

Recibido: 11 febrero 2019
Aceptado: 30 marzo 2019

Arbitraje, vol. XII, n°1, 2019, pp. 181–201

Legge Ferenda. La necesidad de dar un efecto útil –y formal– a las órdenes emitidas por “árbitros de emergencia”.

Mateo Miguel VERDÍAS MEZZERA *

Sumario: I. Introducción. II. El árbitro de emergencia: quién es y cómo funciona. III. Marco legal uruguayo para el reconocimiento y ejecución de laudos nacionales y extranjeros: Código General del Proceso, Convención de Nueva York y Ley 19.636. IV. Exigencias de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. V. Imposibilidad de ejecutar “Órdenes”. 1. Tratamiento en favor de la ejecución. 2. Tratamiento en contra de la ejecución. 3. Soluciones a la luz de la naturaleza de la orden y del árbitro de emergencia: A) La Orden: ¿un Laudo “final” y “vinculante”?; B) El árbitro de emergencia: ¿un Tribunal Arbitral?; C) Aproximación jurisprudencial. VI. *Legge Ferenda*: ¿legislar al respecto o dar crecimiento a la autonomía de las partes y creatividad de los abogados?

Resumen: Legge Ferenda. La necesidad de dar un efecto útil –y formal– a las órdenes emitidas por “árbitros de emergencia”

El árbitro de emergencia se ha consolidado como una figura eficiente, más no siempre eficaz. A la luz de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros, la Orden presenta un vacío: su ejecutabilidad. La necesidad de dar a la orden un efecto útil y formal, es imperante. En este análisis, demostraremos que puede ser llenado por la Ley o por la autonomía de las partes.

Palabras clave: ARBITRAJE – ÁRBITRO DE EMERGENCIA – ÓRDENES – EJECUCIÓN – CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.

Abstract: Legge Ferenda. The need to give a useful and formal effect to the orders issued by “emergency arbitrators”

The Emergency Arbitrator has been established as an efficient figure, but not always effective. Under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, the Order presents a vacuum: its enforceability. The need to give the order a useful and formal effect is imperative. Within this analysis, we will demonstrate that it can be filled either by the Law or by the parties’ autonomy.

* Doctor en Derecho, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Uruguay. Asociado en Ferrere Abogados, Departamento de Litigios y Arbitrajes. Ex miembro interino del equipo de Arbitrajes Latinoamericanos e Iberoamericanos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Keywords: ARBITRATION – EMERGENCY ARBITRATOR – ORDERS – ENFORCEMENT – NEW YORK CONVENTION.

I. Introducción

Han pasado ya varios años desde que las distintas regulaciones de arbitraje reconocen los poderes del Tribunal Arbitral para dictar medidas cautelares. Muchos autores explican que, previo al inicio de los años 2000, las partes preferían obtener medidas precautorias otorgadas por una Corte estatal. Sin embargo, en ese mismo año comenzó una tendencia a solicitar esas mismas medidas, a los Tribunales Arbitrales¹.

La necesidad de las partes de mantener toda actuación dentro del procedimiento arbitral creció tanto como su necesidad de obtener medidas cautelares dictadas en forma urgente. Y es por ello que las partes, buscando mantenerse dentro del proceso arbitral y a la vez no tener que esperar a la constitución del Tribunal Arbitral, forzaron a las Instituciones Arbitrales a crear una figura nueva y más rápida: el árbitro de emergencia. Se trata de una figura que permite a las partes obtener una orden razonada, dictada en forma urgente, por un especialista en la materia, y a la vez mantener la privacidad y demás garantías que supone el procedimiento arbitral.

Sin embargo, como es ampliamente sabido, una vez que el Tribunal Arbitral se constituye está plenamente facultado a revocar la orden emitida por el árbitro de emergencia. Lo que es más, bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, el procedimiento de emergencia se cierra administrativamente si dentro de los 10 días de solicitado, la Secretaría de la Corte no recibe la Solicitud de Arbitraje correspondiente.

La carencia de “finalidad” y “obligatoriedad” de la orden, todavía impiden al árbitro de emergencia convertirse en la opción 100% preferida por sobre las Cortes estatales. De acuerdo a la Encuesta de Arbitraje Internacional de 2015 publicada por *Queen Mary* y *White & Case*², las partes consideran que la garantía de ejecución de la medida en Cortes estatales, es el elemento clave que se busca.

Es cierto que en la práctica, las partes tienden a cumplir voluntariamente con la orden emitida por el árbitro de emergencia. Probablemente, porque temen ser vistas como poco cooperativas por el tribunal arbitral que decidirá el fondo de la disputa a través del Laudo Final, y recibir algún tipo de condena en costos por conducta procesal.

De todos modos, este no es siempre el caso. El cumplimiento de la orden no está garantizado. Por ello, a través de este análisis, estudiaremos las distintas

¹ Vid. M. Grando, *The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration: A Report from the 28th Annual ITA Workshop*, 20 julio 2016, Kluwer Arbitration Blog.

² Vid. Queen Mary y White & Case, *Encuesta de Arbitraje Internacional de 2015*. Esta encuesta determinó que el 79% de los demandados consideran que la ejecutabilidad de la orden del árbitro de emergencia es uno de los factores más importantes al momento de elegir entre Cortes estatales y árbitros de emergencia para el dictado de una medida cautelar.

alternativas usadas al momento de ejecutar indirectamente una Orden emitida por un árbitro de emergencia, y que permiten reafirmarlo como un instrumento efectivo para mantenerse en el marco del procedimiento arbitral.

Todo el análisis de este trabajo, se realiza desde la óptica de las opciones que tienen *las partes* al momento de intentar lograr el cumplimiento de la orden. Sin embargo, debe reconocerse la posibilidad de que sea el propio árbitro de emergencia quien solicite el auxilio judicial, y por ende requiera a la Corte estatal el dictado de la medida cautelar, plenamente ejecutable. En cualquier caso, esto le quitaría sentido al uso de esta figura.

II. El árbitro de emergencia: quién es y cómo funciona. Breve análisis a la luz del Reglamento de Arbitraje de la CCI

El Reglamento de Arbitraje de la CCI, en su art. 29 y en el Apéndice V (“*Reglas de árbitro de emergencia*”), ofrece un procedimiento acelerado para aquellas partes que buscan el dictado de medidas de urgencia. Este procedimiento ofrece una solución rápida para las partes en los casos en que no están en condiciones de esperar a la constitución del Tribunal Arbitral³.

Se trata de un procedimiento que aplica tanto a las Partes signatarias como a sus sucesores⁴. Además, están habilitadas para iniciar una Solicitud de árbitro de emergencia, todas aquellas partes que concluyeron acuerdos arbitrales en forma posterior al 1 enero 2012⁵, y que no optaron expresamente por mantenerse fuera del alcance de esta figura (“*opt-out*”).

Contrario sensu, no podrán hacer uso de esta figura toda vez que hayan optado expresamente en ese sentido, así como toda vez que hayan incluido en –o fuera de– la cláusula arbitral, otros procedimientos pre–arbitrales de resolución de disputa en los que se deban resolver las medidas de urgencia⁶.

Es de destacar, que este tipo de árbitro podrá ordenar medidas de carácter temporal tendientes a asegurar el *status quo* hasta tanto exista una decisión definitiva sobre el fondo de la cuestión (laudo), o bien el Tribunal Arbitral

³ Entre los Reglamentos de Arbitraje que han adoptado la figura del árbitro de emergencia, se encuentra el Reglamento WIPO, el Reglamento ICDR de la AAA, el Reglamento SCC, el Reglamento SIAC, el Reglamento LCIA, el Reglamento CIETAC, entre otros. Por el contrario, esta figura no fue adoptada por el Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Viena, ni por la CAM–CCBC, ni por el Reglamento UNCITRAL, entre otros.

⁴ Es interesante destacar que puede no aplicar a todas las Partes del arbitraje subyacente que será iniciado, lo que en ciertos casos justifica la preferencia por buscar medidas de emergencia en Cortes nacionales.

⁵ Nótese que aun tratándose de un acuerdo arbitral concluido en forma previa al 1 enero 2012, las partes pueden acordar la aplicación del árbitro de emergencia.

⁶ Vid. A. Carlvaris y J. Feris, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 25, n° 1, p. 5: “*the President makes the decision after verifying that: (i) all parties identified in the Application are signatories or successors to signatories of the relevant arbitration agreement; (ii) the arbitration agreement was concluded after the entry into force of the 2012 Arbitration Rules; (iii) the parties have not opted out of the Emergency Arbitrator Provisions; and (iv) the parties have not agreed on another prearbitral procedure for obtaining conservatory, interim or similar measures*”.

efectúe una modificación/revocación de esa medida temporal. Esta temporalidad de la medida, queda evidenciada por la propia coherencia del Reglamento CCI, que le otorga la forma de Orden a la vez que expresamente autoriza al Tribunal Arbitral a revisarla.

El art. 3 del apéndice V del Reglamento de la CCI, al enumerar los requisitos de fondo para que el árbitro de emergencia conceda la medida, exige:

- i) que se realice una descripción de las circunstancias que dan lugar a la solicitud y a la controversia subyacente que será sometida a arbitraje; y
- ii) el motivo o las razones por las cuales el peticionario necesita medidas provisionales o conservativas urgentes que no pueden esperar hasta la constitución del tribunal arbitral.

Tan célere es el procedimiento del árbitro de emergencia que, desde su designación (que se efectúa dentro de los 2 días de la solicitud a la CCI⁷), el árbitro dispone de 15 días para el dictado de la medida cautelar⁸.

Dicha orden tendrá efecto hasta tanto el Tribunal Arbitral del procedimiento principal emita un laudo final⁹, o la revierta. Y adelantamos aquí los dos puntos de mayor controversia sobre esta figura: el árbitro de emergencia no es propiamente un Tribunal Arbitral, y la medida de emergencia dictada tomará la forma de una Orden no final, en tanto podrá ser posteriormente revisada por el Tribunal Arbitral una vez constituido. En consecuencia, mayoritariamente, se ha considerado que la medida no goza del beneficio de la ejecutabilidad directa a la luz de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)¹⁰.

III. Marco legal uruguayo para el reconocimiento y ejecución de laudos nacionales y extranjeros: código general del proceso, convención de Nueva York y Ley 19.636

El *execuátur* es un procedimiento judicial adversarial¹¹ que tiende a obtener una declaración judicial que exprese que la sentencia extranjera posee las condiciones exigidas por la Ley interna o el Tratado que resulte aplicable, para ser admitida como un laudo nacional, y de ser pretendido, para ser ejecutable. En sentido amplio, el proceso de comprende dos actividades o etapas:

- 1) *execuátur*: el reconocimiento de la sentencia extranjera (busca equiparar la resolución extranjera con una nacional).

⁷ Vid. Regl. CCI, Apéndice V, art. 2(1).

⁸ Vid. Regl. CCI, Apéndice V, art. 6(4) and (5).

⁹ Vid. Regl. CCI, Apéndice V, art. 6(6)(c).

¹⁰ A consecuencia de los art. 5.1 D y E.

¹¹ Vid. S. Díaz y M. Mónico, "Regularidad del emplazamiento para reconocer una sentencia extranjera", *Revista de Derecho y Tribunales*, n° 14, octubre 2010, pp. 97–113. Vid. también art. 541.2° CGP.

2) La ejecución forzada (Vía de Apremio).

En la mayoría de los sistemas jurídicos de Latinoamérica, existe un régimen “abreviado” para la ejecución de laudos domésticos, y un régimen “más extenso” para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Tanto en Uruguay, como en Argentina¹², Brasil¹³, Perú¹⁴, Chile¹⁵, Paraguay¹⁶, entre otros, el régimen es muy similar en ese sentido¹⁷.

En Uruguay, en materia de arbitraje doméstico, el laudo “nacional” no requerirá reconocimiento, sino que se procederá directamente a su ejecución. El Código General del Proceso, en su art. 377 dispone que serán susceptibles de ejecución por medio del proceso monitorio “Vía de Apremio” aquellos laudos arbitrales que cumplan dos requisitos: no estar pendientes del recurso de nulidad (plazo de 5 días, acorde al art. 501 CGP), y que traigan aparejada la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida o fácilmente liquidable y exigible. La ejecución por Vía de Apremio la realizará el Tribunal que resulte competente según la naturaleza del dictamen, acorde al Art. 494 del CGP. Además, el Código es claro en que contra el laudo doméstico no caben más recursos que el de nulidad. Por ello, a diferencia de lo que sucede con las disposiciones aplicables a laudos extranjeros, no existen en el CGP causales de denegación de reconocimiento. De este modo, el análisis del Juez será muy escueto. Confirmará si se cumplen o no los dos requisitos para considerar al laudo como un título de ejecución hábil (art. 377).

Por otra parte, en materia de Arbitraje Internacional, el laudo extranjero quedará sometido al reconocimiento y ejecución en sede de Suprema Corte de Justicia, siguiendo:

i) las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (CNY)

¹² R. Ostrower, L. Soria y M. Vainstein, *Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional en la Argentina*, Portal Marval, O’Farrell, Mairal, 2018.

¹³ R. Grion y G. Piccardi De Andrade, *Enforcement of Foreign Judgments 2018 – Brazil*. International Comparative Legal Guides, 2018.

¹⁴ E. Fernández Custodio, “Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros en Perú”, *CIAR Global*, 2018.

¹⁵ C. Medel, *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros. La Convención de Nueva York y la Jurisprudencia Chilena Actual*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional, 2010. *Vid. también* E. Mereminskaya, “Guía Práctica para la Ejecución de Laudos en América Latina: Chile”, *Guía Práctica para la Ejecución de Laudos en América Latina*, 2012, Proyecto Fondecyt 1110437 “Colisión y armonización de regímenes regulatorios en contextos sociales globales”.

¹⁶ J.A. Moreno, “Arbitraje Comercial Internacional en el Paraguay – Marco Legal y Jurisprudencial”, en A. Hierro, C. Conejero y A. Larrondo, eds., *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencial*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 2012.

¹⁷ En Argentina, en materia de laudos internacionales, aplicará la Convención de Nueva York u otro tratado ratificado pertinente y, en su defecto, se procederá a la ejecución del laudo extranjero conforme a la Ley de Arbitraje Comercial Internacional aprobada el 4 julio 2018. En Brasil, se repiten las similitudes. Aplicará la CNY u otro tratado pertinente y, en su defecto, el nuevo Código de Proceso Civil aprobado el 18 marzo 2016. En Perú se estará a lo dispuesto por la CNY u otra que resulte aplicable, debiendo cumplirse los requisitos establecidos por la Ley General de Arbitraje.

[ratificada por ley N 15.229 el 30 marzo 1983], en aquellos casos donde tanto el país sede del arbitraje como el país donde se pretende el reconocimiento y ejecución del laudo sean signatarios de la Convención; y

ii) en defecto de la aplicabilidad de una convención internacional¹⁸, aplicarán las disposiciones de la Ley 19.636 (“Ley de Arbitraje Comercial Internacional”).

La Ley 19.636 no indica qué órgano es el competente para entender en el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Por ello, se debe hacer una referencia supletoria al Código General del Proceso. Acorde al artículo 541.2 del CGP, la Suprema Corte de Justicia detenta jurisdicción exclusiva para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Sin embargo, el régimen de su ejecución estará dado por la CNY (o la convención internacional que resulte aplicable), y no por el CGP.

Cuando no resulte de aplicación la Convención de Nueva York (u otra), dicho procedimiento de reconocimiento y ejecución, deberá respetar las normas imperativas de la ley de arbitraje aplicable que, en el caso de Uruguay, es la Ley 19.636.

De este modo, la Suprema Corte de Justicia deberá –sin analizar el fondo de la decisión del tribunal arbitral–, revisar el cumplimiento de ciertos aspectos formales en el laudo¹⁹:

a) Que cumpla las formalidades externas necesarias para ser consideradas auténtica en el Estado de origen. En el caso de los laudos extranjeros, este requisito deberá ser analizado a la luz de la *lex arbitri* aplicable (Ley 19.636 en el caso de Uruguay).

En su art. 40, la Ley de Arbitraje Comercial Internacional dispone dos exigencias documentales a la parte que invoque un laudo o pida su ejecución: presentar el original debidamente autenticado del laudo (o copia debidamente certificada del mismo), y presentar el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo (o copia debidamente certificada del mismo). Además, se indica que si el laudo o el acuerdo estuvieran redactados en un idioma distinto al castellano, la parte que pretende el reconocimiento y ejecución deberá presentar una traducción de dichos documentos a ese idioma, agregando que la

¹⁸ Nótese que a los efectos de este trabajo, la única convención internacional analizada es la CNY. Sin embargo, debe tenerse presente que la Ley 19.636 aplicará no sólo en defecto de la Convención de Nueva York, sino también en aquellos casos donde no resulte de aplicación la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (*Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*), ni el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur de 1998, ni el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile de 1998.

¹⁹ Vid. art. 539 CGP que, en caso de laudos internacionales, aplicaría en defecto de la Ley 19.636. (“Eficacia de las sentencias [extranjeras]”). Se trata de requisitos previstos tanto para el reconocimiento de sentencias extranjeras como de laudos extranjeros. Vid. también art. 537.1º CGP: “[...] comprenderá las sentencias dictadas en tales materias por Tribunales Internacionales, cuando éstas refieran a personas o intereses privados”.

traducción debe ser realizada por traductor público nacional o por el agente consular del Uruguay del lugar de donde procede el documento (esto es, del país sede del arbitraje).

Además, el art. 41 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional indica que previo a reconocer el laudo extranjero, la Suprema Corte de Justicia deberá verificar dos elementos *ex officio*:

b) que el laudo haya recaído sobre una materia susceptible de ser sometida a arbitraje;

c) que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público internacional de la República.

Lo que es más, en caso de que la parte contra quien se pretende la ejecución lo solicite, la Suprema Corte de Justicia deberá comprobar también:

a) que el acuerdo de arbitraje era válido según la ley a la que fue sometido, y que ninguna de las partes del arbitraje estaba afectada por una incapacidad;

b) que el deudor haya tenido oportunidad de defensa;

c) que el tribunal arbitral haya decidido sobre una cuestión sometida a su jurisdicción;

d) que la composición del tribunal arbitral se haya ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en su defecto, a la ley de arbitraje de la sede;

e) que el laudo sea firme y vinculante, sin estar pendiente recurso alguno contra el laudo. Sobre este último literal, explican las Dras. Soledad Díaz y Lucía Berro, que la Suprema Corte de Justicia ha tenido una jurisprudencia constante con respecto a considerar que: i) bajo la Convención de Nueva York la carga de la prueba de la firmeza del laudo, la tiene el demandado en etapa de reconocimiento y ejecución; y ii) aun cuando se considerara que es el demandante el que debe probar la firmeza del laudo, basta para ello con adjuntar una opinión legal de los abogados locales de la sede, y una constancia firmada por la institución arbitral administradora (si la hubiere)²⁰.

Una vez que la Suprema Corte de Justicia resuelve que procede el reconocimiento y la ejecución, se acciona en línea con el art. 377 y el procedimiento ya descrito para la ejecución de laudos nacionales.

Por último, y como base del análisis precedente, debe tenerse presente que toda vez que la ejecución del laudo se pretenda en una jurisdicción distinta a aquella en que se dictó, el procedimiento se regirá por las normas de Derecho Internacional Privado del Estado donde se pretende ejecuta. En Uruguay, una referencia al art. 502 CGP

²⁰ Vid. S. Díaz y L. Berro, “Reconocimiento de Laudo Arbitral regido por la Convención de Nueva York”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, vol. 2, 2012, p. 1158.

“Ejecución del arbitraje extranjero” indica que “[l]os laudos expedidos por los tribunales extranjeros se podrán ejecutar en el Uruguay, conforme con lo que dispusieren los tratados o leyes respecto de la ejecución de sentencias extranjeras, en cuanto fuere aplicable”.

Ahora bien, ¿es la orden dictada por un árbitro de emergencia, un laudo extranjero susceptible de ser reconocido? Bajo la Ley 19.636, es de destacar que Uruguay no refirió al punto. Y realizó dos omisiones importantes.

En primer lugar, es importante destacar que la LMU en la que se inspiró la Ley uruguaya²¹, tiene una sección destinada a regular el Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, consagrando específicamente los “Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución” (art. 17(H)). Sin embargo, dentro de los principales apartamientos introducido por la Ley de Arbitraje Internacional en materia de medidas cautelares, se encuentra la no adopción del listado de motivos para denegar el reconocimiento o ejecución de las medidas cautelares. Así, puede entenderse que –en tanto las medidas cautelares se dictan mediante laudos parciales–, su reconocimiento y ejecución quedan sometidos al mismo régimen aplicable para los laudos en general (art. 40 ss Ley de Arbitraje Internacional).

En segundo lugar, hubo otra omisión de la Ley 19.636 que es destacable. Mientras que la LMU prevé expresamente la posibilidad del dictado de Medidas Preliminares (medidas urgentes que se dictan previo a la constitución del tribunal arbitral y que son vinculantes pero no ejecutables, como lo es la orden de emergencia), la Ley de Arbitraje Comercial Internacional optó por no incluir estas disposiciones. Dos teorías podrían manejarse en relación a esta omisión. En primer lugar, que se trata de una consagración indirecta al rechazo de esta figura así como de la ejecutabilidad de la orden. En segundo lugar, al optarse por no incluir la disposición de la LMU que establece que “[u]na orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo”, se estaría dejando un vacío que tiende a admitir la posibilidad de su reconocimiento y ejecución.

En cualquier caso, en forma intermedia, puede sostenerse que aun cuando la Ley 19.636 no prevé la figura, si las partes pactan la aplicabilidad de un reglamento que sí la prevea, será admitida en el marco del proceso con las limitaciones que el propio reglamento disponga.

Es interesante notar que, al igual que la Ley Modelo de 2006, la Ley 19.636 presenta una particularidad que podría salvar una parte del problema de la ejecutabilidad de las órdenes de emergencia. En su art. 17, dispone que “toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y [...] será ejecutada [...]”. Y posteriormente, indica que por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, “otorgada en forma o no de laudo”. De este modo, es posible afirmar que quedaría comprendida bajo este texto,

²¹ Para conocer en detalle los apartamientos de la Ley 19.636 con respecto a la LMU, *vid.* M. Verdías Mezzera y J. Garino Podestá, “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*, n° 34, 2018.

una medida cautelar dictada en forma de Orden. Aun así, como se verá, se mantiene vigente la necesidad de que la medida la dicte un Tribunal Arbitral debidamente constituido.

Por otra parte, en sede de CNY, para responder a esta pregunta es importante tener presente que las cortes han generalmente entendido que para que un laudo pueda ser considerado un “Laudo Arbitral” bajo la CNY, debe cumplir con tres requisitos: i) haber sido dictado por un Tribunal Arbitral; ii) resolver en forma definitiva una parte o toda la disputa; y (iii) ser vinculante para las partes²².

IV. Exigencias de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras

La Convención de Nueva York²³ [ratificada por aproximadamente 159 países] auto-regula su ámbito de aplicación, indicando que aplica a los laudos arbitrales emitidos en el territorio de un Estado Parte distinto a aquel en que se busca el reconocimiento y ejecución (art. 1) [esto es, arbitrajes con sede en uno de los Estados Parte]. Aplica así, a laudos arbitrales que no son considerados como laudos nacionales. Al momento de ratificar la Convención, un Estado puede declarar que aplicará a (i) únicamente laudos arbitrales dictados en el territorio de otro Estado Parte, y (ii) únicamente a relaciones consideradas como “comerciales” por la ley doméstica del Estado que realiza dicha declaración. Uruguay, la ratificó sin reserva alguna.

En relación al significado de “laudo arbitral”, el art. I.2º de la Convención simplemente establece que “no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados [*ad hoc*], sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”. No provee ninguna definición concreta respecto a qué se entiende por laudo arbitral²⁴. Sin embargo, sí enfatiza en las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo.

En su art. V, establece dichas causales. A los efectos de este trabajo, las relevantes son:

²² Vid. Secretaría de la UNCITRAL, “Guía sobre la CNY sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, p. 12, nº 21.

²³ La Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (CNY) nació por iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La Comisión (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) busca armonizar y unificar las reglas materiales del DIPr, sin perjuicio de que incluye normas de conflicto cuando se hace necesario. Elabora textos armónicos sobre distintos tópicos, como Arbitraje y Conciliación Comercial Internacional, Insolvencia Transfronteriza, Comercio Electrónico, Pagos Internacionales, Contratos Internacionales de Construcción, Contratación pública, entre otros. Vid. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

²⁴ Vid. G. Bermann. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: the application of the New York Convention by national Courts*, Springer International Publishing, 2 julio 2014, p. 13.

Art. 5.1.d) “Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”; o

Encontramos aquí la primera cuestión en disputa: el árbitro de emergencia no es considerado propiamente un Tribunal Arbitral.

Art. 5.1.e) “Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

Aquí, la segunda cuestión disputada: la Orden no es obligatoria en el sentido de “Final”.

V. Imposibilidad de ejecutar “órdenes”

¿Cuál es la particularidad que presenta (u omite) la Convención, que nos lleva a cuestionar el ejecutivo de una orden emitida por un árbitro de emergencia? Simple. No existe duda de que se trata de medidas “vinculantes” en el significado de la Convención. Sin embargo, la dificultad recae en: i) considerar a dichas medidas también “definitivas/finales”, y ii) emitida por un “Tribunal Arbitral” propiamente constituido.

Como señala el Prof. George Bermann²⁵, se trata de una cuestión que no ha sido regulada por normativa ni por jurisprudencia en un considerable número de jurisdicciones, y entre ellas, Austria, Brasil, Canadá, Francia, India, Corea, Países Bajos, Noruega, Paraguay, Perú, Reino Unido, Uruguay, Venezuela y Vietnam. Ninguna de estas jurisdicciones –ratificantes de la Convención– ha regulado internamente cuál es el significado que le dan al concepto de “laudo final” previsto –no expresamente– en la Convención de Nueva York, a efectos de su reconocimiento y ejecución. Y como es evidente, ello conlleva un enorme campo infértil para la ejecución de una orden dictada por un árbitro de emergencia.

Es internacionalmente sabido que, en ausencia de regulaciones específicas, se han desarrollado varias teorías a favor y en contra del tratamiento procesal de las órdenes de emergencia, como “laudos” que cumplen con el requisito de “finalidad”. Sin embargo, la mayoría de las jurisdicciones donde el tema fue tratado, optaron legislar expresamente en contra de la posibilidad de ejecutar estas órdenes bajo el texto de la CNY²⁶, siendo unas pocas las que optaron por calificarlas como laudos y por ende permitir expresamente su ejecución²⁷.

²⁵ *Ibid.*, pp. 10 y 11.

²⁶ Como se señala en G. Bermann (*loc. cit.*), nota al pie n° 34, algunas de estas jurisdicciones son Argentina, Austria, Canadá, Croacia, República Checa, Alemania, Grecia, Italia, Japón, Países Bajos, Noruega, Paraguay, Perú, Rusia, Singapur, Suecia, Taiwán, and Turquía.

²⁷ Estos Estados incluyen India, Macao, Perú, Rumania, Singapur, Reino Unido y Venezuela. Las legislaciones de la provincia canadiense de Columbia Británica (International Commercial Arbitration Act, RSBC 1996, c. 233, sec. 2(1)) y Ontario (International Commercial Arbitration Act, RSO 1990, c I –9, sec. 9) expresamente establecen el dictado de medidas cautelares a través de laudos. Las normativas de Columbia Británica y Malasia específicamente establecen que las decisiones del árbitro con respecto a costos o intereses constituyen laudos arbitrales. *Vid.* también, G. Bermann

1. Tratamiento en favor de la ejecución

Uno de los pocos ejemplos donde se ha optado por legislar expresamente en favor de la posibilidad de ejecutar órdenes, es Singapur. En dicho país, se estableció expresamente en la Ley de Arbitraje Internacional que el concepto de “Tribunal Arbitral” incluye un “árbitro de emergencia designado según las reglas de arbitraje acordadas por las partes”, explicando además que el objetivo de esta disposición es el de asegurar la ejecución de las órdenes emitidas por los árbitros de emergencia²⁸.

La misma solución fue adoptada por la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong, reformada el 19 julio 2013, estableciendo expresamente que la decisión del árbitro de emergencia puede ser ejecutada de la misma forma que la decisión de una Corte estatal (aunque solo con la venia de la Corte competente)²⁹.

Entre las Cortes de los EE UU, existen posiciones en favor de la ejecución de las órdenes de los árbitros de emergencia incluso a la luz del texto de la Convención de Nueva York.

Un reciente fallo de la Corte de Distrito de Columbia de los EE UU de fecha 13 noviembre 2017, consideró que la orden emitida por un árbitro de emergencia sí es final y vinculante.

En el caso *Hisense International v. Sharp Electronics Corporations*, un árbitro de emergencia designado bajo el Reglamento SIAC emitió una orden prohibiendo a Sharp Corporations terminar un contrato de licencia de marcas con Hisense International, y prohibiéndole hacer públicos los problemas que presentaba Hisense International y que daban méritos a la pretendida terminación, mientras el procedimiento principal estuviera pendiente. En consecuencia, Sharp Corporations accionó en la Corte de Distrito de Columbia, solicitando se declare que la orden de emergencia era violatoria del orden público de los EE UU, en tanto afectaba el derecho a la libertad de expresión, y

(*loc. cit.*), nota al pie n° 31: “*In a significant number of jurisdictions, the issue has apparently not arisen. See, for example, Hong Kong, Hungary, India, Paraguay, Uruguay and Vietnam. In other national reports (for example, for Ireland, Israel, Macau and Venezuela), the issue is simply not addressed. There is no settled law on the subject in Canada, apart from the two provinces –British Columbia and Ontario – that have statutorily determined that provisional measures may be treated as awards*”.

²⁸ Es interesante notar que en 2014, una corte India ejecutó una orden de un árbitro de emergencia SIAC basándose no en la Ley de Arbitraje de India (que no admite este tipo de ejecuciones) sino recurriendo a la *lex arbitri*, que en ese caso era la de Singapur. *Vid.* HSBC PI Holdings (Mauritius) Ltd. v. Avitel Post Studios Ltd. And others, Petición de Arbitraje No. 1062/2012, Dictamen de fecha 22 enero 2014, citado en P. Simsive, “Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator’s Orders”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2015, párr. 9.

²⁹ *Vid.* J. Figueroa Valdés, “El arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras”, *Revista Argentina de Arbitraje*, n° 1, octubre 2017, n° 7.2. *Vid.* también Singapore Academy of Law, Report on Review of Arbitration Laws, Recomendación emitida en 2003: “Las Cortes deberían poder asistir al proceso arbitral por medio de la ejecución de medidas cautelares dictadas por los árbitros a la luz de la Ley Modelo Uncitral”.

por ende no podía ser ejecutada. En su fallo, la Corte entendió que la orden debía mantenerse vigente.

Aun sin tratarse de un argumento esgrimido por Hisense International, la Corte consideró que bajo el Reglamento SIAC, que dispone: i) que la orden es vinculante entre las partes desde el momento de su dictado y ii) que las partes renuncian a su revisión por una corte estatal), la orden era final y vinculante dentro del proceso e instancia en la que había sido dictada y por ende no le correspondería ingresar en el análisis del fondo de la misma.

Al no haber sido utilizado ese argumento por Hisense International, la Corte sí ingresó en el análisis del fondo de la orden e igualmente llegó a la misma conclusión.

En primer lugar, es interesante conocer que la Corte sostuvo que bajo la CNY, una corte secundaria (esto es, una corte de un país distinto al de la sede del arbitraje) no tiene jurisdicción *ratione materiae* para decidir sobre una solicitud “pro-activa” de declarar inejecutable un laudo y orden. Consideró que la CNY sí da jurisdicción para entender sobre una solicitud de ejecución y por ende su respectiva defensa de inejecutabilidad. Más no viceversa. Por ende, declaró en primer lugar no tener jurisdicción sobre la materia presentada³⁰. Asimismo, no bajo la CNY sino bajo el estatuto de la Corte de Distrito de Columbia, entendió que carecía también de jurisdicción personal sobre el reclamo de Sharp Corporations en tanto no se relacionaba con un acto ejecutado en estrecha relación con el Distrito de Columbia (como lo exige el estatuto), sino vinculado directamente con una etapa del procedimiento arbitral.

En segundo lugar, la Corte razonó que no existía una violación de la Primera Enmienda (que contiene el derecho a la libertad de expresión) como lo sostenía Sharp Corporations, porque dicha enmienda refiere a violaciones ocurridas por conductas del Estado. E indicó que, como jurisprudencia de larga data lo ha sostenido (salvo un fallo aislado de la Suprema Corte de Justicia de los EE UU³¹), las actividades judiciales de ejecución no se consideran “conductas del Estado” en el sentido exigido por la Primera Enmienda³². De este modo, la Corte protegió –a la luz de la CNY y del *Federal Arbitration Act* (que incorpora a la Convención)– la orden de emergencia dictada bajo el Reglamento SIAC.

Otra decisión emblemática en los EE UU favoreciendo la ejecución de órdenes de emergencia, fue la de la Corte del Distrito Sur de Nueva York en el caso *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation* de 21 octubre 2013³³. En este caso, un árbitro de emergencia designado bajo el Reglamento de la AAA (*American Arbitration Association*), dispuso una medida cautelar en contra de *Yahoo! Inc.* Consecuentemente, dicha parte solicitó su anulación a la Corte de Distrito,

³⁰ Vid. *Sharp Corporation v. Hisense USA Corporation*, Acción Civil No. 2017–1648 (D.D.C. 2017), decisión de fecha 13 noviembre 2017, p. 8.

³¹ *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

³² *Sharp Corporation v. Hisense USA Corporation*, Acción Civil No. 2017–1648 (D.D.C. 2017), decisión de fecha 13 noviembre 2017, p. 23.

³³ *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*, Corte de Distrito Sur de Nueva York, EE UU, 21 octubre 2013.

argumentando que la orden no era una decisión final susceptible de ser ejecutada. En su decisión, a la luz de la FAA y de la CNY, entendió que era una medida que en esencia es final y por ende debe estar cubierta de los beneficios de la CNY. Sin perjuicio de ello, debemos notar que la decisión de la Corte se basó también en los poderes que contractualmente las partes habían otorgado al árbitro de emergencia para dictar medidas cautelares³⁴.

2. Tratamiento en contra de la ejecución

A nivel institucional, el Comité redactor del Reglamento de Arbitraje de la CCI, fue tajante³⁵: las medidas cautelares dictadas por un árbitro de emergencia no pueden ser ejecutadas bajo la CNY, en tanto no pueden ser calificadas como “*laudos*” en el sentido del art. I.1º de dicha Convención³⁶. Sin embargo, la decisión institucional de la CCI fue más estratégica que jurídica: bajo el sistema de administración de casos de la CCI –que se destaca por ser eficiente a la vez que “*seguro*”–, si la orden emitida por el árbitro de emergencia era caracterizada como un laudo, dicho laudo debía ser sometido al escrutinio de la Corte en virtud del art. 34 Regl. CCI, lo cual contrariaba el espíritu de celeridad que subyace a la figura del árbitro de emergencia.

Ejecutar órdenes emitidas por árbitros de emergencia, no es la posición sostenida por la jurisprudencia mayoritaria. Así, en EE UU la Corte del Distrito Sur de California en el caso *Chinmax Medical Systems Inc., v. Alere San Diego* de 27 mayo 2011³⁷, se negó a anular una orden de un árbitro de emergencia de la *ICDR* sobre la base de que ni siquiera es ejecutable en la medida en que no cumple con los requisitos de finalidad y obligatoriedad exigidos por la CNY.

³⁴ Notar que si bien fue un caso doméstico de los EE UU, era aplicable tanto el *Federal Arbitration Act (FAA)* así como la Convención de Nueva York, que se incorpora al ordenamiento a la legislación americana por el Art. USC, Sección 201. Así, la Sección 207 del FAA requiere que un laudo internacional sea confirmado, salvo que la Corte entienda que se verifica una de las causales de denegación de reconocimiento especificadas en el art. V de la CNY, siendo uno de ellos, la falta de finalidad del laudo. *Vid.* W. Bassler, “The enforceability of emergency awards in the United States: or when interim means final”, *Arb. Int'l*, vol. 32, 2016, p. 564.

³⁵ Nótese que esta decisión del Comité CCI se fundamenta en sus propias disposiciones internas: Si el árbitro de emergencia emitiera un laudo, el mismo tendría que ser sometido al escrutinio de la Corte Internacional de Arbitraje en virtud del art. 33 Regl. CCI (2012). Ese proceso consumiría demasiado tiempo, dejando obsoleto el objetivo de los procedimientos de emergencia. Asimismo, se consideró que la caracterización formal de la orden como un laudo tiene pocas –sino ninguna– relevancia práctica al momento de buscar su ejecución. De hecho, la mayoría de las jurisdicciones dan primacía a la sustancia por sobre las formas, siendo indistinto el medio usado para dictar la medida cautelar.

³⁶ *Vid.* N. Voser y C. Boog, “ICC Emergency Arbitrator Proceedings: an Overview”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, 2011, p. 87: “Whether an emergency arbitrator’s Order is enforceable in a State Court is a question governed not by the ICC Rules but by the law at the place of enforcement. Generally speaking, Emergency Measures are not enforceable under the New York Convention because they do not qualify as an « award » within the meaning of Article I(1) of the Convention”.

³⁷ *Chinmax Medical Systems Inc., v. Alere San Diego, Inc.*, Corte del Distrito Sur de California, Caso No. 10cv2467 WQH (NLS), 27 mayo 2011.

No obstante, autores como Hanessian y Dosman han indicado que, “*al no anularla, la Corte indirectamente la ejecutó*”³⁸.

En el mismo sentido negativo razonó la Suprema Corte de Queensland, Australia, en el caso *Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums* del 29 octubre 1993³⁹. Lo que es más, en dicho caso, el árbitro único [no de emergencia] ordenó medidas cautelares bajo la forma de un laudo. Aun así, la Corte australiana consideró que el análisis debía recaer sobre la naturaleza de esa orden/laudo y entendió en la medida en que se trataba de una cuestión provisional dado que podía ser rescindida o revocada, no podía ser ejecutada bajo la CNY.

3. Soluciones a la luz de la naturaleza de la orden y del árbitro de emergencia

A) La Orden: ¿un Laudo “final” y “vinculante”?

Con base en los argumentos jurisprudenciales que vienen de verse, ha sido compartido por algunos doctores que la orden dictada por un árbitro de emergencia comparte la misma naturaleza en cuanto a la finalidad, que un laudo interino que resuelve determinadas cuestiones secundarias dentro de un procedimiento. Y en ese sentido, se justificaría su ejecutabilidad⁴⁰.

No obstante, aun frente a argumentos de que esta orden tiene una naturaleza temporal en la medida en que el Tribunal Arbitral tiene la posibilidad de revocarla, uno podría considerar que la CNY no requiere que sea una decisión final, sino una decisión vinculante que no haya sido suspendida o cancelada al momento de pretendida su ejecución.

Como ya fuera mencionado en el Capítulo III de este trabajo, esta aproximación ha sido reconocida –no específicamente para las órdenes de emergencia–, por la Ley Modelo UNCITRAL de 2006 estableciendo en su art. 17.H (1) que:

“Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada [...]”.

Esta disposición resulta, entonces, en un cambio de foco del debate: cuando la *lex arbitri* aplicable contenga una disposición similar a la de la LMU, la Corte deberá analizar si el árbitro de emergencia es o no un “Tribunal Arbitral”, pero no deberá ingresar en el análisis de la naturaleza de la orden. Es de notar que esta disposición fue también incorporada en Uruguay por medio de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, art. 17.2^o.

³⁸ Cf. G. Hanessian y A. Dosman, “Songs of Innocence and Experience: ten years of Emergency Arbitration”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 27, 2018, p. 233.

³⁹ *Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums, Pty. Ltd.*, Suprema Corte de Queensland, Australia, 29 octubre 1993, *Yearb. Comm. Arb.*, vol. XX, 1995, pp. 628 ss.

⁴⁰ Vid. A. Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2005, párr. 4–38.

Son estas interpretaciones amplias las que permitirían dar armonía y continuidad legal a las medidas cautelares dictadas también por árbitros de emergencia al perseguir objetivos de celeridad.

B) El árbitro de emergencia: ¿un Tribunal Arbitral?

El requisito de que la orden sea dictada por un Tribunal Arbitral, sigue sin ser resuelto. Como viene de mencionarse, la Ley Modelo no refiere a un Tribunal Arbitral cualquiera, sino concretamente a aquel que dictará el laudo final decidiendo el fondo del asunto⁴¹. No es el caso del árbitro de emergencia.

Es importante tener presente que la Convención de Nueva York omite la definición de Tribunal Arbitral, del mismo modo que omite la definición de Laudo Arbitral. Así, a efectos descriptivos, la doctrina ha considerado que el árbitro de emergencia es un tercero imparcial, designado por una institución arbitral, de actuación previa a la constitución de un tribunal arbitral, a quien se le encomienda el dictado o denegación de una medida cautelar en forma urgente⁴².

De considerarlo propiamente un Tribunal Arbitral, su decisión estaría sujeta al mismo régimen de ejecución que las medidas cautelares emitidas por Tribunales Arbitrales en el curso del arbitraje. De lo contrario, su orden tendría un valor vinculante únicamente a nivel contractual.

La tendencia internacional es a definir al árbitro como un tercero imparcial e independiente a quien las partes encomiendan la resolución de una disputa, que ejercerá su labor adjudicataria de derechos y cuya decisión tendrá los mismos efectos que una decisión emitida por una corte estatal. Y se agrega además, que es una figura caracterizada por una doble naturaleza: contractual y jurisdiccional⁴³. En este sentido, es claro que la autoridad del árbitro de decidir un caso concreto, emana de la voluntad de las partes reflejada en el contrato. Y por ende su naturaleza contractual es indiscutible.

Asimismo, las partes encomiendan al árbitro una misión puramente jurisdiccional. La “justicia privada” ejercida por ese árbitro vinculará definitivamente a las partes con (casi) los mismos efectos que tendría una sentencia judicial, denotando así su naturaleza jurisdiccional.

De este modo, son esas dos características las que debe cumplir un árbitro de emergencia para ser considerado un Tribunal Arbitral.

Con respecto a la nota contractual, no cabe lugar a dudas. El árbitro de emergencia es empoderado por las partes a través de una mención expresa o de una remisión en virtud del Reglamento institucional elegido.

En lo que respecta a la nota jurisdiccional, el análisis se torna más complejo. El árbitro de emergencia tiene dos elementos que hacen de su función, una

⁴¹ Vid. P. Simsive, *loc. cit.*, párr. 2.

⁴² Vid. F. Santacroce, “The emergency arbitrator: a full –fledged arbitrator rendering an enforceable decision?”, *Arb. Int'l*, vol. 31, 2015, p. 290.

⁴³ *Ibid.*, p. 291.

función jurisdiccional. En primer lugar, se le encomienda la resolución del dictado de una medida cautelar, que deberá dictar razonadamente analizando los argumentos esgrimidos por las partes, a quienes dio la previa oportunidad de presentar su caso y producir evidencia. Al hacerlo, el árbitro de emergencia asume una libertad en la conducción del procedimiento que demuestra su función de tercero adjudicador de derechos. En ese sentido, su Misión es la misma que la de un juez estatal. En segundo lugar, el árbitro de emergencia se encuentra sujeto a los mismos principios jurisdiccionales que se encuentra un Juez estatal: debe ser imparcial e independiente y permanecer como tal durante todo el procedimiento. De lo contrario, se podrá exigir su recusación. Asimismo, al igual que el Juez estatal, se encuentra obligado a respetar el principio del debido proceso. Estos tres ejes rectores del árbitro de emergencia, coinciden plenamente con los de un Juez estatal. Y se trata de elementos que distinguen al árbitro de emergencia, de una simple figura contractual a quien las partes encomiendan la resolución de una disputa en forma privada.

Lo que es más, son las propias partes las que pretenden que el árbitro de emergencia tenga una función jurisdiccional, al acordarlo mediante un Reglamento. Así, es de notar que la mayoría de los Reglamentos institucionales que prevén esta figura, indican que el árbitro de emergencia tendrá jurisdicción para decidir sobre su propia competencia para dictar la medida cautelar o no. En el caso de la CCI, el Apéndice V, art. 6.2º establece que “*el árbitro de emergencia decidirá si [...] tiene jurisdicción para ordenar las Medidas de Emergencia*”. Estos Reglamentos –y por ende las partes que los acuerdan– no hacen otra cosa que plasmar sobre el árbitro de emergencia, la aplicación del principio más importante en el Arbitraje: el principio de *kompetenz-kompetenz*⁴⁴.

C) Aproximación jurisprudencial

A nivel de jurisprudencia estadounidense, por lo general las Cortes no han ingresado en el análisis de esta cuestión, enfocándose únicamente en la naturaleza de la orden pero no del árbitro de emergencia.

En Francia, la cuestión es tratada más en profundidad. Las Cortes ingresan tanto en el análisis de la naturaleza de la orden así como del Árbitro. En consecuencia, y refiriendo al concepto de “Tribunal Arbitral”, podemos indicar que las Cortes francesas han dado históricamente un tratamiento negativo a la ejecución de estas órdenes dictadas en el marco de un “Procedimiento Precautorio Pre-Arbitral” de la CCI (*Pre-Arbitral Referee Procedure*), figura precedente –aún vigente– del árbitro de emergencia. Así, la Corte de Apelaciones de París, en el caso *Republic of Congo and the Société Nationale des Pétroles du Congo* (conjuntamente “*Republic of Congo*”) *v. Total Fina Elf Congo (TEP Congo)*, en 2003⁴⁵, rechazó la solicitud de anulación de la orden

⁴⁴ Vid. F. Santacroce, *loc. cit.*, p. 294.

⁴⁵ *Republic of Congo and the Société Nationale des Pétroles du Congo v. Total Fina Elf Congo (TEP Congo)*, 2003. Corte de Apelaciones de Paris, 29 abril 2003, *Rev. arb.*, 2003, pp. 1296, 1297.

dictada por el “árbitro” considerando que ni siquiera es ejecutable, y que su fuerza vinculante se limita a su naturaleza contractual. Sin embargo, la Corte ingresó en primer lugar al análisis de si ésta figura Pre-Arbitral puede ser considerado o no como un “Tribunal Arbitral”. En ese caso, el “Pre-Árbitro” dictó una medida cautelar en contra de la República del Congo. Curiosamente, en un intento de evitar su cumplimiento, la República del Congo inició procedimientos de anulación de esa orden frente a la Corte de Apelaciones de París, basándose en que en los hechos la orden revestía las características de un laudo arbitral pasible de ser anulado por las cortes francesas, y que el árbitro había incumplido el debido proceso. Por otro lado, TEP Congo sostuvo que no puede ser considerado un laudo, principalmente porque no se trata de una decisión final en cuanto a los méritos. El 29 abril 2003, la Corte de Apelaciones de París decidió que la solicitud de nulidad era inadmisibile. Como lo explica el Profesor Emmanuel Gaillard:

“... [l]a Corte decidió que no debía iniciar por examinar si la decisión constituía una orden o un laudo, ya que hacerlo requeriría asumir que el decisor estaba, de hecho, habilitado a emitir cualquiera de las dos formas de decisión. En cambio, la Corte entendió que antes de analizar la cuestión de si se trataba o no de un laudo arbitral, debía decidir si el decisor actuó como un árbitro o no. En otras palabras, en caso de que el decisor hubiera efectivamente actuado en calidad de árbitro, recién ahí podría la Corte ingresar al estudio de si su decisión calificaba o no como laudo arbitral. [...] La Corte sostuvo que la decisión, que fue emitida en el contexto de un acuerdo contractual, no tenía más efecto vinculante que el de otras disposiciones contractuales, en forma opuesta a los efectos vinculantes de una decisión que tiene el carácter de Res Judicata”⁴⁶.

Nótese que a pesar de la imposibilidad de su ejecución formal, la Corte enfatizó en la obligación de cumplir con la orden a consecuencia de su naturaleza contractual⁴⁷. Esta naturaleza obligatoria se daba principalmente a consecuencia de la inclusión de una cláusula arbitral en el contrato estableciendo que las medidas cautelares debían ser resueltas exclusivamente por el Procedimiento Precautorio Pre-Arbitral. Y ese, es uno de los puntos clave que deben abordar los redactores de cláusulas arbitrales al momento de referir a las cuestiones relativas a medidas cautelares: la obligatoriedad contractual de su cumplimiento.

Es también interesante notar un caso muy controversial en sede de arbitraje de inversión, donde una orden emitida por un árbitro de emergencia fue, en principio, ejecutada. Se trata del caso *JKX Oilet al.v. Ukraine*, iniciado el 14 febrero 2015, donde una Corte de Ucrania por primera vez ejecutó una orden emitida por un árbitro de emergencia bajo el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, si bien su ejecutabilidad a la luz de la CNY no fue analizada conceptualmente. Se considera a esta decisión como la primera ejecución de una orden de un árbitro de emergencia en contra de un Estado. En este caso, el 14 enero 2015 el árbitro de emergencia Rudolf Dolzer dictó una orden obligando al Estado a no imponer regalías mayores al 28% a

⁴⁶ Cf. E. Gaillard. “First Court Decision on Pre –Arbitral Referee”, *New York L. J.*, vol. 229, n° 107, 5 junio 2003.

⁴⁷ Vid. A. Villani y M. Caccialanza, “Interim Relief through Emergency Arbitration: An Upcoming Goal or Still an Illusion?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 14 julio 2017.

las producciones de gas de JKX mientras que el reclamo a la luz del *Energy Charter Treaty* (Tratado sobre la Carta de la Energía) estuviese pendiente. En junio de 2015, una Corte de Distrito de Kyiv validó la ejecución de la orden de emergencia a la luz de la CNY, el Reglamento SCC y el Tratado sobre la Carta de la Energía. En setiembre de 2015, la decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones de Kiev, determinando así su inejecutabilidad. En febrero de 2016, esta última decisión fue anulada. Sin embargo, la Corte Superior Especializada en asuntos Civiles y Criminales de Ucrania anuló la última decisión febrero 2016, remitiendo el caso a la Corte de Apelaciones de Ucrania para su consideración, la cual entendió que la orden había sido válidamente ejecutada. En casación interpuesta por Ucrania, la Corte Superior Especializada sostuvo que la orden era inejecutable.

Luego de varias rondas de disputas, el 19 setiembre 2018 la Suprema Corte de Ucrania confirmó la denegatoria de reconocimiento y ejecución de la orden. Sin embargo, es importante notar que esta decisión se dio sobre la base de que el contenido de la orden era contrario al orden público de Ucrania (violaba principios fundamentales de la legislación fiscal), y de que no se había respetado el debido proceso en materia de periodo obligatorio de espera que preveía el tratado aplicable, previo al inicio de los procedimientos de emergencia. El elemento clave en este caso, es que la Suprema Corte entendió que la orden de emergencia era susceptible de ser analizada (y eventualmente ejecutada) bajo el art. V de la Convención de Nueva York⁴⁸.

En cualquier caso, repetimos: la posición predominante entre doctrina y jurisprudencia, es que la “orden de emergencia” no es un laudo final en el sentido de la CNY. Esto ha sido reconocido por la mayoría de las Cortes a nivel de Derecho comparado, como el “punto débil” de las órdenes emitidas por los árbitros de emergencia⁴⁹.

De todas formas las soluciones no han tardado en llegar, y es por ello que a nivel práctico, la doctrina ha propuesto mecanismos formales a través de los cuales las propias partes se obligan contractualmente a dar cumplimiento a las órdenes dictadas por los árbitros de emergencia, so pena de que cualquier incumplimiento se verá reflejado en el laudo final dictado por el tribunal, que impondrá penalidades y sanciones económicas⁵⁰. Así, las partes lograrían incorporar una forma de dar cumplimiento obligatorio a las órdenes del árbitro de emergencia, por medio de consecuencias en un laudo que sí reviste las características de final, definitivo y vinculante.

En suma, podemos concluir que en Uruguay –y cualquier otro país que hubiera ratificado la Convención de Nueva York– está presente el gran problema práctico que aún se debate en la comunidad jurídica internacional: las órdenes de emergencia no podrían ser reconocido y ejecutado bajo dicha Convención.

⁴⁸ Vid. I. Siusel y O. Omelyanovich. *Ukraine: Enforceability of emergency arbitral awards (JKX Oil & Gas PLC v. Ukraine)*, 8 enero 2019.

⁴⁹ Vid. P. Simsive, *loc. cit.*, párr. 6.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 10.

VI. *Legge ferenda*: ¿legislar al respecto o dar crecimiento a la autonomía de las partes y creatividad de los abogados?

Inspirándose en soluciones adoptadas por ordenamientos jurídicos como el de Singapur, Uruguay se enfrenta a una posibilidad única: buscar la aprobación de una Ley interpretativa de la CNY donde se establezca simplemente que “*el término ‘laudo’ provisto por la Convención de NY incluye una orden o dirección establecida por un tribunal arbitral en el curso del procedimiento*”, enfatizando en que “*por Tribunal Arbitral se incluye a un árbitro de emergencia designado según el acuerdo de partes*”.

Consideramos que dada la creciente confianza que el mundo jurídico internacional está depositando en este tipo de árbitros, una ley que eleve jerárquicamente el estatus jurídico de las “órdenes” en cuestión (al de “reconocibles y ejecutables”) no haría más que generar uniformidad y seguridad a las partes en el marco del proceso arbitral.

Sin embargo, y de momento, esa seguridad jurídica no existe.

Por esta razón, haciendo uso de la flexibilidad que caracteriza al procedimiento arbitral, las partes aún conservan mecanismos no formales que les permiten dar cierta garantía al cumplimiento de estas órdenes. En este sentido, una de las soluciones posibles emana del mencionado caso francés *Société Nationale des Pétroles du Congo v. Total Fina Elf. Congo*, cuando en 2003 la Corte de Apelaciones de París negó dar a la orden el mismo estatus jurídico que un laudo, pero sí enfatizó en su obligatoriedad dada su naturaleza contractual. Dados los precedentes, es altamente recomendable la inclusión de cláusulas arbitrales que prevean desde un inicio la obligación de resolver toda cuestión relativa a medidas cautelares, únicamente por medio de un árbitro de emergencia. Ello revestiría a la orden, de una protección contractual.

Otro camino factible, es el de argumentar en favor de dar a la orden el estatus jurídico de un “*Lodi Irrituali*”, un laudo que en esencia es un contrato⁵¹. Este laudo/contrato vincula a las partes inmediatamente desde su dictado, pero puede ser ejecutado únicamente luego de haber sido confirmado por una Corte competente. En el caso *Gaetano Butera v. Pietro e Romano Pagnan*, la Corte de Casación de Italia incluso consideró que “*la referencia de la CNY a un laudo arbitral que tiene fuerza vinculante entre las partes, [...] no significa que dicha fuerza vinculante deba operar necesariamente a nivel judicial*”⁵². De este modo, las partes podrían acordar en su cláusula arbitral que el árbitro de emergencia emita sus órdenes en forma de “contrato” a ser firmado por ambas partes.

⁵¹ Vid. Secretaría UNCITRAL, Guía sobre la CNY sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, *loc. cit.*, p. 17, n^{os} 37–40.

⁵² *Gaetano Butera v. Pietro e Romano Pagnan*, Corte de Casación de Italia, 18 de setiembre del 1978, 4167, IV Y.B. Com. Arb. 296 (1979).

Lo que es más, es posible –y recomendable– para las partes incluir disposiciones en la cláusula arbitral que permitan al árbitro de emergencia disponer en su orden las consecuencias de su incumplimiento. Dichas consecuencias (*v.gr.*, sanciones económicas) habrán sido acordadas contractualmente por las partes, por lo que su incumplimiento podrá ser considerado un incumplimiento contractual y por ende, condenado en el aspecto sustancial y económico del Laudo Final. Si bien la orden en sí misma no puede ser reconocida y ejecutada, se lograría de este modo que sí lo puedan ser las consecuencias de su incumplimiento.

Nuevamente, Uruguay se encuentra en una situación muy favorable al desarrollo del arbitraje internacional. Seguir los pasos de jurisdicciones que han sido pioneras en la materia, no haría más que consolidar al país como una sede atractiva y desarrollada.

Bibliografía

- BASSLER, W.: “The enforceability of emergency awards in the United States: or when interim means final”, *Arb. Intl*, vol. 32, 2016.
- BERMANN, G.: *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: the application of the New York Convention by national Courts*, Springer International Publishing, 2 julio 2014. http://www.iacl2014congress.com/fileadmin/user_upload/k_iacl2014congress/General_reports/Bermann_General_Report_Recognition_Enforcement_of_Foreign_Awards_July_2_2014_2.pdf.
- CARLEVARIS, A. y FERIS, J.: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 25, nº 1.
- DÍAZ, S. y BERRO, L.: “Reconocimiento de Laudo Arbitral regido por la Convención de Nueva York”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2012, vol. 2.
- DÍAZ, S. y MÓNICO, M.: “Regularidad del emplazamiento para reconocer una sentencia Extranjera”, *Revista de Derecho y Tribunales*, nº 14, octubre 2010.
- FERNÁNDEZ CUSTODIO, E.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros en Perú”. CIAR Global, 2018. Disponible en: <http://ciarglobal.com/reconocimiento-y-ejecucion-de-sentencias-y-laudos-extranjeros-en-peru-edgar-fernandez-custodio/>.
- FIGUEROA VALDÉZ, J.: “El arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras”, *Revista Argentina de Arbitraje*, nº 1, octubre 2017.
- GAILLARD, E.: “First Court Decision on Pre-Arbitral Referee”, *New York L. J.*, vol. 229, nº 107, 5 junio 2003.
- GRANDO, M.: “The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration: A Report from the 28th Annual ITA Workshop. 20 julio 2016”. Kluwer Arbitration Blog. Disponible en: <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/>.
- GRION, R. y PICCARDI DE ANDRADE, G.: *Enforcement of Foreign Judgments 2018 – Brazil. International Comparative Legal Guides*, 2018. Disponible en: <https://iclg.com/practice-areas/enforcement-of-foreign-judgments-laws-and-regulations/brazil>.
- HANESSIAN, G. y DOSMAN, A.: “Songs of Innocence and Experience: ten years of Emergency Arbitration”, *Am. Rev. Intl Arb.*, vol. 27, 2015.

- MEDEL, C.: *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros La Convención de Nueva York y la Jurisprudencia Chilena Actual*, Universidad de Chile – Facultad de Derecho – Departamento de Derecho Internacional, 2010. Disponible en: http://tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-medel_c/pdfAmont/de-medel_c.pdf.
- MEREMINSKAYA, E.: “Guía Práctica para la Ejecución de Laudos en América Latina: Chile”, en *Guía Práctica para la Ejecución de Laudos en América Latina*, 2012.
- MORENO, J.A.: “Arbitraje Comercial Internacional en el Paraguay – Marco Legal y Jurisprudencial”, en A. Hierro, C. Conejero, A. Larrondo, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencial*, 2ª ed., Madrid, La Ley, 2012.
- OSTROWER, R., SORIA, L. y VAINSTEIN, M.: “Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional en la Argentina”, Portal Marval, O’ Farrell, Mairal, 2018, <https://www.marval.com/publicacion/nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional-en-la-argentina-13212>.
- PROYECTO FONDECYT 1110437 “Colisión y armonización de regímenes regulatorios en contextos sociales globales”, https://www.academia.edu/1406704/GUIA_PRACTICA_PARA_LA_EJECUCION_DE_LAUDOS_EN_AMERICA_LATINA.
- QUEEN MARY Y WHITE & CASE, Encuesta de Arbitraje Internacional de 2015. Disponible en: https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf.
- SANTACROCE, F.: “The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?”, *Arb. Int’l*, vol. 31, 2015.
- SIMSIVE, P.: Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator’s Orders. Kluwer Arbitration Blog, 2015. [http://kluwarbitrationblog.com/blog/2015/04/15/indirect-enforceability-of-emergency-arbitrators-orders/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+KluwerArbitrationBlogFull+\(Kluwer+Arbitration+Blog+-Latest+Entries\)](http://kluwarbitrationblog.com/blog/2015/04/15/indirect-enforceability-of-emergency-arbitrators-orders/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+KluwerArbitrationBlogFull+(Kluwer+Arbitration+Blog+-Latest+Entries)).
- SIUSEL, I. y OMELYANOVICH, O.: “Ukraine: Enforceability of emergency arbitral awards (JKX Oil & Gas PLC v. Ukraine)”, 88 enero 2019. Disponible en: <https://globalarbitrationnews.com/ukraine-enforceability-of-emergency-arbitral-awards-jkx-oil-gas-plc-v-ukraine/>.
- UNCITRAL: Guía sobre la CNY sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf Singapore Academy of Law, Report on Review of Arbitration Laws, Recomendación emitida en 2003 Verdías Mezzera, M. y Garino Podestá, J.: 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, Año 2018, N° 34.
- VILLANI, A. y CACCIALANZA, M.: “Interim Relief through Emergency Arbitration: An Upcoming Goal or Still an Illusion?”, Kluwer Arbitration Blog, 14 julio 2017.
- VOSER, N. y BOOG, C.: “ICC Emergency Arbitrator Proceedings: an Overview”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, 2011.
- YESILIRMAK, A.: “Provisional Measures in International Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, 2005.