
E. <i>Convención de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados</i>	51
F. <i>Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Uruguay y la República Oriental del Uruguay</i>	52

II. Legislación comparada sobre arbitraje comercial internacional: medidas cautelares y su reconocimiento y ejecución	54
A. <i>República Oriental del Uruguay</i>	55
B. <i>República Argentina</i>	57
C. <i>República del Perú</i>	58
D. <i>Canadá</i>	61
E. <i>Nueva Zelanda</i>	64
F. <i>Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte</i>	66
G. <i>Confederación Suiza</i>	69
H. <i>República Popular de China</i>	71
CAPÍTULO IV: UNA SOLUCIÓN PARA CHILE	74
I. Ley 19.971: ¿Reforma completa o parcial?	74
II. Propuesta de solución de <i>lege ferenda</i>	77
CONCLUSIONES	84
JURISPRUDENCIA CITADA	88
TRATADOS INTERNACIONALES CITADOS	90
LEGISLACIÓN CITADA	91
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

RESUMEN

La Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional fue publicada en Chile el año 2004, reproduciendo las disposiciones de la Ley Modelo de 1985 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Pese a que esta Ley Modelo fue enmendada el año 2006, nuestra Ley 19.971 no ha sido reformada desde entonces, por lo que mantiene ciertos problemas de la Ley Modelo de 1985 que dicen relación con una escueta regulación en materia de medidas cautelares y la falta de mecanismos que permitan que estas medidas puedan ser reconocidas y ejecutadas luego de haber sido concedidas en procedimientos de arbitrajes con sede extranjera, lo que podría perjudicar la eficacia y los resultados del arbitraje.

Dicha circunstancia, sumada a la regulación de procedimiento de exequátur en nuestro Código de Procedimiento Civil y a las normas de los tratados internacionales aplicables, producen una situación compleja en nuestra legislación en la cual aquellas resoluciones que conceden medidas cautelares no podrán ser objeto de reconocimiento y ejecución, puesto que sus normas aplicarían exclusivamente a sentencias o laudos definitivos, pero no a otros tipos de resoluciones de menor envergadura.

Por lo tanto, esta tesis pretende exponer y analizar las normas aplicables dentro de nuestra legislación y de los tratados internacionales más relevantes sobre arbitraje comercial internacional, así como realizar un análisis normativo de la legislación procesal comparada, con el fin de poder plantear una propuesta de solución para solventar este problema que deriva de dichas normas.

Palabras clave: Arbitraje – arbitraje comercial internacional – medidas cautelares – reconocimiento y ejecución – exequátur – arbitraje de emergencia

ABSTRACT

Law 19.971 on international commercial arbitration came into force in Chile in 2004, reproducing the provisions of the UNCITRAL Model Law 1985. Although this Model Law was amended in 2006, our Law 19.971 has not been amended since its publication, hence it maintains certain problems of the Model Law 1985 that are related to a brief regulation on interim measures and the lack of mechanisms that allow these measures to be recognized

and enforced after having been granted in arbitration proceedings abroad, which could harm the effectiveness and results of the arbitration.

This circumstance, added to the regulation of the exequatur procedure in our Code of Civil Procedure and the rules of the applicable international treaties, produce a complex situation in our legislation in which those resolutions that grant interim measures will not be able to be recognized and enforced, since its rules would apply exclusively to final judgments or awards, but not to other types of resolutions of lesser importance.

Therefore, this thesis aims to expose and analyze the applicable rules within our legislation and the most relevant international treaties on international commercial arbitration, as well as to perform a normative analysis of the comparative procedural legislation, in order to be able to propose a solution to solve this problem that derives from such rules.

Key words: Arbitration – International Commercial Arbitration – Interim measures – Recognition and enforcement – Exequatur – Emergency Arbitration

INTRODUCCIÓN

El 02 de junio del año 2003 inició la tramitación del proyecto de ley que propone regular el arbitraje comercial internacional en nuestro país a raíz de un mensaje presentado al Congreso de la República por parte del Presidente de la República de la época, Ricardo Lagos Escobar¹. Este proyecto de ley, luego del trabajo conjunto con el Colegio de Abogados, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Chileno-Norteamericana de Comercio, culminaría con la publicación de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional el 29 de septiembre del año 2004.

En palabras del Presidente Lagos, esta ley se inspiraría en la situación internacional en la que se encontraba Chile respecto de la economía global, considerando especialmente para su creación la multiplicación de las transacciones con cláusulas arbitrales, el incentivo al juicio o resolución de las diferencias comerciales con sede en Chile y el objetivo de establecer al país como un centro de arbitraje².

Esta nueva regulación significaría un avance para el país en materia de negocios internacionales puesto que buscó unir los objetivos del Ejecutivo con la tendencia internacional de modernizar y establecer al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en las distintas legislaciones, rol que emprendería la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI), a través de la

¹ Guía del International Council for Commercial Arbitration para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, p. 17. Disponible en: https://www.arbitration-icca.org/media/2/13600814265100/judges_guide_spanish_composite_with_coverfeb2013.pdf. Al respecto, la guía define al arbitraje como “un método de resolución de disputas en el cual las partes acuerdan someter su disputa a un tercero que emitirá una decisión final y obligatoria en vez de las cortes.”

² Mensaje de S.E. el Presidente de la República Ricardo Lagos, mensaje n°15-349, boletín n°3252-10, con el que inicia un proyecto de ley sobre arbitraje comercial internacional, 02 de junio de 2003, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5653/>. Parte del mensaje expresa que los principales motivos que existían para efectos de dictar una ley de arbitraje comercial internacional en el país fueron:

“1. Multiplicación de transacciones con cláusula arbitral: La integración de Chile a la economía mundial implica que las transacciones comerciales que involucran a personas naturales y jurídicas chilenas con sus pares extranjeros se han multiplicado ostensiblemente. Como es sabido una parte importante de estas transacciones toma la forma de contratos internacionales con cláusulas de arbitraje. Es evidente que al redactar dichas cláusulas es de vital importancia determinar el grado de especificidad de la ley que rige el arbitraje internacional.

2. Incentivo al juicio en Chile: Resulta conveniente a los intereses de las partes nacionales en las transacciones internacionales que ellas cuenten con los mecanismos legales adecuados para, en la medida de lo posible, estimular que las diferencias comerciales sean resueltas en Chile. Evidentemente, esta necesidad es más apremiante para las empresas pequeñas y medianas a las cuales les resulta demasiado oneroso litigar en el extranjero.

3. Chile como Centro de Arbitraje: Es un objetivo deseable, tanto desde el punto de vista público como del privado, que nuestro país ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente, a nivel latinoamericano. El prestigio de Chile en términos de institucionalidad, solvencia jurídica y altos índices de transparencia hacen de Chile un centro natural de arbitraje en América Latina.”

creación de su Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en la que se basa profundamente nuestra Ley 19.971.

Hasta hoy han transcurrido 17 años desde de su publicación, lapso en el que la ley no ha sido objeto de reformas o modificaciones, por lo que sus disposiciones mantienen ciertos problemas que en su momento tuvo la Ley Modelo de 1985, que llevaron a que esta fuera enmendada durante el año 2006, principalmente en lo que dice relación con su escasa regulación en materia de medidas cautelares³. y con la falta de mecanismos que permitieran que estas puedan ser posteriormente reconocidas y ejecutadas en el país local cuando el procedimiento arbitral tuviera lugar en el extranjero, o sede extranjera^{4 5}.

Lo anterior produce graves consecuencias para nuestra legislación: no existe tribunal dentro de nuestro territorio nacional que se encuentre facultado para reconocer y ejecutar medidas concedidas en procedimientos arbitrales con sede extranjera, puesto que ni la Ley 19.971, ni las normas generales del Código de Procedimiento Civil, ni los tratados internacionales aplicables les conferirían esta competencia. En otras palabras, nuestra propia realidad jurídica constituye un problema que atenta contra la eficacia esencial del arbitraje.

Esta situación ha sido escasamente abordada por la dogmática procesal nacional, lo que motiva a que esta tesis se imponga como desafío no solo exponer las bases que dan origen al problema, sino también identificar a través del análisis normativo, crítico y comparado de otras legislaciones procesales en materia de arbitraje comercial internacional y medidas cautelares, así como de mecanismos de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, ciertos elementos que nos permitan finalmente proponer una fórmula de solución de *lege ferenda* que sea compatible con nuestra legislación procesal civil,

³ CALAMANDREI. (1945), p. 45. El autor señala que estas medidas tienen como finalidad "(...) otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma."

⁴ Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, pp. 9-10. La guía indica que el "reconocimiento" de sentencias arbitrales internacionales es el proceso que vuelve a estas resoluciones parte del sistema legal nacional, mientras que la "ejecución", por su parte, persigue el cumplimiento forzado de lo que le fue otorgado a una parte por parte del árbitro.

⁵ "Sede del arbitraje" se define por el diccionario panhispánico del español jurídico como el "lugar elegido por las partes para realizar el procedimiento arbitral en uso de su autonomía de la voluntad, que crea un vínculo entre el arbitraje y el Estado elegido y condiciona decisivamente el régimen de auxilio y de control por parte de los tribunales de dicho Estado. Véase además VÁSQUEZ, Fernanda (2011). La autora expresa: "Desde una óptica general, el concepto de la sede del arbitraje es estrictamente jurídico, en cuanto corresponde al lugar pactado por las partes para llevarlo a cabo. La calificación de "jurídico" contrasta con la dimensión práctica, en tanto esta elección no implica que todas las actuaciones deban ser realizadas en dicho lugar; por el contrario, el tribunal arbitral podrá realizar las diligencias en otros sitios ya sea a petición de las partes o por su iniciativa, si tiene facultades para ello."

teniendo presente además la existencia de una eventual Reforma Procesal Civil y posibles efectos en torno a ella.

Por lo tanto, esta tesis se dividirá en cuatro capítulos, a saber:

Un capítulo I en el que se abordará nuestra actual ley de arbitraje comercial internacional y el procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras de nuestro Código de Procedimiento Civil, así como los problemas que se identifican a partir de la aplicación de dichas normas nacionales.

En su capítulo II nos abocaremos a la exposición, análisis y crítica de las normas relevantes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en sus versiones de 1985 y de 2006, y se analizará la institución del arbitraje de emergencia como alternativa de las partes para obtener tutela cautelar en estos procedimientos.

Luego, en su capítulo III se expondrán y analizarán las diferentes normas contenidas en tratados internacionales relacionados con el arbitraje comercial internacional, en especial sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, así como en la legislación comparada, para lo cual se traerán a colación normas de Estados de diferentes continentes.

Finalmente, se concluye con un capítulo IV en el que se propondrá una fórmula de solución para nuestro país y se analizarán las distintas consecuencias procesales que aquellas formulaciones tendrían en la práctica.

CAPÍTULO I: ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN CHILE

I. Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional y medidas cautelares

Hacia finales del siglo XX nuestro país ya poseía una cultura de arbitraje como mecanismo de solución de conflictos y había dado pasos significativos en materia de arbitraje comercial internacional, entre los que encontramos la ratificación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, la dictación del Decreto Ley 2349 que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público, la ratificación del Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y naciones de otros Estados en 1992, entre otros⁶.

Sin embargo, aún existían dudas que gravitaban en torno a la posibilidad de que partes extranjeras de una transacción internacional, o si una parte chilena y una extranjera de una operación internacional, podían o no resolver sus divergencias en un arbitraje en Chile⁷.

Luego de que estas inquietudes motivaran al Colegio de Abogados y diversos Centros de Arbitraje para discutir sobre el tema, se publica la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, que pasa a ser la primera que se aventura a regular expresamente un régimen jurídico especial y autónomo en forma y fondo para el arbitraje comercial internacional en nuestro país, que hasta la fecha debía aplicar las normas de arbitraje doméstico cuando la resolución de estos conflictos se llevase a cabo en territorio nacional, y las disposiciones de tratados internacionales ratificados por el Estado en aquellos desarrollados en el extranjero, o procedimientos con sede extranjera^{8 9}.

Esta ley se caracteriza por reproducir en gran medida las normas dispuestas por la CNUDMI en su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985, mediante la cual se buscó uniformar el sistema de resolución de conflictos en el comercio internacional y sobre la cual se hablará detalladamente en el capítulo siguiente.

⁶ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley sobre arbitraje comercial internacional, 02 de junio de 2003. <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5653/>.

⁷ IRARRÁZABAL. (2014), p.2.

⁸ El mensaje de la Ley 19.971 señala que “En nuestro sistema jurídico, el arbitraje comercial internacional no está regulado específicamente. Por ende, debe regirse por las mismas normas aplicables al arbitraje doméstico cuando el arbitraje se lleva a cabo en territorio nacional.”

⁹ Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional de Chile de 29 de septiembre de 2004. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=230697>.

Debido a lo anterior, la Ley 19.971 presenta una serie de problemas propios del texto de la Ley Modelo de 1985, referidos a la escasa regulación sobre medidas cautelares en los procedimientos de arbitraje comercial internacional y de falta de mecanismos que permitan que aquellas puedan ser reconocidas y ejecutadas por la justicia ordinaria, para obligar a la parte a su cumplimiento forzado, luego de haber sido concedidas por árbitros extranjeros.

A lo largo de su texto podemos observar que nuestra ley regula estas medidas en solo dos disposiciones: por un lado, su artículo 9¹⁰ dispone que los acuerdos de arbitraje no serán incompatibles con que una parte, antes o durante las actuaciones arbitrales, solicite a un tribunal ordinario la adopción de medidas cautelares; y por otro, su artículo 17¹¹ consagra la facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares a petición de parte.

De ello se concluye necesariamente que las únicas certezas que la ley nos entrega en materia de medidas cautelares dicen relación con que los acuerdos arbitrales son compatibles con que las partes soliciten estas medidas a la justicia ordinaria y que los tribunales arbitrales sí poseen la facultad para concederlas en estos procedimientos.

Así, cabe cuestionarse en qué casos se podrían aplicar dichas certezas, puesto que pareciera ser claro que en un arbitraje con sede nacional o chilena, las partes tendrán la posibilidad de solicitar medidas cautelares tanto a los tribunales arbitrales como a los tribunales ordinarios, pues ello no sería incompatible con el acuerdo de arbitraje de las partes, pudiendo finalmente ejecutar las medidas a través de la justicia ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 635 del Código de Procedimiento Civil¹².

Sin embargo, si el arbitraje se llevara a cabo en sede extranjera o no chilena, la situación sería distinta. En su artículo 1¹³, que especifica aquellos artículos que tendrán aplicación en el país cuando el procedimiento arbitral se desarrolle en el extranjero, podemos identificar al artículo 9 sobre compatibilidad del acuerdo de arbitraje, por lo que podría

¹⁰ Artículo 9 de la Ley 19.971: Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal. No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.

¹¹ Artículo 17 de la Ley 19.971: Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

¹² Artículo 635 inciso 3 del Código de Procedimiento Civil: Sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto.

¹³ Artículo 1 numeral 2 de la Ley 19.971: Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8°, 9°, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en territorio nacional.

inferirse que las partes podrán solicitar medidas cautelares tanto a los tribunales ordinarios como al tribunal arbitral del país en que este se tramita. Pero ¿podrían luego hacer cumplir dichas medidas en Chile? La respuesta de la Ley 19.971 para esta pregunta sería una sola: no se podría.

Al hablar sobre medidas cautelares debemos tener presente que nos referimos a resoluciones judiciales, las que requerirán de un reconocimiento u homologación previa para ser ejecutadas dentro del territorio nacional si hubieran sido pronunciadas por un tribunal extranjero. Si bien su artículo 35 establece un mecanismo para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, esta norma nos lleva a discutir si la expresión “laudo arbitral” permitiría incluir otros tipos de resoluciones que también hubieren sido pronunciadas por los árbitros¹⁴.

Nuestra ley al hablar sobre “laudo” no expresa una definición o características del concepto, por lo que no es claro si la expresión refiere exclusivamente a aquellas decisiones del árbitro mediante las que resuelve toda la controversia sometida a arbitraje, o si también referiría a “laudos parciales” que pudieran ser objeto de ejecución judicial¹⁵.

Sin embargo, de una lectura armónica de los artículos 35 y 36 de la ley podríamos afirmar que esta expresión refiere a las decisiones finales o sentencias definitivas de los árbitros, que posteriormente podrán ser reconocidas y ejecutadas por la justicia ordinaria, por lo que no sería aplicable para reconocer decisiones de naturaleza distinta como aquellas mediante las que se conceden medidas cautelares.

¹⁴ Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, pp. 9-17. La guía destaca que “el arbitraje concluye con el laudo final del árbitro”. Luego, señala que “un laudo es una decisión que pone fin al arbitraje en todo o en parte o resuelve sobre un asunto preliminar que es necesario para llegar a una decisión final. Un laudo resuelve finalmente los asuntos que busca decidir.” Así, la guía distingue distintas clasificaciones de laudos, tales como:

- Laudos definitivos: Que trata todos los reclamos del fondo en un laudo final. También lo es un laudo denegando la jurisdicción del tribunal sobre la disputa que le ha sido sometida.
- Laudos parciales: Laudos que emiten una decisión final sobre parte de los reclamos y dejan los reclamos restantes para una parte subsecuente del procedimiento arbitral.
- Laudos preliminares, interlocutorios o provisionales: Aquellos que resuelven un asunto preliminar y necesario para disponer de los reclamos de las partes.
- Laudos sobre costos: Aquellos que determinan el monto y asignación de los costos del arbitraje.
- Laudos consentidos: Laudos que hacen constar la amigable resolución del conflicto por las partes.

Enseguida, se considera que generalmente las siguientes decisiones no se consideran como laudos:

- Ordenes procesales: Decisiones que solamente organizan los procedimientos.
- Decisiones sobre medidas cautelares: No son laudos debido a que solamente son emitidas por la duración del arbitraje y pueden ser abiertas nuevamente durante ese tiempo. Algunas cortes han sostenido lo contrario basadas en la teoría de que tales decisiones terminan las disputas de las partes sobre medidas provisionales.

¹⁵ ARRARTE. (Sin fecha), pp. 19. “Laudo parcial, en sentido amplio, es el que resuelve una parte de la materia controvertida sometida a decisión del tribunal, decidiendo sobre alguna de las pretensiones de la demanda, o sobre algún aspecto de forma que podría poner fin al proceso, como es el caso de la competencia arbitral, inexistencia del convenio arbitral o el carácter arbitrable de la materia propuesta.”

Otro elemento que se debe considerar es que el artículo 1 de la Ley 19.971 no contempla dentro de su listado al artículo 17, sobre facultad del árbitro para ordenar estas medidas, por lo que, a partir de una interpretación literal del precepto legal, podríamos concluir que el legislador ha optado por disponer que, en el marco de un arbitraje con sede extranjera, el tribunal arbitral no tendrá la facultad para conceder medidas cautelares que deban cumplirse en nuestro país.

Respecto de este punto, podríamos afirmar que la ley establece tácitamente ciertas restricciones relacionadas con que las únicas autoridades competentes para conceder y ejecutar medidas cautelares que deban cumplirse en nuestro país han de ser exclusivamente los tribunales arbitrales y ordinarios nacionales, por lo cual, si estas medidas tuvieran su origen en un tribunal extranjero no podrán ser reconocidas ni ejecutadas en Chile.

Dicha restricción llevaría a que la parte favorecida con la medida deba esperar a que su contraparte la cumpla voluntariamente, o bien, que acuda directamente ante la justicia ordinaria chilena, pues nada les impediría tramitar la solicitud de una medida de forma paralela o previa al arbitraje en un procedimiento de lato conocimiento.

Ciertamente esta restricción chocaría con el espíritu de la ley y con la interpretación amplia e internacional que se planteó en el proyecto para el concepto “medida cautelar”, puesto que tácitamente se dispondría como solución para las partes acudir a una colapsada justicia ordinaria para efectos de lograr obligar a sus contrarias a cumplir con una determinada medida cautelar, hecho que atenta contra la autonomía y celeridad del arbitraje comercial internacional respecto de la justicia ordinaria¹⁶.

En suma, siguiendo la aplicación de nuestra ley, podemos hacer el siguiente paralelo respecto a la posibilidad de solicitar el cumplimiento forzado de una medida, distinguiendo entre tribunales ordinarios y arbitrales nacionales y extranjeros:

Sede del arbitraje	Tribunal que concedió la medida	País en que se cumplirá la medida	Tribunal competente para reconocerla o ejecutarla	¿Se podrá forzar su cumplimiento?
Chilena	Ordinario chileno	Chile	Ordinario chileno	Sí

¹⁶ MEREMINSKAYA. (2010), p. 5.

Chilena	Arbitral chileno	Chile	Ordinario chileno	Sí
Chilena	Ordinario chileno	Extranjero	Dependerá de la ley del país ¹⁷	Dependerá de la ley del país
Chilena	Arbitral chileno	Extranjero	Dependerá de la ley del país	Dependerá de la ley del país
Chilena	Ordinario extranjero	Extranjero	Dependerá de la ley del país	Sí
Chilena	Ordinario extranjero	Chile	Ninguno	No
Extranjera	Ordinario extranjero	Extranjero	Dependerá de la ley del país	Sí
Extranjera	Arbitral extranjero	Extranjero	Dependerá de la ley del país	Sí
Extranjera	Ordinario extranjero	Chile	Ninguno	No
Extranjera	Arbitral extranjero	Chile	Ninguno	No
Extranjera	Ordinario chileno	Chile	Ordinario chileno	Sí
Extranjera	Ordinario chileno	Extranjero	Dependerá de la ley del país	Dependerá de la ley del país

En último lugar, un punto problemático que se extrae a partir del actual texto de la Ley 19.971 tiene que ver con que no se indica un tribunal competente para efectos del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales de sus artículos 35 y 36. En efecto, la única norma que entrega competencias expresa y especialmente es su artículo 6¹⁸, el que solo entrega ciertas competencias específicas a las Cortes de Apelaciones sobre labores de asistencia y supervisión del arbitraje.

¹⁷ El órgano competente y el cumplimiento forzado son elementos que dependerán de si la ley del país en cuestión permite o no que las medidas cautelares dictadas en otros Estados puedan ser reconocidas y ejecutadas dentro de su territorio. Asimismo, dicha ley será la que determinará el órgano al que se le entregará la ejecución de la medida dentro de su ordenamiento, bien a la justicia ordinaria, bien al mismo tribunal arbitral, etc.

¹⁸ Artículo 6 de la Ley 19.971: Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje. Las funciones a que se refieren los artículos 11, numerales 3) y 4); 13, numeral 3); 14 y 16, numeral 3), serán ejercidas por el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde debe seguirse o se sigue el arbitraje y la del artículo 34, numeral 2), será desempeñada por la respectiva Corte de Apelaciones.

Por consiguiente, al no haber norma especial, este procedimiento quedaría entregado a las normas generales del procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras del Código de Procedimiento Civil, cuyo tribunal competente es la Excelentísima Corte Suprema, hecho que significará, entre otros aspectos, que se deba notificar al demandado para que plantee sus descargos, a solicitar informe a la Fiscalía Judicial para emitir su opinión en resguardo del interés público y facultando a la Corte para abrir un eventual término probatorio, para que una vez se acoja el exequátur dicho laudo pueda ser ejecutado por el tribunal civil de primera instancia que proceda de acuerdo con las normas generales¹⁹.

II. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en el Código de Procedimiento Civil: ¿cómo afecta al arbitraje internacional?

A partir del análisis a la Ley 19.971 pudimos observar que posee una suerte de restricción tácita en cuanto a que las autoridades competentes para conceder y ejecutar medidas cautelares en nuestro país serán exclusivamente los tribunales arbitrales y ordinarios nacionales, y que además para el caso en que sea un tribunal extranjero el que conceda una medida, aquella no podrá ser reconocida ni ejecutada en nuestro país pues la ley no lo permitiría.

Tal como se ha indicado, dado que las medidas cautelares son resoluciones judiciales, si provienen de un procedimiento llevado a cabo en el extranjero necesariamente requerirán de un reconocimiento u homologación en nuestro país para poder proceder a su ejecución, por lo que teniendo en cuenta que la Ley 19.971 no establece norma especial, deberemos dirigirnos a las normas generales del Código de Procedimiento Civil²⁰.

Nuestro Código consagra en el párrafo segundo del Título XIX de su Libro I lo que conocemos como “Procedimiento de Exequátur” o procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales pronunciadas por tribunales extranjeros, también aplicable para las expedidas por árbitros, y cuyo conocimiento se entrega a la competencia exclusiva de la Corte Suprema.

¹⁹ IRARRÁZABAL. (2012), p. 8.

²⁰ Ley 1.552 sobre Código de Procedimiento Civil de Chile de 30 de agosto de 1902. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740>.

Estas normas establecen un orden de prelación mediante el cual se determina la forma y requisitos que deben cumplirse para que la resolución extranjera pueda tener efectos en nuestro territorio: en primer lugar, la resolución en cuestión tendrá en Chile la fuerza que le concedan los tratados internacionales respectivos en la materia²¹; de no haber tratados se le concederá la misma fuerza que en la otra nación se dé a las resoluciones chilenas²², no teniendo fuerza en Chile si es que en dicho país no se da cumplimiento a los fallos chilenos²³; y, en último lugar, se contemplan los siguientes requisitos en su artículo 245:

Artículo 245. En los casos en que no pueda aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por los tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes:

1. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;
2. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional;
3. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la resolución. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa.
4. Que estén ejecutoriadas de conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

Lo anterior nos lleva a considerar que la naturaleza de jurisdicción contenciosa de este procedimiento puede afectar negativamente al arbitraje y los efectos de la medida cautelar que se busca reconocer, ello pues a través de la notificación de la solicitud de reconocimiento podría perfectamente suceder que la contraparte, ya notificada, burle la medida ya sea disponiendo sus bienes, celebrando contratos, entre otros actos. De acuerdo con esta norma y los principios del debido proceso y de bilateralidad de la audiencia, a la parte se le deberá notificar incluso aunque la medida hubiera sido concedida *ex parte*²⁴.

Se ha mencionado que en la práctica forense esta circunstancia no tendría mayor incidencia puesto que la solución última sería justamente la que se planteó anteriormente,

²¹ Artículo 242 del Código de Procedimiento Civil: Las resoluciones pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que les concedan los tratados respectivos; y para su ejecución se seguirán los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados.

²² Artículo 243 del Código de Procedimiento Civil: Si no existen tratados relativos a esta materia con la nación de que procedan las resoluciones, se les dará la misma fuerza que en ella se dé a los fallos pronunciados en Chile.

²³ Artículo 244 del Código de Procedimiento Civil: Si la resolución procede de un país en que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales chilenos, no tendrá fuerza en Chile.

²⁴ GUZMÁN. (Sin fecha), p. 16.

esto es, que nada obsta a las partes para acudir a la justicia ordinaria chilena para solicitar una medida cautelar con carácter prejudicial y, en paralelo, iniciar el procedimiento en sede arbitral nacional o extranjera, según corresponda²⁵.

No obstante, sin perjuicio de que compartimos que aquella sería efectivamente una forma de solución para la situación, en la práctica dista de ser la alternativa más idónea. Nos encontramos frente a procedimientos caracterizados por su celeridad y eficiencia, a los que las partes voluntariamente han decidido someterse en reemplazo de los tribunales ordinarios, por lo que desde ya el solo hecho de tener que solicitar la intervención a una saturada justicia ordinaria implicará necesariamente un factor extra de demora en la resolución del conflicto que han sometido a arbitraje.

No bastando con ello, también se desprende un problema formal de las normas del exequátur puesto que indican que las resoluciones tendrán fuerza en Chile si se encuentran ejecutoriadas de acuerdo con las normas del país de que provienen, de lo que se sigue que este procedimiento solo tendría aplicación para resoluciones de mayor complejidad, como son las sentencias y laudos que resuelven el asunto de fondo, quedando excluidas otras resoluciones como los decretos, los autos y las sentencias interlocutorias (pese a que estas producen eficacia de cosa juzgada)²⁶.

Este sería justamente el razonamiento que tuvo la Corte Suprema en un caso ampliamente citado por la doctrina, en el cual declaró que el procedimiento de exequátur no tiene aplicación para homologar aquellas resoluciones dictadas por tribunales arbitrales extranjeros en las que se concedan medidas cautelares²⁷.

Las partes de este conflicto acordaron que sus disputas serían sometidas a un arbitraje con sede en Dallas, Texas, Estados Unidos de Norteamérica, ante un panel de tres árbitros que tramitarían el procedimiento de acuerdo con las normas de la Asociación Americana de Arbitraje. El 02 de junio de 2009, este panel acogió una solicitud de medidas precautorias incoada por Western Technology Services International Inc. en contra de Cauchos Industriales S.A., imponiéndole a esta última abstenerse de realizar las siguientes conductas:

²⁵ Ibid., p. 17.

²⁶ GUZMÁN. (1997), p. 566.

²⁷ WESTERN TECHNOLOGY SERVICES INTERNATIONAL INC./CAUCHOS INDUSTRIALES S.A. (2010): Corte Suprema de Chile. 11 mayo 2010 (solicitud de exequátur), ROL 5468-2009, en: Poder Judicial de Chile.

- a) Contratar, tratar o intentar de contratar a una persona que sea trabajador o contratista independiente WESTECH o de alguna de sus filiales.
- b) Interferir o intentar interferir en la relación contractual o de otra índole existente entre WESTECH y alguno de sus clientes, proveedores o consultores con respecto a los negocios restringidos.
- c) Obtener o tratar de obtener pedidos de cualquier persona entidad que sea o haya sido cliente de WESTECH en cualquier momento durante la vigencia del *Use Agreement*.
- d) Dedicarse a cualquier actividad competitiva o a negocios restringidos.
- e) Usar o divulgar información confidencial, secretos comerciales o tecnología de WESTECH²⁸.

La Corte Suprema, conociendo sobre el exequátur, señaló que la resolución que se busca homologar en nuestro país no constituiría una decisión o un fallo que resuelva la cuestión principal, por lo que no se podría proceder a su ejecución en tanto la legislación vigente no lo permitiría. En ese orden de ideas, la Fiscal Judicial informó que de acuerdo con los artículos 242 a 245 del Código de Procedimiento Civil, de la Ley 19.971 y de los tratados internacionales aplicables, un laudo arbitral efectivamente podrá ser reconocido en Chile como vinculante u obligatorio, pero, que tales normas se disponen sobre la base de que exista una sentencia o laudo definitivo dictada por un tribunal extranjero, lo que no sucede con la resolución cuyo reconocimiento pide la solicitante, dado que se trata de una medida cautelar²⁹.

Agrega, luego de analizar la resolución para efectos de determinar si podría tratarse eventualmente de una sentencia interlocutoria que resuelva sobre un incidente del juicio estableciendo derechos permanentes a favor de las partes o sobre algún trámite que sirva de base para el pronunciamiento de una sentencia definitiva, que efectivamente correspondería

²⁸ Ibid., pp. 3-6.

²⁹ Ibid., p. 7. En su considerando tercero, se indica que la Fiscal Judicial "(...) Hace hincapié que dichas disposiciones y tratados se refieren al cumplimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, así como a los laudos arbitrales, para concluir que de la misma presentación formulada por los peticionarios aparece que ella no dice relación con un laudo o sentencia arbitral, sino que se solicita autorización para cumplir en Chile, una Orden Precautoria Preliminar de Procedimiento Civil, y que los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento referido no son aplicables al cumplimiento de medidas cautelares dictadas por tribunales extranjeros. Concluye expresando que su opinión es que se rechace, por improcedente, el exequátur de que se trata."

a una medida precautoria que posee un carácter preliminar y prorrogable, tal como dispuso el panel arbitral estadounidense³⁰.

Por lo tanto, al no cumplir con los requisitos dispuestos, la resolución que se sometió al conocimiento de la Corte Suprema finalmente no fue reconocida en nuestro país, rechazándose la solicitud de exequátur sin votos disidentes.

A partir de este fallo, distintos sectores de la doctrina se han preguntado si las resoluciones que conceden medidas cautelares pueden encuadrarse dentro de las nociones de “sentencia” o de “laudo arbitral”, formándose cierto consenso respecto a considerar que finalmente no cabría dar lugar a tal analogía³¹.

No obstante, estimamos que este tipo de resoluciones judiciales deberían poseer algún grado de regulación especial dentro de la legislación, no solo para asegurar la posibilidad de que puedan ser reconocidas y posteriormente ejecutadas cuando la parte obligada no las cumpla voluntariamente, sino también para resguardar los fines y eficacia del arbitraje.

Eduardo Silva Romero, actual presidente del Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Cámara de Comercio Internacional y ex secretario general adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de dicha institución, expresó años atrás durante la presentación de su ponencia en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje sobre “El Arbitraje y la Jurisdicción” del año 2007, que “en definitiva, el pragmatismo subyacente al arbitraje sugiere que, para salvaguardar la eficacia esencial de este mecanismo de resolución de desavenencias, la doctrina evite perderse en consideraciones técnicas formalistas y haga todo lo posible para asegurar que medidas cautelares adoptadas por un árbitro, a través de un laudo e incluso de una orden de procedimiento, puedan ser ejecutadas eficazmente”³².

En síntesis, nuestra propia realidad jurídica es nuestro gran problema: desde el año 2004 la legislación chilena padece de un vacío normativo que impide que aquellas

³⁰ Ibid., p. 8-9. En su considerando cuarto, la Corte indica que “Al efecto, el documento traducido al español que rola a fojas 14 deja constancia que lo solicitado por Western Technology Services International Inc., es la dictación de una orden precautoria preliminar en contra de la demandada Cauchos Industriales S.A. y que al acogerla los jueces manifestaron que esta Orden Precautoria Preliminar se prorrogará y no vencerá hasta que este tribunal dicte una nueva resolución o hasta que las partes convengan algo distinto (...). De lo analizado aparece evidente que la materia del exequátur no es una sentencia interlocutoria que establezca derechos permanentes, desde que el propio tribunal que la dictó, le dio el carácter de preliminar y porque, en definitiva, las medidas precautorias son esencialmente provisionales.

³¹ RIVERA. (2017), p. 2.

³² SILVA. (2007).

resoluciones extranjeras que concedan medidas cautelares puedan ser objeto de reconocimiento y posterior ejecución, y que no se integra ni con las normas de la Ley 19.971 ni con el Código de Procedimiento Civil.

Este hecho no solo pondrá en riesgo la eficacia de la medida concedida, sino también la eficiencia de los procedimientos arbitrales como alternativa a la justicia ordinaria, puesto que al disponer nuestra legislación como opción para las partes el acudir directamente a los tribunales ordinarios, se ignora el aforismo “justicia demorada es justicia denegada”.

CAPÍTULO II: LEY MODELO DE LA CNUDMI Y EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA

I. Medidas cautelares en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Como señalamos anteriormente, la Ley 19.791 reproduce en gran medida las disposiciones de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI de 1985 y que actualmente existen dos versiones de ella: la Ley Modelo original del año 1985³³ y una nueva versión enmendada del año 2006³⁴.

La Ley Modelo de 1985 nació a partir del objetivo que se propuso la CNUDMI en torno a armonizar los sistemas de arbitraje comercial internacional de los Estados parte de las Naciones Unidas, adoptando precisamente la forma de una ley modelo con para lograr establecer una base sólida que permita a los Estados cierta flexibilidad en la preparación de sus propias leyes de arbitraje.

Para contextualizar, la intención subyacente a esta idea de lograr uniformidad en el derecho procesal arbitral entre las distintas legislaciones tuvo su origen en la existencia de ciertos problemas en torno a:

- a) La insuficiencia de las leyes nacionales: la CNUDMI consideró que existían disparidades no solo en el contenido de las disposiciones domésticas, sino también en la evolución de las leyes, existiendo países cuyas leyes de arbitraje datan del siglo XIX y que, por ejemplo, equiparan al proceso arbitral con los litigios seguidos ante los tribunales judiciales, que han sido redactadas solo teniendo en cuenta al arbitraje nacional, etc.³⁵.
- b) Disparidad entre las diversas leyes nacionales: las partes de conflictos internacionales suelen verse enfrentadas a disposiciones y procedimientos extranjeros con los que no están familiarizados, lo que resultaría costoso, poco

³³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>.

³⁴ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2006 y su nota explicativa. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf.

³⁵ Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo de 2006, p. 39. La nota indica: “Es posible que las expectativas de las partes, que se ponen de manifiesto en la elección de un conjunto de normas de arbitraje o en la celebración de un acuerdo de arbitraje “específico”, se vean defraudadas, sobre todo en virtud de una disposición imperativa de la ley aplicable. En las leyes nacionales se encuentran restricciones no previstas ni deseadas referentes. (...) La falta de disposiciones supletorias puede provocar también dificultades, al no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales pertinentes en el arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje.”

práctico y puede afectar negativamente el desarrollo del procedimiento, o incluso la elección de la sede del arbitraje³⁶.

Con todo, la ley modelo establece una serie de principios y procedimientos concretos que buscan precisamente eliminar y reducir dichos problemas, estableciendo un régimen especial que no afecta a los tratados internacionales ratificados por el país que la adopta, siendo lo suficientemente flexible para permitir su modificación, actualización o perfeccionamiento³⁷.

Antecedente de esta ley es el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de 1976, instrumento mediante el cual se disponían normas y recomendaciones por las partes podrían instaurar en sus convenios de arbitraje, a fin de permitir el arreglo de controversias en un contexto de relaciones comerciales internacionales³⁸.

Fue creado cuando el arbitraje aún no se extendía ampliamente como mecanismo de resolución de conflictos alternativo a la justicia ordinaria, de tal modo que se buscaba que fueran utilizadas tanto por países bajo el sistema del *common law* como del *civil law*³⁹.

No debe perderse de vista que este Reglamento se constituye como un conjunto de reglas que se entrega a las partes de un arbitraje ad hoc en el que decidieron no someterse a la vigilancia de instituciones de arbitraje u otros órganos administrativos permanentes. Esta circunstancia hace que esencialmente difiera de la Ley Modelo, pues dichas reglas se diseñan para dotar de cierta flexibilidad a los arbitrajes en que las partes pertenecen a Estados distintos⁴⁰, razón por la cual en ningún caso podrían, por ejemplo, modificar o afectar las facultades que tienen los tribunales ordinarios en sus respectivos países; es decir, poseen una naturaleza esencialmente privada⁴¹.

³⁶ Ibid., p. 21. Sobre este punto, la nota destaca que “La inseguridad acerca de la ley local, con el riesgo inherente de frustración, puede afectar negativamente no solo al desarrollo del proceso arbitral sino a la propia elección del lugar de arbitraje. Por las razones indicadas es perfectamente posible que una de las partes no se decida o se niegue a aceptar un lugar que de lo contrario, por razones prácticas, sería procedente en el caso concreto. Por consiguiente, la adopción por los Estados de la Ley Modelo, que es fácilmente reconocible, responde a las necesidades específicas del arbitraje comercial internacional y proporciona una norma internacional con soluciones aceptables para partes de Estados y ordenamientos jurídicos diferentes, aumentaría las posibilidades en cuanto a los lugares de arbitraje y facilitaría la sustanciación de las actuaciones arbitrales.”

³⁷ Ídem., p. 22.

³⁸ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/arb-rules-s.pdf>.

³⁹ TUCKER. (2011), p. 2.

⁴⁰ Reporte del Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación en su sesión n°45, 11-15 de septiembre de 2006. Documento A/CN.9/614. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/614>, pp. 17-19.

⁴¹ TUCKER. (2011), p. 3.

Por su parte, la Ley Modelo de 1985 merece similares comentarios a los que se hicieron previamente cuando analizamos la Ley 19.971, debido a que ambos textos son prácticamente idénticos, motivo por el que comparten críticas en torno a su regulación sobre medidas cautelares. Sin perjuicio de ello, sería conveniente recordar el contenido de los siguientes artículos:

- a) Artículo 1: establece el ámbito de aplicación de la ley y cuáles artículos se aplicarán incluso si el arbitraje posee sede extranjera.
- b) Artículo 9: consagra la compatibilidad del acuerdo de arbitraje con la facultad de las partes para solicitar medidas cautelares a los tribunales ordinarios.
- c) Artículo 17: consagra la facultad de los árbitros para conceder medidas cautelares.
- d) Artículo 35: establece el mecanismo de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

En suma, la principal norma sobre medidas cautelares en la Ley Modelo de 1985 corresponde a su artículo 17, artículo que se agota en consagrar una simple facultad, sin expresar definiciones, requisitos, si acaso dichas medidas podrán ser reconocidas o ejecutadas, etc.

Un antecedente de este artículo 17 se encuentra en el artículo 26 del Reglamento de 1976, que consagraba la existencia de “medidas provisionales de protección”, respecto a las cuales el tribunal arbitral podía, a petición de parte, ordenar todas las medidas provisionales que fueren necesarias en relación con el objeto del litigio, que podían ser concedidas en forma de laudo provisional, que podía exigir garantía para asegurar el costo de la medida y que las solicitudes de medidas provisionales hechas a las autoridades judiciales no se considerarían incompatibles ni como una renuncia al acuerdo de arbitraje⁴².

Sin perjuicio de que el arbitraje es esencialmente consensual y las partes comúnmente cumplen voluntariamente con las medidas cautelares que les imponen los

⁴² Artículo 26 del Reglamento de 1976:

1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto del litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto del litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.
2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.
3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.

árbitros⁴³, el problema de la imposibilidad de forzar el cumplimiento de la medida cuando la contraria decida no hacerlo voluntariamente, junto con otros problemas de la redacción del artículo 17 de la Ley Modelo de 1985, llevaron a que el segundo Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional se abocara a trabajar en una reforma del artículo, teniendo en consideración razones tales como la importancia que han cobrado las medidas cautelares en los procedimientos arbitrales, el escaso desarrollo sobre esta materia en las leyes locales, la necesidad de establecer una alternativa modelo para las tradicionales dudas que han existido en torno al reconocimiento, la eficacia y el alcance de este tipo de medidas, entre otras⁴⁴.

De este modo, el año 2006 la CNUDMI concreta la reforma del texto de la Ley Modelo de 1985 a través de la enmienda de sus disposiciones, impulso que también llevó a la modificación del Reglamento de Arbitraje durante el año 2010, con el fin de mantener consistencia entre ambos instrumentos⁴⁵.

Estas reformas introdujeron mejoras notorias en torno a la regulación de las medidas cautelares como una institución relevante dentro del arbitraje comercial internacional, se crea finalmente un mecanismo especial para su reconocimiento y ejecución, y se consagra expresamente la facultad de la justicia ordinaria para conceder estas medidas⁴⁶:

A. Creación de un Capítulo IV A sobre medidas cautelares y órdenes preliminares

Una de las grandes reformas introducidas por las enmiendas del año 2006 versa sobre la creación de una nueva regulación sobre medidas cautelares en los procedimientos

⁴³ International Arbitration Survey de la Queen Mary University of London de 2012. Disponible en: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf, pp. 16-19. A la fecha, el estudio señalaba de un 35% de solicitudes de medidas cautelares se conceden, en un 62% de los casos las medidas son cumplidas voluntariamente, mientras las partes que buscan su ejecución judicial corresponde solo al 10% de los casos. Véase además International Arbitration Survey de la Queen Mary University of London de 2021, disponible en http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf, p. 10. Actualmente, un 39% de las encuestadas considera que poder ejecutar decisiones de árbitros de emergencia o medidas cautelares de tribunales arbitrales es una circunstancia que hace más atractivas a una sede de arbitraje.

⁴⁴ FERNÁNDEZ *et al.* (2012), p. 5.

⁴⁵ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010. <http://www.isci.institute/cms/uploads/content/files/1487978786-reglamento-arbitraje-revisado-2010.pdf>.

⁴⁶ Resultan relevantes dos párrafos del preámbulo de la Resolución 61/33 aprobada por la Asamblea General el 4 de diciembre de 2006: "Reconociendo la necesidad de que las disposiciones de la Ley Modelo se ajusten a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje y al otorgamiento de medidas cautelares; Convencida de que los artículos revisados de la Ley Modelo relativos a la forma del acuerdo de arbitraje y las medidas cautelares, por cuanto reflejan esas prácticas actuales, mejorarán de manera significativa el funcionamiento de la Ley Modelo (...)"

de arbitraje comercial internacional, pasando de una regulación escueta de tan solo un artículo breve, a un capítulo completo dedicado a la materia. Así, la CNUDMI ratifica la relevancia que tienen estas medidas para la eficacia del arbitraje, cuya efectividad en ciertos casos podría incluso depender de que estas medidas prosperen finalmente⁴⁷.

La creación de este nuevo capítulo se inspira en el hecho de que las medidas cautelares en el arbitraje internacional pueden conllevar a un choque entre las distintas facultades que dos o más legislaciones consagran para sus respectivos árbitros, por lo que habrá de requerirse de cierto grado de uniformidad⁴⁸.

A su turno, el reformado artículo 17 no solo consagra la ya existente facultad de los árbitros para otorgar medidas cautelares, sino que entrega además una definición expresa de la noción “medida cautelar”, estableciendo que:

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares.

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.
- 2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal ordene a una de las partes que:
 - a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirime la controversia;
 - b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
 - c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
 - d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

A partir de este listado, desde ya podríamos lograr identificar ciertos tipos de medidas cautelares, por ejemplo: en su literal a) encontraríamos aquellas medidas dirigidas a mantener la confidencialidad en el procedimiento o aquellas restricciones que pudieren imponerse a una empresa para hacer negocios con otra durante el litigio, como serían

⁴⁷ Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo de 2006, *supra* nota 34, p. 26.

⁴⁸ TUCKER. (2011), p. 1.

aquellas ordenadas en el caso Western Technology Services International Inc. con Cauchos Industriales S.A del que se habló previamente; en su literal b) podríamos situar a las medidas antiproceso o *anti-suit injunctions*.⁴⁹; y, por último, medidas como las *security for costs* o pago de los costos del arbitraje podrían adecuarse tanto en el literal b) como en el c), lo que ha sido discutido⁵⁰

De modo similar, el nuevo Reglamento de Arbitraje de 2010 rediseñó el contenido de su artículo 26 a fin de entregar pautas claras para el otorgamiento de estas medidas en los arbitrajes ad hoc, otorgando una amplia gama de posibles medidas, sin ser taxativo, y sin limitar su aplicación al objeto del litigio⁵¹.

Este nuevo enfoque fue adoptado por el Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación de la CNUDMI, una vez se acordó que la redacción original del artículo 26 del Reglamento de 1976, que indicaba que el tribunal arbitral "podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio", debía ser reformado para coincidir con las enmiendas de la Ley Modelo de 2006. Por ende, la expresión "respecto del objeto en litigio" no fue incorporada en las reformas de la Ley Modelo y del Reglamento, pues se consideró que restringía demasiado las circunstancias que justificarían el otorgamiento de una medida cautelar⁵².

Cabe señalar que el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley Modelo de 2006 reconoce expresamente que la medida podrá adoptar o no la forma de un laudo, lo que permitiría que este tipo de resoluciones puedan ser reconocidas y ejecutadas a través de los procedimientos que dispone la misma Ley, así como por aquellos que se consagran en tratados internacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros⁵³.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir las partes para obtener medidas cautelares, el nuevo artículo 17 A exige que las partes deberán acreditar la urgencia y la necesidad de que se otorgue una medida en su favor por parte del tribunal arbitral:

⁴⁹ PERALES. (2007). La autora señala que las medidas antiproceso corresponden a medidas que prohíben a una parte acudir a la justicia ordinaria para iniciar ante esta el litigio principal, o incluso para ordenar que la parte que ya inició un procedimiento ordinario lo suspenda.

⁵⁰ BORDACHAR. (2015), p. 11. El autor menciona que las *security for costs* buscan asegurar las costas del proceso cuando, por ejemplo, exista riesgo presumible que una parte no pueda cubrir las costas arbitrales de la contraparte, cuando fuere vencida.

⁵¹ Artículo 26 de la Ley Modelo de 2006: Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que, **por ejemplo:** (...)

⁵² Reporte del Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación en su sesión n°45, 11-15 de septiembre de 2006. Documento A/CN.9/614. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/614>, p. 22.

⁵³ RIVERA. (2014), p. 172.

Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares.

- 1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b), o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que:
 - a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser ésta otorgada; y
 - b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.
- 2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

Aunque no lo señale expresamente, lo cierto es que subyacen a estos requisitos la concurrencia de *periculum in mora*⁵⁴, por cuanto las partes deberán convencer al tribunal de que existe la inminencia de un daño no reparable a través de una indemnización, y de *fumus bonni iuris*⁵⁵, pues deberán acompañar antecedentes que constituyan no solo una presunción grave del derecho que se reclama, sino una presunción lo suficientemente razonable de que la demanda sobre el fondo del litigio tiene posibilidades de prosperar.

Por otro lado, la CNUDMI crea una nueva institución relacionada con el otorgamiento *ex parte* de las medidas cautelares: las órdenes preliminares, sobre las que se dispone que:

Artículo 17 B. Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento.

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.

⁵⁴ Los artículos 291 a 296 del Código de Procedimiento Civil chileno señalan, sobre *periculum in mora*, que se trata de situaciones como el “temor de pérdida de la cosa”, “temor de deterioro de la cosa”, “motivo racional para creer que (el demandado) procurará ocultar sus bienes”, “temor que los derechos del demandante queden burlados” o “que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio”.

⁵⁵ El artículo 298 del Código de Procedimiento Civil señala que para decretar medidas precautorias “deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.”

- 2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.
- 3) Las condiciones definidas en el artículo 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Estas órdenes preliminares han generado bastantes dudas puesto que se posicionan como un punto medio entre una medida cautelar como tal y una medida cautelar *ex parte*, dudas que se han hecho presentes desde la discusión misma de las enmiendas, donde la nota explicativa de la Ley Modelo de 2006 de la Secretaría de la CNUDMI nos indica que a través de estas órdenes se buscaría mantener el *status quo* mientras se espera a que el tribunal arbitral dicte una medida cautelar *ex parte*, con arreglo a la cual se aprobará o modificará dicha orden⁵⁶.

Es decir, mientras una medida cautelar se encuentra pendiente de resolución, se podrá solicitar una orden preliminar mediante la cual se instará a la contraria a abstenerse de alterar el objeto o circunstancias que fundamentan la medida cautelar pendiente, hasta que dicha medida sea finalmente concedida o rechazada. A través de ellas se buscaría evitar que la medida cautelar pueda ser frustrada producto de su notificación.

A pesar de que se constituyen como una posibilidad de obtener medidas cautelares en una suerte de naturaleza *ex parte*, los alcances de esta institución se encuentran bastante delimitados por la Ley Modelo, indicándose en su artículo 17 C la siguiente tramitación para salvaguardar los derechos de la parte afectada:

Artículo 17 C. Régimen específico de las órdenes preliminares.

1. Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello.

⁵⁶ Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo de 2006, *supra* nota 34, p. 19.

2. Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.
3. El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.
4. Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.
5. Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

Estas reglas precisamente vienen a resguardar el derecho de la parte agraviada para ser oída en el procedimiento, lo que distingue a las ordenes preliminares de las medidas *ex parte* propiamente tales, que por lo general pueden ser ordenadas sin conocimiento de la contraria. Otro punto relevante es que deja de manifiesto la naturaleza esencialmente voluntaria de estas órdenes, toda vez que no pueden ser objeto de ejecución judicial ni constituyen laudos, por lo que su cumplimiento quedará sujeto exclusivamente a la buena fe de las partes.

Por último, la Ley Modelo dispone en sus artículos 17 D a 17 G circunstancias tales como que la facultad del tribunal arbitral para modificar, suspender o revocar cualquier medida cautelar u orden preliminar que hubiere otorgado, a petición de parte o de oficio; para exigir garantía respecto de alguna de ellas; para exigir a las partes que den a conocer cualquier cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron la solicitud de la medida u orden preliminar; y, finalmente, se dispone que la solicitante será responsable de las costas, daños y perjuicios que su medida produzca a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine que no deberían haberse otorgado.

B. Creación de un mecanismo especial de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Como señalamos anteriormente, uno de los problemas que identificamos en relación con las medidas cautelares en la Ley Modelo de 1985 tenía que ver con que, a diferencia de

los laudos arbitrales, estas no podían ser reconocidas y ejecutadas cuando hubieren sido concedidas en un arbitraje con sede extranjera, puesto que no contemplaba norma especial.

Sobre este punto existe una visión generalmente aceptada de que estas medidas no serían reconocibles ni ejecutables a través de los procedimientos dispuestos en tratados como la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, debido a que sus normas aplicarían solo para resoluciones finales que resuelvan el litigio, las que se diferencian de las medidas cautelares que son resoluciones de naturaleza más bien temporal⁵⁷.

Por estos motivos, consideramos que el siguiente gran cambio propuesto por la Ley Modelo de 2006 corresponde a la creación de una sección 4 sobre reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, mecanismo busca precisamente solucionar los inconvenientes que hasta ahora hemos observado a lo largo de esta tesis y con el cual podríamos superar aquellas controversias que surgen al estimar si estas medidas son resoluciones finales o no⁵⁸.

Es tal la importancia de este nuevo artículo, que se ha comentado en torno a su relevancia que: *“What the New York Convention is to enforcement of arbitral awards, article 17(H) and (I), if widely implemented, may become to the enforcement of interim measures”*⁵⁹.

La expresión no pareciera ser exagerada, puesto que la ley es determinante al disponer de forma expresa en el primer párrafo de su nuevo artículo 17 H que las medidas cautelares habrán de ser vinculantes y serán ejecutadas por el tribunal ordinario que corresponda. Específicamente, dicho artículo dispone que:

Artículo 17 H. Reconocimiento y ejecución.

- 1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I.
- 2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

⁵⁷ SAVOLA. (2015), p. 14.

⁵⁸ FERNÁNDEZ *et al.* (2012), p. 8.

⁵⁹ MADSEN. (2008), p. 349.

- 3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Se desprende de este artículo que una vez las partes acordaron dotar al tribunal arbitral de la competencia para conceder medidas cautelares, no podrán desentenderse luego de dichas medidas y deberán ser ejecutadas por el tribunal competente cuando no sean cumplidas voluntariamente o escapen de la esfera de atribuciones del árbitro. Se reconoce el carácter vinculante de la medida cautelar, haya sido otorgada en forma de laudo o no, y salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa deberá ejecutarse pues goza de una presunción de validez⁶⁰.

Por último, el tribunal ordinario al cual se le solicita el reconocimiento o ejecución de la medida cautelar podrá denegar su reconocimiento o ejecución por alguna de las causales específicas que determina el artículo 17 I⁶¹, limitando la intervención del tribunal ordinario únicamente al análisis del cumplimiento de las formalidades que lo llevarán a decidir si acceder o rechazar la solicitud, pues la propia ley les obliga a abstenerse de emprender en revisiones del contenido o fondo de la medida cautelar⁶².

⁶⁰ MEZZERA *et al.* (2018), p. 8.

⁶¹ Artículo 17 I: Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

- 1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:
 - a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que:
 - i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o
 - ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o
 - iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o
 - b) si el tribunal resuelve que:
 - i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que
 - ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.
- 2) Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

⁶² La nota a pie de página de este artículo en la Ley Modelo de 2006 señala que: "Las condiciones enunciadas en el artículo 17 I tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un tribunal (ordinario) podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en su legislación menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar."

C. Consagración expresa de la facultad de la justicia ordinaria para dictar medidas cautelares

El artículo 9 de la Ley de 1985 nos permitía concluir que los tribunales ordinarios no estaban vedados de dictar medidas cautelares para apoyar los procedimientos arbitrales internacionales, pues lo anterior no sería incompatible con el acuerdo de arbitraje. Este artículo se mantiene esencialmente en las enmiendas de 2006 pero se refuerza a través de una consagración aún más detallada en un nuevo artículo 17 J:

Artículo 17 J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal.

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

Se reafirma que la justicia ordinaria podrá intervenir en los arbitrajes siempre que sea en servicio de las actuaciones arbitrales, que la existencia de un acuerdo de arbitraje no menoscabará las facultades y procedimientos de los tribunales de justicia para dictar dichas medidas, y que toda parte será libre para solicitar a dicho tribunal el otorgamiento de estas medidas⁶³.

Por consiguiente, la Ley Modelo de 2006 efectivamente introduce mejoras de gran significación para los efectos de resolver el problema que hemos desarrollado, sin embargo, debemos tener presente que por sí sola no es la panacea. A partir de su análisis también podemos identificar ciertos asuntos que podrían derivar en controversias, principalmente en torno a su interpretación literal, al alcance que tendrían los tribunales ordinarios para adecuar las medidas durante su reconocimiento, a las dudas que existen respecto de las órdenes preliminares y otros asuntos procesales pendientes:

D. Eventuales conflictos derivados de su interpretación literal

Similar a lo que sucedía con la interpretación literal del artículo 17 de la Ley Modelo de 1985, la Ley de 2006 posee ciertos preceptos que podrían suscitar problemas, tales como

⁶³ Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo de 2006, *supra* nota 34, p. 34.

su artículo 17 H, que en su primer párrafo señala que “toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral” podrá ser reconocida y ejecutada.

A mayor abundamiento, si nos atenemos al tenor literal de la norma nuevamente podemos concluir que la ley establecería restricciones para su aplicación, siendo el meollo del asunto determinar si la norma incluye o excluye de su aplicación a aquellas medidas cautelares que son concedidas por tribunales ordinarios en el marco arbitrajes con sede extranjera.

Una respuesta para este asunto podría encontrarse en la norma del artículo 2 A de la Ley Modelo de 2006, que se contrasta con la posición anterior al establecer que las disposiciones de la ley deberán ser interpretadas de forma amplia y de acuerdo con los principios que la inspiran⁶⁴.

Por lo tanto, por criterio de especialidad de la norma, una interpretación amplia y armónica del artículo 17 H junto con el artículo 17 J que permite que los tribunales ordinarios puedan asistir al arbitraje a través de la dictación de medidas cautelares, nos lleva necesariamente a concluir que entender esta facultad circunscrita solo a la justicia ordinaria nacional no solo carecería de sentido, sino que además sería contraria al espíritu de la reforma, por lo que el mecanismo de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares sí habría de permitir su aplicación para medidas que tengan su origen en un tribunal ordinario extranjero, a pesar de que el artículo 17 H utilice la expresión “tribunal arbitral”.

E. Límites de la potestad de la justicia ordinaria para adecuar las medidas a sus propias facultades al resolver sobre su reconocimiento o ejecución

A partir de la causal de denegación del reconocimiento o ejecución del literal i) de la letra b) del párrafo 1) del artículo 17 I⁶⁵, se desprende que, a la hora de acoger o rechazar una solicitud de reconocimiento o ejecución, los tribunales ordinarios están facultados para

⁶⁴ Artículo 2 A de la Ley Modelo de 2006: Origen internacional y principios generales.

- 1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.
- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley.

⁶⁵ El artículo en cuestión dispone que el tribunal ordinario podrá denegar el reconocimiento o ejecución si resolviere que: “la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido.”

adecuar una medida cautelar ordenada en un arbitraje comercial internacional a otra que sea compatible con sus respectivas facultades.

Si bien su párrafo segundo⁶⁶ se encarga de limitar la intervención del tribunal ordinario al establecer que no podrán emprender en revisiones del contenido de la medida cautelar, limitando su actuación a la sola tarea de determinar si la solicitud de reconocimiento cumple con los requisitos formales para efectos de ser acogida o rechazada, ciertamente cabe cuestionarnos hasta qué punto realmente podría llegar el tribunal en este ejercicio lógico de adecuar la medida cautelar a su ordenamiento jurídico local para que pueda ser compatible con sus facultades.

Por ejemplo, si en Chile hoy rigiera la Ley Modelo de 2006, un problema que podría suscitarse eventualmente diría relación con las medidas precautorias del artículo 290 de nuestro Código de Procedimiento Civil y su taxatividad al no contemplar otros tipos de medidas cautelares como son las medidas cautelares innovativas⁶⁷.

En este caso la actuación del tribunal ordinario sería bastante clara: solo se limitaría a verificar que la medida cuyo reconocimiento se solicita se identifica como alguna de las del artículo 290 y que cumple efectivamente con los requisitos de la medida de que se trate. Pero, el problema surgiría si el tribunal estimare necesario emprender un ejercicio lógico aún más desarrollado para intentar adecuar la medida cautelar, por ejemplo, a una medida precautoria innominada en los términos de los artículos 298 y 300 del Código de Procedimiento Civil⁶⁸.

De este modo, si en un caso concreto el tribunal ordinario no pudiera adecuar la medida a alguna de las establecidas en el artículo 290, como sucedería si por ejemplo aquella que se busca reconocer o ejecutar tuviera una finalidad innovativa o anticipativa que escapa de la naturaleza conservativa de las medidas precautorias nominadas, bien podría suceder que este emprenda en una revisión del fondo de la medida con el fin de reconocerla

⁶⁶ Artículo 17 I párrafo 2 de la Ley Modelo de 2006: Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se le solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

⁶⁷ PEYRONE. (2009), p. 85. El autor las define como “una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan los resultados consumados de un proceder antijurídico.”

⁶⁸ RANGEL. (1989), p. 91. El autor define estas medidas como “aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.”

o ejecutarla como precautoria innominada, lo que eventualmente podría modificar su naturaleza en contravención de lo dispuesto en el artículo 17 I de la Ley Modelo de 2006.

Esta facultad de la justicia ordinaria ciertamente es un punto sobre el cual nuestro legislador deberá tener especial atención si se tomase la decisión de adoptar la Ley Modelo de 2006, puesto que la intención que subyace a las normas de la Ley Modelo ha sido precisamente limitar la intervención de la justicia ordinaria a ciertas y determinadas situaciones para conciliar la actividad arbitral con la judicial, en beneficio de la eficacia del arbitraje⁶⁹.

F. Órdenes preliminares como institución controversial

En los procedimientos judiciales las medidas cautelares *ex parte* cumplen un importante rol en aquellos casos en que el “elemento sorpresa” resulta imprescindible, a diferencia del arbitraje comercial internacional, donde se ha aceptado ampliamente la opinión de que no cabría dar lugar a medidas cautelares de naturaleza puramente *ex parte*⁷⁰.

Se ha señalado que estas medidas implican una infracción al principio de igualdad entre las partes del acuerdo arbitral toda vez que permitirían que una de ellas pueda acudir directamente al tribunal arbitral, sin que la contraria tenga conocimiento de ello, lo que podría derivar en una oportunidad para obtener beneficios o ventajas a costa de la otra y sin que la afectada tenga posibilidad alguna de presentar sus descargos⁷¹.

⁶⁹ ARRARTE. (2009), pp. 3-12. Al respecto, la autora destaca, a propósito de la adopción de la Ley Modelo de 2006 en la Ley General de Arbitraje del Perú de 2008, que la intervención judicial puede clasificarse en las siguientes modalidades:

- Intervención subsidiaria, que se presenta en aquellos casos en que existe imposibilidad material o jurídica para que los árbitros decidan o ejecuten determinados actos vinculados al proceso bajo su conducción, siendo imprescindible llenar este vacío a través del auxilio judicial.
- Intervención complementaria, que se presenta en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere necesariamente tanto de la intervención arbitral como de la judicial, cayendo aquí principalmente aquellos actos que requieren actividad coercitiva, tales como la ejecución de una medida cautelar o de un laudo arbitral.
- Intervención de colaboración, que trata supuestos en que la obtención de una decisión como su ejecución pueden ser conseguidas en el proceso arbitral, pero la ley permite que se solicite en vía judicial sin que ello implique una renuncia al arbitraje, caso en el cual encontramos actuaciones probatorias o el dictado de medidas cautelares durante la tramitación del arbitraje, ambas circunstancias en que resultaría más eficiente recurrir a la justicia ordinaria por razones de urgencia.
- Intervención revisora, que se configura tanto por la posibilidad de solicitar el reconocimiento de un laudo extranjero como por la existencia del recurso de anulación para la impugnación del laudo arbitral.

⁷⁰ SAVOLA. (2015), pp. 15-17.

⁷¹ VAN HOUTTE. (2004), p. 91. En este sentido, el autor señala que “*A request for interim measures ex parte inevitably will lead to an ex parte discussion of the merits and the context of the case. How will the other party inevitably know precisely what the requesting party has been told? If the request ex parte is dismissed, it may never learn about it. But even when the request is granted and a contradictory debate is organized at a later stage,*

Así, la tutela cautelar *ex parte* escaparía de la esfera de atribuciones que poseen los árbitros puesto que la institución rompe la naturaleza consensual del arbitraje al existir un acuerdo previo entre las partes⁷², hecho que además podría derivar en una inequidad procesal entre ambas, una ineficiencia práctica y una alteración en los sistemas de cooperación⁷³.

A partir de los reportes del Grupo de Trabajo II podemos observar que, a pesar de que en su interior efectivamente hubo una importante intensión de reglamentar las medidas cautelares, la propuesta de normar las medidas *ex parte* produjo importantes discrepancias. Quienes estuvieron a favor de esta propuesta consideraron que habría situaciones en que las medidas solo habrían de ser efectivas si pueden “sorprender” a su destinatario⁷⁴.

Pero, por otro lado, quienes se mantuvieron contrarios a esta idea, señalaron que la adopción de medidas cautelares *ex parte* sería contraria al espíritu del arbitraje en tanto estos procedimientos se basan en la confianza recíproca existente entre las partes, quienes decidieron conjuntamente resolver sus conflictos en esta sede, exigencia que no aplica para los procedimientos judiciales⁷⁵.

Finalmente, el Grupo de Trabajo decidió adoptar el régimen de las órdenes preliminares para, de alguna manera, lograr conciliar estas dos alternativas antagónicas entre la adopción y la exclusión de las medidas cautelares *ex parte*.⁷⁶

Desde luego, la institución no ha estado exenta de críticas en cuanto a su aplicación y reglamentación, siendo también objeto de controversia al no haber sido agregadas al Reglamento de 2010, dada la falta de consenso que hubo sobre su incorporación en relación con la naturaleza privada de dichas reglas⁷⁷.

Se señaló que si bien su establecimiento en el Reglamento podría haber ayudado a clarificar su procedimiento y potenciar la efectividad de las medidas cautelares, también

the other party will never be informed exactly what was said ex parte. Consequently, a later contradictory hearing will not repair the initial breach of the 'contradictoire'.

⁷² Ibid., p. 89. De acuerdo con el autor: “It is very likely that, if asked whether or not their arbitrator should be entitled to order measures *ex parte*, the parties categorically would refuse him such power. Consequently, the jurisdiction to issue *ex parte* decisions goes in most cases against the common intention of the parties. It could undermine the fundamental principle of agreement upon which the arbitrator is based and through which it is most effective.”

⁷³ MONDRAGÓN. (2005), pp. 3-5.

⁷⁴ Reporte del Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación en su sesión n°36, 4-8 de marzo de 2002. Documento A/CN.9/508. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/508>, p. 19.

⁷⁵ VAN HOUTTE. (2004), pp. 85-95.

⁷⁶ FERNÁNDEZ *et al.* (2012), p. 8.

⁷⁷ Reporte del Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación en su sesión n°47, 10-14 de septiembre de 2007. Documento A/CN.9/641. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/CN.9/641>, párrafo 53, p. 11.

podría ser inapropiado. De este modo, la omisión de estas órdenes se debería, por una parte, al hecho de que el Reglamento se entrega para su adopción y aplicación por las partes y no por las legislaciones como sí hace la Ley Modelo; y por otra, porque no ha habido consenso en la comunidad internacional sobre la aceptación de la aplicación de esta institución⁷⁸.

Finalmente, un último argumento que han entregado autores al respecto se sustenta en que, si el crecimiento sostenido del arbitraje ha sido posible incluso con el monopolio de los tribunales ordinarios sobre las medidas cautelares *ex parte*, no haría falta innovar en ese aspecto⁷⁹.

G. Aspectos procesales pendientes

Por último, las enmiendas han sido objeto de críticas respecto de quienes consideran que su artículo 17 sería una fórmula incompleta al no establecer cuestiones como un estándar de prueba o de convicción que las partes deban cumplir para efectos de obtener una medida; por omitir referencia expresa al concepto de “urgencia”; por no definir ni entregar luces sobre el significado de la expresión “daño no resarcible” mediante una indemnización; por imponer un solo estándar para diferentes tipos de medidas; y por omitir referencia a otros tipos de medidas cautelares como las *security for costs*⁸⁰.

Además, podemos observar que la ley no contempla recurso para impugnar ni la resolución que niegue el reconocimiento de la medida extranjera ni la que declare la inadmisibilidad de la solicitud. El artículo 34⁸¹ de la ley establece al recurso de nulidad para impugnar un laudo arbitral, que no sería aplicable para recurrir en contra de las resoluciones que se indican, que no poseen naturaleza de laudo.

La resolución que niegue el reconocimiento, o que declare la inadmisibilidad de la solicitud, son resoluciones judiciales que tendrán la naturaleza de sentencia interlocutoria que pone término al juicio o hacen imposible su continuación, supuesto que nos llevaría a concluir que los recursos pertinentes podrían ser recursos de apelación o casación, o incluso de reposición especial, afirmación que cae por sí misma al ser la Corte Suprema el tribunal

⁷⁸ Ibid., párrafo 54, p. 11.

⁷⁹ FELDSTEIN. (2013).

⁸⁰ BORN. (2014), p. 2466.

⁸¹ Artículo 34 párrafo 1 de la Ley Modelo de 2006: Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.

competente en nuestro país para el reconocimiento u homologación de resoluciones extranjeras, y porque el Código de Procedimiento Civil no contempla recursos para el procedimiento de exequátur.

En resumidas cuentas, es claro que la Ley Modelo ha constituido un avance significativo en materia de arbitraje internacional, aún más por sus enmiendas del año 2006. Que los propios tribunales arbitrales puedan resolver sobre estas medidas en vez de forzar a las partes a acudir a los tribunales ordinarios locales es un hecho que fortalece al arbitraje y permite que el sistema arbitral internacional pueda evolucionar en un sistema de resolución de conflictos cada vez más autosuficiente y sofisticado⁸².

Actualmente la Ley Modelo posee el desafío de ampliar su vigencia a la generalidad de los estados miembros de las Naciones Unidas, encontrándose actualmente vigente en 83 Estados de las Naciones Unidas, en un total de 116 jurisdicciones, de las cuales solo 34 han incorporado sus últimas enmiendas. El desafío de la CNUDMI para lograr los objetivos que se ha propuesto se encuentra aún más vigente en el resto de las legislaciones cuyos sus sistemas se basan en la Ley Modelo de 1985⁸³.

Este análisis nos lleva a afirmar entonces que no existe una práctica uniforme en el otorgamiento de medidas cautelares: las leyes de arbitraje locales y sobre todo aquellas basadas en la redacción de 1985 carecen de claridad sobre la autoridad de los árbitros en la materia. Mientras algunos argumentan que estas normas deberían permanecer más o menos vagas para dar cierta discreción a los árbitros, otros argumentan que las legislaciones de arbitraje deberían equilibrar la flexibilidad de la Ley Modelo con una delimitación suficiente para evitar confusiones y dudas en los árbitros⁸⁴.

Pero, podría no ser suficiente que las medidas concedidas por el árbitro sean ejecutables en el país sede del arbitraje, puesto que no siempre se dará la coincidencia de que el país sede coincida con el lugar donde la medida cautelar deba ejecutarse, tal como sucedería si las partes decidieran resolver su conflicto en un país tercero, motivo por el que se hace necesaria una adopción amplia de las nuevas normas de la Ley Modelo de 2006 por

⁸² GRANDO. (2016).

⁸³ Para más información sobre la adopción de la Ley por los Estados y otra información, véase: Situación actual de la Ley Modelo, disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status.

⁸⁴ RENÉE. (2010), p. 25.

parte de la mayor cantidad de países posible, sobre todo en aquellas legislaciones que continúan bajo la Ley Modelo de 1985, o que poseen mecanismos propios ya obsoletos⁸⁵.

II. El arbitraje de emergencia de los reglamentos institucionales como alternativa para obtener tutela cautelar

Años atrás, quien necesitase una medida cautelar para el resguardo de su pretensión antes de la constitución del tribunal arbitral tenía dos opciones: esperar la constitución del tribunal arbitral bajo riesgo de que cualquier decisión futura pudiera ser ineficaz, o bien, acudir al tribunal ordinario competente para solicitar la medida con carácter prejudicial, con la evidente demora que ello significaría⁸⁶.

Producto de lo anterior, la posibilidad de hacer efectiva una medida cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral de forma rápida y eficaz para proteger los derechos de la parte hace que la figura del árbitro de emergencia sea cada vez más atractiva tanto para los interesados como para las instituciones que han incorporado esta institución⁸⁷.

El árbitro de emergencia es un árbitro como tal, designado de manera sencilla y rápida por la institución arbitral y no por las partes, cuya competencia se limita a solo decidir sobre las medidas cautelares “urgentes” que le hubieren sido solicitadas por la parte interesada, conocidas como “medidas de emergencia”. No solo cumple con exigencias mínimas de imparcialidad, independencia y preservación del debido proceso, sino también con exigencias de rapidez en la toma de decisiones urgentes mientras se constituye el tribunal arbitral⁸⁸.

La mayor parte de los reglamentos institucionales arbitrales que establecen la figura del árbitro de emergencia disponen de plazos breves para sus procedimientos, lo que constituye una garantía de eficiencia para quien solicita una medida de emergencia. Es especialmente relevante en arbitrajes internacionales cuando dos o más jurisdicciones se ven involucradas, constituyéndose como una herramienta eficaz en comparación con la autoridad judicial ordinaria⁸⁹.

⁸⁵ SAVOLA. (2015), p. 18.

⁸⁶ CAHER *et al.* (2015), p. 1.

⁸⁷ RIVERA. (2014), p. 169.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 169-170.

⁸⁹ FIGUEROA. (2017), p. 2.

Otras ventajas se dan a partir de la predictibilidad de la decisión, pues dada la singularidad de la materia que se somete a arbitraje y el nivel de especialización de los tribunales arbitrales, será más probable predecir una decisión favorable de un árbitro de emergencia que la que pudiera emitir un tribunal ordinario. Asimismo, este procedimiento sería la mejor alternativa para las partes que deseen que su controversia escape del conocimiento público⁹⁰.

Vale la pena destacar que la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, o ICC, fue una de las primeras instituciones en establecer un mecanismo independiente a la justicia ordinaria para dar solución a las necesidades urgentes de las partes. Desde 1990 cuenta con un Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral⁹¹, que establece un procedimiento de acotado uso debido a que no formaba parte del Reglamento General del ICC, lo que implicaba que las partes debían acordar expresamente someterse a sus normas. Por ello, recién el año 2012 entró en vigencia el nuevo Reglamento de Arbitraje de la ICC⁹², modificado el año 2017, que incorpora en su artículo 29⁹³ la figura del arbitraje de emergencia⁹⁴.

Tal como hemos mencionado, podría suceder que la parte obligada por una de estas medidas no la cumpla voluntariamente, por lo que la parte favorecida deberá recurrir a su ejecución judicial. Sin embargo, a pesar del crecimiento del arbitraje de emergencia en los reglamentos arbitrales institucionales, este mecanismo posee limitaciones dentro de las que destaca justamente la ejecución judicial de las medidas de emergencia, circunstancia que dependerá finalmente de la naturaleza que se le atribuya a dicha decisión⁹⁵.

Por ejemplo, el Reglamento de la ICC determina que la decisión del árbitro de emergencia tomará la forma de una orden⁹⁶, mientras que reglamentos como el del Centro

⁹⁰ Ibid., pp. 2-3.

⁹¹ Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la ICC de 01 de enero de 1990. <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/1990-Rules-for-a-Pre-Arbitral-Referee-Procedure-SPANISH.pdf>.

⁹² Reglamento de Arbitraje de la ICC de 01 de marzo de 2017. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>.

⁹³ Artículo 29 párrafo 1 del Reglamento de Arbitraje de la ICC: La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral (“Medidas de Emergencia”), podrá solicitar tales medidas según las Reglas del Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. (...)

⁹⁴ FIGUEROA. (2017), p. 3.

⁹⁵ FIGUEROA. (2017), p. 13.

⁹⁶ Artículo 29 párrafo 2 del Reglamento de Arbitraje de la ICC: 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.

Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje disponen que la decisión podrá denominarse orden o laudo provisional⁹⁷.

Si consideramos que la resolución del árbitro de emergencia tiene la naturaleza de un laudo, podríamos aplicar las normas de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958, pero hay quienes señalan que esta posibilidad se descartaría toda vez que las medidas de emergencia no serían finales, definitivas o determinantes para ser considerada como laudos arbitrales propiamente tales dado que, por lo general, los reglamentos permiten que dichas medidas puedan ser posteriormente modificadas o dejadas sin efecto por el tribunal arbitral⁹⁸.

Enseguida, otro punto de controversia surge en torno a los distintos cuestionamientos sobre la obligatoriedad de las decisiones de los árbitros de emergencia, principalmente porque igualmente requerirán de la intervención de la justicia ordinaria para ciertas actuaciones⁹⁹:

- a) El arbitraje de emergencia solo permite que se soliciten medidas de emergencia en contra de la otra parte del acuerdo de arbitraje. Si se solicita alguna en contra de un tercero, el árbitro de emergencia no tendrá competencia para obligarlo por sí mismo, debiendo recurrir a un tribunal ordinario.
- b) Por regla general el arbitraje de emergencia no permite la solicitud de medidas cautelares *ex parte*, toda vez que este procedimiento se constituye bajo la premisa de que existe un acuerdo entre las partes. Además, los procedimientos de arbitraje de emergencia establecidos por las principales instituciones generalmente requieren notificar a la contraria, situación que no permitiría obtener, por esta vía, una medida *inaudita altera parte*. De requerirla, la parte interesada deberá solicitar la medida al tribunal ordinario competente.
- c) Las decisiones de los árbitros de emergencia no son automáticamente vinculantes, a diferencia de las decisiones judiciales. Incluso si la legislación pertinente señalare que la decisión será ejecutada conforme a sus leyes, existe este “paso extra” de ejecución por parte de los tribunales ordinarios para lograr asegurar el cumplimiento forzado de la medida de emergencia.

⁹⁷ Artículo 6 numeral 4 del Reglamento del Centro Internacional de Resolución de Disputas: El árbitro de emergencia tendrá la facultad de ordenar u otorgar cualesquier medidas provisionales o conservatorias que considere necesarias, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad. Cualquiera de esas medidas podrá adoptar la forma de un laudo provisional o de una orden. (...)

⁹⁸ CAHER *et al.* (2015), p. 2.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 3.

- d) En casos de extrema urgencia puede suceder que los procedimientos ordinarios sean más rápidos que este tipo de arbitraje, que requiere de un nombramiento y selección del árbitro, asegurando incluso escuchar a las partes en caso de ser necesario, a diferencia de la justicia ordinaria donde existen jueces permanentes.
- e) El arbitraje de emergencia no se ha incorporado como tal en las Reglas de la CNUDMI, lo que puede provocar dificultades en los arbitrajes *ad hoc* al no contemplarse una forma para nombrar árbitros de este tipo. En este caso, recurrir a la justicia ordinaria sería la única opción para obtener una medida antes de la constitución del tribunal arbitral, con carácter prejudicial.

Por estos motivos, también ha habido dudas en torno a determinar si las normas de la Ley Modelo de 2006 permitirían el reconocimiento y ejecución de una medida de emergencia o no, existiendo interpretaciones diversas: por una parte, hay quienes señalan que sus normas sí permitirían proceder de esta forma dado que la ley habla sobre reconocer y ejecutar medidas cautelares ordenadas en la forma de un laudo o no¹⁰⁰.

Sin embargo, la posición contraria considera que, tal y como señalamos a propósito de los problemas de la Ley Modelo de 2006 y de la interpretación literal de sus disposiciones, su artículo 17 H sería claro al mencionar que solo se reconocerán como vinculantes las medidas cautelares que provengan de un “tribunal arbitral”, expresión que no contempla otra figura similar al arbitraje de emergencia en la definición del artículo 2 B.^{101 102}

En definitiva, el arbitraje de emergencia consagrado en distintos reglamentos institucionales de arbitraje internacional se ha establecido como una institución más que aporta a que las partes de este tipo de procedimientos puedan obtener tutela cautelar de urgencia en la medida de sus necesidades. Por ello, es de esperar que su utilización continúe masificándose hasta el punto en que pueda ser incluso reconocida en la Ley Modelo de la CNUDMI, circunstancia que no solo le reconocería mérito a este tipo de arbitraje, sino que también permitiría que las distintas legislaciones vean en esta institución una alternativa para descomprimir la justicia ordinaria.

¹⁰⁰ BAIGEL. (2014), pp. 1-18.

¹⁰¹ Artículo 2 B literal b) de la Ley Modelo de 2006: “tribunal arbitral” significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.

¹⁰² Idem.

CAPÍTULO III: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

I. Tratados internacionales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras

En el pasado, el arbitraje internacional era visto como una institución extraña en Latinoamérica, existiendo cierta percepción pesimista respecto de este mecanismo de resolución de conflictos¹⁰³, puesto que no existía un marco regulatorio adecuado, había el escepticismo sobre los beneficios del arbitraje, una escasa práctica del arbitraje doméstico e internacional y una falta de conocimiento acerca de sus principios fundantes y orientaciones más modernas, entre otras¹⁰⁴.

Lo anterior cambia cuando los distintos Estados comienzan a percibir la necesidad de satisfacer las nuevas tendencias globales en torno a los negocios comerciales, lo que implicó el inicio de un reconocimiento gradual del arbitraje internacional como un mecanismo flexible, rápido y confiable para la resolución de los conflictos comerciales¹⁰⁵.

Es así como aparecen una serie de tratados internacionales a nivel regional e interamericano que apuntan a facilitar la circulación internacional de las sentencias y dotar al arbitraje internacional de la relevancia que posee actualmente, tratados cuyo análisis será relevante para efectos de identificar normas que permitan a sus Estados Parte poder reconocer y ejecutar una medida cautelar concedida por un tribunal arbitral u ordinario en el marco de un procedimiento con sede extranjera. De esta forma, podremos determinar si Chile pertenece a algún tratado que cumpla estas características, o si debería suscribir alguno de ellos, o si finalmente ninguno será de utilidad.

Los tratados a analizar, en este ámbito, serán la Convención de Nueva York de 1958, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889, la Convención de Panamá de 1975, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, el Convenio CIADI de 1969 y el Tratado de Asunción de 1991 y sus protocolos.

¹⁰³ RINKER. (1976), pp. 5-9.

¹⁰⁴ CONEJERO. (2006), p. 4.

¹⁰⁵ Ídem.

A. Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, o Convención de Nueva York

La Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras es un tratado internacional adoptado en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, el 10 de junio de 1958¹⁰⁶. Actualmente se le considera como uno de los tratados internacionales fundamentales en el mundo con relación a los procedimientos de arbitraje internacional, fue el antecedente normativo que inspiró la creación de la Ley Modelo de la CNUDMI y se le ha llamado incluso la *cornerstone* o piedra angular del arbitraje comercial internacional¹⁰⁷.

Establece que las Cortes, tribunales y juzgados de los Estados que la ratifican habrán de reconocer y ejecutar laudos arbitrales pronunciados en alguno de los otros Estados parte. Así, uno de sus objetivos alcanzados fue eliminar el doble exequátur en los países que la ratificaron, acelerando el procedimiento y dejando atrás esfuerzos repetitivos¹⁰⁸.

En efecto, la Convención reconoce que su finalidad principal es evitar que las sentencias arbitrales extranjeras sean objeto de discriminación, buscando que puedan ser reconocidas y ejecutadas del mismo modo que las sentencias o laudos arbitrales nacionales, imponiendo a los Estados Parte reconocerles un carácter vinculante¹⁰⁹.

Sin perjuicio del reconocimiento que merece este instrumento, a partir de la lectura de sus normas no logramos identificar una norma que haga que sus disposiciones puedan aplicarse a medidas cautelares. Los dos primeros párrafos de su artículo I nos llevarían a pensar que este tratado internacional precisamente delimita su aplicación a sentencias que resuelvan el litigio, utilizando para ello la expresión “sentencia arbitral”, sobre la cual hace el siguiente alcance:

Artículo I.

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en

¹⁰⁶ Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958. <https://www.newyorkconvention.org/spanish>.

¹⁰⁷ VAN DEN BERG. (1981), p. 9.

¹⁰⁸ FERRERO. (2011), p. 32.

¹⁰⁹ Artículo III de la Convención de Nueva York: Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

2. La expresión "sentencia arbitral" no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

Este precepto exige como requisito para el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera bajo sus normas que aquella deberá poseer cierta naturaleza o carácter "final" o "definitivo", característica propia de las sentencias o laudos definitivos, pero no de las medidas cautelares que poseen un carácter naturalmente provisional¹¹⁰.

Con todo, esta interpretación ha mutado progresivamente, surgiendo voces que están por considerar que la Convención de Nueva York en realidad sí permitiría el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, puesto que el carácter definitivo o final vendría dado en sus propios méritos respecto al asunto en concreto; así, considerar que la resolución que concede tutela cautelar no sería definitiva o final porque puede ser modificada o revocada por otra decisión posterior sería errado¹¹¹.

Esta discusión se ha manifestado en la jurisprudencia estadounidense de las últimas décadas, pues en una sentencia del año 2000 la U.S. Seventh Circuit Court of Appeals estuvo por no hacer una distinción formal entre "orders" y "awards", indicando que la resolución en cuestión poseería una finalidad propia respecto de la solución de la controversia, por lo que podría ser objeto de ejecución¹¹².

Ese mismo año, la U.S. District Court for the Southern District of New York confirmó una resolución dictada por un árbitro de emergencia según las reglas institucionales de la Asociación Americana de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas,

¹¹⁰ SAVOLA. (2015), p. 14.

¹¹¹ KOJOVIC. (2001), pp. 523-524. La autora señala que: *"If the focus is on the fact that the merits of a dispute may be ultimately decided differently, it is difficult to escape the conclusion that an interim award granting provisional relief is not 'final' because it can be changed or revoked by another interim decision. This is, however, a wrong perspective from which to observe the notion of finality. (...) An interim award on provisional relief resolves whether the request for provisional measure should be granted or not. It represents a final determination of the issue thus defined. The fact that the ruling can be revoked or modified by a subsequent interim decision with different terms or by the final award on the merits should not matter for the purpose of enforcement. 'Finality' of an interim award should be observed on its own terms."*

¹¹² PUBLICIS COMMUNICATIONS V. TRUE NORTH COMMUNICATIONS INC. (2000): U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit. 14 marzo 2000 (appeal), case 206 F.3d 725, en: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/206/206.F3d.725.99-3424.99-1199.html>.

impugnada vía recurso de nulidad. En este caso, la District Court consideró que dicha resolución poseía esencialmente un carácter “final” que le permitía ser ejecutada. Destacó que si se busca que una resolución como aquella -que busca evitar un daño irreparable a través de una medida de emergencia- pueda tener efecto alguno, las partes deberán ser capaces de poder ejecutarla una vez emitida¹¹³.

Finalmente, en otra sentencia relevante del año 2014, la U.S. District Court for the Southern District of New York confirmó dos laudos cautelares ordenados por un tribunal arbitral: un primer laudo mediante el cual se ordenó a la empresa demandada a reembolsar a la contraria el monto completo de la indemnización que se demandaba en el caso, y un segundo laudo complementario que impedía a dicha empresa pagar dichos montos con fondos que fueron puestos en garantía¹¹⁴.

La demandante pedía el reconocimiento de ambos laudos basando sus alegaciones en la Convención de Nueva York y en la *Federal Arbitration Act* de Estados Unidos, mientras que la demandada solicitó su rechazo y que se dejase sin efecto el laudo complementario, basando su contraargumentación en que el artículo V literal e) de la Convención de Nueva York permite a las Cortes rechazar la solicitud cuando el laudo en cuestión no sea obligatorio para las partes, por lo que habiendo sido concedidas dichas medidas a través de laudos provisionales, ambos carecerían del carácter final o definitivo que permitiría proceder a su reconocimiento¹¹⁵.

En su análisis, la Corte señaló que, si bien las *district courts* no tendrían competencia para reconocer laudos arbitrales que no fueran definitivos, aquellos laudos que final y definitivamente resuelvan peticiones independientes sí podrían ser reconocidos, a pesar de que no resuelvan todas las cuestiones sometidas a arbitraje. En otras palabras, un laudo será final si se pronuncia sobre derechos y obligaciones de forma suficientemente definitiva para precluir la necesidad de mayor adjudicación respecto de la materia sometida al arbitraje, cuestión que aplicaría para los laudos provisionales¹¹⁶.

¹¹³ YAHOO! INC. V. MICROSOFT CORP. (2013): U.S District Court for the Southern District of New York. 31 octubre 2013 (*petition to vacate an arbitration award*), case 13-CV-7237, en: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2013cv07237/418671/26/0.pdf?ts=1411562499>.

¹¹⁴ ECOPETROL S.A. AND KOREA NATIONAL OIL CORPORATION V. OFFSHORE EXPLORATION AND PRODUCTION LLC. (2010): U.S District Court for the Southern District of New York. 10 septiembre 2014 (*petition to confirm an arbitration award*), case 14-cv-529, en: http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=3773&opac_view=6.

¹¹⁵ Ibid., pp. 1-3.

¹¹⁶ Ibid., pp. 15-16.

La Corte trae a la vista una sentencia de la Second Circuit Court of Appeals en que se indicó que ocho laudos provisionales, en una situación similar, resolvían peticiones independientes de forma final y concluyente, por lo cual serían finales para los efectos de su reconocimiento, en tanto ordenaron una acción específica posterior y no sirvieron de base para futuras decisiones de los árbitros.¹¹⁷

De este modo, la District Court sigue aquel razonamiento e indicó que en este caso ambos laudos:

- a) Imponían acciones específicas: por un lado, el pago de \$75.301.179,03 de la demandada Offshore a las compradoras en un plazo de 30 días, y por otro, impedir que ese monto fuera pagado con cargo a los fondos en garantía.
- b) No servían de base para otras decisiones de los árbitros: el mismo panel arbitral indicó que estos laudos en caso alguno resolverían la materia que fue sometida a arbitraje.

Finaliza añadiendo que un laudo provisional será ineficaz si no pudiera ser ejecutado y que los argumentos de Offshore no tendrían valor alguno, y concluye sentenciando que ambos laudos han de ser finales y podrán ser reconocidos bajo los términos de la Convención de Nueva York¹¹⁸.

En conclusión, si bien esta posición sería una minoritaria actualmente, estimar que las medidas cautelares deberían ser reconocibles y ejecutables bajo las normas de la Convención sería, a nuestro juicio, la interpretación correcta en estos casos. Bajo este foco estas medidas son “finales” en tanto resuelven una solicitud concreta para una situación determinada, de la cual dependerá el procedimiento de arbitraje, interpretación que debería

¹¹⁷ ZEILER V. DEITSCH. (2007): U.S. Court of Appeals for the Second Circuit. 23 agosto 2007, (*appeal*), cases 06-1893-cv, 06-5617-cv, en: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1827, pp. 27-31.

¹¹⁸ ECOPEL S.A. AND KOREA NATIONAL OIL CORPORATION V. OFFSHORE EXPLORATION AND PRODUCTION LLC., pp. 15-23. La Corte incluso recuerda lo señalado por el juez del distrito Edward Weinfeld en sentencia de 1985, quien indicó que: “*That the arbitrators labeled their decision an “interim” award cannot overcome the fact that if an arbitral award of equitable relief based upon a finding of irreparable harm is to have any meaning at all, the parties must be capable of enforcing or vacating it at the time it is made. Such an award is not “interim” in the sense of being an “intermediate” step toward a further end. Rather, it is an end in itself, for its very purpose is to clarify the parties’ rights in the “interim” period pending a final decision on the merits. The only meaningful point at which such an award may be enforced is when it is made, rather than after the arbitrators have completely concluded consideration of all the parties’ claims.*” (Para más información ver SOUTHERN SEAS NAVIGATION V. PETROLEOS MEXICANOS. (1985): U.S. District Court for the Southern District of New York. 25 abril 1985 (*petition to confirm an arbitration award*), case 606 F. Supp. 692, en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/606/692/2157886/>)

primar en atención a la naturaleza misma del arbitraje y las nuevas tendencias internacionales¹¹⁹.

B. Tratado de Derecho Procesal Internacional

Previo a la creación de la Convención de Nueva York, la importancia del derecho procesal internacional comenzaba a vislumbrarse en Latinoamérica a partir de la firma del Tratado de Derecho Procesal Internacional¹²⁰ de 11 de enero de 1889, en la ciudad de Montevideo, Uruguay, en el marco del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de 1889.

Sus Estados Parte son Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay, quienes a través de este instrumento aceptan la vía de la reciprocidad diplomática para la ejecución de laudos arbitrales que se dictaren en sus territorios, estableciendo los requisitos para proceder al exequátur y la sujeción de este trámite a las leyes procesales del foro del país ejecutor¹²¹.

Pese a la relevancia que posee al marcar un inicio en la tendencia de permitir la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales, este tratado no posee normas que permitan expresamente a alguno de estos Estados poder reconocer y ejecutar una medida cautelar concedida en otro de ellos. Incluso, la aplicación de sus normas se encontraría circunscrita a sentencias o laudos definitivos, no solo porque utiliza la expresión “sentencia o fallo”, sino porque también se establece como documento indispensable para solicitar el cumplimiento una copia auténtica del auto en que se declara que la sentencia o fallo ha sido pasada en autoridad de cosa juzgada^{122 123}.

¹¹⁹ BORN. (2014), pp. 2514-2515. En este sentido, el autor expresa que: “*The better view is that provisional measures should be and are enforceable as arbitral awards under generally-applicable provisions for the recognition and enforcement of awards in the Convention and most national arbitration regimes. Provisional measures are ‘final’ in the sense that they dispose of a request for relief pending the conclusion of the arbitration.*”

¹²⁰ Tratado de Derecho Procesal Internacional de 19 de marzo de 1940. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-14.html>.

¹²¹ GALÁN. (2010), p. 5.

¹²² Artículo 5 literal b) del Tratado de Derecho Procesal Internacional: Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, si reúnen los requisitos siguientes: Que tenga el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido.

¹²³ Artículo 6 del Tratado de Derecho Procesal Internacional: Los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias y fallos arbitrales, son los siguientes:

- a) Copia íntegra de la sentencia o fallo arbitral.
- b) Copia de las piezas necesarias para acreditar que las partes han sido citadas.

C. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional

A nivel latinoamericano conviene destacar la existencia de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional, o Convención de Panamá¹²⁴, adoptada el 30 de enero junio de 1975. Fue aprobada por diecinueve Estados de América y se planteó como objetivo la unificación a nivel americano de los criterios para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, guardando similitud con la Convención de Nueva York.

Dicha similitud, sin embargo, nos plantea idénticos problemas a los señalados a propósito de la Convención de Nueva York, principalmente dado que el lenguaje que ambas utilizan es prácticamente idéntico, por lo que nos encontramos nuevamente con un problema de literalidad de la norma que guarda relación con que la Convención de Panamá utiliza expresiones como “sentencia judicial ejecutoriada”¹²⁵. Asimismo, su artículo 5 posee idénticas causales de denegación a las señaladas en la Convención de Nueva York, por lo que el debate en torno al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares mediante la aplicación de las disposiciones de esta convención se caracterizará por iguales controversias.

D. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros

Con fecha 08 de mayo de 1979 se firmó la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, en la ciudad de Montevideo, Uruguay, como instrumento complementario y supletorio a la Convención de Panamá¹²⁶.

c) Copia auténtica del auto en que se declare que la sentencia o laudo tiene el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda.

¹²⁴ Convención de Panamá de 30 de enero de 1975. https://iberred.org/sites/default/files/convencion-interamericana-sobre-arbitraje-comercial-internacional_19.pdf.

¹²⁵ Artículo 4 de la Convención de Panamá: Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

¹²⁶ Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 08 de mayo de 1979. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-41.html>.

Sus Estados Parte son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Por su parte, el Estado de Chile no ha ratificado este instrumento a pesar de haber concurrido con su firma el día 05 de agosto de 1979.

En relación con sus normas, este tratado internacional llama la atención puesto que su ámbito de aplicación no solo contempla sentencias o laudos arbitrales, sino también “resoluciones jurisdiccionales”, señalando incluso en su primer artículo que si el Estado así lo quisiere. podrá declarar al momento de ratificar la Convención, que esta se aplicará también a las resoluciones “dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional”¹²⁷.

De esta forma, si bien podríamos insertar dentro de esta expresión al menos aquellas resoluciones que ordenan medidas cautelares provenientes de jueces ordinarios, dado que su ejercicio implica precisamente el uso de facultades jurisdiccionales, lo cierto es que nuevamente surgirá controversia por motivos de literalidad de la norma desde el momento en que la Convención establece como requisito que la resolución jurisdiccional tenga carácter de ejecutoriada o, en su caso, fuerza de cosa juzgada¹²⁸.

E. Convención de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados

El creciente reconocimiento de al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en tratados internacionales, regionales y bilaterales también ha contribuido a una práctica creciente y más generalizada Latinoamérica, y en materia de arbitraje de inversiones¹²⁹ ha sido determinante la ratificación del Convención de Arreglo de Diferencias

¹²⁷ Artículo 1 de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias: La presente Convención se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados Partes, a menos que al momento de la ratificación alguno de estos haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial. Asimismo, cualquiera de ellos podrá declarar al momento de ratificarla que se aplica también a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito.

Las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.

¹²⁸ Artículo 2 de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias: Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Parte si reúnen las condiciones siguientes: g. Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados.

¹²⁹ “Arbitraje de inversiones es un procedimiento para resolver disputas entre inversores extranjeros y Estados anfitriones.” Para más información, véase: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/investment-arbitration/#:-:text=Arbitraje%20de%20inversiones%20es%20un,inversor%2Destado%20o%20ISDS>).

relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, o Convenio CIADI, suscrito el 18 de marzo de 1965 en Washington, Estados Unidos¹³⁰.

Junto con la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, esta Convención busca ser un complemento necesario para fomentar la inversión extranjera en países en vías de desarrollo como es el caso de los países latinoamericanos¹³¹.

Lamentablemente, pese a que en esta forma especial de arbitrajes los Estados tienen una importante participación, el Convenio CIADI no contempla un mecanismo para el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dentro de los territorios de aquellos Estados que lo han firmado.

Similar a la situación de los tratados anteriores, pese a que el Convenio establezca que los laudos serán reconocidos y ejecutados dentro de su territorio como si fueran sentencias firmes¹³², vuelve a haber controversia sobre si la interpretación literal de sus normas nos permitiría encasillar estas resoluciones dentro del concepto de “laudo”.

F. Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Uruguay y la República Oriental del Uruguay

En Sudamérica, son importantes los acuerdos o convenciones de carácter regional, como son el caso del Tratado de Asunción de 1991 mediante el cual se forma el MERCOSUR, que comprende a Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay como Estados Parte, y a Chile y otros como Países Asociados. En materia de arbitraje internacional, los Estados dieron un importante paso al suscribir el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR de 1998, por medio del cual se acuerda que cualquier disputa entre Estados Parte se someterá a arbitraje¹³³.

¹³⁰ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de abril de 2006. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

¹³¹ CONEJERO. (2006), p. 7.

¹³² Artículo 54 párrafo 1 del Convenio CIADI: Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. (...)

¹³³ Acuerdo 03/98 sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR de 23 de julio de 1998. <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec0398.asp>.

Analizando sus normas, en materia de medidas cautelares y su ejecución podemos ver que el acuerdo posee una disposición relevante en su artículo 19, pues no solo dispone que las medidas podrán ser dictadas por el tribunal arbitral o la autoridad judicial competente y que las medidas se instrumentarán por medio de un laudo provisional o interlocutorio, sino que también consagra un mecanismo de cooperación cautelar internacional entre el tribunal arbitral de un Estado Parte, el juez competente del Estado donde el tribunal arbitral tiene su sede y el juez competente del Estado requerido para la ejecución de medidas cautelares¹³⁴.

Dicho artículo hace un reenvío a las disposiciones del Protocolo de Medidas Cautelares o Protocolo de Ouro Preto, cuyo primer artículo lo destina para reglamentar el cumplimiento de medidas cautelares entre los Estados Parte del Tratado de Asunción¹³⁵.

Lo relevante de este protocolo se encuentra en sus artículos 18 a 20: su artículo 18 dispone que las solicitudes de medidas cautelares serán formuladas a través de exhortos o cartas rogatorias; su artículo 19¹³⁶ dispone que estas cartas se transmitirán por vía diplomática o consular, por intermedio de la Autoridad Central o por las partes interesadas, sin aplicar a su cumplimiento el procedimiento de homologación de las sentencias; y su artículo 20 obliga a los Estados Parte a designar una Autoridad Central encargada de recibir y transmitir las solicitudes de cooperación cautelar. Dado que Chile no es Estado Parte del MERCOSUR sino País Asociado, este procedimiento no podría aplicarse a los procedimientos de arbitraje internacional entre las personas de estas naciones.

¹³⁴ Artículo 19 numeral 4 del Acuerdo 03/98 MERCOSUR: Las solicitudes de cooperación cautelar internacional dispuestas por el tribunal arbitral de un Estado Parte serán remitidas al juez del Estado de la sede del tribunal arbitral a efectos de que dicho juez la transmita para su diligenciamiento al juez competente del Estado requerido, por las vías previstas en el Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR, aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común N°27/94. En este supuesto, los Estados podrán declarar en el momento de ratificar este Acuerdo o con posterioridad que, cuando sea necesaria la ejecución de dichas medidas en otro Estado, el tribunal arbitral podrá solicitar el auxilio de la autoridad judicial competente del Estado en el que deba ejecutarse la medida, por intermedio de las respectivas autoridades centrales o, en su caso, de las autoridades encargadas del diligenciamiento de la cooperación jurisdiccional internacional.

¹³⁵ Protocolo de medidas cautelares 27/94 de Ouro Preto de 17 de diciembre de 1994. http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/oldAssets/uploads/DEC_027-1994_ES_Protocolo%20Medidas%20Cautelares.pdf.

¹³⁶ Artículo 19 del Protocolo de Ouro Preto: La carta rogatoria referente al cumplimiento de una medida cautelar se transmitirá por vía diplomática o consular, por intermedio de la respectiva Autoridad Central o por las partes interesadas.

Cuando la transmisión sea efectuada por la vía diplomática o consular o por intermedio de las Autoridades Centrales, no se exigirá el requisito de la legalización.

Cuando la carta rogatoria se transmita por intermedio de la parte interesada deberá ser legalizada ante los agentes diplomáticos o consulares del Estado requerido salvo que, entre los Estados requirente y requerido, se hubiere suprimido el requisito de la legalización o sustituido por otra formalidad.

Los jueces o Tribunales de las zonas fronterizas de los Estados Partes podrán transmitirse en forma directa los exhortos o cartas rogatorias previstos en este Protocolo, sin necesidad de legalización.

No se aplicará al cumplimiento de las medidas cautelares el procedimiento homologatorio de las sentencias extranjeras.

Por último, el Consejo del Mercado Común del MERCOSUR, mediante Decisión 08/02 dictó el Acuerdo de cooperación y asistencia jurisdiccional entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile¹³⁷, que en materia de ejecución de medidas cautelares tampoco nos entrega mayores respuestas: su capítulo V trata sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales, pero a partir de estas normas también podemos concluir que refieren a sentencias o laudos definitivos¹³⁸, por lo que nuevamente la literalidad de estos preceptos produciría las controversias vistas a lo largo de esta tesis.

Como se puede observar, a pesar de que esta amplia gama de instrumentos internacionales cumple con dotar de contenido al arbitraje comercial internacional en la región, lo cierto es que no identificamos en ellos alguna norma que nos permitiera afirmar sin dudas ni interpretaciones que una medida cautelar dictada por un árbitro extranjero sí podría ser objeto de reconocimiento y ejecución en Chile, así como tampoco la conveniencia de que el país suscriba alguno de aquellos en que no forma parte.

En virtud de ello, nuestra tarea será entonces idear una fórmula con la cual sea nuestro propio derecho interno el que permita que una resolución de esta naturaleza pueda ser reconocida y ejecutada, y para ello será necesario analizar los mecanismos establecidos en ciertas legislaciones extranjeras.

II. Legislación comparada sobre arbitraje comercial internacional: medidas cautelares y su reconocimiento y ejecución

Ciertamente, una alternativa que podría permitir que las medidas cautelares puedan ser reconocidas y ejecutadas en Chile sería una reforma a la Ley 19.971, pues los tratados internacionales aplicables no serían lo suficientemente determinantes para dicho cometido. Cabe preguntarnos entonces, ¿existe alguna tendencia reformista en la región? Y si así fuera, ¿las reformas que ha habido contemplan mecanismos de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares?

¹³⁷ Acuerdo 08/02 de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile de 05 de julio de 2002. <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec0802s.asp>.

¹³⁸ Artículo 20 del Acuerdo 08/02 del MERCOSUR: Las sentencias y los laudos arbitrales a que se refiere el artículo precedente, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las siguientes condiciones:

e) Que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoriada en el Estado en el que fue dictada.

Al respecto, la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI ha sido decisiva para una diversidad de países que han emprendido en la materia al adaptar y actualizar sus textos legales e ir a la vanguardia en el arbitral internacional, cuestión que ayudaría a conseguir la anhelada armonización de las legislaciones que busca la CNUDMI¹³⁹.

En los siguientes párrafos se buscará por tanto analizar una serie de legislaciones en las que se han adoptado tanto los lineamientos de ambas versiones de la Ley Modelo, así como otras series de normas no necesariamente se basan dicha ley, lo que no obsta a que se constituyan como sedes relevantes para el arbitraje comercial internacional, sedes cuyos mecanismos podrían resultar de interés para poder idear una alternativa de solución para nuestro propio ordenamiento. Así, analizaremos la legislación de arbitraje comercial internacional de Uruguay, Argentina y Perú en Latinoamérica; Canadá en Norteamérica; Nueva Zelanda en Oceanía; Reino Unido y Suiza en Europa; y China en Asia.

A. República Oriental del Uruguay

En particular, la República Oriental del Uruguay es el país que inicia una incipiente tendencia en la región para reformar su ley de arbitraje a los nuevos lineamientos dispuestos en la Ley Modelo de 2006, con diversas y distintas modificaciones. Previamente el país contaba con normas sobre arbitraje doméstico en su Código General del Proceso de 1989, pero el desarrollo de las transacciones internacionales hizo imperativa la necesidad de una regulación especial del arbitraje dirigida a las controversias internacionales, por lo que el 03 de julio de 2018 el Parlamento del Uruguay aprobó la Ley 19.636 sobre arbitraje comercial internacional, inspirada en gran medida en la Ley Modelo de 2006 de la CNUDMI, con modificaciones, pero prefiriendo las redacciones originales de la Ley Modelo de 1985^{140 141}.

Su ley adopta el artículo 9 de la Ley Modelo que dispone que estas podrán solicitarse a los tribunales ordinarios tanto antes del inicio del procedimiento arbitral como durante el mismo. Agrega en su artículo 17 que, de pedirse durante el procedimiento, las medidas pueden ser solicitadas tanto al tribunal arbitral como a los jueces estatales, de acuerdo con su artículo 17¹⁴², mientras que, si se piden antes del procedimiento, las medidas prejudiciales

¹³⁹ FLORES. (2011).

¹⁴⁰ Ley 19.636 de Arbitraje Comercial Internacional de Uruguay de 26 de julio de 2018. <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19636-2018>.

¹⁴¹ VERDÍAS *et al.* (2018), pp. 7-9.

¹⁴² Artículo 17 numeral 1 de la Ley 19.636 de Uruguay: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de medidas cautelares que estime necesarias respecto el objeto

dictadas por el tribunal ordinario expirarán a los 30 días contados desde que el tribunal la emitió si dentro del plazo no se hubieren efectuado actos concretos de iniciación del procedimiento¹⁴³.

Cabe destacar que el legislador uruguayo decidió no adoptar las enmiendas de 2006 referidas a las órdenes preliminares, consagrando en su reemplazo medidas cautelares *ex parte* como tales, estableciendo que, aunque toda medida se decretará previa comunicación a la contraparte, se otorga cierta discrecionalidad para el caso en que el tribunal arbitral considere que por existir peligro en la demora deba resolverse sin dar aviso previo¹⁴⁴.

Enseguida, el tribunal ordinario también gozará de competencia para dictar medidas cautelares al servicio de las actuaciones arbitrales, sea que se substancien o no dentro de Uruguay¹⁴⁵, y el párrafo segundo del artículo 17 destaca que las medidas cautelares concedidas por un tribunal arbitral se reconocerán como vinculantes y podrán ser ejecutadas por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil¹⁴⁶.

Por último, a pesar de que estas medidas podrán ser ejecutadas, un punto donde consideramos podrían surgir controversias dice relación con que la ley regularía más bien los efectos de las medidas concedidas de un arbitraje internacional con sede en Uruguay, no contemplándose norma expresa respecto del reconocimiento y ejecución de estas cuando han sido concedidas en procedimientos con sede extranjera, por lo que dicho reconocimiento y ejecución deberá interpretarse de conformidad con el origen internacional del conflicto según dispone su artículo 2 literales h) e i)¹⁴⁷.

del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar, que preste una garantía adecuada respecto de la medida.

¹⁴³ Artículo 17 numeral 8 de la Ley 19.636 de Uruguay: Las medidas dictadas por el tribunal, antes de la iniciación de los procedimientos arbitrales expirarán a los treinta días contados a partir de la fecha en que el tribunal la haya emitido, si en ese plazo no se hubiesen efectuado actos concretos de iniciación de tales procedimientos.

¹⁴⁴ Artículo 17 numeral 5 de la Ley 19.636 de Uruguay: Toda medida cautelar se decretará previa comunicación a la contraparte, salvo que el tribunal arbitral considere que, en razón del peligro en la demora, debe resolverse sin dar previo aviso.

¹⁴⁵ Artículo 17 numeral 7 de la Ley 19.636 de Uruguay: El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que estas se substancien o no en la República. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos del arbitraje internacional.

¹⁴⁶ Artículo 17 numeral 2 de la Ley 19.636 de Uruguay: Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante, y salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, si la parte concernida no se somete voluntariamente o si su efectividad lo requiere, será ejecutada, al ser solicitada tal ejecución, por el tribunal conforme lo dispuesto en el artículo 6.

¹⁴⁷ Artículo 2 literales h) e i) de la Ley 19.636 de Uruguay: A los efectos de la presente ley:

- h) en la interpretación de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe;

B. República Argentina

La legislación argentina en esta materia posee gran mérito por cuanto se convirtió en la primera de la región que adoptó íntegramente las enmiendas de la Ley Modelo de 2006, aprobando el 4 de julio de 2018 su Ley 27.449 sobre arbitraje comercial internacional¹⁴⁸.

Antes de la existencia de esta ley Argentina contaba con una legislación procesal arbitral obsoleta, regulándose solo en los códigos de procedimiento provinciales y luego en su Código Civil y Comercial, a partir de una reforma el año 2015 donde se incorporó un capítulo sobre el “contrato de arbitraje”, presuntamente para compensar la falta de una ley moderna de arbitraje doméstico en el país. Sin embargo, ello produjo varios problemas relacionados con la reglamentación procedimental dentro de una norma de fondo, la superposición normativa con los diversos códigos de procedimiento y la inclusión de disposiciones controversiales¹⁴⁹.

Actualmente Argentina posee una ley de arbitraje comercial internacional paralela a la regulación del arbitraje doméstico en el Código Civil y Comercial, con adecuaciones del legislador al texto de la Ley Modelo de 2006, manteniendo de forma íntegra el articulado de la ley, incluso aquellas sobre órdenes preliminares y reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, por lo que no se profundizará en torno a los comentarios y críticas que hicimos anteriormente cuando se trataron las enmiendas de 2006.

De todas formas, un punto que se critica de esta ley es la falta de designación expresa del tribunal competente que conocerá del procedimiento de reconocimiento, puesto solo entrega expresamente algunas funciones determinadas a los tribunales de primera instancia con competencia en lo comercial y otras a las Cámaras de Apelaciones con competencia en lo comercial del lugar sede del arbitraje. En otras palabras, se entrega la intervención jurisdiccional a los jueces de derecho común excluyendo a la justicia federal, pero no resulta claro cuál de estas dos instancias se encargará de reconocer y ejecutar una medida cautelar¹⁵⁰.

-
- i) las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente ley que no estén expresamente resueltas en ella se decidirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente ley.

¹⁴⁸ Ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional de Argentina de 26 de julio de 2018. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>.

¹⁴⁹ VILLAGGI. (2018).

¹⁵⁰ RIVERA. (2019), p. 8.

C. República del Perú

La legislación de arbitraje del Perú se remonta a la Ley 26.572 o Ley General de Arbitraje de 1996, inspirada en la Ley Modelo de 1985, que sería luego actualizada por el Decreto Ley 1071¹⁵¹ de 2008 y posteriormente modificada mediante diversas reformas producto del desarrollo del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Perú y Estados Unidos el 2006, que contemplaba una mejora de la legislación arbitral existente en Perú, adoptando así las nuevas tendencias y principios reconocidos en la actualidad del arbitraje internacional¹⁵².

Este decreto legislativo resulta de gran importancia para nuestro análisis no solo porque en su texto se reglamentan conjuntamente el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional, sino porque esta ley de arbitraje se ha redactado basándose sustancialmente en la estructura de la Ley Modelo de 2006, así como de la Ley de Arbitraje Española de 2003 y la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, con grandes e importantes modificaciones¹⁵³.

En materia de medidas cautelares, su artículo 47 concede al tribunal arbitral la facultad para adoptar aquellas medidas que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir garantías a las partes¹⁵⁴. En caso de un arbitraje internacional, también se permite a la justicia ordinaria ordenar medidas cautelares durante el curso de actuaciones arbitrales, pero el párrafo 9 de su artículo 47 dispone que las partes solo podrán hacer estas solicitudes previa autorización del tribunal arbitral, por lo que la intervención de los tribunales ordinarios se ve restringida¹⁵⁵.

Luego, el párrafo 2 del artículo 47 define la expresión “medida cautelar” e indica que se entenderá por aquellas “toda medida temporal contenida en una decisión que tenga o no

¹⁵¹ Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje del Perú de 01 de septiembre de 2008. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf>.

¹⁵² MANTILLA. (2010), p.1.

¹⁵³ Ibid., pp. 1-3.

¹⁵⁴ Artículo 47 numeral 1 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficiencia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

¹⁵⁵ Artículo 47 numeral 9 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.

forma de laudo”, definición que nos lleva a concluir que este tipo de resoluciones también podrá ser objeto de ejecución como laudo si así se requiriera¹⁵⁶.

En cuanto a medidas cautelares *ex parte*, la ley señala que, si bien el tribunal debe poner en conocimiento de la solicitud de medida cautelar a la contraria antes de resolver, también podrá hacerlo sin notificación cuando la solicitante pida y justifique la necesidad de proceder de esta forma para evitar que la medida se frustre¹⁵⁷. Dispone además que las medidas prejudiciales solicitadas a la justicia ordinaria antes de la constitución del tribunal no serán incompatibles con el arbitraje, pero se obliga a la beneficiada a iniciar el procedimiento dentro de un plazo de 10 días luego del cual, si la parte inicia el procedimiento pero el tribunal arbitral no se constituye, la medida caducará de pleno derecho a los 90 días¹⁵⁸.

Estas medidas cautelares serán ejecutadas por el mismo tribunal arbitral a menos que requiera la asistencia de la fuerza pública¹⁵⁹, y en casos de incumplimiento o cuando se requiera su ejecución judicial, la ley permite que la parte interesada recurra a la autoridad judicial competente¹⁶⁰, la que procederá a ejecutar la medida sin admitir recurso u oposición alguna sin tener autoridad alguna para interpretar ni su contenido ni sus alcances¹⁶¹.

En cuanto a reconocimiento y ejecución de las medidas, destacamos que la legislación peruana establece expresamente en el numeral 4 de su artículo 48 que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio

¹⁵⁶ Artículo 47 numeral 2 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes: (...)

¹⁵⁷ Artículo 47 numeral 3 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

¹⁵⁸ Artículo 47 numeral 4 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

¹⁵⁹ Artículo 48 numeral 1 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

¹⁶⁰ Artículo 48 numeral 2 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recurso ni oposición alguna.

¹⁶¹ Artículo 48 numeral 3 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

peruano, podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, bajo las normas del título VIII de la ley sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, con algunas particularidades y excepciones¹⁶²:

- a) Solo se podrá denegar la solicitud de reconocimiento por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 75, que refieren a vicios del procedimiento arbitral o cuando no se dé cumplimiento al literal d. del numeral 4 del artículo 48 sobre prestación de garantía.
- b) La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la resolución del tribunal arbitral, debiendo cumplir con las formalidades del artículo 9 de la ley, esto es, que la petición se redacte en español, que el documento otorgado fuera del país sea autenticado de acuerdo con las leyes del país de procedencia, certificado por un agente diplomático o consular peruano y se acompañe traducción simple del documento, salvo que la autoridad judicial considere que deba presentarse una traducción oficial.
- c) Los plazos de los numerales 2 y 3 del artículo 76 para efectuar descargos y para la vista de la causa por la Corte Superior competente, serán de 10 días.
- d) La autoridad judicial podrá exigir a la solicitante que preste una garantía adecuada bajo condición de rechazar el reconocimiento.
- e) La autoridad judicial que conozca la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud cuando esta sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poder ejecutarla, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

Finalmente, las Cortes Superiores como tribunales a los que se les ha entregado expresamente la competencia sobre las solicitudes de reconocimiento de laudos extranjeros podrán optar por acoger o rechazar el reconocimiento de la medida cautelar¹⁶³.

¹⁶² Artículo 48 numeral 4 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades: (...).

¹⁶³ Artículo 8 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: Competencia en la colaboración y control judicial.

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez subespecializado en lo civil del lugar del arbitraje o del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
2. Para la adopción judicial de medidas cautelares, será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

Si lo rechaza total o parcialmente, procederá el recurso de casación¹⁶⁴, pero si acoge el reconocimiento la ejecución se realizará siguiendo las normas de reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros de sus artículos 75 a 77, por lo que la interesada podrá solicitar la ejecución ante la autoridad judicial, la que con el solo mérito de la copia de la medida cautelar dictará mandato de ejecución para que la ejecutada cumpla con la obligación, bajo apercibimiento de ejecución forzada^{165 166}.

D. Canadá

Canadá merece mención en este análisis por ser el primer país en la historia de la CNUDMI que adoptó la Ley Modelo de 1985 y que luego, a nivel federal, se hizo parte y ratificó la Convención de Nueva York en 1986. Ese mismo año adoptaría las normas de arbitraje comercial internacional a través de su Federal Commercial Arbitration Code, aplicable a todo el arbitraje comercial doméstico o internacional cuando una de las partes sea el gobierno federal o la materia sea de exclusiva jurisdicción federal.

-
3. Para la asistencia en la adopción de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.
 4. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo deba producir su eficacia.
 5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.
 6. Para la ejecución de laudos extranjeros reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia en territorio peruano, el del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

¹⁶⁴ Artículo 76 numeral 4 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede recurso de casación, cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el laudo.

¹⁶⁵ Artículo 77 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: Reconocido, en parte o en su totalidad el laudo, conocerá de su ejecución la autoridad judicial competente, según lo previsto en el artículo 68.

¹⁶⁶ Artículo 68 del Decreto Legislativo N°1071 de Perú: Ejecución judicial.

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
3. La parte ejecutada solo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

En el país, la Ley Modelo de 1985 ha sido adoptada por la totalidad de las provincias canadienses en sus propias leyes de arbitraje, con excepción de Quebec, que incorporó ciertas disposiciones sustanciales en su propio Código Civil y en su Código de Procedimiento Civil, aplicables al arbitraje doméstico e internacional. Asimismo, hoy en día solo dos provincias han adoptado íntegramente las enmiendas de la Ley Modelo de 2006: Ontario y Columbia Británica. No obstante, Quebec también ha adoptado parte de estas enmiendas en su Código de Procedimiento Civil^{167 168}.

Las International Commercial Arbitration Act de Ontario¹⁶⁹ y de Columbia Británica¹⁷⁰ poseen disposiciones similares en materia de medidas cautelares, pues tal como hizo Argentina ambas adoptaron íntegramente la Ley Modelo de 2006, manteniendo también las normas sobre órdenes preliminares y reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, por lo que no se ahondará más allá de lo que ya se ha dicho en torno a esta ley modelo.

Sin perjuicio de ello, la principal diferencia entre las leyes de Ontario y Columbia Británica es que la primera realiza un trabajo de interpretación más extenso que el de la segunda: no solo inicia otorgándole fuerza de ley a la Convención de Nueva York y a la Ley Modelo en Ontario, sino que además entrega una serie de definiciones y aclaraciones de conceptos y de excepciones para las disposiciones de la ley. Por ejemplo, se indica que cuando se utilice la expresión “*competent court*” la ley se referirá a las Superior Court of Justice de la provincia, situación que no se ha observado en otras leyes¹⁷¹.

Si bien ambas mantienen la intervención jurisdiccional en los mismos términos expresados en la Ley Modelo de 2006, la Court of Appeal for Ontario en causa ONCA 939 insistió en que las cortes domésticas tienen una competencia sumamente limitada para

¹⁶⁷ ROSENTHAL *et al.* (2020). Al respecto, los autores señalan que “*With one exception, each province has enacted two arbitration statutes: one that governs international commercial arbitrations; and one that governs all other arbitrations. Thus, for example, the province of Ontario has enacted the Arbitration Act, 1991 which governs domestic arbitrations, and the International Commercial Arbitration Act, 2017 which governs international commercial arbitrations.*”

¹⁶⁸ Véase IBA Arbitration Guide Canada, p. 5-13. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=8B5C05B7-D2F0-4F2F-8418-1F3C32537343>.

¹⁶⁹ International Commercial Arbitration Act, 2017 de Ontario de 22 de marzo de 2017. <https://www.ontario.ca/laws/statute/17i02b>.

¹⁷⁰ International Commercial Arbitration Act de Columbia Británica de 01 de septiembre de 2020: [http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/96233_01#:~:text=1%20\(1\)%20This%20Act%20applies,which%20applies%20in%20British%20Columbia.&text=\(c\)%20the%20parties%20have%20expressly,to%20more%20than%20one%20state](http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/96233_01#:~:text=1%20(1)%20This%20Act%20applies,which%20applies%20in%20British%20Columbia.&text=(c)%20the%20parties%20have%20expressly,to%20more%20than%20one%20state).

¹⁷¹ La International Arbitration Act 2017 de Ontario señala en su parte I sobre interpretación de la Convención de Nueva York que “*Except as otherwise provided in this Act, words and expressions used in this Part have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Convention.*” Luego, en su parte II sobre interpretación de la Ley Modelo, dispone que “*Except as otherwise provided in this Act, words and expressions used in this Part have the same meaning as the corresponding words and expressions in the Model Law.*”

interferir en las decisiones arbitrales hechas en el marco de la Ley Modelo, señalando que deben mantener deferencia hacia las decisiones tomadas por los árbitros¹⁷².

Por otro lado, en cuanto a las particularidades del Código de Procedimiento Civil de Quebec¹⁷³, podemos mencionar que en su artículo 638 dispone que el árbitro podrá ordenar medidas cautelares a petición de parte por el tiempo que aquel disponga, pudiendo solicitar el pago de garantías¹⁷⁴. Dicha medida será vinculante para las partes, a las que se les otorga la facultad para solicitar a la Corte competente su homologación con el fin de otorgarle la misma fuerza y efecto de una decisión jurisdiccional¹⁷⁵.

Este código regula autónomamente una suerte de órdenes preliminares disponiendo que, en situaciones urgentes y antes de que se notifique a la contraparte de la solicitud de una medida cautelar, el árbitro podrá otorgar una “orden provisional” por un lapso no mayor a 20 días, orden que deberá notificársele a la contraria tan pronto como fuere concedida. Estas órdenes serán vinculantes para las partes, pero no podrán ser homologadas por la Corte¹⁷⁶.

Finalmente, cabe destacar que este código permite expresamente que los laudos y medidas cautelares concedidos fuera de Quebec puedan ser homologadas o reconocidas por la Corte competente para luego ser ejecutadas, pues su mismo artículo 646 sobre motivos para denegar la homologación, parte la disposición enunciando que “*The court cannot refuse to homologate an arbitration award or a provisional or safeguard measure unless it is proved that (...)*”, es decir, la disposición aplica expresamente tanto para laudos

¹⁷² CONSOLIDATED CONTRACTORS GROUP S.A.L. (OFFSHORE) V. AMBATOVY MINERALS S.A. (2017): Court of Appeal for Ontario. 4 diciembre 2017 (*application for leave*), case ONCA 939, en: <https://www.ontariocourts.ca/decisions/2017/2017ONCA939.htm>. En su considerando 24 la Corte indicó: “*This court has repeatedly held that reviewing courts should accord a high degree of deference to the awards of international arbitral tribunals under the Model Law.*”

¹⁷³ Code of Civil Procedure de Quebec de 01 de enero de 2016. <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showDoc/cs/C-25.01?&digest=>.

¹⁷⁴ Artículo 638 del Código de Procedimiento Civil de Quebec: *The arbitrator may, on a party’s request, take any provisional measure or any measure to safeguard the parties’ rights for the time and subject to the conditions the arbitrator determines and, if necessary, require that a suretyship be provided to cover costs and the reparation of any prejudice that may result from such a measure. Such a decision is binding on the parties but one of them may, if necessary, ask the court to homologate the decision to give it the same force and effect as a judgment of the court.*

¹⁷⁵ Artículo 645 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil de Quebec: *A party may apply to the court for the homologation of an arbitration award. As soon as it is homologated, the award acquires the force and effect of a judgment of the court.*

¹⁷⁶ Artículo 639 del Código de Procedimiento Civil de Quebec: *In an urgent situation, even before a request for a provisional or safeguard measure is notified to the other party, the arbitrator may issue a provisional order for a period which may in no case exceed 20 days. The arbitrator requires the party that requested the order to provide a suretyship unless, in the arbitrator’s opinion it is inappropriate or of no use. The provisional order must be notified to the other party as soon as it is issued, with all the evidence attached. It is binding on the parties and cannot be homologated by the court.*

como para medidas cautelares. Los méritos o el fondo del laudo o medida cautelar no podrán ser revisados por la Corte que conozca de dicho reconocimiento¹⁷⁷.

E. Nueva Zelanda

A través de la reforma a su Arbitration Act 1996¹⁷⁸ el 18 de octubre de 2007, Nueva Zelanda se convirtió en el primer país que adoptó la Ley Modelo de 2006, regulando en su texto el arbitraje doméstico e internacional. Esta ley contiene dos principales *Schedules* o apéndices:

- a) *Schedule 1*, con normas de carácter obligatorio basadas en la Ley Modelo.
- b) *Schedule 2*, de carácter opcional, incorpora normas adicionales de procedimiento, aplicable al arbitraje internacional solo si las partes así lo han estipulado en su acuerdo de arbitraje.
- c) *Schedule 3*, que indica ciertos tratados internacionales relacionados con el arbitraje.
- d) *Schedule 4*, que indica aquellas normas que se han enmendado.
- e) *Schedule 5*, que indica aquellas normas que se han derogado¹⁷⁹.

En cuanto a la regulación de las medidas cautelares dentro de su *Schedule 1*, el párrafo primero del artículo 9 establece la compatibilidad de los acuerdos de arbitraje con las solicitudes de medidas a la justicia ordinaria, antes o durante las actuaciones arbitrales, donde las High Courts y las District Courts¹⁸⁰ tendrán la misma competencia que los tribunales arbitrales para otorgarlas en sus procedimientos, de acuerdo con su artículo 17A.

Un punto relevante de esta ley es que dentro de su capítulo 4A sobre medidas cautelares y órdenes preliminares, su artículo 17 dispone que las medidas podrán ordenarse

¹⁷⁷ Artículo 645 del Código de Procedimiento Civil de Quebec: *A party may apply to the court for the homologation of an arbitration award. As soon as it is homologated, the award acquires the force and effect of a judgment of the court.*

The court seized of an application for the homologation of an arbitration award cannot review the merits of the dispute. It may stay its decision if the arbitrator has been asked to correct, supplement, or interpret the award. In such a case, if the applicant so requires, the court may order a party to provide a suretyship.

¹⁷⁸ Arbitration Act 1996 de Nueva Zelanda de 02 de septiembre de 1996. <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/whole.html#DLM405711>.

¹⁷⁹ Véase IBA Arbitration Guide New Zealand, p.4. Disponible en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=278729D0-AAA9-4D8B-A7D8-A27F2E3F711D>.

¹⁸⁰ Sobre la judicatura de Nueva Zelanda, véase <https://www.newzealandnow.govt.nz/living-in-nz/history-government/legal-system#:~:text=Four%20levels%20of%20general%20courts,District%20Courts%20throughout%20the%20country>. Al respecto, el sistema legal de Nueva Zelanda se compone de cuatro niveles: District courts, High court, Appeal court y Supreme court.

en forma de laudo o no, incluyendo expresamente como ejemplo de medida la entrega de *security for costs*¹⁸¹.

Enseguida, su artículo 17B establece las condiciones que deben cumplirse para conceder medidas, adoptando aquellas mencionadas por la Ley Modelo en torno al *periculum in mora y fumus boni iuris*, con la particularidad de que para poder ordenar a una parte la entrega de *security for costs*, el solicitante deberá asegurar al tribunal arbitral que tiene la capacidad para pagar los costos de la parte afectada si su pretensión finalmente no tuviere éxito¹⁸².

En cuanto a reconocimiento y ejecución de estas medidas, su artículo 17L dispone que estas serán reconocidas como vinculantes y que, salvo lo disponga el tribunal arbitral, serán ejecutadas por la Corte competente independiente del país en que se hubieran concedido¹⁸³.

Señala luego que la solicitante deberá informar a la Corte sobre cualquier modificación, suspensión o cancelación de la medida cautelar¹⁸⁴, y otorga la facultad a estos tribunales para requerir a la solicitante el pago de una garantía para el caso en que el tribunal arbitral no se hubiere pronunciado al respecto, o bien para proteger los derechos de terceros¹⁸⁵.

El párrafo 2 del artículo 17L efectúa un reenvío al párrafo 3 de su artículo 35 sobre reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, mediante el cual se establece que la

¹⁸¹ Artículo 17 de la Arbitration Act 1996 de Nueva Zelanda: *interim measure means a temporary measure (whether or not in the form of an award) by which a party is required, at any time before an award is made in relation to a dispute, to do all or any of the following:*

- (a) *maintain or restore the status quo pending the determination of the dispute;*
- (b) *take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral proceedings;*
- (c) *provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied;*
- (d) *preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute;*
- (e) *give security for costs.*

¹⁸² Artículo 17B numeral 3 de la Arbitration Act 1996 de Nueva Zelanda: *If an interim measure of a kind described in subparagraph (e) of the definition of that term in article 17 is requested, the applicant must satisfy the arbitral tribunal that the applicant will be able to pay the costs of the respondent if the applicant is unsuccessful on the merits of the claim.*

¹⁸³ Artículo 17L numeral 1 de la Arbitration Act 1996 de Nueva Zelanda: *An interim measure granted by an arbitral tribunal must be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was granted.*

¹⁸⁴ Artículo 17L numeral 3 de la Arbitration Act 1996 de Nueva Zelanda: *The applicant for recognition or enforcement of an interim measure under article 35 must promptly inform the court of any modification, suspension, or cancellation of that interim measure.*

¹⁸⁵ Artículo 17L numeral 4 de la Arbitration Act 1996 de Nueva Zelanda: *The court may, if it considers it proper, order the applicant to provide appropriate security if-*

- (a) *the arbitral tribunal has not already made a decision with respect to the provision of security; or*
- (b) *the decision with respect to the provision of security is necessary to protect the rights of third parties.*

competencia para el reconocimiento se entregará a las High Courts, o a las District Courts en los casos en que la cuantía del asunto no exceda el límite permitido para estas últimas¹⁸⁶.

El último aspecto relevante de esta ley es que contempla expresamente la intervención de los árbitros de emergencia en el procedimiento arbitral. Así, el artículo 2 de su preámbulo señala que se entenderá por “tribunal arbitral” no solo a un árbitro, un panel de árbitros o una institución de arbitraje, sino también a cualquier árbitro de emergencia designado por las partes en su respectivo acuerdo de arbitraje o en las reglas institucionales a las que las partes hubieren decidido someterse, circunstancia que nos permitiría concluir que las medidas de emergencia también podrán ser reconocidas y posteriormente ejecutadas¹⁸⁷.

F. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

El caso británico resulta merecedor de análisis puesto que es el país más preferido como sede de arbitraje según la 2021 International Arbitration Survey de la Queen Mary University of London¹⁸⁸. Su Arbitration Act 1996¹⁸⁹ no se basa en la Ley Modelo de la CNUDMI y no solo es aplicable a Inglaterra, sino también a Gales e Irlanda del Norte. En su primera sección se regula el arbitraje internacional y en su segunda el arbitraje doméstico, disposiciones que buscan entregar normas procedimentales supletorias al acuerdo expreso de las partes, siendo uno de sus principios fundamentales la intervención mínima de la justicia ordinaria para apoyar el arbitraje^{190 191}.

En materia de medidas cautelares su artículo 39 que regula las “*provisional awards*” o laudos provisionales o parciales vinculantes para las partes, entrega la facultad al tribunal

¹⁸⁶ Artículo 74 numeral 1 de la District Court Act 2016 de Nueva Zelanda: *The court has jurisdiction to hear and determine a proceeding-*

- (a) *in which the amount claimed or the value of the property in dispute does not exceed \$350,000;*
- (b) *that, under any enactment other than this Act, may be heard and determined in the court.*

¹⁸⁷ Artículo 2 del preámbulo de la Arbitration Act 1996 de Nueva Zelanda: *In this Act, unless the context otherwise requires, arbitral tribunal-*

- (a) *means a sole arbitrator, a panel of arbitrators, or an arbitral institution; and*
- (b) *includes any emergency arbitrator appointed under-*
 - (i) *the arbitration agreement that the parties have entered into; or*
 - (ii) *the arbitration rules of any institution or organisation that the parties have adopted.*

¹⁸⁸ 2021 International Arbitration Survey de la Queen Mary University of London, nota *supra* 43, p. 8.

¹⁸⁹ Arbitration Act 1996 de Reino Unido de 17 de junio de 1996. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

¹⁹⁰ VÁSQUEZ. (2012), p. 15.

¹⁹¹ Véase IBA Arbitration Guide England and Wales, pp. 5-10. Disponible en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=D49BD82B-83AA-47C3-A238-F7E165D03891>.

arbitral para ordenar cualquier medida cautelar que tenga como fin asegurar la decisión final y señala ciertos tipos de medidas tales como los depósitos monetarios¹⁹².

En este sentido, la ley dispone que salvo acuerdo en contrario, para el caso en que las partes incumplan alguna orden del tribunal arbitral, éste podrá dictar “órdenes perentorias”¹⁹³ que obliguen a la parte a cumplir con la medida cautelar en un determinado plazo, según estime el tribunal. El artículo establece incluso que si la parte incumple con una orden perentoria de entregar *security for costs*, el tribunal podrá desestimar su demanda, así como una serie de actos que el tribunal arbitral podrá realizar para lograr el cumplimiento de la orden perentoria, sin perjuicio de la ejecución judicial¹⁹⁴.

Luego, su artículo 42 dispone que estas órdenes perentorias podrán ser ejecutadas por la justicia ordinaria a requerimiento del tribunal arbitral, de una parte previo permiso del tribunal arbitral, o cuando las partes hubieren acordado que las Cortes tendrán competencia para los efectos de este artículo. La justicia ordinaria no podrá actuar a menos que se hubieren agotado todas las instancias arbitrales para compeler a la parte a cumplir con la orden y no podrán emitir decisión alguna mientras no estimen que la parte en cuestión ha fallado en cumplir la medida dentro del plazo prescrito por el tribunal arbitral, o dentro de un tiempo razonable si no se hubiera impuesto un plazo. Finalmente, estas decisiones podrán ser apeladas previa autorización de la Corte¹⁹⁵.

¹⁹² Artículo 39 de la Arbitration Act 1996 de Reino Unido:

- (1) *The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award.*
- (2) *This includes, for instance, making-*
 - (a) *a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties, or*
 - (b) *an order to make an interim payment on account of the costs of the arbitration. (...)*

¹⁹³ Artículo 82 numeral 1 de la Arbitration Act 1996 de Reino Unido: *In this part- "peremptory order" means an order made under section 41(5) or made in exercise of any corresponding power conferred by the parties.*

¹⁹⁴ Artículo 41 numerales 4 y siguientes de la Arbitration Act 1996 de Reino Unido:

- (4) *If without showing sufficient cause a party fails to comply with any order or directions of the tribunal, the tribunal may make a peremptory order to the same effect, prescribing such time for compliance with it as the tribunal considers appropriate.*
- (5) *If a claimant fails to comply with a peremptory order of the tribunal to provide security for costs, the tribunal may make an award dismissing his claims.*
- (6) *If a party fails to comply with any other kind of peremptory order, then, without prejudice to section 42 (enforcement by court of tribunal's peremptory orders), the tribunal may do any of the following-*
 - (a) *direct that the party in default shall not be entitled to rely upon any allegation or material which was the subject matter of the order;*
 - (b) *draw such adverse inferences from the act of non-compliance as the circumstances justify;*
 - (c) *proceed to an award on the basis of such materials as have been properly provided to it;*
 - (d) *make such order as it thinks fit to the payment of costs of the arbitration incurred in consequence of the non-compliance.*

¹⁹⁵ Artículo 42 de la Arbitration Act 1996 de Reino Unido: *Enforcement of peremptory orders of tribunal.*

- (1) *Unless otherwise agreed by the parties, the court may make an order requiring a party to comply with a peremptory order made by the tribunal.*

En cuanto a la intervención que posee la justicia ordinaria para colaborar con el arbitraje, su artículo 44 señala que salvo acuerdo contrario las Cortes tendrán la facultad para tomar prueba testimonial, preservar evidencias, tomar decisiones que afecten la propiedad (inspecciones, fotografías, preservación o custodia, toma de muestras), venta de bienes, u ordenar a alguna de las partes a realizar o abstenerse de realizar alguna acción.

A diferencia de la ley neozelandesa, podemos concluir que a partir de las definiciones que entregan sus artículos 15¹⁹⁶ sobre “tribunal arbitral” y su artículo 82¹⁹⁷ sobre “árbitro” no permitirían la intervención de otros distintos a los del panel arbitral, toda vez que dichas normas refieren a la composición y al número de árbitros del panel, por lo que no se permitiría la intervención de los árbitros de emergencia.

Finalmente, el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras se regula en sus artículos 99 y siguientes, aplicables para los laudos de las Convenciones de Ginebra y Nueva York. Para el caso de medidas cautelares extranjeras, se ha señalado que su ejecución dependerá de si sustancialmente y en el fondo la resolución en cuestión tiene naturaleza de laudo o no de conformidad con la Arbitration Act 1996. Así, incluso aunque la medida tomase la forma de una orden o cualquier otra, debería ser ejecutada por las reglas de la ley si fuere final y vinculante, ya sea por el artículo 66 para laudos que sean de aplicación de la Convención de Ginebra, o por el artículo 100 para los laudos de aplicación de la Convención de Nueva York. Si no fuera vinculante, entonces no podrá ser ejecutada por las Cortes¹⁹⁸.

-
- (2) *An application for an order under this section may be made-*
 - (a) *by the tribunal (upon notice to the parties),*
 - (b) *by a party to the arbitral proceedings with the permission of the tribunal (and upon notice to the other parties), or*
 - (c) *where the parties have agreed that the powers of the court under this section shall be available.*
 - (3) *The court shall not act unless it is satisfied that the applicant has exhausted any available arbitral process in respect of failure to comply with the tribunal’s order.*
 - (4) *No order shall be made under this section unless the court is satisfied that the person to whom the tribunal’s order was directed has failed to comply with it within the time prescribed in the order or, if no time was prescribed, within a reasonable time.*
 - (5) *The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.*

¹⁹⁶ Artículo 15 de la Arbitration Act 1996 de Reino Unido:

- (1) *The parties are free to agree on the number of arbitrators to form the tribunal and whether there is to be a chairman or umpire.*
- (2) *Unless otherwise agreed by the parties, an agreement that the number of arbitrators shall be two or any other even number shall be understood as requiring the appointment of an additional arbitrator as chairman of the tribunal.*
- (3) *If there is no agreement as to the number of arbitrators, the tribunal shall consist of a sole arbitrator.*

¹⁹⁷ Artículo 82 de la Arbitration Act 1996 de Reino Unido: “arbitrator”, unless the context otherwise requires, includes an umpire.

¹⁹⁸ LIGHTFOOT *et al.* (2017), pp. 20-21.

G. Confederación Suiza

Suiza es otra de las grandes sedes del arbitraje internacional que merece mención por la gran aplicación que tienen las Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Chambers of Commerce, o Reglamento Suizo¹⁹⁹. Su legislación de arbitraje internacional no se basa en la Ley Modelo de la CNUDMI y se contiene en el capítulo 12 de la Federal Swiss Private International Law Act²⁰⁰, o SPILA, vigente desde el 1 de enero de 1989, mientras que el arbitraje doméstico se regula en su Swiss Civil Procedure Code²⁰¹, o CPC²⁰².

En materia de medidas cautelares, tanto por aplicación del artículo 183 SPILA²⁰³ como del artículo 26²⁰⁴ del Reglamento Suizo, y de los artículos 261 y siguientes CPC, los árbitros tienen la facultad para dictar aquellas medidas cautelares que consideren necesarias, pudiendo las partes escoger libremente si solicitarlas en sede arbitral o sede judicial.

Por aplicación de las normas del CPC en el contexto del arbitraje internacional, podemos concluir que mientras el tribunal arbitral no se constituya, las partes podrán solicitar a las cortes suizas medidas cautelares prejudiciales²⁰⁵ y medidas cautelares *ex parte*, en casos de especial urgencia²⁰⁶. Por su parte, el Reglamento Suizo si bien no considera

¹⁹⁹ Swiss Rules of International Arbitration de junio de 2021. <https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/06/Swiss-Rules-2021-EN.pdf>.

²⁰⁰ Federal Act on Private International Law de 18 de diciembre de 1987. https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.quillaume/files/shared/publications/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf.

²⁰¹ Swiss Civil Procedure Code de 19 de diciembre de 2008. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html>.

²⁰² Véase IBA Arbitration Guide Switzerland, p. 3. Disponible en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=8DA26206-5B7E-49A5-A69F-4BEF37D6408A>.

²⁰³ Artículo 183 de la SPILA: *Provisional and conservatory measures.*

Unless the parties have otherwise agreed, the arbitral tribunal may, on motion of one party, order provisional or conservatory measures.

If the party concerned does not voluntarily comply with these measures, the arbitral tribunal may request assistance of the state judge; the judge shall apply his own law.

The arbitral tribunal or the state judge may make the granting of provisional or conservatory measures subject to appropriate sureties.

²⁰⁴ Artículo 26 del Reglamento Suizo: *At the request of a party, the arbitral tribunal may grant any interim measure it deems necessary or appropriate. Upon the application of any party or, in exceptional circumstances and with prior notice to the parties, on its own initiative, the arbitral tribunal may also modify, suspend, or terminate any interim measures granted.*

Interim measures may be granted in the form of an interim award. The arbitral tribunal shall be entitled to order the provision of appropriate security. (...)

²⁰⁵ Artículo 263 del Código de Procedimiento Federal Suizo: *Measures ordered before the action becomes pending. If the principal action is not yet pending, the court shall set a deadline within which the applicant must file his or her action, subject to the ordered measure becoming automatically ineffective in the event of default.*

²⁰⁶ Artículo 265 del Código de Procedimiento Federal Suizo: *Ex-parte interim measures.*

In cases of special urgency, and in particular where there is a risk that the enforcement of the measure will be frustrated, the court may order the interim measure immediately and without hearing the opposing party.

expresamente la solicitud de medidas *ex parte*, sí establece la posibilidad de solicitar órdenes preliminares²⁰⁷.

En Suiza, el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras se regula a través de diversos tratados internacionales entre el país y otros Estados. Uno de los más importantes es la Convención de Lugano, que según algunas interpretaciones permitiría que todos los tipos de resoluciones podrían ser ejecutadas en Suiza, incluso las medidas cautelares, con excepción de las resoluciones *ex parte* puesto que la Convención requiere el respeto del derecho de la contraria a ser oída²⁰⁸.

Sin embargo, si dicha Convención no fuera aplicable, su artículo 192 indica que si los laudos han de ser ejecutados en Suiza se aplicará la Convención de Nueva York, lo que implicará reiterar aquellas controversias que tratamos a propósito de este tratado previamente²⁰⁹.

De todas maneras, no obstante estas interpretaciones se ha señalado que si bien la SPILA permitiría la ejecución de medidas cautelares ordenadas por árbitros nacionales, no sucedería lo mismo con aquellas concedidas en el extranjero, puesto que a juicio de la Swiss Federal Supreme Court, el concepto de “award” o de laudo de los artículos 190 a 192 SPILA hace referencia a sentencias definitivas que ponen fin al procedimiento arbitral sobre una base sustantiva, a sentencias parciales que resuelven sobre una parte limitada de la contienda o de una de las diversas demandas del litigio, o incluso a resoluciones incidentales o preliminares que resuelvan una o más cuestiones prejudiciales o de procedimiento, pero no a autos procesales que podrían modificarse durante el procedimiento²¹⁰.

At the same time, the court shall summon the parties to a hearing, which must take place immediately, or set a deadline for the opposing party to comment in writing. Having heard the opposing party, the court shall decide on the application immediately.

Before ordering interim measures, the court may ex officio order the applicant to provide security.

²⁰⁷ Artículo 26 numeral 3 del Reglamento Suizo: *In exceptional circumstances, the arbitral tribunal may rule on a request for interim measures by way of a preliminary order before the request has been communicated to any other party, provided that such communication is made at the latest together with the preliminary order and that the other parties are immediately granted an opportunity to be heard.*

²⁰⁸ BRUNSCHWEILER *et al.* (2018), p. 3.

²⁰⁹ Artículo 192 numeral 2 de la SPILA: *Where the parties have excluded all setting aside proceedings and where the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of 10 June 1985 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards applies by analogy.*

²¹⁰ X. SA V. Y. BV. (2010): Swiss Federal Supreme Court. 13 abril 2010. (*appeal in civil matters*), case 4A_582/2009, ATF 136 III 200, en: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2020&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=atf+136+III+200&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F136-III-200%3Ade&number_of_ranks=6&aazaclir=clir#idp332432. Concluye la sentencia señalando que “El presente

H. República Popular de China

La última sede a la que haremos mención será la Región Administrativa Especial de Hong Kong en China, que se ubica en tercer lugar de preferencia de la 2021 International Arbitration Survey de la Queen Mary University of London. Su regulación del arbitraje interno y doméstico se encuentra en la Hong Kong Arbitration Ordinance²¹¹, basada en la Ley Modelo y sus enmiendas de 2006, a cuyas disposiciones se les ha otorgado fuerza de ley²¹².

A grandes rasgos, dado que la Ordenanza adopta en gran manera la Ley Modelo en sus secciones o artículos 35 a 37, el árbitro tiene plena facultad para conceder medidas cautelares y órdenes preliminares en base a los artículos 17 A y 17 B de la Ley Modelo, en forma o no de laudo, y antes o durante las actuaciones arbitrales, permitiéndoles ordenar incluso medidas como la entrega de *security for costs* u órdenes dirigidas al ejercicio mismo de la propiedad. Estas medidas pueden ser concedidas en la forma de laudos parciales que podrán ser ejecutados si poseen una determinación final en la materia que resuelven²¹³.

La Ordenanza entrega la competencia a las Court of First Instance of the High Court, y establece que estas Cortes podrán conceder medidas cautelares, pero no bajo el artículo 17 J de la Ley Modelo que queda sin efecto: en su reemplazo, se faculta a las Cortes para dictar medidas cautelares en cualquier procedimiento arbitral, fuera o dentro de Hong Kong, haya comenzado o no. Asimismo, se les permite rechazar las medidas solicitadas si estas se estuvieran tramitando en un procedimiento arbitral, o cuando las Cortes consideren que resulta más apropiado que el propio tribunal arbitral sea quien tramite la medida²¹⁴.

recurso no se dirige contra un laudo, sino contra una decisión sobre medidas provisionales en el sentido del artículo 183 de la SPILA, por lo que es inadmisibile. Por lo tanto, no es posible entrar en la cuestión de sus conclusiones, ya sea que soliciten la anulación de dicha decisión o la declaración de su nulidad.” (Traducción francés-español)

²¹¹ Arbitration Ordinance de Hong Kong de 01 de junio de 2011. <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>.

²¹² Véase IBA Arbitration Guide Hong Kong, p. 4. Disponible en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=8B5C05B7-D2F0-4F2F-8418-1F3C32537343>.

²¹³ Ibid., p. 12.

²¹⁴ Artículo 45 de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong: *Article 17J of UNCITRAL Model Law (Court-ordered interim measures)*.

- (2) *On the application of any party, the Court may, in relation to any arbitral proceedings which have been or are to be commenced in or outside Hong Kong, grant an interim measure.*
- (3) *The powers conferred by this section may be exercised by the Court irrespective of whether or not similar powers may be exercised by an arbitral tribunal under section 35 in relation to the same dispute.*
- (4) *The Court may decline to grant an interim measure under subsection (2) on the ground that-*
 - (a) *the interim measure sought is currently the subject of arbitral proceedings; and*
 - (b) *the Court considers it more appropriate for the interim measure sought to be dealt with by the arbitral tribunal. (...)*

Otro aspecto relevante dice relación con el arbitraje de emergencia, institución que se consagra expresamente en la parte 3A de la Ordenanza, la que no solo entrega una definición de “árbitro de emergencia”²¹⁵, sino que también dispone que tanto las decisiones nacionales como las extranjeras podrán ser objeto de ejecución con asistencia de las Cortes, cuyas decisiones no serán susceptibles de apelación²¹⁶.

Una de las características más notables de esta normativa se encuentra en el procedimiento establecido para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. Así, los artículos 17 H y 17 I de la Ley Modelo se reemplazan por el artículo 61 de la Ordenanza que instaura un mecanismo mediante el que se permite ejecutar las resoluciones que emanen de un tribunal arbitral en un procedimiento de arbitraje, dentro o fuera de Hong Kong, con autorización previa de la Corte y con los mismos efectos que tendría si hubiese sido pronunciada por esta. Se dispone que si la resolución es extranjera se exigirá a la solicitante demostrar que la resolución pertenece a aquellas que pueden pronunciarse en Hong Kong por los tribunal arbitral para poder proceder con la ejecución. Finalmente, su quinto párrafo permite la ejecución de medidas cautelares de acuerdo con las anteriores reglas²¹⁷.

A modo de cierre, el análisis expuesto permite identificar una reciente e incipiente tendencia hacia la reforma de las leyes de arbitraje internacional que deberá mantenerse

²¹⁵ Artículo 22A de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong: *Interpretation. In this part- emergency arbitrator (緊急仲裁員) means an emergency arbitrator appointed under the arbitration rules (including the arbitration rules of a permanent arbitral institution) agreed to or adopted by the parties to deal with the parties' applications for emergency relief before an arbitral tribunal is constituted.*

²¹⁶ Artículo 22B de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong: *Enforcement of emergency relief granted by emergency arbitrator.*

(1) *Any emergency relief granted, whether in or outside Hong Kong, by an emergency arbitrator under the relevant arbitration rules is enforceable in the same manner as an order or direction of the Court that has the same effect, but only with the leave of the Court.*

(2) *The Court may not grant leave to enforce any emergency relief granted outside Hong Kong unless the party seeking to enforce it can demonstrate that it consists only of one or more temporary measures (including an injunction) by which the emergency arbitrator orders a party to do one or more of the following: (...)*

(3) *If leave is granted under subsection (1), the Court may enter judgment in terms of the emergency relief.*

(4) *A decision of the Court to grant or refuse to grant leave under subsection (1) is not subject to appeal.*

²¹⁷ Artículo 61 de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong: *Enforcement of orders and directions of arbitral tribunal.*

(1) *An order or direction made, whether in or outside Hong Kong, in relation to arbitral proceedings by an arbitral tribunal is enforceable in the same manner as an order or direction of the Court that has the same effect, but only with the leave of the Court.*

(2) *Leave to enforce an order or direction made outside Hong Kong is not to be granted, unless the party seeking to enforce it can demonstrate that it belongs to a type or description of order or direction that may be made in Hong Kong in relation to arbitral proceedings by an arbitral tribunal.*

(3) *If leave is granted under subsection (1), the Court may enter judgment in terms of the order or direction.*

(4) *A decision of the Court to grant or refuse to grant leave under subsection (1) is not subject to appeal*

(5) *An order or direction referred to in this section includes an interim measure.*

estable en el tiempo para cumplir efectivamente con el objetivo de la CNUDMI y lograr una verdadera unificación del derecho procesal arbitral internacional, por lo que se requiere que más países adopten sus normas a estos nuevos lineamientos, sobre todo aquellos que poseen normas inspiradas en la Ley Modelo de 1985 o que poseen sistemas obsoletos.

Vistos todos los tópicos hasta aquí señalados, luego del análisis de la Ley 19.971 chilena; del sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras contenido en el Código de Procedimiento Civil; de las Leyes Modelo de 1985 y sus enmiendas de 2006; del arbitraje de emergencia de los reglamentos institucionales de arbitraje; de las normas sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros contenidas en instrumentos internacionales; y del análisis normativo comparado de legislaciones que han reformado sus normas de arbitraje internacional, nos encontramos finalmente en la posibilidad de señalar que nuestra Ley 19.971 debe seguir esta tendencia a la reforma, motivo por el cual formularemos la siguiente propuesta de solución para nuestra legislación procesal carente de regulación y de mecanismos de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares.

CAPÍTULO IV: UNA SOLUCIÓN PARA CHILE

I. Ley 19.971: ¿Reforma completa o parcial?

Llámesele ironía o solo mala suerte al hecho de que nuestra ley de arbitraje internacional haya sido publicada dos años antes de las enmiendas a la Ley Modelo del año 2006, lo cierto es que las normas de la Ley 19.971 se encuentran obsoletas.

Si bien se podría proponer una reforma parcial a la ley para que se realicen modificaciones exclusivamente en materia de medidas cautelares, estimamos que dicha opción no sería compatible con el objetivo de unificación legislativa que se propuso la CNUDMI, lo que nos lleva a proponer una reforma completa a la Ley 19.971.

Pero, también consideramos que una reforma así no podría convivir con un sistema procesal vetusto y obsoleto como el que existe actualmente en nuestro Código de Procedimiento Civil, por lo que en un escenario perfecto la actualización de esta ley iría de la mano con la Reforma Procesal Civil que se encuentra pendiente en nuestro Congreso Nacional en segundo trámite constitucional, con su nuevo Código Procesal Civil y con una eventual nueva ley de arbitraje²¹⁸.

Recapitulando, las razones que nos llevan a considerar la urgencia de una reforma completa de nuestra ley a los lineamientos de la Ley Modelo de 2006 pueden resumirse en que nuestra Ley 19.971 posee esencialmente tres grandes problemas, a saber:

- a) Las medidas cautelares poseen una regulación sumamente escueta.
- b) No posee un mecanismo de reconocimiento y ejecución para tales medidas, quedando en manos de los procedimientos de los tratados internacionales y de Código de Procedimiento Civil, con la Corte Suprema como tribunal competente, los que no son aplicables para estas resoluciones.
- c) La definición de “tribunal arbitral” no incluye a los árbitros de emergencia.

Por estos motivos, visualizando una nueva ley de arbitraje, se requiere que un nuevo texto defina y establezca claramente los siguientes puntos:

- a) El alcance del concepto “tribunal arbitral”, que incluya a los árbitros de emergencia tal como hacen las legislaciones de Nueva Zelanda y Hong Kong.

²¹⁸ El texto del anteproyecto de Código Procesal Civil, Boletín 8197-07 aprobado por la Cámara de Diputados y en segundo trámite constitucional en el Senado, se encuentra disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=18978&prmTIPO=OFICIOPLEY>.

- b) Qué se entiende por medida cautelar, como hace la generalidad de las legislaciones analizadas.
- c) Cuáles son algunos ejemplos de medidas cautelares, consagrando casos concretos como la entrega de *security for costs*, tal como hicieron las legislaciones de Ontario, Nueva Zelanda, Reino Unido y Hong Kong.
- d) Cuáles serán los requisitos para conceder estas medidas, manteniendo esencialmente las exigencias de *fumus boni iuris* y *periculum in mora* que vimos en la generalidad de las legislaciones analizadas.
- e) Un mecanismo que permita el reconocimiento y la ejecución de aquellas medidas cautelares que hubieren sido concedidas en procedimientos arbitrales con sede extranjera, tanto por tribunales ordinarios como arbitrales, tal como hacen las legislaciones que adoptaron parcial o totalmente la Ley Modelo de 2006.
- f) Otras circunstancias como la exigencia de garantías suficientes, que el árbitro pueda modificar o revocar las medidas concedidas por la justicia ordinaria, que las medidas puedan tomar forma de laudo o no para efectos de su reconocimiento, cuáles serán los tribunales competentes para reconocer medidas cautelares y qué recursos procederán en contra de ciertas resoluciones.

Siguiendo la estructura de las legislaciones que adoptaron las enmiendas de 2006, pudimos ver que usualmente se confiere el reconocimiento de las medidas a ciertos tribunales superiores a fin de que la ejecución quede en manos de tribunales inferiores, situación que en nuestro sistema se traduciría en entregar estas competencias a las Cortes de Apelaciones y a los Juzgados de Letras, respectivamente. De esta forma, si nuestra ley se reformara hoy siguiendo esta tendencia, el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales y de las medidas cautelares quedaría en manos de dichos tribunales, lo que contribuiría a descargar la excesiva carga de trabajo que posee la Corte Suprema.

Pero podríamos dar un paso más: en un contexto donde la Reforma Procesal Civil se encontrase vigente al momento de actualizar la Ley 19.971, reforma que busca sustraer el procedimiento de exequátur de las competencias de la Corte Suprema para entregarlo a tribunales de primera instancia, podríamos incluso proponer que la actualización de la Ley 19.971 guarde armonía con este espíritu y se confiera a los Juzgados de Letras de la competencia para conocer las solicitudes de reconocimiento y de ejecución de laudos y medidas cautelares extranjeras, descargando a la Corte Suprema y a las Cortes de

Apelaciones. Estos tribunales se limitarían solo al examen formal de las solicitudes de reconocimiento, sin poder entrar en el fondo o en los méritos de las medidas²¹⁹.

Otra opción que desde luego podría contemplarse es la determinación de competencia en base a la cuantía del asunto, existente en el modelo neozelandés, con lo cual se equilibraría la carga entre los tribunales. De este modo, podría entregarse la competencia de los procedimientos de mayor cuantía a las Cortes de Apelaciones y los de menor cuantía a los Juzgados Civiles.

La facultad de los Juzgados de Letras para adecuar las medidas a sus facultades al conocer de su reconocimiento también dependerá del sistema procesal civil vigente, puesto que si el Código de Procedimiento Civil fuera el vigente, sin duda la situación será compleja por la restricción que suponen los artículos 290 sobre medidas precautorias y el artículo 298 sobre medidas precautorias innominadas, de naturaleza esencialmente conservativa.

Por ello, vemos un mejor panorama con las disposiciones del anteproyecto de Código Procesal Civil, que no solo señala en el inciso final de su artículo 182 que “el tribunal podrá acceder a otras medidas conservativas, cuando aquellas previstas en el inciso precedente no resulten idóneas o suficientes para el resguardo de la pretensión del actor”, sino también porque su artículo 189 consagraría expresamente la posibilidad de obtener medidas cautelares innovativas²²⁰.

De esta forma, los juzgados ya no se encontrarían limitados a adecuar la medida cautelar a una medida precautoria conservativa, hecho que aportará a reducir las probabilidades de que traspasen la delgada línea que existe entre adecuar la medida a sus facultades y entrar en el análisis del fondo de la medida.

Una nueva ley requerirá además adecuar el concepto de “tribunal arbitral” a las tendencias actuales para incorporar instituciones como el arbitraje de emergencia,

²¹⁹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República Sebastián Piñera, mensaje n°004-360, boletín n°8197-07, con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, 13 de marzo de 2012, disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8596>. Al respecto, el mensaje señala “En materia de exequátur se realizan importantes cambios en lo relativo a sacar su conocimiento, al igual que en la acción de revisión, de la competencia exclusiva de la Corte Suprema pudiendo solicitarse el reconocimiento o la ejecución ante el juez ordinario respectivo, quien efectuará el control de regularidad, sin perjuicio de la existencia de los medios de impugnación contra las sentencias que se pronuncien en estas materias.”

²²⁰ Artículo 189 del anteproyecto de Código Procesal Civil: Medida cautelar innovativa. Ante la inminencia de un grave perjuicio, el juez, a petición de parte, podrá disponer medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho preexistente total o parcialmente a la solicitud.

La medida cautelar innovativa se decretará en forma excepcional, cuando el peligro de grave perjuicio no pueda ser tutelado con el otorgamiento de una medida cautelar conservativa.

consagrando idealmente un capítulo expreso referido a dicha institución, tal como realizó la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong, de forma tal que a través de dicha norma se permita que sus resoluciones o medidas de emergencia puedan ser reconocidas y ejecutadas al ser concedidas en el extranjero.

Finalmente, para situar efectivamente al arbitraje como una alternativa real a la justicia ordinaria dentro del país, consideramos necesario regular en materia medidas cautelares *ex parte*, ya sea a través de la forma de medidas *ex parte* propiamente tales o bien como órdenes preliminares.

II. Propuesta de solución de *lege ferenda*

De acuerdo con todo lo que hasta aquí se ha señalado, estimamos que una reforma a la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional o una eventual ley común para el arbitraje doméstico e internacional²²¹, encontrándose vigente el actual Código de Procedimiento Civil, necesariamente deberán contener como disposiciones mínimas las que a continuación se proponen:

Sobre la definición de “tribunal arbitral”, debe ampliarse su alcance para permitir la intervención del arbitraje de emergencia que se consagra en una serie de reglamentos institucionales de arbitraje comercial internacional:

Artículo 1. Definiciones. Para los efectos de esta ley:

- a) “Arbitraje” significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo.
- b) “Tribunal arbitral” significa un solo árbitro, un panel de árbitros o una institución arbitral, así como cualquier árbitro de emergencia determinado según:
 1. El acuerdo de arbitraje que las partes han suscrito; o
 2. Las reglas de arbitraje de alguna institución u organización que las partes hubieren adoptado.
- c) “Tribunal ordinario” significa un órgano jurisdiccional de un país.

²²¹ El mensaje del anteproyecto de Código Procesal Civil señala que: “En este afán, deberán impulsarse, como complemento esencial de este Proyecto, normas orgánicas, adecuatorias, leyes complementarias para el establecimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos, una nueva ley de arbitraje interno y, entre otros, una ley relativa a los asuntos voluntarios o no contenciosos. (...) En lo que respecta al arbitraje, ciertamente luego de la promulgación de la ley de arbitraje internacional, parece conveniente modernizar y adecuar la regulación del arbitraje interno, modalidad heterocompositiva, de ejercicio jurisdiccional, con larga tradición entre nosotros y respecto de la cual, he estimado conveniente innovar y proponer su regulación en una ley especial.”

- d) “Árbitro de emergencia” significa un árbitro aceptado o designado por las partes para tramitar las solicitudes de medidas de emergencia hechas antes de la constitución del tribunal arbitral²²².

Sobre la interpretación de la ley, debe mantenerse el origen internacional y la consideración a los principios generales como criterios de interpretación amplios que permitirán solucionar conflictos a falta de norma expresa como los que se han señalado anteriormente:

Artículo 2. Origen internacional e interpretación. En la interpretación de esta ley se deberá tener en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Las cuestiones relativas a las materias regidas por esta ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa²²³.

Sobre la competencia del tribunal arbitral, no solo se debe consagrar su facultad para conceder medidas cautelares como potestad supeditada al acuerdo de las partes, sino también la posibilidad de exigir garantías suficientes para evitar daños posteriores:

Artículo 3. Facultad del tribunal arbitral para conceder medidas cautelares. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo definitivo que resuelva el asunto sometido a su conocimiento, pudiendo exigir las garantías que estime convenientes para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar con la ejecución de sus medidas²²⁴.

Sobre la regulación de las medidas cautelares, se debe consagrar su definición y algunos ejemplos de medidas lo suficientemente amplios para evitar un listado taxativo; los requisitos que las partes deberán cumplir para ser favorecidas con una medida cautelar en torno al peligro en la demora y humo de buen derecho; un régimen de medidas cautelares *ex parte* para aquellos casos en que la notificación pueda irrogar perjuicios para la pretensión de la

²²² Artículo basado en el artículo 2 de la Arbitration Act 1996 de Nueva Zelanda, en el artículo 22A de la Arbitration Ordinance de Hong Kong y en el artículo 2 de la Ley Modelo de 2006.

²²³ Artículo basado en el artículo 2 A de la Ley Modelo de 2006.

²²⁴ Artículo basado en el párrafo 1 del artículo 47 del Decreto Legislativo 1071 de Perú.

solicitante; la facultad del tribunal ordinario para modificar o dejar sin efecto aquellas medidas que hubiese concedido aquel o un tribunal ordinario; y finalmente, la determinación de que la solicitante será responsable por los perjuicios producidos con la medida que solicitó.

Artículo 4. Medidas cautelares. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes, por ejemplo:

- a) Que mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se resuelva la controversia.
- b) Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral.
- c) Que se proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente.
- d) Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.
- e) Que entregue caución o fianza para los costos del arbitraje²²⁵.

Artículo 5. Requisitos y condiciones para conceder medidas cautelares. La medida cautelar será otorgada por el tribunal arbitral cuando estime que es necesaria para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración el mismo por la duración del procedimiento. Esta estimación no prejuzgará la decisión subsiguiente a que pueda llegar el tribunal arbitral.

La parte solicitante deberá acompañar el o los antecedentes que permitan presumir la verosimilitud de la existencia del derecho que se reclama y el peligro de daño que entraña para su pretensión el hecho de que la medida no se conceda de inmediato²²⁶.

Artículo 6. Medidas cautelares *ex parte*. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento a la parte contraria de la solicitud. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin notificar a la contraria cuando la solicitante justifique la necesidad

²²⁵ Artículo basado en el artículo 17 de la International Commercial Arbitration Act de Columbia Británica, Canadá.

²²⁶ Artículo basado en el párrafo 4 del artículo 17 de la Ley 19.636 de Uruguay y en el artículo 180 del anteproyecto de Código Procesal Civil.

de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida, la afectada tendrá derecho a efectuar sus descargos ante el tribunal arbitral²²⁷.

Artículo 7. Modificación, sustitución o revocación de la medida. El tribunal arbitral, a petición de parte y mediante resolución fundada, podrá modificar, sustituir o dejar sin efecto las medidas cautelares que hubiere dictado así como aquellas dictadas por un juez de letras, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes²²⁸.

Artículo 8. Costas, daños y perjuicios. La parte solicitante de una medida cautelar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de las costas y de los daños y perjuicios²²⁹.

Sobre la intervención de la justicia ordinaria, debe consagrarse su facultad para dictar medidas cautelares en apoyo de los procedimientos arbitrales y su tiempo de vigencia cuando sean solicitadas como prejudiciales, así como la delimitación de su competencia para estos efectos:

Artículo 9. Medidas cautelares dictadas por jueces de letras. Las medidas cautelares solicitadas a un juez de letras antes de la constitución del tribunal arbitral, o bien antes o durante las actuaciones arbitrales no serán incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

Ejecutada la medida con carácter prejudicial, la beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los 10 días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si hubiera cumplido con dar inicio al arbitraje en dicho plazo pero el tribunal arbitral no se hubiere constituido, la medida caducará de pleno derecho en el plazo de 90 días desde que se dictó²³⁰.

²²⁷ Artículo basado en el párrafo 3 del artículo 47 del Decreto Legislativo 1071 de Perú y en el párrafo 5 del artículo 17 de la Ley 19.636 de Uruguay.

²²⁸ Artículo basado en el párrafo 6 del artículo 47 del Decreto Legislativo 1071 de Perú.

²²⁹ Artículo basado en el párrafo 6 del artículo 17 de la Ley 19.636 de Uruguay.

²³⁰ Artículo basado en el párrafo 4 del artículo 47 del Decreto Legislativo 1071 de Perú.

Artículo 10. Control jurisdiccional. Para la adopción judicial y ejecución de medidas cautelares será competente el juez de letras del domicilio del emplazado o bien aquel del lugar donde las medidas deberán producir sus efectos.

Para el reconocimiento de medidas cautelares extranjeras será competente la Corte de Apelaciones del domicilio del emplazado o bien la del lugar donde la medida deberá producir sus efectos²³¹.

Sobre el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, no solo debe consagrarse la posibilidad de que aquellas concedidas en procedimientos con sede extranjera puedan ser reconocidas y luego ejecutadas, lo que por lo demás debe ser igualmente aplicable para las medidas ordenadas por árbitros de emergencia, sino también la función de los tribunales ordinarios, los que deben limitarse en todo momento a un análisis formal y no de fondo, y exigir garantías en caso de ser necesario. De igual modo, deben señalarse causales de denegación para el reconocimiento y ejecución, la posibilidad de adecuar la medida cautelar a las facultades del tribunal y, por último, un recurso con el cual impugnar las resoluciones que rechacen el reconocimiento o declaren la inadmisibilidad de la solicitud:

Artículo 11. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y tendrá mérito ejecutivo, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, si la parte compelida por ella no se sometiera voluntariamente o si la efectividad de la medida lo requiriese, será ejecutada por el juez de letras competente, al ser solicitada tal ejecución.

Asimismo, cualquier medida de emergencia adoptada por un árbitro de emergencia, fuera o dentro de Chile, de acuerdo con las reglas de arbitraje adoptadas por las partes, será reconocida como vinculante y ejecutada por el juez de letras competente en los mismos términos del inciso anterior.²³²

El juez de letras, con el solo mérito de las copias de los documentos que acrediten la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a la ejecución de la medida sin admitir recurso, oposición o excepciones en contra.

²³¹ Artículo basado en el artículo 3 de la International Commercial Arbitration Act 2017 de Ontario, Canadá, y del artículo 41 del Decreto Legislativo 1071 de Perú.

²³² Artículo basado en la *Part 3A* de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong.

La parte que solicite el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar deberá informar al juez de letras sobre cualquier modificación, suspensión o cancelación de la medida.

El juez de letras podrá, si así considera adecuado, ordenar a la solicitante al pago de una garantía cuando el tribunal arbitral no se hubiere pronunciado sobre aquella, o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, el juez de letras podrá rechazar de plano la solicitud de reconocimiento²³³.

Artículo 12. Causales de denegación del reconocimiento o la ejecución.

1. Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:
 - a) Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que:
 - i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado, en virtud de la ley del país en que se concedió la medida.
 - ii) Que la parte contra la cual se invoca la medida cautelar no ha sido debidamente emplazada en el procedimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 6 y 9.
 - iii) Que la medida cautelar se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o excede los términos del acuerdo; no obstante, si las disposiciones de la medida que se refieren a cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no lo están, dichas disposiciones podrán ser objeto de reconocimiento y ejecución.
 - iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecio de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
 - v) Que no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada.

²³³ Artículo basado en el párrafo 4 del artículo 17 de la Ley 19.636 de Uruguay, en el artículo 17L de la Arbitration Act 1996 de Nueva Zelanda y en los párrafos 2, 3 y 4 literal e del Decreto Legislativo 1071 de Perú.

- vi) Que la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral, o por un tribunal ordinario del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó, en caso de que esté facultado para hacerlo.
- b) Si el tribunal resuelve que:
- i) La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que el juez de letras competente decida reformular la medida para adecuarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poder ejecutarla sin modificar su contenido. El juez no podrá interpretar los alcances de la medida cautelar ni podrá modificar su contenido o desnaturalizarla.
 - ii) Que según la ley chilena el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.
 - iii) Que el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar sería contraria al orden público de Chile.
2. Toda determinación a la que llegue el juez de letras respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1 será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar.
3. El juez de letras al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar²³⁴.

Artículo 13. Impugnación. La impugnación de las resoluciones pronunciadas en este procedimiento se someterá a las siguientes reglas:

- 1. Contra la resolución que rechace en parte o totalmente el reconocimiento judicial de la medida cautelar solo procederá el recurso de apelación. El recurso gozará de preferencia para su vista y fallo, y será resuelto incluso sin la comparecencia de las partes.
- 2. Contra la resolución que declare la inadmisibilidad de la solicitud de reconocimiento procederá únicamente el recurso de reposición, el que deberá interponerse en el plazo de 3 días.
- 3. Contra la resolución que acoge o declara la admisibilidad de la solicitud de reconocimiento no procederá recurso alguno.
- 4. En ningún caso procederá el recurso de casación en la forma o en el fondo²³⁵.

²³⁴ Artículo basado en los artículos 17 H y 36 de la Ley Modelo de 2006.

CONCLUSIONES

El análisis expuesto a lo largo de esta tesis nos permite concluir que la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial publicada en Chile el año 2004 se encuentra obsoleta: carece de regulación suficiente en materia de medidas cautelares y no contempla un mecanismo con el que proceder a su reconocimiento y ejecución cuando han sido concedidas en procedimientos arbitrales con sede extranjera. Las normas procesales generales tampoco lo permiten, pues el procedimiento de exequátur no se aplica a este tipo de medidas, toda vez que, según sentenció la Corte Suprema, sus normas refieren a resoluciones mayores como sentencias o laudos definitivos y no a otras como las que conceden medidas cautelares que esencialmente poseen una naturaleza provisional.

La Ley 19.971 posee sus orígenes en la Ley Modelo de 1985 de la CNUDMI, normas que fueron redactadas con el objetivo de lograr la unificación del derecho procesal arbitral debido a la insuficiencia y disparidad entre las diversas leyes domésticas en la materia. La Ley de 1985 sería posteriormente enmendada el año 2006 para dar solución, entre otras cosas, a la carencia de regulación que poseía en materia de medidas cautelares y su reconocimiento y ejecución.

A partir del análisis de sus normas pudimos observar que la Ley Modelo de 2006 consagra importantes novedades tales como una definición de medida cautelar, algunos ejemplos de medidas, crea las órdenes preliminares para conceder una suerte de medidas *ex parte*, establece condiciones para otorgar medidas y órdenes preliminares, y, como principal creación, establece un procedimiento de reconocimiento y ejecución para estas medidas. Sin perjuicio de ello, posee críticas en torno a su interpretación literal, a la facultad de la justicia ordinaria para ajustar las medidas cautelares a sus facultades, entre otras.

Dado que no existe norma en el derecho interno chileno que permita que una medida cautelar concedida en un procedimiento arbitral con sede extranjera pueda ser reconocida y ejecutada en nuestro país, se analizaron diversos tratados internacionales que poseen normas relativas al arbitraje internacional y el reconocimiento de resoluciones extranjeras, siendo el más importante de aquellos la Convención de Nueva York para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

²³⁵ Artículo basado en el párrafo 4 del artículo 76 del Decreto Legislativo 1071 de Perú.

La controversia analizada en torno a esta Convención dice relación con diversas interpretaciones respecto a su aplicación en resoluciones que no poseen un carácter “final” o “definitivo”, a diferencia de las sentencias o laudos definitivos. Al respecto, han surgido opiniones dentro de la doctrina que estiman que existen otras resoluciones que también tendrían un carácter “final” respecto del asunto en que fueron dictadas, por lo que una medida cautelar bien podría ser final en sí misma.

Sin embargo, al no identificar alguna norma dentro de estos tratados que nos permitiera concluir sin dudas que una medida cautelar podría ser reconocida y ejecutada en Chile, estimamos que una forma de solucionar este problema debería provenir desde el propio derecho interno, motivo por el cual la Ley 19.971 deberá reformarse, para lo cual se utilizó el método comparado a fin de analizar otras legislaciones y sus normas sobre arbitraje internacional para determinar mecanismos y procedimientos que podrían aplicarse en nuestro país, así como poder identificar la existencia de alguna tendencia en torno a la materia.

A partir de lo anterior, se analizaron los siguientes países:

- a) Uruguay, país de la región que inició una incipiente tendencia reformista al dictar una ley inspirada en las normas de la Ley Modelo de 1985 y de 2006, con diversas modificaciones en relación con medidas cautelares *ex parte* y prejudiciales.
- b) Argentina, primer país de la región que adopta de forma íntegra las disposiciones de la Ley Modelo de 2006, sin mayores modificaciones, por lo que mantiene la regulación original sobre medidas cautelares, órdenes preliminares y su procedimiento de reconocimiento y ejecución.
- c) Perú, quien merece digno reconocimiento por el trabajo que se realizó en su Decreto Legislativo 1071 que adopta la Ley Modelo de 2006, con diversas modificaciones, estableciendo una regulación bastante detallada en materia de medidas cautelares, competencia del tribunal arbitral, medidas prejudiciales y *ex parte*, reconocimiento y ejecución de estas medidas y recursos procedentes.
- d) Canadá, primer país del mundo que adoptó la Ley Modelo de 1985, cuyas normas tienen vigencia en la generalidad de sus provincias con excepción de Ontario, Columbia Británica y Quebec que poseen normas de la Ley Modelo de 2006, diferenciándose en cuanto a la metodología de la regulación, pero permitiendo las tres la posibilidad de reconocer y ejecutar una medida cautelar concedida en un arbitraje con sede extranjera.

- e) Nueva Zelanda, primer país que adoptó las enmiendas del año 2006, destaca principalmente por poseer norma expresa que permite la intervención del arbitraje de emergencia, permitiendo que tanto medidas cautelares como medidas de emergencia puedan ser objeto de reconocimiento y ejecución.
- f) Reino Unido, país más preferido como sede de arbitraje según la 2021 International Arbitration Survey, posee una legislación de arbitraje propia que no se basa en la Ley Modelo de la CNUDMI. Inspira su regulación en el principio de la intervención mínima de la justicia ordinaria y se dispone que en caso de incumplimiento de alguna orden del tribunal arbitral, este podrá dictar órdenes perentorias que luego podrán ser ejecutadas por las Cortes solo cuando se agotaren las instancias arbitrales. Sin embargo, el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras queda encargado a las normas de la Convención de Ginebra y la Convención de Nueva York, lo que nos reenvía a los debates sobre la “finalidad” de las resoluciones.
- g) Suiza, país que tampoco basa su legislación en la Ley Modelo de la CNUDMI, supedita el reconocimiento y ejecución de resoluciones a la interpretación de tratados internacionales como la Convención de Lugano, existiendo opiniones que estiman que también aplicaría para medidas cautelares. Sin embargo, la Swiss Federal Supreme Court ha estimado lo contrario.
- h) Por último, la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong en China resulta también digna de reconocimiento por aventurarse a realizar importantes cambios. Inicia señalando que ciertas normas de la Ley Modelo tendrán fuerza de ley, consagra expresamente medidas como las *security for costs*, contempla un capítulo completo para el arbitraje de emergencia y dispone un procedimiento propio para ejecutar las resoluciones de los tribunales arbitrales, pronunciadas dentro o fuera de Hong Kong, que incluiría a las medidas cautelares.

Vistas estas legislaciones, pudimos observar la existencia de una reciente e incipiente tendencia a la reforma de las leyes de arbitraje comercial internacional, tendencia que ciertamente debería seguir nuestra Ley 19.971 pues se encontraría obsoleta. Consideramos que sus principales problemas se solucionarían adoptando nuevas normas en torno a la regulación de las medidas cautelares, del arbitraje de emergencia, de la intervención jurisdiccional y de mecanismos de reconocimiento y ejecución para medidas cautelares, aspectos sobre los cuales propusimos una serie de artículos mínimos que debería contemplar cualquier reforma en este sentido.

En un escenario ideal, estas modificaciones se harán en paralelo o conjuntamente a la Reforma Procesal Civil, que sustrae los procedimientos de exequátur de la competencia exclusiva de la Corte Suprema, consagra las medidas cautelares innovativas y se propone legislar en materia de arbitraje para la creación de una nueva ley de arbitraje interno. A juicio nuestro, las nuevas disposiciones de una reforma a la Ley 19.971 no deberían compartir con el sistema vetusto y obsoleto de nuestro Código de Procedimiento Civil.

Por tanto, a modo de cierre, si bien existe evidencia de que las medidas cautelares ordenadas por tribunales arbitrales suelen ser cumplidas de forma voluntaria por las partes, ello no es óbice para que legislaciones como la nuestra que se basan en la antigua Ley Modelo de 1985 puedan obviar que existen vacíos y problemas a partir de estas disposiciones. Ello no solo perjudica indirectamente al objetivo de la CNUDMI de lograr la unificación del derecho procesal arbitral internacional, sino directamente a nuestro propio país y su objetivo de establecerse como una sede atractiva de arbitraje.

En Chile la realidad es que no se pueden reconocer ni ejecutar medidas cautelares cuando han sido concedidas en procedimientos arbitrales con sede extranjera, una realidad que atenta contra la eficacia esencial del arbitraje y que se constituye el problema de fondo de esta tesis, el que a todas luces debe solucionarse para beneficiar directamente al ordenamiento jurídico, al debido proceso, a los fines y resultados del arbitraje, y a la seguridad jurídica de las partes y sus pretensiones.

Nuestro país merece un sistema de arbitraje íntegro y eficaz que le permita cumplir con los objetivos que lo llevaron a legislar en esta materia, años atrás.

JURISPRUDENCIA CITADA

CARÁTULA	ROL / CASO	FECHA	TRIBUNAL	PAÍS	PÁG.
WESTERN TECHNOLOGY SERVICES INTERNATIONAL INC. CON CAUCHOS INDUSTRIALES S.A.	5468-2009	11/05/2010	Corte Suprema de Chile	Chile	18
PUBLICIS COMMUNICATIONS V. TRUE NORTH COMMUNICATIONS INC.	206 F.3d 725	14/03/2000	United States Court of Appeal for the Seventh Circuit	Estados Unidos	46
YAHOO! INC. V. MICROSOFT CORP.	13-CV-7237	31/10/2013	United States District Court for the Southern District of New York	Estados Unidos	47
ECOPETROL S.A. AND KOREA NATIONAL OIL CORPORATION V. OFFSHORE EXPLORATION AND PRO-DUCTION LLC.	14-CV-529	10/09/2014	United States District Court for the Southern District of New York	Estados Unidos	47
ZEILER V. DEITSCH	06-1893-cv, 06-5617-cv	23/08/2007	United States Court of Appeals for the Second Circuit	Estados Unidos	48
SOUTHERN SEAS NAVIGATION V.	606 F. Supp. 692	25/04/1985	United States District Court	Estados Unidos	48

PETROLEOS MEXICANOS			for the Southern District of New York		
CONSOLIDATED CONTRACTORS GROUP S.A.L. (OFFSHORE) V. AMBATOVY MINERALS S.A.	ONCA 939	04/12/2017	Court of Appeal for Ontario	Canadá	63
X. SA V. Y. BV.	4A_582/2009	13/04/2010	Swiss Federal Supreme Court	Suiza	70

TRATADOS INTERNACIONALES CITADOS

TRATADO INTERNACIONAL	PÁGINA
Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras o Convención de Nueva York	45
Tratado de Derecho Procesal Internacional	49
Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional o Convención de Panamá	50
Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros	50
Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados o Convenio CIADI	51
Tratado para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay o Tratado de Asunción	52

LEGISLACIÓN CITADA

LEY / DECRETO / CÓDIGO	PAÍS	PÁG.
Ley 19.971	Chile	11
Código de Procedimiento Civil	Chile	16
Ley 19.636	Uruguay	55
Código General del Proceso	Uruguay	55
Ley 27.449	Argentina	57
Decreto Legislativo 1.071	Perú	58
International Arbitration Act 2017	Ontario, Canadá	62
International Arbitration Act	Columbia Británica, Canadá	62
Code of Civil Procedure	Quebec, Canadá	63
Arbitration Act 1996	Nueva Zelanda	64
District Court Act 2016	Nueva Zelanda	65
Arbitration Act 1996	Reino Unido	66
Swiss Private International Law Act	Suiza	69
Swiss Civil Procedure Code	Suiza	69
Arbitration Ordinance	Hong Kong, China	71

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRARTE, Ana. (Sin fecha). *Apuntes sobre la ejecución de laudos en el decreto legislativo No.1071, nueva ley de arbitraje*. Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho. Recuperado el 21 de junio de 2020, de <http://www.ciedcusco.com/wp-content/uploads/2018/08/yachaq7-parte2.pdf>.
- ARRARTE, Ana. (2007). *De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación*. *Revista Themis*, 53. Recuperado el 21 de junio de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8850/9251>.
- ARRARTE, Ana. (2009). *Apuntes sobre la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial en la nueva Ley de Arbitraje*. *Revista Ius Et Veritas*, 38. Recuperado el 21 de junio de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12199/12764>.
- BAIGEL, Baruch. (2014). *The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis*. *Journal of International Arbitration*, 31(1). Kluwer Law International.
- BORDACHAR, Rodrigo. (2015). *Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia*. CAM Santiago. Recuperado el 13 de abril de 2020, de http://www.camsantiago.cl/articulos_online/2359-6895-1-PB.pdf.
- BORN, Gary. (2014). *International Commercial Arbitration, Second Edition*. Kluwer Law International.
- BRUNSCHWEILER, André; GIROUD, Sandrine y HONDIUS, Deborah. (2018). *Enforcement of Foreign Judgments and Arbitral Awards in Switzerland: Cracking of the World's Safe Boxes*. *NYSBA International Law Practicum*, 31(2).
- CAHER, Charlie y MCMILLAN, John. (2015). *Emergency Arbitration: The Default Option for Pre-Arbitral Relief*. En FINIZIO, Steven y CAHER, Charlie (Eds.), *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2015, 12th Edition*. Recuperado el 11 de mayo de 2020, de https://www.wilmerhale.com/-/media/files/shared_content/editorial/publications/documents/emergency-arbitration-the-default-option-for-pre-arbitral-relief.pdf.
- CALAMANDREI, Piero. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Bibliográfica Argentina.

- FELDSTEIN, Sara. (2013). *La reforma de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional: una referencia para el Derecho Internacional Privado Argentino*. *Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2. Recuperado el 27 de abril de 2020, de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_768_0752a7ff0404ce0430a010151404c.
- FERNÁNDEZ, Diego y PERALES, Pilar. (2012). *Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva*. *Revista de Derecho Comparado*, 20. Recuperado el 28 de abril de 2020, de <http://diegofernandezarroyo.net/articles/68-Las-contribuciones-de-la-CNUDMI-UNCITRAL-en%20materia-de-arbitraje-razones-y-politicas-de-una-decada-altamente-productiva-DPFA-2012.pdf>.
- FERRERO, Eduardo. (2011). Título VII: Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. En SOTO, Carlos y BULLARD, Alfredo (Eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Tomo II*. Recuperado el 18 de junio de 2020, de <https://www.ipa.pe/pdf/Comentarios-a-La%20Ley-Peruana-de-Arbitraje-Tomo-II.pdf>.
- GALÁN, Diego. (2010). *El arbitraje comercial internacional en América Latina*. ResearchGate. Recuperado el 19 de junio de 2020, de https://www.researchgate.net/publication/43002570_El_arbitraje_comercial_internacional_en_America_Latina.
- GRANDO, Michelle. (2016). *The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration: A Report from the 28th Annual ITA Workshop*. Kluwer Arbitration Blog. Recuperado el 29 de abril de 2020, de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/20/the-coming-of-age-of-interim-relief-in-international-arbitration-a-report-from-the-28th-annual-ita-workshop/>.
- GUZMÁN, Diego. (1998). *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN, Julio. (Sin fecha). *Arbitraje y medidas precautorias*. CAM Santiago. Recuperado el 28 de marzo de 2020, de http://www.camsantiago.cl/articulos_online/39_Arbitraje_Medidas_Precautorias.pdf.

- IRARRÁZABAL, Jaime. (2012). *Jurisprudencia acerca del reconocimiento en Chile de sentencias arbitrales extranjeras*. CAM Santiago. Recuperado el 17 de mayo de 2020, de http://www.camsantiago.cl/articulos_online/articulo%20JI.pdf.
- IRARRÁZABAL, Jaime. (2014). *Ley de Arbitraje Comercial Internacional: 10 años de vigencia*. CAM Santiago. Recuperado el 08 de abril de 2020, de http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Ley_arbitraje_Comercial_Internacional-1.pdf.
- LIGHTFOOT, Charlie y WOOLRICH, James. (2017). *Guide to Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Court Judgments in England & Wales*. Jenner & Block LLP. Recuperado el 30 de junio de 2020, de <https://jenner.com/system/assets/assets/10464/original/UK%20Guide.pdf>.
- MADSEN, Finn. (2008). Interim Measures: The frontier of International Arbitration. En KLEINEMAN, Jan, WESTBERG, Peter y CARLSSON, Stephan (Eds.), *Festschrift till Lars Heuman*. Jure Förlag.
- MANTILLA, Fernando. (2010). *Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje*. *Revista Lima Arbitration*, 4. Recuperado el 04 de junio de 2021, de https://issuu.com/limaarbitration/docs/fernando_mantilla-serrano.
- MEREMINSKAYA, Elina. (2014). *Arbitraje Comercial Internacional en Chile: Una mirada jurisprudencial*. CAM Santiago. Recuperado el 07 de abril de 2020, de: http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Arbitraje%20jurisprudencia_Mereminskaya.pdf.
- MEZZERA, Mateo y GARINO, Joaquín. (2018). *Ley 19.636: La nueva ley de arbitraje comercial internacional en Uruguay. Diferencias respecto a la ley modelo UNCITRAL*. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 34. Recuperado el 21 de junio de 2020, de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2019/02/4.-Doctrina-Ley-Modelo-Uncitral-Cambios-en-la-Ley-19636.pdf>.
- MONDRAGÓN, Omar. (2005). *Medidas cautelares ex parte en Arbitraje Internacional: la reforma del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL*. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12. Editorial Dykinson. Recuperado el 29 de junio de 2020, de http://www.camsantiago.cl/articulos_online/55_NotaUNCITRAL2005.doc.

- PERALES, Pilar. (2007). *Reforma sobre medidas cautelares en la 'Ley Modelo de Arbitraje' de la CNUDMI*. *Revista Foro Derecho Mercantil*, 16. Recuperado el 25 de abril de 2020, de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7ff0404ce0430a010151404c.
- PEYRANO, Jorge. (2009). *La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa*. Scribd. Recuperado el 15 de abril de 2020, de <https://es.scribd.com/document/115269411/PEYRANO-MEDIDAS-INNOVATIVAS>.
- POUDRET, Jean-Francois y BESSON Sébastien. (2007). *Comparative Law of International Arbitration, Second Edition*. Sweet & Maxwell.
- RANGEL, Arístides. (1989). *Medidas Cautelares Innominadas*. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 8. Recuperado el 04 de junio de 2021, de <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/293>.
- RENEÉ, Dana. (2010). *How to Best Protect Party Rights: The Future of Interim Relief in International Commercial Arbitration Under the Amended UNCITRAL Model Law*. *American University International Law Review*, 25(3). Recuperado el 27 de abril de 2020, de <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=auilr>.
- ROSENTHAL, Julie; HALFIN, Brad y JACOBSON, Tamryn. (2020). *International Arbitration 2020 | Canada*. Global Legal Insights. Recuperado el 27 de junio de 2020, de <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations/canada>.
- RINKER, Bruce. (1976). *The Future of Arbitration in Latin America, A Study of Its Regional Development*. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 8(2). Recuperado el 04 de junio de 2020, de <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2187&context=jil>.
- RIVERA, Irma. (2014). *El árbitro de emergencia: Una figura en crecimiento*. *Revista de Arbitraje PUCP*, 4. Recuperado el 12 de mayo de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitraiepucp/article/view/10398/10848>.

- RIVERA, Julio. (2017). *La ejecución de medidas cautelares y provisionales en un país distinto al de la sede del arbitraje*. Rivera & Asociados. Recuperado el 12 de abril de 2020, de http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/diario_14-2-17.pdf.
- RIVERA, Julio. (2019). *La Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional*. *Revista Derecho & Sociedad*, 52. Recuperado el 19 de junio de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21226>.
- SAVOLA, Mika. (3-4 de diciembre de 2015). *Interim measures and emergency arbitrator proceedings*. 23rd Croatian Arbitration Days: Access to Arbitral Justice. Part IV: Time Aspects of Access to Arbitral Justice. Recuperado el 20 de junio de 2020, de <https://arbitration.fi/wp-content/uploads/sites/22/2016/04/23-cad-savola-interim-measures-and-emergency-arbitrator-proceedings.pdf>.
- SILVA, Eduardo. (17 a 19 de junio de 2007). *Adopción de medidas cautelares por el juez y el árbitro*. II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje sobre “El Arbitraje y la Jurisdicción”. Recuperado el 15 de abril de 2020, de <https://vimeo.com/8256424> y <https://es.scribd.com/document/57936885/Adopcion-de-Medidas-Cautelares-por-el-Juez-y-por-el-Arbitro-Eduardo-Silva>.
- VÁSQUEZ, María. (2011). *Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección*. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 16. Recuperado el 29 de diciembre de 2020, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n16/art03.pdf>.
- VÁSQUEZ, María. (2012). *Revisión de las sedes atractivas en el arbitraje comercial internacional: Un análisis comparado de los marcos normativos de Suiza, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, España, China y Chile*. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 18. Recuperado el 23 de mayo de 2020, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n18/art01.pdf>.
- VAN DEN BERG, Albert. (1981). *The New York Convention of 1958*. Kluwer Law and Taxation Publishers.
- VAN HOUTTE, Hans. (2004). *Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*. *Arbitration International*, 20(1). Recuperado el 29 de abril de 2020, de <https://www.deepdyve.com/lp/oxford-university-press/ten-reasons-against-a-proposal-for-ex-parte-interim-measures-of-S68lcizoOS>.

VILLAGI, Florencia. (2018). *Nueva ley de arbitraje comercial internacional*. Abogados.com.ar.
Recuperado el 24 de junio de 2020, de <https://abogados.com.ar/nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional/21746>.