

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**LA NECESIDAD DE INCLUIR AL ÁRBITRO CAUTELAR
EN EL ARBITRAJE DOMESTICO**

**Tesis para optar por el Título Profesional de Abogado presentada por
el Bachiller**

José Miguel BARBA RADANOVICH

Asesora: Eugenia ARIANO DEHO

LIMA-2015



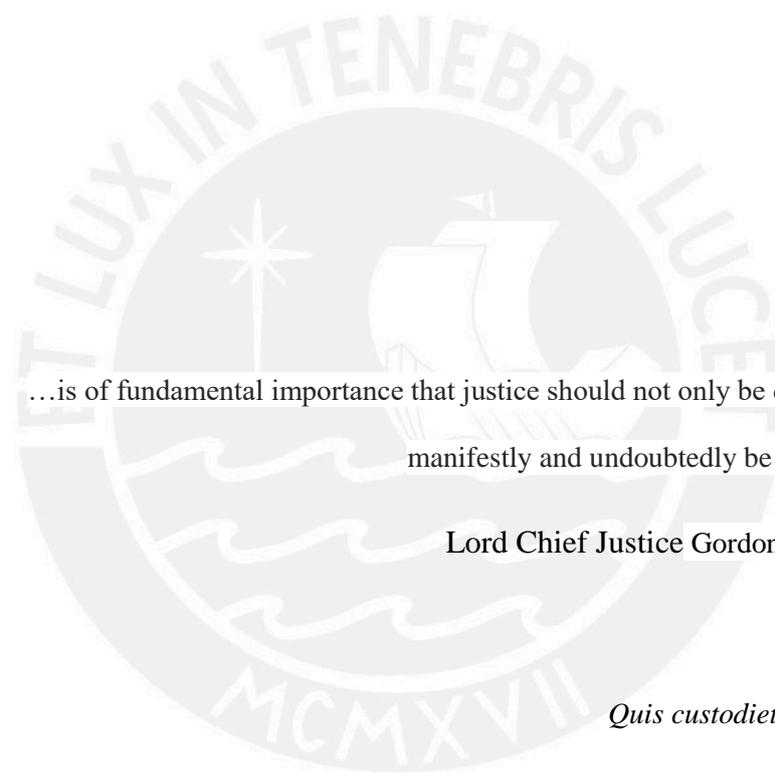
A Milan Pablović (*a.k.a* Djuran Radanovich Zečić)

AGRADECIMIENTOS

Es increíble la cantidad de fuerzas y coincidencias que han sido necesarias para que este trabajo sea posible. Sin embargo, aquí me permito agradecer los más obvios de entre ellos: la doctora Eugenia Ariano Deho (quien apoyó este proyecto desde su origen y con quien durante meses editamos el documento), Noemí Ancí Paredes (quien se ofreció a revisar el texto y desestancarlo cuando se necesitaba con desesperación), Álvaro Aguilar Ojeda (cuyos comentarios, aportes y entrevistas fueron invaluable para iniciar este proyecto) y Roger Rubio Guerrero (cuya guía despertó mi interés inicial en el arbitraje y sin cuya ayuda y recomendaciones esta tesis no se hubiera completado).

También es importante agradecer el apoyo de mi familia (especialmente mis padres y mi hermano que han esperado por este más que por el estreno de Star Wars VII), de Eduardo Valderrama, Javier Luna y José Luis Quiróz del Centro de Arbitraje Descentralizado-CADES, de la familia Beltrán-Linares y especialmente de mi compañera Vanesa Vite Vigo.

Finalmente, debo agradecer también al Congreso de la República, particularmente a los congresistas Wilder Ruiz Loayza y Elard Melgar Valdéz, representantes de las Provincias de Lima, quienes a pesar de encontrarse en las antípodas del espectro político actual, se preocuparon sucesivamente por mantener financiada esta investigación sobre los límites de la ética y la imparcialidad.



...is of fundamental importance that justice should not only be done, but should
manifestly and undoubtedly be seen to be done.

Lord Chief Justice Gordon Hewart (1924)

Quis custodiet ipsos custodes?

Juvenal (Satira VI, línea 347-348)

INDICE

AGRADECIMIENTOS.....	III
INTRODUCCIÓN.....	X

CAPÍTULO I

LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

1. Premisa	1
2. La difusión de la tutela cautelar en la praxis arbitral.....	1
3. La tutela cautelar en el <i>Civil Law</i>	3
3.1. Características de la tutela cautelar.....	7
3.1.1. La provisionalidad	9
3.1.2. La mutabilidad	10
3.1.3. La instrumentalidad	12
3.2. Condiciones de la tutela cautelar	13
3.2.1. <i>Fumus boni iuris</i>	14
3.2.2. <i>Periculum in mora</i>	16
3.2.3. La denominada contracautela (caución)	17
4. Los remedios cautelares en el <i>Common Law</i>	18
4.1. Los remedios cautelares en la órbita de la <i>Commonwealt</i> : las <i>injunctions</i>	20
4.1.1. Condiciones de las <i>injunctions</i>	22
4.1.1.1. Una cuestión seria que discutir	24
4.1.1.2. Daño irreparable	25
4.1.1.3. El balance de conveniencia.....	28
4.1.1.4. <i>Undertaking</i> o promesa de indemnización	29

ÍNDICE

4.1.1.5. La <i>Mareva injunction</i>	31
4.1.2. Características de las <i>interim injunctions</i>	34
4.1.2.1. Remedio <i>in personam</i> (y sus implicancias)	34
4.1.2.2. Discrecionalidad del Juez	36
4.1.2.3. Literalidad de la medida	37
4.2. Los remedios cautelares en los Estados Unidos de Norteamérica.....	38
4.2.1. <i>Attachment orders</i>	39
4.2.2. Características de las <i>Attachment orders</i>	40
4.2.2.1. Remedio <i>quasi in rem</i>	40
4.2.2.2. Discrecionalidad del Juez	42
4.2.2.3. Literalidad de la medida	43
4.2.2.4. <i>Attachment ex-parte</i>	43
4.2.3. Condiciones de las órdenes de <i>Attachment</i>	44
5. La tutela cautelar en el arbitraje	47
5.1. Condiciones para la tutela cautelar en el arbitraje	52
5.1.1. Audiencia	53
5.1.2. Irreparabilidad.....	53
5.1.3. Urgencia.....	53
5.1.4. Balance de conveniencia.....	54

CAPÍTULO II

**“TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO
ARBITRAL**

1. Premisa	55
2. El <i>Fairness</i> como esencia del arbitraje.....	56

ÍNDICE

3.	Independencia e imparcialidad (la “terceridad”) del árbitro	62
3.1.	¿Qué es independencia?.....	62
3.2.	¿Qué es imparcialidad?.....	68
3.3.	¿Qué es el deber de revelación?.....	72
4.	Conflictos de interés	76
4.1.	¿Qué es entonces, un conflicto de interés?	76
4.2.	¿Hasta qué punto es renunciable la independencia e imparcialidad del juzgador?	78
4.3.	¿Qué relación existe entre el adelanto de opinión y la falta de terceridad?	80
4.4.	¿Qué relación existe entre las medidas cautelares y el adelanto de opinión?	82

CAPITULO III
TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

1.	Medidas cautelares y autonomía del arbitraje	88
1.1.	Medidas cautelares pre-arbitrales	91
1.2.	Competencia cautelar de los árbitros	93
2.	Alternativas a las medidas judiciales pre-arbitrales	95
2.1.	El procedimiento de arbitraje de emergencia.....	96
2.1.1.	El árbitro de emergencia en el Perú	104
2.2.	Herramientas arbitrales para el cumplimiento de órdenes cautelares. 107	
2.2.1.	Cumplimiento voluntario.....	107
2.2.2.	El poder de inferir negativamente contra la parte recalcitrante ...	108
2.2.3.	Indemnización por los daños generados por el incumplimiento..	109
2.2.4.	El poder de dictar ‘ <i>astreintes</i> ’	110

ÍNDICE

2.2.5. La capacidad de dictar medidas en forma de laudos.....	112
2.2.6. Reconocimiento judicial de las órdenes arbitrales.....	113
3. Recepción de las figuras innovadoras en el arbitraje	114
3.1. Difusión de las medidas cautelares en el arbitraje	116
3.2. Conocimiento de la figura del árbitro de emergencia.....	118
CAPITULO IV	
EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR	
1. Premisa	121
2. Sesgos cognitivos	122
3. El “cuarto hombre”: el árbitro cautelar.....	128
3.1. La propuesta.....	128
3.2. ¿Es posible?	129
3.2.1. En el Perú.....	131
3.3. ¿Es necesario?.....	133
3.4. ¿Sería aceptado?	135
4. Propuesta de Reglamento Arbitral y Cláusula Modelo	136
4.1. Propuesta de Reglamento.....	136
4.2. Adenda a la Cláusula Arbitral <i>ad hoc</i>	141
CONCLUSIONES.....	143
BIBLIOGRAFIA	145
ANEXOS	153
1. Draft Model Order for Preservation of Assets “Mareva Injunction Order”. Law Society of British Columbia	154
2. Análisis de Resultados de la I Encuesta Nacional de medidas cautelares en el arbitraje – Perú. CADES – 2015	165

ÍNDICE

3. Informe Final de Medidas Cautelares del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Junio 2013)..... 180



INTRODUCCIÓN

Actualmente en el ámbito de la praxis arbitral hay dos convencimientos consolidados: el primero, que para asegurar la efectividad del arbitraje se requiere del auxilio de medidas cautelares (interinas o provisionales) y el segundo, que es conveniente que el poder de emitir medidas cautelares sea encomendada no solo a los órganos jurisdiccionales estatales sino también a los propios árbitros que conocen del fondo de la controversia.

En esta línea, en la praxis arbitral internacional, se ha ido paulatinamente consolidando la figura del “árbitro de emergencia”, introducida, sobre todo, con la finalidad práctica de que antes de la constitución del tribunal arbitral, las partes no tengan necesariamente que acudir a la autoridad judicial estatal para pedir medidas cautelares.

Nuestra Ley de Arbitraje de 2008 (Decreto Legislativo N° 1071), para el arbitraje doméstico ha dotado *ex lege* a los árbitros del poder cautelar, poder que, desde la constitución del Tribunal Arbitral, es exclusivo y excluyente frente a aquella de los órganos jurisdiccionales estatales. En cambio, para el arbitraje internacional, ha dotado a los árbitros de una potestad cautelar que concurre con aquella de las autoridades judiciales estatales.

Esta toma de posición de nuestro legislador para el arbitraje interno, puede traer un serio problema: si frente a una instancia cautelar, a los efectos de otorgar o no la

INTRODUCCIÓN

medida cautelar, debe analizarse si «existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere» (son las palabras utilizadas por el inc. b del art. 17-A.1) de la Ley Modelo UNCITRAL sobre el Arbitraje Comercial Internacional), es decir, si existe lo que suele llamarse un *fumus boni iuris*, ¿no estarán acaso los árbitros expuestos a caer en un «prejuzgamiento» comprometiéndose así su objetividad e imparcialidad para pronunciarse sobre el fondo?

Este problema, que también se presenta en el ámbito de los procesos judiciales, o es negado o más simplemente esquivado.

En efecto, la propia Ley Modelo UNCITRAL, tras señalar que el solicitante de la medida cautelar deberá «convencer al Tribunal Arbitral» de que «existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere», se apura en aclarar que «La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal».

Sin embargo, es por lo menos dudoso que un mismo juzgador pueda, con serenidad de criterio, establecer, en el juicio cautelar, que existe o no «una posibilidad razonable» de que la demanda sobre el fondo del litigio prospere y, luego, tenga que pronunciarse sobre el fondo. En tal línea, resulta muy ilustrativo, que en la mayoría de Reglamentos Arbitrales que prevén «árbitros de emergencia» establezcan que tal árbitro no podrá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la controversia que haya dado origen a la petición de medidas cautelares pre-arbitrales. Con ello se deja traslucir la idea de que quien haya juzgado a nivel pre-arbitral sobre las instancias cautelares está impedido de conocer de la controversia de fondo. Y si ello es así a nivel

INTRODUCCIÓN

pre-arbitral, ¿por qué no ocurriría lo mismo cuando las instancias cautelares se promueven durante las actuaciones arbitrales?

Frente al problema indicado, el presente trabajo de tesis, partiendo de la hipótesis, ya anunciada, de que la reunión en un mismo juzgador de funciones cautelares y de juzgamiento del fondo de una controversia es incompatible con el principio de independencia e imparcialidad del juzgador, persigue los siguientes objetivos:

- a) Demostrar que es incompatible con el principio de independencia e imparcialidad (en el trabajo se utiliza la expresión “terceridad”) el que los árbitros reúnan en sí la función de ser juzgadores de las instancias cautelares y del fondo de la controversia.
- b) Demostrar que el árbitro de emergencia, que, tal como ha sido recogido en la praxis arbitral internacional, limita su función a una fase pre-arbitral, si bien constituye una alternativa adecuada y eficiente para preservar la independencia del arbitraje frente a las autoridades estatales, no lo es para superar el problema atinente a la preservación de la “terceridad” de los árbitros.
- c) Demostrar que la introducción de un árbitro cautelar que opere tanto en la fase pre-arbitral como en el arbitraje propiamente dicho, constituye la alternativa más adecuada y eficiente tanto para proteger la independencia del arbitraje frente al Estado como preservar la “terceridad” de los árbitros que deberán decidir el fondo de la controversia.

INTRODUCCIÓN

Para el logro de los objetivos indicados, el trabajo de tesis ha sido dividido en cuatro capítulos.

En el Capítulo I, se analiza, en sus rasgos esenciales, el funcionamiento de la tutela cautelar en los sistemas jurídicos más influyentes (el *Civil law* y el *Common law*), así como las condiciones y características más comunes de la tutela cautelar en la praxis arbitral, a fin de establecer las semejanzas y diferencias entre los diversos sistemas y determinar si el arbitral constituye un sistema independiente.

En el Capítulo II se describen y analizan los principios de independencia e imparcialidad en el arbitraje y, específicamente, el crucial tema de los conflictos de intereses y la relación entre las medidas cautelares y el adelanto de opinión que ellas comportan.

En el Capítulo III se revisan y analizan las diversas herramientas que están a disposición de las partes y de los árbitros para garantizar la independencia del tribunal arbitral frente a las autoridades estatales, en particular en el campo del cumplimiento de las órdenes arbitrales, así como innovadora figura del árbitro de emergencia.

En el IV y último Capítulo, se sintetiza lo observado en los capítulos anteriores y se formula la propuesta principal del trabajo. Es así que con herramientas extraídas de la psicología cognitiva, se analiza el problema central del trabajo de tesis: que el juicio cautelar constituye un juicio pronóstico indefectiblemente ligado a una serie de sesgos cognitivos, los cuales comprometen el deber de terceridad del tribunal arbitral, sea de manera consciente o inconsciente, y que por la misma razón de que este sesgo puede ser inconsciente, no puede ser regulado mediante códigos de ética o reglamentos similares. De allí que se plantee la figura del árbitro cautelar, su necesaria su implementación y se

INTRODUCCIÓN

explore cuán receptivos a la figura serían los árbitros nacionales, con atención a las encuestas e información estadística disponible.

Lima, diciembre 2015



CAPÍTULO I

LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

1. Premisa

En el presente Capítulo se analizan las características y las condiciones para la toma de decisiones cautelares en las principales familias jurídicas de nuestro entorno, esto es aquella del Derecho Continental europeo (*Civil Law*) y del Derecho Anglosajón (*Common Law*), a los efectos de determinar si el arbitral constituye un sistema independiente.

Este análisis está enderezado a entender la forma en que se toman las decisiones cautelares (y su eventual similitud o diferencia con cómo se hace con cada uno de los sistemas) y resulta esencial para entender su relación con la independencia e imparcialidad, que trataremos en el siguiente Capítulo, así como la viabilidad y relevancia de las soluciones que se proponen en cada sistema.

2. La difusión de la tutela cautelar en la praxis arbitral

El arbitraje tiene siglos de existencia, sin embargo en los últimos años se puede observar que la praxis arbitral –para agilizar la toma de decisiones o para garantizar el óptimo tratamiento de las partes¹– ha adoptado, adaptado y mejorado algunas de las

¹ A veces también para garantizar la comodidad de los abogados de las partes, como lo señala Stipanowich (2010).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

instituciones del proceso estatal², lo que testimonia, por un lado, el cómo la praxis arbitral utiliza el método de ensayo-error y, por el otro, su aptitud de ser un campo fértil para los experimentos procesales.

Y ello ocurre precisamente en el campo cautelar.

En efecto, en la praxis arbitral actual, no son raros los casos en que las partes de una disputa solicitan y obtienen medidas cautelares³, logrando una inmediata y temporal protección de la situación jurídica objeto de controversia.

Si bien los recientes resultados de la *2012 International Arbitration Survey* reflejan un bajo número de ocurrencia de medidas cautelares en el arbitraje internacional⁴, esto no mina su importancia cuando efectivamente son otorgadas para garantizar la ejecutabilidad del laudo⁵, protegiéndola y dando equilibrio a las partes, cuando menos hasta la resolución final de la controversia.

² Panduro Meza (2011).

³ Dado que no hay en el ámbito arbitral una nomenclatura universalmente aceptada para designar a las medidas cautelares, en el presente trabajo se consideran como sinónimos de medidas cauteles las expresiones “medidas interinas”, “órdenes procesales” o “medidas provisionales”. Sin embargo, cabe señalar la diferencia que hace al respecto Leval (1998: 423), cuando señala que: «La mesure provisoire est la mesure prise pour la durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive», mientras que la medida conservatoria sería una «mesure d'urgence prise pour la sauvegarde d'un droit ou d'une chose».

⁴ Friedland y Brekoulakis (2013: 17).

⁵ En ese sentido Davies (2006: 299) señala: «el resultado de un arbitraje puede resultar influenciado si una de las partes no puede ser constreñida de destruir la evidencia relevante antes que los árbitros puedan considerarla, o simulando evidencia material que pueda engañar a los árbitros. **El laudo final de los árbitros puede convertirse en ineficaz si las partes pueden mover o esconder sus bienes antes o durante el proceso, de manera que estos no estén disponibles para cumplir con el laudo**» [negritas agregadas].

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

De acuerdo a la actual regulación nacional, las medidas cautelares pueden ser ordenadas por jueces⁶ y árbitros⁷ (con las precisiones que se trataran más adelante), en las formas más variadas, dado que no existe en el ámbito estatal una lista taxativa de medidas⁸ y en el arbitral los propios árbitros encuentran formas de evitar la dificultad de la falta de *coertio*⁹ y atender así a las necesidades de cada caso concreto.

Es importante evidenciar que la tutela cautelar en el ámbito arbitral se alimenta no solo del *Civil Law*, sino sobre todo del *Common Law*. En lo que sigue trataremos de la tutela cautelar en el ámbito estatal en ambas familias para luego hacer el respectivo análisis en el ámbito arbitral (y así establecer los principios que deberán guiar la propuesta de un árbitro dedicado exclusivamente a la tutela cautelar).

3. La tutela cautelar en el *Civil Law*

En el Derecho continental es prevalentemente aceptada la idea de que el proceso, por naturaleza, necesita del tiempo. Dado que el proceso implica el intercambio de argumentos y contraargumentos, estos deben darse, no de manera simultánea e inmediata, sino precediendo uno al otro y en un plazo razonable que permita a las partes su correcta internalización y para la adecuada preparación de las

⁶ Artículos 608 y siguientes del Código Procesal Civil peruano (en adelante CPC).

⁷ Artículo 47.1 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante LA 2008).

⁸ De hecho el artículo 629 del CPC señala que: «Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que igual asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva».

⁹ Vid., *infra*, Cap. III, § 2.2.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

respectivas defensas¹⁰, así como para la correcta, meditada y sustentada respuesta del juzgador.

El tiempo, en efecto, es un factor necesario y esencial de todo proceso, o como más elocuentemente lo expresara Fenech: «El juicio instantáneo, en un solo acto, solo Dios puede llevarlo a cabo»¹¹.

Entonces, dado que es imprescindible dar a las partes en un proceso la oportunidad de alegar, probar y persuadir al juzgador, pese al tiempo que toma la consecutiva realización de estas etapas, ese tiempo, se convierte en garantía de un proceso justo¹².

Sin embargo hay que tener en cuenta que el transcurso del tiempo crea un riesgo, pues su paso genera una oportunidad para que alguna de las partes actúe en perjuicio de la efectividad de la decisión final y, además, de causar un perjuicio a la parte que tiene la razón. Dado que el proceso no congela la situación objeto de controversia, la parte que tiene razón puede perder la oportunidad de efectivizar su derecho antes que sobrevenga la decisión del juzgador. Esto crea un costo para la aplicación del derecho en el tiempo.

Ahora, como respuesta a este potencial daño que el paso del tiempo puede generar en la parte que tiene la razón, el Derecho ha desarrollado una serie de remedios,

¹⁰ En ese sentido, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 8.2: «Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa».

¹¹ Fenech Navarro (1982: 16).

¹² En ese sentido, Ariano Deho (2003a: 587 ss).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

algunos de orden sustancial¹³, otros de naturaleza procesal¹⁴, destinados a la protección de la parte (y en cierto sentido también de la decisión) del que ha sido llamado “*el enemigo tiempo*”.

La efectividad de estos medios es variada.

Así, a lo largo de la historia, se ha ideado instituciones en el derecho romano (como, por ejemplo, el *nexum*¹⁵, la *cautio damni infecti*¹⁶, la *operis novi nuntiatio*¹⁷, la *pignoris capio*¹⁸, la *missio in possessionem*¹⁹, la *restitutio ad integrum*²⁰) y en el derecho

¹³ En ese sentido, Proto Pisani (1987: 111-112) indica como remedios sustanciales del Código Civil italiano: la obligación del poseedor de buena fe de restituir los frutos (artículo 1148); el anatocismo (artículo 1283); la obligación del tenedor o poseedor demandado en reivindicación de custodiar el bien (artículo 948); la oponibilidad a los terceros causa habientes del demandado de los motivos de invalidez o ineficacia del contrato de su causante (artículos 2943-2945).

¹⁴ En ese sentido, Proto Pisani (1987: 112), indica entre los remedios procesales: la condena a futuro, los títulos ejecutivos de formación extrajudicial, los procedimientos sumarios no cautelares.

¹⁵ Con motivo de un préstamo de dinero, el acreedor realizaba una declaración formal (*nuncupatio*) que generaba una consecuencia rigurosa (*damnatio*), especie de fuerza ejecutiva, que permitía el uso de la *manus iniectio* contra el deudor, quien quedaba reducido a esclavitud.

¹⁶ Un juramento que realizaba quien quería comenzar una construcción, frente al *praetor*, a favor del vecino que temía un daño futuro en su propiedad; de resarcir el daño en el que se incurra en la finca ajena, aunque la construcción fuera solo en la finca propia.

¹⁷ El ruego que realizaba el propietario de un bien, a fin que su vecino detuviera una construcción que le perjudicaba.

¹⁸ Pronunciando unas palabras solemnes frente a tres testigos, el acreedor podía efectuar una suerte de embargo sobre los bienes (comúnmente muebles) del deudor, sea con su conocimiento o no.

¹⁹ Autorización del *praetor* para tomar posesión de los bienes de una persona (para su conservación en administración). Si eran todos los bienes, se denominaba *missio in bona*, y si era sobre bienes concretos, era llamado *missio in rem*. Se señalaba en el edicto del *praetor*.

²⁰ Eran resoluciones por las que consideraban inexistente un acto jurídico que a pesar de reunir los requisitos para su validez, chocaba con la equidad, produciendo una situación patrimonial injusta.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

medieval (por ejemplo, el principio *ut lite pendente nihil innovatur*²¹) para el aseguramiento del resultado del proceso.

Dentro de este contexto aparece la tutela cautelar con la finalidad de:

- 1) garantizar la posibilidad práctica de la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos – neutralizando los probables daños que podrían ocasionarse a las partes por el tiempo que es esencial al proceso –;
- 2) neutralizar la mala fe (o negligencia) de quien es traído contra su voluntad al proceso.

De esta manera la tutela cautelar cumple – al igual que sus antecesores – la función de una garantía para la tutela jurisdiccional y la hace (por ese medio) efectiva pues se entiende que sin ella pelagra el destino de la efectividad de la decisión que pone fin a la controversia.

Es importante evidenciar que sobre la tutela cautelar existen concepciones publicísticas, esto es, que consideran que lo tutelado es la eficiencia y la seriedad de la función jurisdiccional y no directamente el interés de la parte²², sin embargo buena parte

²¹ Cuyo efecto era el hacer indisponible el bien litigioso; por lo que el demandado no podía enajenar, destruir o deteriorar un bien.

²² La ya conocida concepción que propuso Calamandrei (1936) en el sentido de que la tutela cautelar sirve para garantizar «la eficiencia, y por así decirlo la *seriedad* de la función jurisdiccional», cuidando «el *imperium iudicis* o sea impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados como guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde. Las medidas cautelares se disponen, más que intereses de los individuos, en interés de la administración de justicia, de la que garantizan el buen funcionamiento y también, se podría decir, el buen nombre [...] se podría decir que *precisamente la materia de las providencias cautelares, constituye la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la administrativa, de policía*» (Calamandrei 1936: 143-144) [cursivas del autor]. La

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

de la doctrina las ha dejado de lado, pues actualmente se ha impuesto la tendencia a considerar que el acceso a la tutela cautelar, como lo señala Priori²³, constituye un derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona (para la cual, el ser parte de un proceso largo e infructuoso es una humillación, un maltrato y ataque contra su dignidad)²⁴, de la primacía de la Constitución²⁵ y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva²⁶.

3.1. Características de la tutela cautelar

Dado que la tutela cautelar constituye, en sustancia, una tutela de urgencia (y podría decirse, hasta de emergencia), es evidente, que no podría tener las mismas condiciones que se exigen para la obtención de la tutela de fondo, sea esta cognoscitiva o ejecutiva, debido a que, precisamente, se trata de una tutela cuya finalidad es brindar una protección inmediata frente al temor razonable de una parte de que cuando se le dé la razón al final del proceso, se convierta en una victoria pírrica.

En ese sentido, el resultado que se derive del proceso de cautela, será una tutela “*a medias*”, en tanto se tratará de una tutela temporal e inestable (en el sentido de que no tiene ánimo de permanencia), pasible de modificación (pues siempre está sujeta a cambios de reducirse o eliminarse el riesgo o riesgos de que hablábamos antes) y dependiente de un proceso principal (en la gran mayoría de casos).

postura de Calamandrei reflejaba claramente las ideas político-autoritarias que cubrieron Europa en los años Treinta del Siglo pasado.

²³ Priori Posada (2013).

²⁴ Priori Posada (2013: 633).

²⁵ Priori Posada (2013: 635).

²⁶ Priori Posada (2013: 638).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Para entender esta situación, debe tenerse en cuenta que la tutela cautelar, a pesar de darse en el contexto de un proceso²⁷ y precisamente por la naturaleza urgente que presenta, no da la misma prioridad a la certeza del juzgador o a algunos derechos de las partes, que aquella que otorga la tutela cognoscitiva o ejecutiva, pues el tiempo que demandaría este requisito contravendría la finalidad y el carácter urgente de la medida²⁸. Ejemplo de ello, es que la tutela cautelar se concede (muchas veces) sin escuchar a la parte demandada (*inaudita altera parte*) para salvaguardar la efectividad de la medida cautelar concedida²⁹.

Se podría argumentar, como lo hizo Carnelutti³⁰ (y luego lo harían Arieta³¹ y Fiorucci³²), que las medidas cautelares equivalen a los primeros auxilios ofrecidos al enfermo, quien una vez estabilizado, queda en manos del médico internista para su

²⁷ Y esto ya resulta cuestionable, a la luz de lo señalado por el CPC en su artículo 637, pues en ausencia de un contradictorio y de bilateralidad en la audiencia, no existe un proceso. En ese mismo sentido, Ariano Deho (2003b).

²⁸ Imaginemos un proceso cautelar que tomara los mismos plazos y garantías que el proceso regular; estaríamos ante la paradoja de que el proceso cautelar tomaría igual tiempo que el proceso ordinario, por lo cual, su poder de cautela sería nulo.

²⁹ Vid., *supra*, nota 27.

³⁰ «En virtud del proceso cautelar, la *res* no es pues, *iudicata*, sino arreglada de modo tal que pueda esperar el juicio; a este arreglo, cuyo concepto se aclara comparándolo con el vendaje de una herida, le cuadra el nombre de *medida cautelar*, la que a su vez presupone la *resolución cautelar*, o sea el acto mediante el que el oficio dispone el arreglo provisional del litigio» (Carnelutti 1944: 387).

³¹ «[El juez] es llamado a operar en la misma forma en que interviene el médico de los primeros auxilios, el cual debe realizar todo cuanto sea necesario para salvar la vida del paciente, dejando a otros la tarea aprestar aquellas terapias (muchas veces largas y complejas) dirigida a eliminar definitivamente la enfermedad» (Arieta 1985: 139).

³² «[È] stato efficacemente osservato che l'intervento del giudice della cautela è assimilabile a quello del medico del pronto soccorso, il quale deve porre in essere tutto quanto necessario per salvare la vita del paziente, 'lasciando ad altri il compito di apprestare quelle cure (spesso lunghe e complesse) dirette ad eliminare definitivamente l'infermità'» (Fiorucci 2009: 151).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

tratamiento y recuperación. Así, el juez cautelar, se convierte en una suerte *juez de emergencias*.

Es en función a ello, que la tutela cautelar presenta ciertas características, que ya, en mayor o menor medida, hemos enunciado en los párrafos anteriores: a) la provisionalidad, b) la mutabilidad y c) la instrumentalidad. Todas estas características están fuertemente interrelacionadas y se superponen por momentos, sin perjuicio de lo cual, es necesario analizarlas por separado para la comprensión de la tutela cautelar.

3.1.1. La provisionalidad

Decía Calamandrei respecto de la provisionalidad y la temporalidad:

Temporal es, simplemente lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada. *Provisorio* es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. En este sentido, provisorio equivale a interino; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar lo que solamente el tiempo *intermedio* que precede al evento esperado³³.

La idea de fondo expresada por Calamandrei es que es innato a la tutela cautelar su temporalidad e inestabilidad, ya que esta está destinada a servir por el momento y a desaparecer ante el nacimiento de una resolución definitiva, que hará de la medida provisional innecesaria, puesto que la tutela definitiva habrá ya cobrado vida.

Es en ese sentido, que la tutela cautelar no tiene voluntad de permanencia, sino que se orienta a servir adecuadamente como garantía mientras no se haya dado una solución definitiva a la controversia. Por ello, si aparece otro medio que garantice la

³³ Calamandrei (1936: 10).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

ejecutabilidad de la solución sobre el fondo (así efectivamente eliminando el riesgo), o dicha tutela de fondo se da y cumple (atención, no solo que se declare, si no que se cumpla también), o aparece una medida menos gravosa para el aseguramiento, la medida cautelar pierde sentido y, por lo tanto, debe ser remplazada o revocada.

3.1.2. La mutabilidad

La tutela cautelar, está sujeta a una suerte de cláusula *rebus sic stantibus*. Literalmente «*estando así las cosas*», implica que la resolución que contiene la tutela cautelar desplegará los efectos mientras la situación de hecho continúe siendo la misma. Un clásico ejemplo de esta se presenta en las resoluciones judiciales que asignan alimentos provisionales. Así, la persona condenada provisionalmente al pago de alimentos, lo es bajo el supuesto de que su condición no cambie considerablemente (esto es, que por ejemplo, Juan Pérez no pierda su carrito sanguchero, de manera que su situación económica empeore, o que sea elegido congresista de la República, ni más ni menos, mejorando su situación), pues entonces, la medida no será ya adecuada y, por lo tanto, dado que las circunstancias son esenciales para el otorgamiento de la tutela, corresponderá modificar la protección provisional que se está dando al demandante.

La mutabilidad de la tutela cautelar, es bueno aclararlo, se da no solo para proteger mejor los derechos de quien reclama, sino también para mantener el balance de las fuerzas entre ambas partes, de manera que, en atención a que la tutela cautelar se otorga por lo general limitando los derechos de defensa y contradicción (dado el análisis superficial y sumario), los derechos del demandado deben ser también cautelados, de modo que no haya una injerencia innecesaria en la esfera jurídica del demandado,

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

buscando que, cuando esta se dé, sea la menos gravosa o perjudicial para quien sufre los efectos.

En ese sentido, considerando las circunstancias en que el juez debe apreciar (como se verá luego³⁴) el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, así como la mayor o menor afectación que pueda generar la medida sobre el afectado, será posible considerar la permanencia o mutación de la medida que mejor cumpla con su objetivo³⁵.

La mutabilidad es una característica de la tutela cautelar, pues ella se concede sin certeza y por lo tanto debe ser pasible de modificación posterior en cuanto está atada a un juicio de razonabilidad, que permita al juzgador optar por medidas menos gravosas para el afectado, si éstas cumplen la función de proteger el resultado de la resolución final evitando un perjuicio irreparable, modificar su contenido si es que las circunstancias cambian o se descubre que eran distintas.

En ese sentido, la cláusula *rebus sic stantibus*, servirá para orientar la medida a su correcta utilidad, modificándola para adaptarse a un cambio en la circunstancia³⁶ o prevenir un daño irreparable y convirtiéndola así, en un elemento vivo y dinámico de la tutela jurisdiccional³⁷.

³⁴ Vid., *infra*, § 3.2.

³⁵ En ese sentido, la AAP de Asturias señala: «La medida elegida ha de ser adecuada y necesaria para el fin marcado; la lesión que se produzca no debe ser de tal entidad que llegue a ser inasumible por el afectado» (Barona Villar 2006: 117).

³⁶ Supongamos la reducción o eliminación del riesgo por la prestación de garantías por parte de la demandada, o la aparición de una medida menos gravosa que la originalmente solicitada, siempre que esta garantice la finalidad de la tutela cautelar.

³⁷ En ese sentido, Calamandrei (1936: 80-81).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

3.1.3. La instrumentalidad

La instrumentalidad está referida a la circunstancias de que la tutela cautelar, así como carece de una voluntad de permanencia, también carece de voluntad de vida independiente. Siendo que la finalidad de la tutela cautelar es proteger la efectividad de la resolución final del proceso al cual sirve (ejecutivo o cognoscitivo), la tutela cautelar es instrumento o herramienta de otras tutelas.

La tutela cautelar es pues un *instrumento* de la tutela cognoscitiva y/o ejecutiva, siendo, por tanto, dependiente del proceso sobre el fondo. De esa manera, la existencia del proceso de fondo es esencial para la existencia de la cautela.

En las legislaciones del *Civil Law* está difundida la posibilidad de otorgar la tutela cautelar antes del inicio del proceso, de manera que la orden cautelar se emita sin que exista un proceso pendiente.

Tales casos, se justifican en que el inicio del proceso podría alertar al demandado, haciendo posible que este pueda manipular sus bienes, y como consecuencia quitarle efectividad a la tutela a concederse³⁸. Debido a esta posible afectación a la efectividad del proceso, la tutela cautelar puede ser concedida sin un proceso de fondo previamente iniciado, pero con la *carga* de iniciar el proceso sobre el fondo en un determinado (y relativamente corto) periodo de tiempo, bajo sanción de que la medida pierda eficacia³⁹.

³⁸ Este es el riesgo señalado, *supra*, en la nota 5.

³⁹ En Perú, el CPC, en el artículo 636, señala que «Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda **ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto**. [...] Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, [...] la medida cautelar **caduca de pleno derecho** [...]». Un plazo similar existe en el

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Ahora bien, el caso anterior no es el único en el que la tutela cautelar se extiende más allá de los límites del proceso de fondo. Esto se debe a que la tutela cautelar está orientada a proteger más que la eficiencia de la resolución cautelar⁴⁰, sino (no pocas veces) a proteger situaciones de hecho que podrían generar indefensión en las partes.

La protección de la situación de hecho puede significar que la medida cautelar se extienda más allá de los límites del proceso, para proteger los derechos de una parte, la cual está sujeta a una condición sobre la ejecución de la medida –por ejemplo, el secuestro de los bienes hasta que se concrete el pago de la deuda; no cumple con su objetivo con la sola resolución sobre a quién corresponde el pago, sino con el pago efectivo de la misma–, todo dentro de la lógica de protección de los intereses de las partes ante un potencial daño.

3.2. Condiciones de la tutela cautelar

La tutela cautelar no se otorga de manera indiscriminada ni incondicional, sino que tiene en consideración dos elementos fundamentales que deben cumplirse siempre que se solicita una medida cautelar: a) la posibilidad de que la tutela, cognoscitiva o ejecutiva, sea concedida (conocida como la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*); y, b) la urgencia, representada en el peligro en la demora (*periculum in mora*).

Si bien podría darse el caso de que determinadas formas de cautela requieran de otros requisitos adicionales, las dos condiciones señaladas son las que deben cumplirse

arbitraje, en el artículo 47.4 LA 2008, agregando además que: «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**» [ambas negritas son agregadas].

⁴⁰ Como ya se dejó establecido líneas arriba, vid. *supra*, § 3.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

en todos los supuestos. En algunos otros, se agrega un tercero: el establecimiento de una garantía enderezada a resarcir los daños que podría sufrir el afectado con la medida cautelar (la caución).

Estos requisitos son necesarios al momento de considerar la posibilidad de conceder la tutela cautelar porque estamos tratando con la tutela de situaciones potenciales, y estamos con ello considerando la afectación en la esfera jurídica de una persona sobre la base de un (solo) potencial derecho.

3.2.1. *Fumus boni iuris*

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho es una condición de la tutela cautelar (en el sentido en que la definíamos líneas arriba) en tanto aquella se concede sobre la base de un análisis superficial y por lo tanto, el derecho cautelado debe ser lo más *aparente* posible⁴¹.

De esto debemos entender que, aunque dicha apariencia de buen derecho deriva de un análisis superficial de los argumentos y las pruebas incontestados del que reclama, resulta indudable que se estará afectando también los derechos del demandado y, posiblemente, también los de terceros.

⁴¹ En ese sentido Barona Villar (2006: 211) señala: «Obviamente la adopción de las medidas cautelares no puede depender de que el actor pruebe la existencia del derecho subjetivo por él alegado en el proceso principal, ya que esa existencia es la que se debate éste, pero tampoco puede adoptarse la medida cautelar sólo porque lo pida el actor, dado que si así fuera, incurriríamos en un claro supuesto de indefensión para quien debe ser soportante de la medida».

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Por dicha razón, del análisis debe resultar que «exist[a] una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere»⁴². Si bien este análisis no es tan profundo como el que se debe producir en el ámbito del proceso sobre el fondo y, por lo tanto, el juzgador *debe llegar* a un juicio de probabilidad de que aquello que se está reclamando es, en efecto, legítimamente cautelable⁴³.

Ahora bien, el análisis de probabilidad o apariencia no es un análisis profundo de la situación cautelada, sino que requiere una demostración superficial del derecho, con la finalidad también de proteger al afectado con la tutela cautelar de perjuicios innecesarios a su esfera jurídica.

Para considerar que estamos en presencia de esta condición de la tutela cautelar, no basta que el demandante afirme tener un derecho, o que efectivamente lo tenga; sino que el juez debe hurgar (hasta cierto punto), esto es, formular un juicio pronóstico o *prognosis*, para determinar si razonablemente se concederá la tutela del derecho que se reclama⁴⁴.

⁴² Así el art. 17 A §1(b) de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo UNCITRAL).

⁴³ En ese sentido, Ariano Deho (2003c: 663) se refiere a la verosimilitud señalando que «Lo verosímil es lo que probablemente (o es posible que) sea verdadero» y citando a Scarselli, precisa que «consist[e] en el tomar actos que un conjunto de hechos deducidos en juicio no pueden decirse probados, pero, igualmente, puede considerarse que son probablemente fundados».

⁴⁴ Vale mencionar que, opuesto al proceso civil en el Perú (vid., arts. 611 y 637 CPC), en el arbitraje el solicitante de medidas cautelares no tiene necesariamente que presentar “medios probatorios” que sustenten la “verosimilitud” de sus afirmaciones. En efecto, el art 47 de la LA 2008, no comprende requisitos de fondo o forma para el dictado de “medidas cautelares”, por lo que a estar a la libertad y flexibilidad de la institución arbitral, sería posible tomar una decisión fundada simplemente, en palabras de Calamandrei (1955: 186- 188), «en la atendibilidad de la alegación, la cual puede bastar por sí sola, cuando el juez considere que no tiene necesidad siquiera de asumir sumarias informaciones para rendirla mayormente creíble, a los efectos de la concesión de la medida».

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

3.2.2. *Periculum in mora*

Esta condición constituye «el fundamento de la medida cautelar»⁴⁵ pues se trata de la existencia de un peligro o riesgo derivado del paso del tiempo sobre la efectividad de la resolución que le ponga fin a la controversia. Esta condición justifica las demás condiciones y características que hemos descrito en los párrafos anteriores (y claramente, también la naturaleza de la tutela cautelar).

Cuando se habla del peligro en materia cautelar no solo se refiere a aquel derivado del paso del tiempo esencial para que el proceso siga por cada una de sus etapas y se respeten los derechos de las partes; sino el

[...] peligro de ulterior daño marginal que podría derivar del retardo en la resolución [...] es la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la resolución definitiva, la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria; es la *mora* de esta resolución definitiva; considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño la que se trata de hacer preventivamente inocua con una medida cautelar, que anticipe provisoriamente los efectos de la providencia definitiva⁴⁶.

Con ello se quiere decir que el peligro no está representado solo por el daño derivado del tiempo en que la parte no obtiene lo reclamado. *Es necesario que se genere una (potencial) amenaza contra la efectividad de la resolución que pone fin a la controversia.* Desde luego, existen circunstancias en que la amenaza contra la efectividad de la resolución y el potencial daño derivado del paso del tiempo coinciden; sin que deban necesariamente identificarse. Por ello, la exagerada duración del proceso, por si sola, no es motivo de concesión de la tutela cautelar.

⁴⁵ Ramos Méndez (2013: 5); en ese sentido también Calamandrei (1936: 18).

⁴⁶ Calamandrei (1936: 18).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

En ese sentido, *fumus boni iuris* y *periculum in mora* representan dos partes esenciales del juicio pronóstico que el juez realiza para determinar si conceder o no la medida cautelar. Este juicio no es arbitrario, sino que sobre la base de los hechos puestos en su conocimiento y los indicios, el juez intenta extender su mirada hacia el futuro y pronosticar el resultado del proceso sobre el fondo, sin perjuicio de lo cual aún debe internalizar el conocimiento de los hechos y los argumentos de la parte que solicita la medida.

3.2.3. La denominada contracautela (caución)

La contracautela no es propiamente una condición de la tutela cautelar, sino más bien es un requisito de efectivización de la tutela cautelar cuya función es asegurar el resarcimiento de los daños que puede generar aquella cuando se revele injustificada. Constituye una garantía frente al potencial daño generado por la medida.

De ese modo es fácil entender su función dentro del esquema de la tutela cautelar, de manera que, si la tutela cautelar que se otorga, resulta ilegítimamente dañosa para con el afectado, alterando su esfera jurídica de una forma que no es ni justificada ni desdeñable, mediante la caución se crea un fondo por el cual se puede resarcir el daño que potencialmente se estaría creando, así activando una suerte garantía contra el daño al demandado⁴⁷.

El establecimiento de la caución adecuada para el caso, implica un juicio pronóstico de los daños que podría sufrir el afectado.

⁴⁷ En ese sentido, Montero Aroca (2004: 309) señala que «[se trata] de proteger al acreedor frente a las dilaciones provocadas por demandas abusivas o carente de fundamento y de asegurarle, en su caso, un adecuado resarcimiento por el perjuicio que ello pudiere ocasionarle».

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

La caución, por lo tanto, tiene como objetivo cubrir los costos de la afectación cautelar si es que ésta resultase siendo ilegítima, por lo cual, su naturaleza será (casi siempre) pecuniaria⁴⁸.

Estas características, como mencionamos al inicio del Capítulo, son las más usuales en el mundo del *Civil Law*, al cual pertenece el sistema jurídico peruano, por lo que indudablemente es de enorme influencia en los arbitrajes realizados con sede en Perú.

Sin embargo, la influencia anglosajona en la actual forma del arbitraje no puede ser descontada, no solo en el dictado de las cautelares, sino en la filosofía en general que reposa tras el arbitraje.

De ello se tratará en seguida.

4. Los remedios cautelares en el *Common Law*

Habiendo tratado el tema de la tutela cautelar en el ámbito el Derecho europeo continental, corresponde ahora analizar el sistema jurídico del mundo anglosajón (o *Common Law*⁴⁹) dentro del cual hay que diferenciar el enfoque que se tiene de la tutela cautelar dentro del países que conforman la *Commonwealth* de aquel propio de los Estados Unidos de Norteamérica.

⁴⁸ Sobre la llamada “caución juratoria”, Ariano Deho (2010: 9-31).

⁴⁹ Dentro de este marco, cabe diferenciar entre el enfoque que se ha tenido en los países del *Commonwealth* – o el grupo de países que formaron parte del gran imperio británico en algún momento – por un lado, y por otro, el enfoque que han tenido los Estados Unidos de Norteamérica.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

En el *Common Law* la figura de la tutela cautelar es de reciente factura, no porque no existan las mismas preocupaciones en el mundo anglosajón que en el civil con respecto a la eficiencia del proceso, sino por su peculiar configuración jurídica, en particular por la coexistencia en el sistema inglés (hasta la *Judicature Act* de 1875) de dos sistemas: el *jus commune* o derecho común en sentido estricto⁵⁰ y el de *Equity*⁵¹⁻⁵² (derecho de equidad – unos tribunales de excepción donde el juez era miembro de la cancillería y, por lo tanto, representante del poder del Rey).

Ante la presencia de ambas cortes, las circunstancias políticas eventualmente se configuraron para alcanzar un balance de poderes, que permitiera a ambos sistemas subsistir sin inmiscuirse en las competencias y remedios el uno del otro.

Parte del compromiso político alcanzado implicaba la subsistencia de la jurisdicción de *Equity*, pero sin expandir sus competencias a las áreas del *common law*, y estos, a su vez, resolverían de acuerdo a los precedentes planteados por el Canciller. Esto, sin embargo, no significó una fusión de los sistemas, pues para obtener soluciones

⁵⁰ Este se refiere al derecho que, en una etapa en que el derecho escrito (los estatutos y las costumbres) era materia de competencia local, era dictado por el soberano y, por lo tanto, *común* a todos los súbditos en el territorio. Sin embargo, por su naturaleza unificadora, tendió a ser muy formalista, y a depender de las normas de procedimiento más que de las normas sustantivas, de modo que, más importante para la aplicación de justicia en los tribunales del *jus commune*, era encontrar el *writ* específico que le permitiera acceder a las cortes reales, que la justificación de la acción.

⁵¹ Para evitar las confusiones, en Inglaterra no se utiliza el vocablo “*Equity*” para referirse a la equidad; para ello se utiliza “*justice*”, “*fairness*” o “*good conscience*”

⁵² Surgió a partir del siglo XV y suponía que el Canciller se encargara de escuchar el reclamo que la parte demandante realizaba al rey, para solicitarle intervenir en su causa, con el ánimo de «*satisfacer su conciencia y como obra de caridad*», luego de lo cual, la remitía al gabinete, para su consideración. Esta intervención se daba sin la atadura de las formalidades del *common law*, sino atendiendo al fondo del asunto, pero limitado en cuanto a las materias. Con la práctica y el paso del tiempo, el Canciller se convierte en una suerte de juez, que decide en nombre del rey, cada vez más con atención a su propia jurisprudencia y con doctrina mucho más cercana (relativamente) al sistema continental que al del *jus commune*.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

de *Equity*, uno aún debía recurrir a los tribunales de *Equity*, e igualmente para las soluciones de *jus commune*.

Es recién hasta 1875, cuando se dicta el *Judicature Act*, que ambas jurisdicciones se vuelven competentes para aplicar indistintamente las reglas y *remedies* de uno y de otro, aunque hasta hoy subsisten sus propios tribunales y la distinción entre el origen de las formas de solución jurídica⁵³.

4.1. Los remedios cautelares en la órbita de la *Commonwealth*: las *injunctions*

La tutela cautelar, en el *Commonwealth*, se expresa fundamentalmente a través de las *interim* o *interlocutory injunctions*, esto es, órdenes judiciales para realizar o prohibir una determinada conducta⁵⁴.

Una *injunction* interlocutoria es una orden judicial (dictada por un juez superior o por aquel que esté a cargo del caso⁵⁵) que obliga al demandado a hacer o no hacer una

⁵³ Para un análisis (mucho) más pormenorizado de la historia del derecho inglés, y en general del *Common Law*, revisar la magistral obra de René David (2010).

⁵⁴ El glosario de la *Civil Procedure Rules* de 1998 define así la *Injunction*: «A court order prohibiting a person from doing something or requiring a person to do something».

⁵⁵ *Civil Procedure Rules, Practice Directions* 25A, § 1. Jurisdiction:

1.1 High Court Judges and any other Judge duly authorised may grant ‘search orders’¹ and ‘freezing injunctions’².

1.2 In a case in the High Court, Masters and District Judges have the power to grant injunctions:

(1) by consent,
(2) in connection with charging orders and appointments of receivers,
(3) in aid of execution of judgments.

1.3 In any other case any judge who has jurisdiction to conduct the trial of the action has the power to grant an injunction in that action.

1.4 A Master or District Judge has the power to vary or discharge an injunction granted by any Judge with the consent of all the parties.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

determinada acción hasta que se inicie las actuaciones procesales (o se cumpla otra condición presentada en la solicitud). Una *injunction* interina tiene un efecto similar, pero se aplica solo por un tiempo determinado o hasta que sobrevenga un determinado evento.

El origen de estas *injunctions* se remonta al sistema de *Equity* inglés en donde no tenía precisamente una naturaleza cautelar, esta aparece mucho después. Como señala Hoyle:

Antes de 1975 era contrario a la práctica imperante conceder una medida cautelar que restringiera la enajenación de los bienes del demandado. La postura de los tribunales ingleses era que no había una competencia inherente para conceder este tipo de órdenes, no había una prohibición legal o usos forenses que pudieran usarse en aval del eventual cambio de esta situación⁵⁶.

Este procedimiento no fue espontáneo, sino que fue gradualmente creciendo el interés por soluciones de naturaleza cautelar en los miembros del *establishment*⁵⁷. Algunos de estos remedios no eran del agrado de las cortes por su complejidad y, en algunos casos, por ser reñido con el derecho natural⁵⁸.

⁵⁶ Hoyle (1997: 9).

⁵⁷ Como referencia se puede ver que el informe final del Comité de la *Supreme Court Practice and Procedure* (1953) recomendó que el *writ* de *ne exeat regno* (que el demandado sea arrestado para evitar su huida) pudiera aplicarse luego de emitida la sentencia. En el proceso *Felton v. Callis* (1969) se señaló que el *writ*, no podía retener los bienes de un demandado dentro de la jurisdicción, pero se sugirió hacer cambios en ese sentido. En 1968 el *Payne Committee on the Enforcement of Judgement Debts* recomendó que los tribunales detentaran el poder de dictar resoluciones prohibiendo que el demandado transfiera sus bienes fuera de la jurisdicción, sin éxito.

⁵⁸ Al respecto, una solución histórica (aunque poco aplicada) era el proceso de *foreing attachment*, en el cual, cuando un ciudadano de Londres demandaba a alguien que se encontraba fuera del territorio, el demandante podía solicitar el embargo de cualquiera de los bienes que el demandado tuviera dentro de su territorio. La falta de notificación al demandado (contrario al derecho natural) y la dificultad para conseguir la orden hicieron que este remedio cayera fuera de uso, como señala Gee (1998: 1-2).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Hoy en día existen remedios similares al embargo en el sistema inglés (la *Mareva o freezing injunction*⁵⁹, que se verá más adelante), pero estos son remedios específicos, que están sometidos a reglas ligeramente distintas de las aplicables a las *injunctions* en general que, cabe recordar, no fueron entendidas como herramientas cautelares sino hasta tiempos recientes.

4.1.1. Condiciones de las *injunctions*

Los requisitos de la *injunction* no son distintos de los que se presentan en el Derecho continental. En la célebre sentencia del caso *American Cyanamid Co. vs Ethicon Ltd*, (1975), dictada por la rama jurisdiccional de la Cámara de los Lores, el juez y Lord en derecho William John Kenneth Diplock, Baron Diplock, formula ciertas condiciones para el dictado de las *injunctions*:

La regla general de que uno debe establecer la probabilidad, o una fuerte probabilidad, es incorrecta. Uno debe observar el caso en conjunto y ver si es que existe **una cuestión a ser tratada** y, de existir esta, ver **el balance de conveniencia entre las partes**, teniendo en consideración que hay buenas razones por las que el *statu quo* debe ser preservado.

[...]

⁵⁹ Las *Civil Procedure Rules (Amended)* de 1999 señalan en su artículo 25.1 (1):

Orders for interim remedies

25.1 (1) The court may grant the following interim remedies—

[...]

(f) an order (referred to as a “**freezing injunction**(GL)”—

(i) restraining a party from removing from the jurisdiction assets located there;
or

(ii) restraining a party from dealing with any assets whether located within the jurisdiction or not;

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

La norma regular en el proceso inglés es que la parte no obtenga ningún auxilio hasta que haya acudido al proceso y convencido a la corte de que tiene un derecho que ha sido vulnerado. No tiene derecho a una *injunction* interlocutoria solo por tener un caso sólido. **Solo tiene tal derecho si demuestra que puede generarse una injusticia si el demandado no es controlado, y existe un riesgo de daño irreparable para el demandante. [...] La pregunta es si el demandante sufrirá un daño irreparable o solo un daño que podría ser compensado con la indemnización posterior (*damages*)⁶⁰ [negritas agregadas].**

De ello, y si bien existe cierta discusión en la jurisprudencia (inevitable si se tiene en cuenta la extensión de la *Commonwealth*) sobre si los requisitos de la *injunction* son dos o tres, innegablemente se puede concluir, de acuerdo con la doctrina de Lord Diplock, que aquellos son:

- 1) El solicitante debe demostrar a la Corte que existe una cuestión sería que discutir;
- 2) El solicitante debe demostrar que sufriría un daño irreparable de no ordenarse la *injunction*⁶¹⁻⁶²;

⁶⁰ «The general rule that one must establish a probability, or a strong probability, is not correct. One must look at the whole case to see **whether there is a question to be tried** and, if there is, then look at the **balance of convenience** between the parties, bearing in mind that there is good reason why the status quo should be preserved.

[...]

The normal rule of English litigation is that a party gets no relief till he has gone to trial and persuaded the court that he has a right which has been infringed. **He is not entitled to an interlocutory injunction just because he has a strong case. He is only so entitled if it is shown that there could be injustice if the defendant is left unfettered and that there is a serious risk of irreparable damage to the plaintiff. [...] The question is whether the plaintiff would suffer irreparable injury or only an injury which could be compensated in damages».**

⁶¹ «The object of the interlocutory injunction is to protect the plaintiff against injury by violation of his right for which he could not be adequately compensated in damages recoverable in the action if the uncertainty were resolved in his favour at the trial; [...]».

⁶² «[...] but the plaintiff's need for such protection must be weighed against the corresponding need of the defendant to be protected against injury resulting from his having been prevented from

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

- 3) El solicitante debe demostrar que el balance de conveniencia favorece la concesión de la *injunction*⁶³.
- 4) El solicitante debe suscribir un compromiso de pago de los costos que se incurra por la *injunction*⁶⁴.

4.1.1.1. Una cuestión seria que discutir

El primer requisito, si bien implica una evaluación pronóstica de los hechos del caso (y si se trata de solicitudes *ex-parte*, serán los hechos tal como son expuestos por el solicitante), no requerirá –por lo general– que el solicitante demuestre su probabilidad de éxito en el proceso sobre el fondo, sino que será una evaluación muy superficial, con el objetivo de establecer si es que la causa discutida es seria, en el sentido de «no ser una demanda frívola o vejatoria»⁶⁵. Sin embargo, aún en esas condiciones puede notarse los rastros de la evaluación que el juez debe hacer del caso, a tal punto que Lord Diplock considera necesario mencionar que:

No forma parte de las funciones de la corte en esta etapa de la controversia el tratar de resolver conflictos de evidencia sobre la base de declaraciones como si fueran hechos de los que los argumentos de las partes pueden depender, ni lo es el decidir difíciles

exercising his own legal rights for which he could not be adequately compensated under the plaintiff's undertaking in damages if the uncertainty were resolved in the defendant's favour at the trial».

⁶³ «The Court must weigh one need against another and determine where “the balance of convenience” lies».

⁶⁴ «One of the reasons for the introduction of the practice of requiring an undertaking as to damages upon the grant of an interlocutory injunction was that “it aided the court in doing that which was its great object, viz. abstaining from expressing any opinion upon the merits of the case until the hearing”»

⁶⁵ «The court no doubt must be satisfied that the claim is not frivolous or vexatious; in other words, that there is a serious question to be tried».

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

cuestiones de derecho que requieren de argumentos detallados y sesudas consideraciones. Estas materias se deben tratar en el proceso de fondo⁶⁶.

Así, el paralelo con el *fumus boni iuris* es visible –y más aún, es esencial para los términos de este trabajo– pero tiene que considerarse la naturaleza mucho más ligera que tiene el análisis preliminar en el caso de la condición de “cuestión seria”, y a la vez observar la mayor discrecionalidad del juez para determinar los elementos que satisfacen a la Corte.

4.1.1.2. Daño irreparable

El segundo requisito, con respecto al daño irreparable, tiene un considerable número de sutilezas al momento de contarlo como satisfecho. Comenzando por la definición de daño irreparable: se refiere al daño que no se puede reparar por medio de los remedios típicos del derecho común porque no puede ser cuantificado en dinero o, más comúnmente, la indemnización por los daños no solucionará el problema generado. Así, lo que debe demostrar el solicitante es que el potencial daño que sufriría, no puede ser reparado con el pago de los daños al final del proceso⁶⁷. En ese sentido, un mejor nombre para este requisito sería *daño no indemnizable*.

En el caso de American Cyanamid, el daño que se buscaba impedir era la pérdida de participación en el mercado de suturas artificiales (de las cuales American Cyanamid tenía 15% al iniciar la demanda en 1973) y el reconocimiento de marca.

⁶⁶ «It is no part of the court's function at this stage of the litigation to try to resolve conflicts of evidence on affidavit as to facts on which the claims of either party may ultimately depend nor to decide difficult questions of law which call for detailed argument and mature considerations. These are matters to be dealt with at the trial».

⁶⁷ «The object of the interlocutory injunction is to protect the plaintiff against injury by violation of his right for which he could not be adequately compensated in damages recoverable in the action if the uncertainty were resolved in his favour at the trial»

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Vista la sensibilidad del mercado y la dificultad de generar confianza en este campo, esta situación no podría ser compensada mediante una indemnización de daños.

Sin embargo, como señala la propia sentencia:

[...] la necesidad que tiene el solicitante de tal protección debe ser sopesada con la correspondiente necesidad que tiene el demandado de estar protegido contra el daño resultante de que se le impida ejercer su propio legítimo derecho, por lo cual no podría ser compensado por el compromiso del solicitante de pagar los daños si la controversia resultara favorable para el demandado. La corte debe sopesar uno y otro y así determinar donde yace el balance de conveniencia⁶⁸.

Es en función a esa declaración que parte de la jurisprudencia sostiene que en realidad, este segundo requisito es solo una parte del balance de conveniencia (esta suerte de contrapeso entre la conveniencia de proteger una situación o el costo de no hacerlo, consciente de que el daño potencial no puede ser reparado con una indemnización *ex post*), mientras que parte de la jurisprudencia lo considera no solo un requisito separado sino un paso previo, de modo que no se pueda proceder a hacer el balance de conveniencia a menos que la parte pueda satisfacer a la corte sobre la irreparabilidad del daño.

Finalmente, Lord Diplock señala:

La corte debe pasar a considerar si el balance de conveniencia favorece la concesión de la medida que se solicita.

Para ese fin, el principio general es que la corte debe primero considerar si de resultar vencedor el solicitante en la controversia sería adecuadamente compensado por el fallo

⁶⁸ « [...] but the plaintiff's need for such protection must be weighed against the corresponding need of the defendant to be protected against injury resulting from his having been prevented from exercising his own legal rights for which he could not be adequately compensated under the plaintiff's undertaking in damages if the uncertainty were resolved in the defendant's favour at the trial. The Court must weigh one need against another and determine where "the balance of convenience" lies».

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

sobre indemnización por la pérdida que ha sufrido como resultado de la continua actividad del demandado que el solicitante buscaba impedir hasta la emisión de la sentencia. Si los daños en la medida recuperable por el derecho común fuesen un remedio adecuado y el demandado estuviera en posición financiera de pagarlos, no habría necesidad de una *injunction* interlocutoria, sin importar que tan fuerte sea el caso *prima facie*. Si, por otro lado, la indemnización por daños no proveyera un remedio adecuado para el demandante de triunfar en la controversia, la corte debe considerar si, en el caso de que el demandado triunfe en el proceso, será éste suficientemente compensado de acuerdo con el compromiso del solicitante de indemnizar la pérdida que pueda ocasionar por impedir la actividad del demandado entre la concesión y el resultado final. Si los daños en la medida recuperable de acuerdo al compromiso del solicitante fuesen un remedio adecuado y el solicitante estuviera en la posición financiera adecuada para pagarlos, no habría ninguna razón para negar la *injunction* interlocutoria.

Es solo cuando hay dudas sobre la adecuación de los respectivos remedios disponibles a cada parte o a ambas que la cuestión del balance de conveniencia surge⁶⁹.

⁶⁹ «The court should go on to consider whether the balance of convenience lies in favour of granting or refusing the interlocutory relief that is sought.

As to that, the governing principle is that the court should first consider whether if the plaintiff were to succeed at the trial in establishing his right to a permanent injunction he would be adequately compensated by an award of damages for the loss he would have sustained as a result of the defendant's continuing to do what was sought to be enjoined between the time of the application and the time of the trial. If damages in the measure recoverable at common law would be adequate remedy and the defendant would be in a financial position to pay them, no interlocutory injunction should normally be granted, however strong the plaintiff's claim appeared to be at that stage. If, on the other hand, damages would not provide an adequate remedy for the plaintiff in the event of his succeeding at the trial, the court should then consider whether, on the contrary hypothesis that the defendant were to succeed at the trial in establishing his right to do that which was sought to be enjoined, he would be adequately compensated under the plaintiff's undertaking as to damages for the loss he would have sustained by being prevented from doing so between the time of the application and the time of the trial. If damages in the measure recoverable under such an undertaking would be an adequate remedy and the plaintiff would be in a financial position to pay them, there would be no reason upon this ground to refuse an interlocutory injunction.

It is where there is doubt as to the adequacy of the respective remedies in damages available to either party or to both, that the question of balance of convenience arises. It would be unwise to attempt even to list all the various matters which may need to be taken into consideration in deciding where the balance lies, let alone to suggest the relative weight to be attached to them. These will vary from case to case».

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Se puede observar, en la primera proposición del segundo párrafo, que lo primero que debe considerar la corte es si el potencial daño es indemnizable.

Luego de ello, si el daño resulta indemnizable, debe observarse si el demandado *podrá pagar la indemnización*, esto debe llamar la atención porque implica que el juez pueda determinar la posición económica del demandado y determine que - «estando así las cosas» - éste podrá pagar la indemnización que finalmente determine el juez sobre el fondo. Lo curioso es que este punto no es tratado con mayor detalle por la sentencia. La situación financiera de la parte afectada es considerada solo en manera positiva, pero, ¿qué pasa cuando el daño es indemnizable y la situación financiera del afectado no será ideal?, si la situación financiera de la parte afectada se está deteriorando o previsiblemente se verá deteriorada para el momento en que se dicte la sentencia, es algo que claramente influirá en el balance de conveniencia.

4.1.1.3. El balance de conveniencia

Además de lo señalado en el acápite anterior sobre el requisito del balance de conveniencia, que podría ser acumulado a esta sección, Lord Diplock señala:

Sería imprudente tratar siquiera listar todas las materias que podrían requerir consideración al momento de decidir donde yace el balance, mucho menos sugerir el peso relativo de las mismas. Estas variarán caso por caso⁷⁰.

De manera que el peso relativo de cada derecho en el proceso dependerá de cada caso particular.

⁷⁰ «It would be unwise to attempt even to list all the various matters which may need to be taken into consideration in deciding where the balance lies, let alone to suggest the relative weight to be attached to them. These will vary from case to case».

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Sin perjuicio de este diagnóstico, es importante resaltar como este balance de conveniencia es el punto neurálgico de la evaluación que debe hacerse para la concesión de la *injunction*. No es el pronóstico, ni lo es necesariamente la irreparabilidad del daño, sino el estudio de si las fuerzas en conflicto favorecen la concesión de una *injunction*, analizando el potencial daño al solicitante, al demandado, y la conveniencia de obligar o prohibir una actividad.

4.1.1.4. *Undertaking* o promesa de indemnización

Ahora, durante la sentencia se hace referencia al *undertaking* o compromiso de pago. Por esto se refiere a un compromiso o promesa que el solicitante hace de pagar los daños que pueda generar al demandado la legítima ejecución de la *injunction*. Las similitudes con el requisito de efectivización de la tutela cautelar que hemos denominado contracautela son numerosas y bastante claras, pero es necesario señalar que en el sistema del *Common Law* el pago de la indemnización por el legítimo ejercicio de un derecho, requiere de este compromiso de pago, a diferencia de en el *Civil Law*, donde la indemnización derivaría innata del daño.

De la sentencia se puede observar que este *undertaking* tiene, hasta cierto punto, la función de reducir el contacto de los jueces con la decisión sobre el fondo de la controversia y que, a diferencia de la caución en el caso del *Civil Law* tratado líneas arriba, este no es solo un requisito de efectivización de la medida, sino que es una verdadera condición de la concesión de la *injunction*:

No forma parte de las funciones de la corte en esta etapa de la controversia el tratar de resolver conflictos de evidencia sobre la base de declaraciones como si fueran hechos de los que los argumentos de las partes pueden depender, ni lo es el decidir difíciles cuestiones de derecho que requieren de argumentos detallados y sesudas

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

consideraciones. Estas materias se deben tratar en el proceso de fondo. Una de las razones para la inducción de la práctica de solicitar el *undertaking* para la concesión de una *injunction* interlocutoria fue que “ayuda a la corte a realizar aquello que fuera su mayor objetivo, viz. Abstenerse de expresar cualquier opinión sobre el mérito del caso hasta la audiencia” (*Wakefield v. Duke of Buccleugh* [1865] 12 L.T. n.s. 628 at 629)⁷¹.

Es importante considerar la extensión del *undertaking*. En *Guinness Peat Aviation (Belgium) NV v. Hispania Lineas Aereas SA* [1992] el solicitante otorga el siguiente compromiso:

De indemnizar a cualquier persona (aparte del demandado sus oficiales empleados o agentes) a quienes se notifique de esta orden por cualquier costo, tasa o gastos razonablemente incurridos en el cumplimiento o intento de cumplimiento de los términos de esta...

De notificar e informar a cualquier tercero (si existe) afectado por esta orden de su derecho a solicitar a esta Corte que la orden sea modificada o anulada en lo que concierna a dicha parte.

La orden se entregó al capitán de la nave el cual, en vista de la resolución, deja la nave en manos del demandante. Pandora (la empresa que tenía contratada la nave para llevar pasajeros a Mallorca), sufre tremendas pérdidas, por las cuales pide indemnización y no la obtiene, pues el compromiso se limitaba a costos y gastos incurridos en el cumplimiento de la orden y Pandora recién supo de la orden luego de que se hubiera cumplido y no tomó ninguna acción para facilitar dicho cumplimiento.

⁷¹ «It is no part of the court's function at this stage of the litigation to try to resolve conflicts of evidence on affidavit as to facts on which the claims of either party may ultimately depend nor to decide difficult questions of law which call for detailed argument and mature considerations. These are matters to be dealt with at the trial. One of the reasons for the introduction of the practice of requiring an undertaking as to damages upon the grant of an interlocutory injunction was that “it aided the court in doing that which was its great object, viz. abstaining from expressing any opinion upon the merits of the case until the hearing” (*Wakefield v. Duke of Buccleugh* [1865] 12 L.T. n.s. 628 at 629)».

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Esto resulta claramente injusto, y fue modificado en la *Practice Direction: Mareva and Anton Piller Orders: New Forms* [1994] donde el *undertaking* se puede leer:

El solicitante pagará los costos razonables de cualquiera distinto del demandado incurrido como resultado de esta orden incluyendo el costo de decidir si la persona posee alguno de los bienes del demandado y que si la corte luego encuentra que esta orden ha causado a esta persona pérdidas, y decide que tal persona debe ser compensada por dicha pérdida, el solicitante cumplirá con cualquier orden que la corte emita.

Esta forma fue, nuevamente, modificada por las Reglas de Procedimiento Civil (CPR) de 1999, en la Parte 25, párrafo 5.1(1) señala:

5.1 Ninguna orden para *injunction*, a menos que la corte ordene algo distinto, debe contener:

(1) un compromiso del solicitante de pagar cualquier daño que el demandado(s) (o cualquier otra parte notificada con la orden) pueda recibir y que la corte considere que el solicitante debe pagar.

En ese sentido, se necesita una interpretación más bien amplia para poder incluir en esta formulación a los terceros afectados por el uso legítimo de la *injunction*, ya que la interpretación literal comprenderá solo a «el demandado(s)» o a las «partes notificadas con la orden».

Ya por el solo hecho de contemplar esta posible extensión, el *Common Law* está mostrando una especial sensibilidad al daño que el dictado de las *injunctions* podría generar, al menos mucho mayor a la del *Civil Law*.

4.1.1.5. La *Mareva injunction*

Ahora, con respecto a la *Mareva injunction*, es importante señalar que esta se refiere al congelamiento de cualquiera de los bienes del demandado, en contraste con las *injunctions* prohibitivas, que se refieren específicamente a los bienes en controversia.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

En ese sentido la *Mareva injunction* funciona de manera similar al embargo del *Civil Law*, y de hecho, Lord Alfred Thompson Denning, Baron Denning (quien fuera el juez ponente en las sentencias *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis* y *Mareva Compañía Naviera S.A. v. International Bulkcarriers*) deja clara la conexión entre este tipo de *injunction* y el *Civil Law* cuando señala:

Se nos dice que una *injunction* de este tipo nunca ha sido concedida con anterioridad. En los tribunales ingleses nunca ha existido la costumbre de embargar los bienes del demandado en adelante de la sentencia o de limitar la transferencia de ellos [...]. Sabemos, por supuesto, que la práctica del Continente es diferente. Me parece que ha llegado el momento en que deberíamos revisar nuestra costumbre. No hay motivo para que la corte Superior o esta Corte no puedan dictar una providencia judicial como la que ha sido solicitada. Se encuentra garantizado por el artículo 45 de la Ley del Tribunal Supremo (consolidada) de 1925 que dispone que el Tribunal Superior pueda dictar un mandato judicial o un interdicto o nombrar un depositario mediante un auto provisional, en todos los procesos en los que les parezca justo y conveniente hacerlo. Me parece que este es precisamente el caso. Hay poderosos argumentos que *prima facie* muestran que el alquiler se encuentra adeudado e impago; si una medida cautelar no es dictada, los fondos pueden ser transferidos fuera de la jurisdicción, y los armadores tendrán grandes dificultades para recuperar algo⁷².

En la sentencia original de *Mareva*⁷³, Lord Denning, en referencia a la sección 45(1) de la Ley de la Suprema Corte de Justicia (Consolidada) de 1925 (que señala: «La corte superior puede conceder un *mandamus* o una *injunction* o designar un administrador mediante una orden interlocutoria en todos los casos que transmitan a la

⁷² Exposición de Lord Denning en la sentencia *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis* donde se formula por primera vez lo que luego sería conocido como la *Mareva* o *freezing injunction*.

⁷³ *Mareva Compañía Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.* [1975] 2 Loyd's Rep. 509 (C.A.)

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

corte la apariencia de ser justo y conveniente hacerlo»⁷⁴), precisó que si bien ha sido interpretada esta norma como un poder ilimitado para conceder *injunctions*, la Corte no puede concederla para proteger a una persona que no tiene derecho legal o de equidad.

En ese sentido, Lord Denning señaló:

En mi opinión aquel principio se aplica a un acreedor que tiene el derecho de recibir el pago por la deuda que se le debe, incluso antes de haberse determinado este derecho por la obtención de una resolución. **Si existe la apariencia de que la deuda está vencida y pendiente de pago, y existe un peligro de que el deudor disponga de sus bienes con el fin de frustrar la resolución antes de su pronunciamiento**, la Corte tiene la competencia, si el caso es propiamente fundamentado, de conceder una decisión cautelar que le impida disponer de esos bienes [Negritas agregadas].

En la opinión de Lord Denning son fácilmente apreciables las dos condiciones que en el derecho continental se requieren para el dictado de medidas cautelares, como son el *fumus boni iuris* («la apariencia de que la deuda está vencida y pendiente de pago») y el *periculum in mora* («y existe un peligro de que el deudor disponga de sus bienes con el fin de frustrar la resolución antes de su pronunciamiento»).

Sin embargo, cabe aclarar que si bien en el derecho continental, la condición de *periculum in mora* se refiere a la necesidad de que se genere una (*potencial*) amenaza contra la efectividad de la resolución que pone fin a la controversia, en el derecho anglosajón, la judicatura (siguiendo la ruta de las *injunction* en general) ha señalado además el estándar de «*serious risk of irreparable damage to the plaintiff*»⁷⁵. Vale la

⁷⁴ «The High Court may grant a mandamus or an injunction or appoint a receiver, by an interlocutory order in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so».

⁷⁵ Vid. *supra* §4.1.1.2 .

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

pena resaltar aquí que el afectado por el paso del tiempo, sería el demandante (*plaintiff*), y no necesariamente «la eficacia de la resolución final».

En efecto, en el derecho continental, el riesgo debe afectar a la ejecución de la resolución, en tanto la tutela se concede bajo el supuesto de que de no hacerlo la sentencia sería una victoria pírrica para el demandante. Por el contrario, en el derecho del *Commonwealth*, la tutela se concede si de lo observado se deriva un riesgo potencial para el demandante, no solo de que la sentencia no se pueda ejecutar, sino un peligro para su actual situación: uno de naturaleza irreparable⁷⁶.

4.1.2. Características de las *interim injunctions*

En esta parte atenderemos algunas de las características que para el dictado de las *injunctions* en cuanto soluciones de *Equity*. A diferencia que en el *Civil Law*, ya visto, en el *Common Law* no se ha delimitado específicamente las características que se tratarán, sin embargo, de la jurisprudencia se puede extraer sus características funcionales.

4.1.2.1. Remedio *in personam* (y sus implicancias)

La principal diferencia que se puede encontrar entre la tutela cautelar en el *Common Law* inglés y la que se ejerce en el sistema de sistema continental, está en que son órdenes que da la corte por las cuales disuade a una persona (natural o jurídica) de efectuar un acto específico o le ordena realizar una acción concreta⁷⁷.

⁷⁶ American Cyanamid v. Ethicon Ltd [1975] AC 396.

⁷⁷ Vid., *supra*, nota 54.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

En este sistema la orden recae sobre la persona (aunque en el sistema americano, hasta cierto punto, la orden puede recaer sobre las cosas). Incluso, la *freezing injunction*⁷⁸ es una orden dirigida contra el deudor, para que este *se abstenga de transferir u ocultar sus bienes dentro de la jurisdicción*⁷⁹; y en ese sentido, son de amplio rango aunque sujeta a una cláusula *rebus sic stantibus*, ya que puede la misma ser solicitada por el demandado *ex post facto*.

Más aún, debido a la naturaleza personal de la *Mareva injunction*, cierto debate se ha desatado sobre si la medida podría afectar a una parte que no tuviese suficiente relación con el lugar donde se encuentra la mayoría de bienes⁸⁰. Esto debido a que el contenido de la orden en la *Mareva injunction*, usualmente se refiere a «no desaparecer los bienes *del territorio donde la corte ejerce jurisdicción*» y, sin embargo, la sola presencia de bienes en el territorio donde la corte ejerce jurisdicción no es suficiente para determinar que la corte tenga competencia para poder ordenar una *injunction*⁸¹.

⁷⁸ Ahora bien, la *mareva* o *freezing injunction* comparte algunas características con las medidas *in rem* –como la vinculación de terceros o los efectos inmediatos (incluso sin ser comunicadas al deudor)– y por eso, los efectos que tiene la orden sobre los bancos y agentes del deudor es particularmente relevante. Sin embargo, su naturaleza *in personam* significa también que el demandante no obtiene ninguna preferencia sobre el bien en caso de quiebra o insolvencia del demandado, ya que se trata de una orden de *no disponer de ese bien específico*, y no tiene incidencia sobre la pérdida del bien por causas externas al deudor.

⁷⁹ En ese sentido, en *Cretanor Maritime Co. Ltd. v. Irish Marine Ltd.*, [1978]: «The gist of the *Mareva injunction* is the right to freeze exigible assets when found within the jurisdiction, wherever the defendant may reside, providing, of course, there is a cause of action between the plaintiff and the defendant which is justiciable in the courts of England».

⁸⁰ Supongamos, como propone Michell (1996: 742), que uno «busca litigar contra un demandado en un foro extranjero. El demandado posee bienes en Canadá. Sin embargo, no tiene la suficiente conexión con Canadá para que una corte canadiense establezca jurisdicción personal sobre él por notificación *ex juris*. Por ello ninguna acción puede ser iniciada contra ella en Canadá»

⁸¹ Por ejemplo, en el caso ‘Papa Doc’ (*Republic of Haiti v. Duvalier* [1990] 1 Q.B. 202; [1989] 2 W.L.R. 261 CA) la única vinculación entre Inglaterra y el caso era la presencia del abogado del demandado en el territorio inglés; sin embargo, el ejercicio de jurisdicción estaba justificado dado que el

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Esto es lo que en la doctrina establecida por la sentencia del caso *Siskina*⁸² se conoce como el elemento de jurisdicción personal⁸³.

Indudablemente, una infinidad de temas se derivan de la naturaleza personal de las *injunctions*, pero para los fines de este Capítulo en concreto, estas dos dimensiones de la *in personam remedy* resultan suficientes.

4.1.2.2. Discrecionalidad del Juez

Las *injunctions* en general son remedios discrecionales en el sentido que la concesión de la orden cautelar depende de la opinión del juez que lo considere “justo y conveniente”.

En el caso de la *Mareva injunction* el juez tiene el poder para determinar los principios rectores de la orden cautelar, como también su administración diaria, de manera que los conflictos que ésta pueda generar frente a terceros, sean resueltos por el mismo juez, en una manera pronta y precisa, de acuerdo con lo establecido por el propio creador de la norma.

Además, incluso con el cumplimiento de los requisitos señalados en la sección anterior, la concesión de la orden cautelar depende de la opinión del juez, a diferencia

demandado había manifestado su intención de incumplir con lo adeudado, el abogado podía ser tratado como agente del demandado y la información relevante se encontraba en Inglaterra.

⁸² *Siskina owners of Cargo Lately Laden on Board v. Distos Compañía Naviera S.A.*(1979).

⁸³ Para la aplicación a nivel del Derecho Internacional, la disposición prohibitiva de la *Siskina* sobre la naturaleza personal del *injunction* (esto es, que la decisión se puede dictar solo cuando la corte ejerce «jurisdicción personal» sobre el afectado) se considera inaplicable sobre la base de los Convenios de Bruselas y Lugano relativos a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 1968 y 1988 (efectivos desde 1973 y 1988) respectivamente; en tanto, para los fines de aplicación de los Convenios, basta con que se haga en función de la solicitud de un Estado parte del Convenio.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

de otros sistemas, en los que el cumplimiento de los requisitos de la tutela cautelar hace que se tenga la (casi) certeza de su concesión. También merece la pena señalar que la discrecionalidad del juez no afectará otra cosa que la capacidad del demandado de disipar sus bienes, por lo tanto, la discrecionalidad que se puede observar en la tutela cautelar continental (aquella que significa la capacidad del juez de determinar la medida aplicable al caso concreto) es distinta de la que presenciamos en el caso de la *freezing injunction*.

4.1.2.3. Literalidad de la medida

Las órdenes judiciales que contienen *Mareva* o *freezing injunctions*, son documentos que, por lo general, se componen en largas y detalladas explicaciones acerca de la extensión y contenido de la misma, señalando, comúnmente⁸⁴:

- a) Las partes del proceso;
- b) Los bienes (generales y específicos, si los hubiera) que se prohíbe de transferir;
- c) Los montos hasta los cuales se deberá garantizar;
- d) Las excepciones a la prohibición de disposición;
- e) La fecha o condición para el levantamiento de la medida;
- f) Las condiciones para la variación de la orden;
- g) Las condiciones para los terceros.

⁸⁴ Como se puede ver en el modelo de la *Law Society of British Columbia* del 2012 (Anexo 1).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Más aún, como señaláramos en el acápite anterior, ante la obscuridad o falta de interpretación de alguno de sus elementos, cabe la consulta al juez que la dictara, quien se encarga de su administración en el día a día.

4.2. Los remedios cautelares en los Estados Unidos de Norteamérica

En el Derecho americano, las formas de tutela cautelar presentes en el resto del mundo anglosajón no se repiten: con el célebre caso *Grupo Mexicano*⁸⁵ la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica pone fin a la discusión en cuanto a la aplicación de la *Mareva injunction* en los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante EE.UU. o USA). A contrario de la mayoría de los países que participan del sistema jurídico del *Common Law*, los EE.UU. habían permanecido alejados de la doctrina de las *freezing injunctions* por un largo tiempo, antes de la presentación del caso de *Grupo Mexicano*, el cual sería decidido por mayoría por la Suprema Corte (cinco de los nueve jueces decidirían en contra, y cuatro a favor).

La razón que el Juez supremo Scalia propone para dicha separación es que la ley inglesa vinculante para los EE.UU. es solo aquella producida hasta la introducción de la Constitución Norteamericana y, por lo tanto, las normas producidas como extensión de los poderes de *Equity* de la Corte de Cancillería con fecha posterior a la independencia de EE.UU., no podrían acoplarse al sistema nacional estadounidense.

En ese sentido, Scalia señala en la resolución:

La Court of Chancery Inglesa no proveía un remedio prejudicial a manera de *injunction* hasta 1975, y la decisión que toma ese camino ha sido vista por los comentaristas como un cambio dramático con respecto a la práctica previa. Impedir la disposición de los

⁸⁵ Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund Inc 527 US 308 (1999).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

bienes del deudor a instancias del pre juzgado acreedor es incompatible con la aproximación tradicionalmente cautelosa de esta Corte a los poderes de equidad, lo que deja cualquier expansión de dicha práctica en las manos del Congreso⁸⁶.

Con ello la Suprema Corte Federal puso la producción de medidas similares a la *Mareva Injunction* a nivel federal en manos del Poder Legislativo.

4.2.1. Attachment orders

A pesar de no contar en su arsenal jurídico con la *Mareva injunction*, los EE.UU. no están desprotegidos ante el potencial incumplimiento del deudor, pues cuenta con órdenes locales dadas por los jueces del distrito⁸⁷ que cumplen una función similar a la de la *Mareva* o el embargo en los países de tradición continental. Estas son las llamadas *Attachment orders*.

Las *attachment orders* son órdenes judiciales, de origen estatutario (y que por lo tanto, se rigen por las reglas del *jus commune*)⁸⁸, disponible en casi todos los estados de los EE.UU., por las cuales la corte ordena la captura de un bien determinado al *inicio de*

⁸⁶ «The English Court of Chancery did not provide a pre-judgment injunctive remedy until 1975, and the decision doing so has been viewed by commentators as a dramatic departure from prior practice. Enjoining the debtor's disposition of his property at the instance of a nonjudgment creditor is incompatible with this Court's traditionally cautious approach to equitable powers, which leaves any substantial expansion of past practice to Congress».

⁸⁷ Incluso cuando son dadas por los jueces federales, las órdenes se dictan de acuerdo a las reglas de cada Estado, de acuerdo con las Reglas Federales de Proceso Civil (69a).

⁸⁸ Lo cual significa que la norma nace de las leyes de los Estados, derivada del derecho local, y no así de la jurisprudencia o del *Equity*. Esto a su vez crea un mosaico de normas que tratan sobre los requisitos y condiciones del derecho al *attachment*, que en esta sección se tratará de analizar en sus rasgos más generales, salvando algunas excepciones, para lo cual se indicarán ejemplos de reglamentos específicos.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

*un proceso judicial*⁸⁹. Dicho bien es capturado y mantenido bajo la custodia de un ente designado por la corte (un *designated official*⁹⁰) ante la cual responde.

Originalmente diseñadas para forzar al demandado a apersonarse al proceso, éstas están dirigidas al *sheriff*⁹¹ para que ponga los bienes del demandado bajo custodia, privándolo del derecho a usar y disfrutar del bien. Si el demandado se resistiera a apersonarse, el bien podría ser vendido para pagar la parte pecuniaria de cualquier sentencia en su contra.

4.2.2. Características de las *Attachment orders*

4.2.2.1. Remedio *quasi in rem*

La «jurisdicción» *quasi in rem* se refiere a la competencia del juez con respecto a demandas donde la propiedad *no es el origen del conflicto*, sino la fuente de la que habrá de derivar la compensación para el demandante. En ese sentido, el juez puede derivar cierta competencia con respecto a un demandado cuando sus bienes (o acciones) se encuentren dentro del Estado donde el juez ejerce su jurisdicción, pero solo podrá pronunciarse hasta el valor del bien o sobre la parte del bien que le pertenezca al demandado, cuando se trate de un bien en copropiedad⁹².

⁸⁹ Es muy importante tener en cuenta que, como se señalará más adelante, al contrario de como sucede en el Derecho Continental y menos comúnmente con las *freezing injunctions*, la medida cautelar se da solamente iniciado el proceso y no antes de él.

⁹⁰ Entendiendo que «oficiales designados» sería lo que se conoce como un *faux-amis*, pues no representa una expresión equivalente en inglés que en español, se pide del lector que tolere cuando encuentre la expresión en esta sección del trabajo, en función de hacerlo más fluido y se pueda interpretar dentro de su adecuado contexto.

⁹¹ El *designated official* por excelencia. Cuando se trata de órdenes dictadas por jueces federales pueden estar dirigidas al *Marshal*.

⁹² Las Reglas y Leyes del Proceso Civil de New York (NY CPLR) en su artículo 6201 establece como razones para el *attachment*: «c. i) El demandado no domicilia en o reside fuera del Estado; ii) La

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

La orden le da a la corte la capacidad sobre los bienes del demandado, incluso si no tiene competencia personal sobre el demandado. Para determinar la competencia personal de la corte sobre el demandado, el tribunal debe referirse al caso *International Shoe v. Washington*⁹³, donde se comprende una serie de elementos vinculantes, como son la residencia, la comisión del acto que da origen a la demanda, o la permanencia de un negocio dentro del distrito judicial.

Cuando no se pueda vincular por ninguno de estos medios, la corte puede aún manifestar su autoridad sobre los bienes del demandado que se encuentren dentro del distrito judicial. En tal caso, el demandante no puede plantear su demanda por un monto mayor a aquel del valor de los bienes del demandado, ni por los bienes fuera del territorio.

Con respecto a las empresas transnacionales, la mayoría de los códigos y reglamentos que regulan las disposiciones estatales sobre *attachment* refieren a la jurisdicción que tienen las cortes locales sobre las empresas que tengan bienes dentro del Estado y, por lo general, son mucho más flexibles sobre llamar a las corporaciones que a las personas naturales al ámbito de su jurisdicción⁹⁴.

En ese sentido, la forma como la corte asume competencia sobre los bienes sobre los que ejercerá la tutela cautelar es distinta de la forma como se ha analizado en el Derecho Continental y también de cómo se toma en el Derecho Común del

demandada es una corporación extranjera [v.g. no-Neoyorkina] sin autorización para negociar en el Estado».

⁹³ *International Shoe v. Washington*, 326 US 310 (1945).

⁹⁴ Indiana, por ejemplo en el *Indiana Code* § 34-25-2-1 señala: «1. Es, o uno de los demandados es, una corporación extranjera o no residente de Indiana»

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

Commonwealth, sin perjuicio de que es un sistema similar, debe tenerse en cuenta que en el tema específico de la tutela cautelar, la metodología es considerablemente diferente, y esto se reflejará al analizar los orígenes de las normas en la vía arbitral.

4.2.2.2. Discrecionalidad del Juez

A diferencia de las órdenes dadas en el marco de la *Commonwealth*, algunos Códigos Procesales (o *Statutes*) de los estados en EE.UU., señalan que la orden «deberá» ser concedida cuando se satisfagan los requisitos que la norma establece para su concesión⁹⁵. Incluso en los Estados en que se ha reconocido cierta discrecionalidad al respecto, los jueces han preferido el estricto cumplimiento de los requisitos de la ley.

Sin perjuicio de ello es una práctica común que las cortes (en salvaguarda del derecho de propiedad) se rehúsen a conceder la orden de *attachment* cuando los bienes solicitados o la suma señalada en la demanda exceden ampliamente el monto estimado que se podría asignar al demandante de serle favorable la demanda (a diferencia de las disipaciones en las otras familias jurídicas analizadas).

Finalmente, cabe señalar que el proceso para la concesión de la orden está tan divorciado de la discrecionalidad del juez, que estas son (en la mayoría de casos) concedidas por los secretarios judiciales ante el cumplimiento de los requisitos⁹⁶,

⁹⁵ Así el *California Code of Civil Procedure* Sección 484.090 (a) y (b).

⁹⁶ Como ejemplos se puede citar: el *D.C. Code* §16-501 ss; *Virginia Code Annotated* §8.01-530 ss; *Tennessee Code Annotated* §29-6-101 ss; *South Carolina Code Annotated* §15-19-40; *Mississippi Code* 11-33-1 ss; e *Indiana Code* § 34-25-2-6. También la propia página del servicio de *Marshals* de los Estados Unidos, que en la sección sobre *attachment orders* señala: «Emitido por: El secretario del distrito o de la Corte Concursal (*Bankruptcy Court*) emite el escrito, bajo sello, a pedido de parte y bajo orden del juez».

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

aunque la práctica se encuentra ya prohibida por las disposiciones de la Corte Suprema sobre debido proceso y requieren ahora la participación de los jueces.

4.2.2.3. Literalidad de la medida

Al ser una medida dirigida al *sheriff/marshal* para capturar bienes específicos del demandado, la medida no debería dar espacio para nada más que la más exacta literalidad. Sin embargo, la orden se emite por un monto de dinero, por el cual el *sheriff/marshal* deberá secuestrar bienes suficientes para cubrir dicho monto (excluyendo algunas veces el menaje⁹⁷).

Por otro lado, el demandado tiene, luego de ser notificado con la orden de *attachment*, el derecho a apelar el secuestro de esos bienes y, en algunos Estados, la capacidad de pagar una fianza por ellos, sustituyendo la tenencia de los bienes por la tenencia del dinero.

4.2.2.4. Attachment ex-parte

Siendo que el *Attachment* se considera una medida tremendamente vulneradora del derecho de propiedad y teniendo en consideración el enorme peso que el mismo tiene en el sistema de justicia norteamericano⁹⁸, los códigos y reglamentos que sirven de fuente para la producción de estas medidas en diferentes estados de los EE.UU. han sido cuestionados una gran cantidad de veces ante las cortes locales y (en Connecticut v. Doehr [1991]) ante la Corte Suprema, generando que se dicten estándares mínimos para

⁹⁷ Hay que tener en cuenta, nuevamente, que dado que se trata de un derecho local que deriva principalmente de los *statutes*, el detalle de qué bien puede ser sujeto de *attachment* o no, dependerá de las descripciones de cada uno de los mencionados códigos y reglamentos.

⁹⁸ «The true foundation of republican government is the equal right of every citizen in his person and property and in their management.»: Thomas Jefferson a Samuel Kercheval (1816).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

considerarlas dentro del marco del debido proceso⁹⁹⁻¹⁰⁰ y en algunos casos, confirmando la constitucionalidad de las normas locales¹⁰¹.

En ese sentido, las legislaciones de la mayoría de los Estados¹⁰² comprende la posibilidad de conceder las órdenes de *attachment* sin oír previamente a la otra parte, solo en el supuesto de que existan circunstancias extremas¹⁰³ que justifiquen el retraso en la notificación¹⁰⁴.

4.2.3. Condiciones de las órdenes de *Attachment*

Pese a que los detalles exactos dependen de los códigos o reglamentos de cada uno de los Estados, se puede observar una cierta línea general, en el sentido de que para el otorgamiento de la tutela cautelar existen cuatro condiciones, a saber:

- a) **La existencia de una demanda cuantificable.** No puede haber una orden de *attachment* si no hay una demanda (paralela, cuando no

⁹⁹ Que en su mayoría se refieren a la jurisdicción *quasi in rem* que ejercen las cortes de los Estados.

¹⁰⁰ El principal de estos casos, *Connecticut v. Doehr*, 501 U.S. 1, 16 (1991) donde la Corte Suprema indica que un código que autoriza esta medida sin notificación previa, ni audiencia, ni la demostración de condiciones exigentes [aunque no explica que condiciones son estas], o el ofrecimiento de una garantía (*bond*), ni alguna restricción sobre las causas para solicitar la orden, debe ser considerado contrario al principio de debido proceso y, por tanto, inconstitucional.

¹⁰¹ Como son los casos de Alabama en *GE Commercial Distribution Fin. Corp. v. Carter Bros. Mfg. Co.*, No. 2:10-cv-655-ID, 2010 WL 3118276 (5 de Agosto de 2010); Delaware en *Hibou, Inc. v. Ramsing*, 324 A.2d 777 (Del. Super. 1974); Indiana en *Salzerv. Dellinger*, 54 F.3d 779 (7th Cir. 1995); Maine en *Gen. Commerce & Industry, Inc. v. Hillside Const. Co., Inc.*, 564 A.2d 763 (Me. 1989), entre otros.

¹⁰² Como contra-ejemplo, tenemos que, no en el código, pero las cortes del circuito de Virginia del Oeste en el caso *State ex rel. Yanero v. Fox*, 163 W. Va. 222, 234, 256 S.E.2d 751, 757 (1979), determinaron que la concesión de tutela cautelar en la forma de *pre-judgment attachment orders* sin una audiencia previa resultaba inconstitucional.

¹⁰³ *Connecticut v. Doehr*, 501 U.S.: 16-18

¹⁰⁴ Vale la pena señalar que Connecticut es el único Estado que permite a una parte renunciar al derecho a notificación previa al *attachment*, mediante contrato.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

posterior) sobre el proceso de fondo, que se refiera a una suma de dinero determinada o determinable, pues como esta medida busca cautelar una solución de *jus commune*, la solución final debe ser una de *daños*, con el fin de proteger el derecho a la propiedad. Esta aproximación es la opuesta de la que se señalaba líneas arriba con respecto al sistema del Derecho Continental, lo cual plantea su propia serie de preguntas.

- b) **La identificación de la propiedad a ser sometida.** Ya se ha señalado que cada Estado determina en sus códigos y reglamentos cuales bienes son considerados (a falta de una mejor palabra) *inembargables*, por lo cual es importante detallar qué bienes se está buscando someter a la orden de *attachment*; pero más aún, cuando se trata de bienes identificables, estos deben ser descritos en detalle para que la orden pueda afectar los bienes específicos del demandado y no se afecte derecho de terceros
- c) **El reclamo legal de la propiedad a ser sometida (o la forma como sustentará el pago de la cuantía).** Siendo que a ésta se accede mediante la jurisdicción *quasi in rem*, puede llegarse a los bienes mediante el reclamo directo sobre ellos, o sustentando que los mismos podrán soportar el monto de la deuda que se tiene contra el demandado (o qué parte de ella).
- d) **La demostración de la necesidad de asegurar la propiedad antes de que concluya la demanda.** Cuando se dé la situación de que el demandado se encuentra (o razonablemente se puede concluir que pronto

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

se encontrará) vendiendo, transfiriendo u ocultando su propiedad, es recién cuando se podrá activar esta herramienta.

Todas estas características, dan por sentado una serie de presunciones que en el sistema continental se consideran *la esencia* del estudio de la tutela cautelar. En ese sentido, los códigos y reglamentos de la mayoría de Estados entienden que hay:

- a) Un determinado tipo de procesos en los que puedes solicitar el *attachment* como medida cautelar¹⁰⁵ (esto derivado de su naturaleza de remedio estatutario).
- b) Un riesgo cierto que desencadenará el amparo de la tutela cautelar¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Alabama, por ejemplo, señala en su código (2006 *Alabama Code* - Section 6-6-41):

Attachments may issue:

- (1) To enforce the collection of a debt, whether it be due or not, at the time the attachment is taken out;
- (2) For any moneyed demand, the amount of which can be certainly ascertained;
- (3) To recover damages for a breach of contract, when the damages are not certain or liquidated; or
- (4) When the action sounds in damages merely.

De esa manera, una solicitud de *attachment* por monto indeterminable (como es en el sistema judicial norteamericano los daños por responsabilidad civil extracontractual) no podría ser cautelado por esta vía.

¹⁰⁶ En Florida, por ejemplo, el reglamento (2012 *Florida Statutes* – Section 76.05 - *Grounds when debt not due*)

Any creditor may have an attachment on a debt not due, when the debtor:

- (1) Is actually removing the property out of the state.
- (2) Is fraudulently disposing of the property to avoid the payment of his or her debts.
- (3) Is fraudulently secreting the property to avoid payment of his or her debts.

De modo que, para las deudas aún no vencidas, el reglamento requiere el hecho mismo y no la probabilidad de que se esté ocultando los bienes.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

- c) La probabilidad del éxito de la acción sobre el fondo¹⁰⁸.
- d) El pago de un seguro/garantía con el fin de resarcir, en caso de no tener éxito el proceso (*posting of a bond*)¹⁰⁹⁻¹¹⁰.

5. La tutela cautelar en el arbitraje

En el ámbito del arbitraje, las mismas dificultades que en el mundo de las jurisdicciones ordinarias pueden presentarse, aunque de una manera menos pronunciada.

Por supuesto que la mejor solución para la incertidumbre que representa el proceso es una decisión justa, pronta y definitiva del juzgador, sin embargo, como señalaba Derains (y como, se espera que haya quedado claro de las páginas anteriores), «desde un punto práctico, [incluso] un arbitraje no es lo suficientemente rápido, por

¹⁰⁷ En *Connecticut v. Doehr*, 501, los jueces fallaron señalando que para la concesión de tutela cautelar *inaudita altera parte* (*ex - parte*) es necesaria la presencia de «circunstancias extremas». Vid., *supra*, nota 100.

¹⁰⁸ En *Connecticut v. Doehr*, 501, los jueces señalan que «resulta evidente que el juez no podía realizar un análisis realista de la probabilidad de éxito del proceso de fondo basándose en este escrito autocomplaciente, parcializado y pre-dirigido».

¹⁰⁹ En *Connecticut v. Doehr*, 501, 4, los jueces se pronunciaron señalando que, cuando había un pronunciamiento previo a la sentencia, existía un riesgo de una decisión errónea, por lo que era necesario el «*posting of a bond or other securities*» para proteger los derechos de la parte afectada (pg. 20), aunque este pronunciamiento no es vinculante, por ser minoritario, es, sin embargo, muy influyente.

¹¹⁰ El pago de este seguro/garantía, es obligatorio en estados como Alabama (igual o hasta el doble del monto sometido), Connecticut (cuando lo requiera el demandado), Florida (igual o hasta el doble del monto sometido), Georgia, Illinois (el doble del monto sometido), Indiana, Kentucky (al menos el doble del monto sometido – lo cual es de dudosa constitucionalidad), Maine (o puede dar dinero directamente a la corte), Maryland, Mississippi, New Jersey (a decisión de la corte), Nueva York (donde no puede ser menor a US \$ 500), Carolina del Norte (monto determinado por la corte), Carolina del Sur, Ohio, Pensilvania, Rhode Island, y otro largo etcétera.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

mucho que se extreme la diligencia»¹¹¹ para brindar esa seguridad. Por ello, la mejor alternativa disponible, al momento, es la tutela cautelar.

Así, laudos impracticables, ocultamiento de evidencias, dilación de procesos y toda la pléyade de problemas solucionables mediante tutela cautelar, se pueden presentar en estos procesos.

De este modo, como señala Lapiedra Alcamí:

[...] con el fin de cumplir correctamente esta misión que se le ha encomendado, se hace necesario que el tribunal arbitral disponga de poder para dictar dos categorías de mandamientos. Por un lado, debe estar legitimado para ordenar cualquier medida que le permita conducir el procedimiento arbitral. De forma que cada una de las partes pueda presentar sus alegaciones y el tribunal arbitral se pueda informar de todos los elementos de hecho y de derecho que serán determinantes para poder resolver el litigio. Y por otro lado, todas aquellas medidas destinadas a preservar el objeto del litigio y evitar que este se agrave¹¹².

Donovan¹¹³ señala que el poder de los árbitros para pronunciarse sobre medidas procesales y cautelares deriva principalmente de tres fuentes:

1) El acuerdo de las partes

El acuerdo de las partes es el sustento del arbitraje, pero también puede regular los límites y competencias del tribunal que se formará eventualmente. En ese sentido, la cláusula arbitral puede determinar los poderes del tribunal de dictar medidas cautelares (señalando que sean nulos y estas se tengan que pedir a la justicia ordinaria, o señalando límites para que tipos de medidas puede dictar el tribunal). Sin embargo, mucho más

¹¹¹ Derains (1982: 243-249).

¹¹² Lapiedra Alcamí (2003: 248).

¹¹³ Donovan (2010: 289- 292).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

común será la situación en la que las partes acuerden un set de reglas (un reglamento arbitral o designen una institución específica para administrar el proceso) que regule dicho poder¹¹⁴.

2) La ley de la sede

La ley de la sede del arbitraje puede dar el poder a los árbitros (aunque sujeto a derogación por las partes) de dictar medidas cautelares («en forma de Laudo o cualquier otra»).

Hoy la gran mayoría de legislaciones arbitrales nacionales (entre ellas la peruana¹¹⁵) le confieren el poder cautelar a los árbitros¹¹⁶. Esto se ve incrementado

¹¹⁴ La AAA, la ICC y el CIADI, por ejemplo, regulan en su reglamento la emisión de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral.

¹¹⁵ El artículo 47.1 y 2) de la LA 2008 señala:

«Artículo 47.- Medidas cautelares.

1. 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, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

2. 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:

- a. Que mantenga o restablezca el statu 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 proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente;
o
- d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia».

¹¹⁶ Notable contraejemplo occidental es provisto por el art. 818 del Código Procesal Civil Italiano que señala: «*Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge*». Por su parte, los países árabes (Algeria, Líbano, Sudán, Irak, Libia, Siria y

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

debido a la influencia que globalmente ha ejercido la Ley Modelo UNCITRAL de 1985¹¹⁷, que en su artículo 17° precisa la competencia del Tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares:

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 arbitral ordene a una de las partes**¹¹⁸ que:
 - a) **mantenga o restablezca el status quo** en espera de que se dirima la controversia;
 - b) adopte medidas para **impedir algún daño actual** o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
 - c) proporcione algún medio para **preservar bienes** que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
 - d) **preserve elementos de prueba** que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia [negritas agregadas].

los Emiratos Arabes Unidos), famosamente, no permiten a los tribunales arbitrales emitir medidas cautelares.

¹¹⁷ Según las cifras que publica UNCITRAL (2015), 71 países (más algunas regiones autónomas) han adoptado, con alguna variación, la Ley Modelo.

¹¹⁸ Así se puede ver cómo la norma señala los límites de la competencia subjetiva, al limitar el poder de los árbitros a «orden[ar] a una de las partes» y, *contrario sensu*, no puede ordenar a “terceros”.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

3) La autoridad inherente de los árbitros

La capacidad del tribunal arbitral para dictar medidas es inherente al mismo, ya sea porque sería contrario a su constitución como órgano encargado de resolver una controversia el que no pueda disponer de los medios para asegurar el cumplimiento de su decisión, ya sea que se entienda que las partes, al plantearles una controversia que requiere del uso de capacidades especiales – como el dictado de medidas de cautela –, les concede también la capacidad para tomar dichas decisiones, aplicando de buena fe la cláusula arbitral¹¹⁹.

En ese sentido, los requisitos y las formas para el dictado de medidas cautelares no tienen un estándar universal, sin embargo, es generalmente aceptado que puede hacerse tanto en el ámbito del *Civil Law* como del *Common Law*.

Gonzales del Cossio señala que:

Cuando se trata de dictar medidas interinas se observan distintos estándares. Por ejemplo, en “circunstancias adecuadas”; la presencia de una amenaza de “perjuicio irreparable”, “serio daño” [*serious injury*], “grave daño” [*grave injury*], “perjuicio substantivo”, “daño irreparable” [*irreparable injury*]. La exacta diferencia, sin embargo, no es solo difícil de obtener de la jurisprudencia, **sino que usualmente se entiende de maneras distintas por los operadores y expertos que usan cualquiera de estos como la base de su marco analítico. Un recurrente punto en común parece ser el**

¹¹⁹ En la misma línea se pronuncia Lapiedra Alcamí (2003: 248). Por su parte, Donovan (2010: 289) señala: «*Out of the twin objectives of fairness and effectiveness arise the powers of an arbitral tribunal to issue procedural orders and orders of interim measures, as well as the corresponding obligation of the parties to abide by them*» [negritas agregadas]. Asimismo, Benson (1995: 479) señala que: «when a ‘community of transactors recognizes an authoritative non-legal decision-maker’ such as an arbitrator, then ‘non legal sanctions’ (e.g. ‘reputation effects’) will induce the members of the community to accept arbitration and **comply with the arbitrator’s judgment; thus, arbitration and non-legal sanctions are ‘a perfect substitute for legal enforcement’**» [negritas agregadas]. De allí que las medidas asegurativas pueden entenderse respaldadas por las mismas sanciones no legales que apoyan los poderes generales de los árbitros.

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

concentrarse en si el daño es del tipo que puede ser remediado con indemnizaciones por daños. Pero además de métrica, consenso – tanto conceptual como práctico – parece ser más aparente que real [negritas agregadas]¹²⁰.

El mensaje parece ser bastante claro en tanto, ante la falta de una regulación siquiera parcial sobre el dictado de medidas (precautorias, cautelares, interinas o como se les quiera llamar) que sirva como marco en el campo de la toma de decisión, los árbitros designados por las partes recurrirán a la herramienta más inmediata en su marco mental, de modo que la formación jurídica de cada arbitro será la que le dé forma al procedimiento mediante el cual se analizan y concede la tutela cautelar.

A contraste de ello, se ensayará a continuación ciertas condiciones para la tutela cautelar en el arbitraje.

5.1. Condiciones para la tutela cautelar en el arbitraje

En la práctica aceptada arbitral (*soft law*) tanto en el caso de los sistemas *Civil Law* y del *Common Law*, en el caso del arbitraje (debido a la formalidad estandarizada que generan las reglas de la práctica aceptada *soft-law*) ciertas condiciones se han creado alrededor del dictado de medidas de cautela.

Sin embargo, estas medidas están limitadas por algo inherente al arbitraje: la falta de *coertio*.

Las medidas se dan con las siguientes condiciones:

¹²⁰ Gonzáles del Cossío (2014: 2).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

5.1.1. Audiencia

En la praxis arbitral, la medida se da por lo general, luego de escuchar a ambas partes. Al escuchar a las dos partes, el tribunal arbitral podrá determinar la fortaleza del derecho reclamado por ambas y decidir sobre su base, pudiendo incluso emitir una decisión cautelar de consenso o de equidad, de ser necesario.

5.1.2. Irreparabilidad

Esta condición reemplaza en parte al *periculum in mora* tradicional, en tanto y en cuanto, atiende a que el potencial daño que la medida va a contrarrestar, sea de una naturaleza no reparable mediante una indemnización. De esa manera, se atiende también al requisito del *injury* de las *injunctons*, en tanto comprenden que la medida no se puede dar solo para evitar una pérdida que, finalmente, se puede indemnizar en el pronunciamiento final, pero a la vez no ignora que hay algunos casos en que otros daños pueden darse entre los privados.

5.1.3. Urgencia

Esta condición reemplaza también, parcialmente, la del *periculum in mora* continental y bebe del *Urgency* de los *attachment* del derecho estadounidense. Así se plantea la pregunta: ¿es la medida tan necesaria que si no se dicta *en este momento*, el resultado del proceso podría verse para siempre afectado?

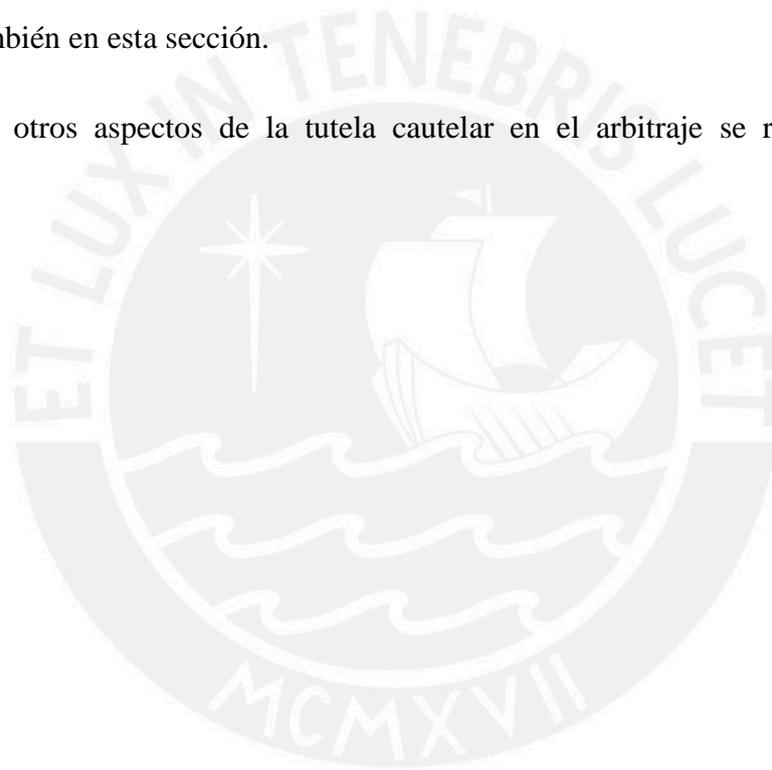
La respuesta a ello, por supuesto, debe estar acompañada por la respuesta a la condición de irreparabilidad sobre la medida, sin perder de vista que se trata de elementos separados (así, por un lado se debe ver si una medida es necesaria, mientras que, por otro, se debe ver que la medida sea necesaria inmediatamente).

CAP. I: LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRÁCTICA ARBITRAL

5.1.4. Balance de conveniencia

Basada en la condición del *balance of convenience* del Derecho Anglosajón¹²¹, la presente condición busca analizar si vale la pena que la parte soporte una determinada medida, para el proceso en general. Siendo que las medidas solicitadas por una parte o la otra, no generen en el proceso en su totalidad un costo que lo haga ineficiente¹²² y viendo que la parte afectada sea capaz de asumirlo, en atención a las otras condiciones señaladas también en esta sección.

Sobre otros aspectos de la tutela cautelar en el arbitraje se regresará en el Capítulo III.



¹²¹ Vid., *supra*, § 4.1.1.2 y 4.1.1.3.

¹²² Esto basado también en los objetivos del arbitraje descritos por Donovan (2010).

CAPÍTULO II

“TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

1. Premisa

La forma como se decide si algo es bueno o malo, depende de la función de ese algo y, derivado de ello, que tan bien cumple dicha función. Así, es posible determinar cuándo un caballo es un buen caballo (cuando eficientemente cumple con llevar a su jinete sin poner un riesgo su vida, de un punto A al punto B en un determinado tiempo) o cuando estudiante es un buen estudiante (cuando diligentemente se presenta a clases y rehúsa a dormirse, a pesar de los mayores esfuerzos del profesor, incluso cumpliendo con las tareas asignadas y sobreviviendo a las lecturas de clase y las sugeridas). Sin embargo, con cosas más etéreas, las decisiones no son tan fáciles (por ejemplo: ¿qué cosa hace a un “buen hombre”?).

Es por lo señalado que los juristas buscan constantemente ser explícitos sobre las funciones que los sujetos deben cumplir en el mundo jurídico, desarrollándose una serie de reglas sobre cómo se debe tomar una decisión, de manera que, más allá de quien sea el juzgador, el resultado sea acorde a los principios y respetando el derecho de las partes, es decir, que sea *previsible*.

La predictibilidad es de capital importancia en el desarrollo del Derecho y ha determinado la creación de las normas y principios que analizaremos en este capítulo.

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

2. El *Fairness* como esencia del arbitraje

Al momento de tomar cualquier tipo de decisión que vaya a afectar los derechos y deberes de otros, existen varias cuestiones que se deben tener en consideración como garantías del correcto y transparente actuar del decisor.

Estas garantías reposan sobre el supuesto de que las decisiones no se toman de manera arbitraria, sino que es en atención a una motivación. Pero no cualquier motivación: debe tratarse de una motivación que es la “debida”, en tanto necesaria y adecuada. Esta motivación “debida”, ha llevado a desarrollar otra serie de requisitos y condiciones para asegurar que el resultado de las decisiones sea suficientemente predecible. En ese sentido, tales requisitos y condiciones constituyen auténticas *garantías*, en tanto tienen por función asegurar (o garantizar) que la decisión estará basada en el correcto razonamiento y la contemplación de los hechos y normas pertinentes.

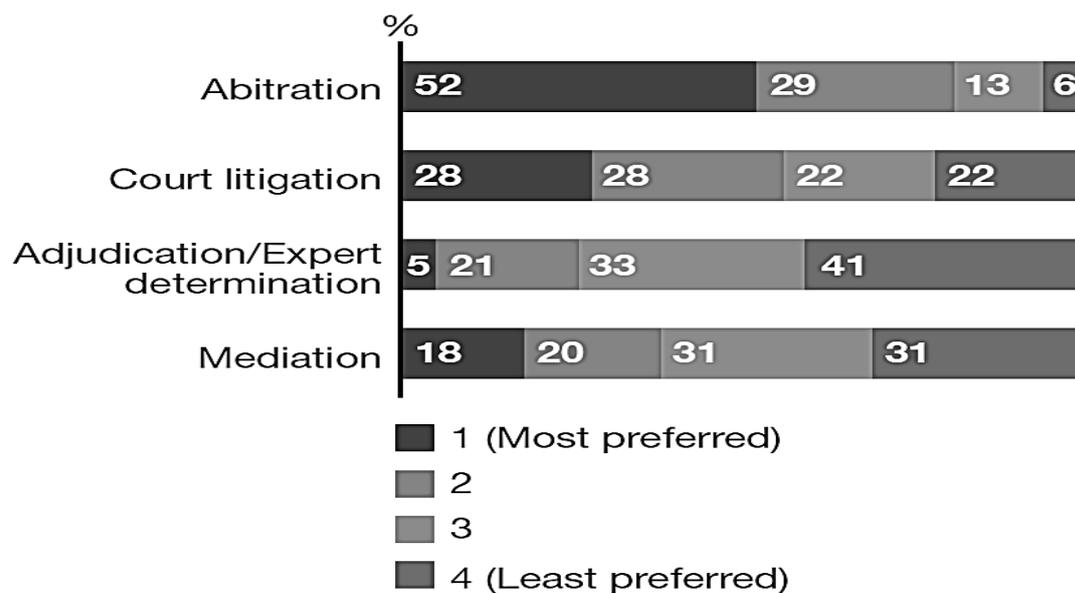
A continuación se analizarán los principios/garantías de la independencia e imparcialidad y su particular configuración en el arbitraje, teniendo bien presente que sobre estos tópicos, todo a lo que se aspira para el proceso estatal - el deber ser - constituye la esencia del *fairness* arbitral.

Es importante evidenciar que hoy en día el arbitraje es uno de los medios más difundidos para resolver los litigios en las relaciones económicas internacionales. Ello

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

se puede observar del siguiente gráfico de la Encuesta sobre arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres del año 2012¹:

Rank the following dispute resolution mechanisms in order of preference.



De acuerdo con esta encuesta:

Muchos de los entrevistados que son usuarios frecuentes del sistema arbitral, explicaron que, sin perjuicio de su posición como demandantes o demandados, «fairness» – más que cualquier otra consideración – es lo que buscan las compañías en un mecanismo de solución de controversias [...] debido a su neutralidad [el arbitraje], da una sensación de *fairness* que el proceso ordinario en países extranjeros no puede proveer².

Más aún, de acuerdo con los números de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)³, 71 países (más sus diferentes

¹ Friedland y Brekoulakis (2013: 6).

² Friedland y Brekoulakis (2013: 7).

³ UNCITRAL (2015).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

regiones) han adoptado las líneas esenciales de la Ley Modelo UNCITRAL (sin contar las innumerables legislaciones que este documento ha influenciado), Ley Modelo que en su artículo 18 exige el trato igualitario a las partes y la plena oportunidad de que ambas pueden hacer valer sus derechos⁴, mientras su artículo 12 señala el deber de los árbitros de ser y mantenerse imparcial a lo largo del proceso arbitral⁵.

Podría, entonces, decirse que independencia e imparcialidad son elementos unificadores de las legislaciones sobre el arbitraje, en tanto que todas las legislaciones modernas⁶ (y los reglamentos internacionales) hacen referencia a alguno de estos elementos⁷.

⁴ «Artículo 18. Trato equitativo de las partes.- Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

⁵ «Artículo 12. Motivos de recusación.-

- 1) la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. **El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias de las partes, a menos que ya les haya informado a ellas** [negritas agregadas].

⁶ Ya se hizo referencia a la Ley Modelo UNCITRAL y sus 71 derivados (vid., *supra*, nota 3).

⁷ Por ejemplo la Ley inglesa de 1996, hace referencia en su artículo 24, solamente a la *imparcialidad*:

«Power of court to remove arbitrator.

- (1) A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds—
 - (a) that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his **impartiality**;
 - (b) that he does not possess the qualifications required by the arbitration agreement [negritas agregadas].

Por su lado, la Ley Federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (diciembre 1987), en su artículo 180.1° (c) se refiere solo a la *independencia*, cuando señala:

Challenge of an arbitrator

- 1 An arbitrator may be challenged:

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

Así, Bishop y Reed han desarrollaron la siguiente tabla⁸:

CÓDIGOS DE CONDUCTA ARBITRAL

L E Y / R E G L A	D E S C R I P C I Ó N
Reglamento de Arbitraje UNCITRAL (Art.10.1)	Imparcialidad e Independencia requeridas.
Reglamento de Arbitraje LCIA (Art. 5.2, 10.3)	Imparcialidad e Independencia requeridas.
Reglas de arbitraje Internacional AAA (8.1)	Imparcialidad e Independencia requeridas.
Reglas de Arbitraje ICC [1998] (Art.7.1)	El árbitro puede ser recusado por falta de Independencia u “otras razones”.
Convención CIADI (Art.14.1)	Alto estándar moral, reconocida competencia en Derecho, Comercio, Industria o Finanzas, e independencia de juicio requeridos
Código de Ética AAA/ABA (Canon 1.D)	Imparcialidad requerida.
Código IBA [1998]	Imparcialidad requerida.
Ley Federal Norteamericana (§10)	El laudo puede ser anulado frente a evidencia de parcialidad o corrupción.
Ley de Arbitraje Alemana (Art.1036.2)	Imparcialidad e Independencia requeridas.
Ley de Arbitraje de UK (Art.33.1)	Imparcialidad y justicia requeridas.
Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado (Art.180)	El árbitro puede ser recusado por dudas justificadas sobre su independencia.

En consonancia con ello, la falta de un conflicto de intereses es parte esencial del encargo que las partes de la controversia imponen a los árbitros –y tanto lo ha sido desde sus orígenes⁹, como continúa siendo al día de hoy¹⁰–, principalmente (y esto será

- a) if he does not meet the qualifications agreed upon by the parties;
- b) if a ground for challenge exists under the rules of arbitration agreed upon by the parties;
- c) if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to **his independence** [negritas agregadas].

⁸ Bishop y Reed (1998).

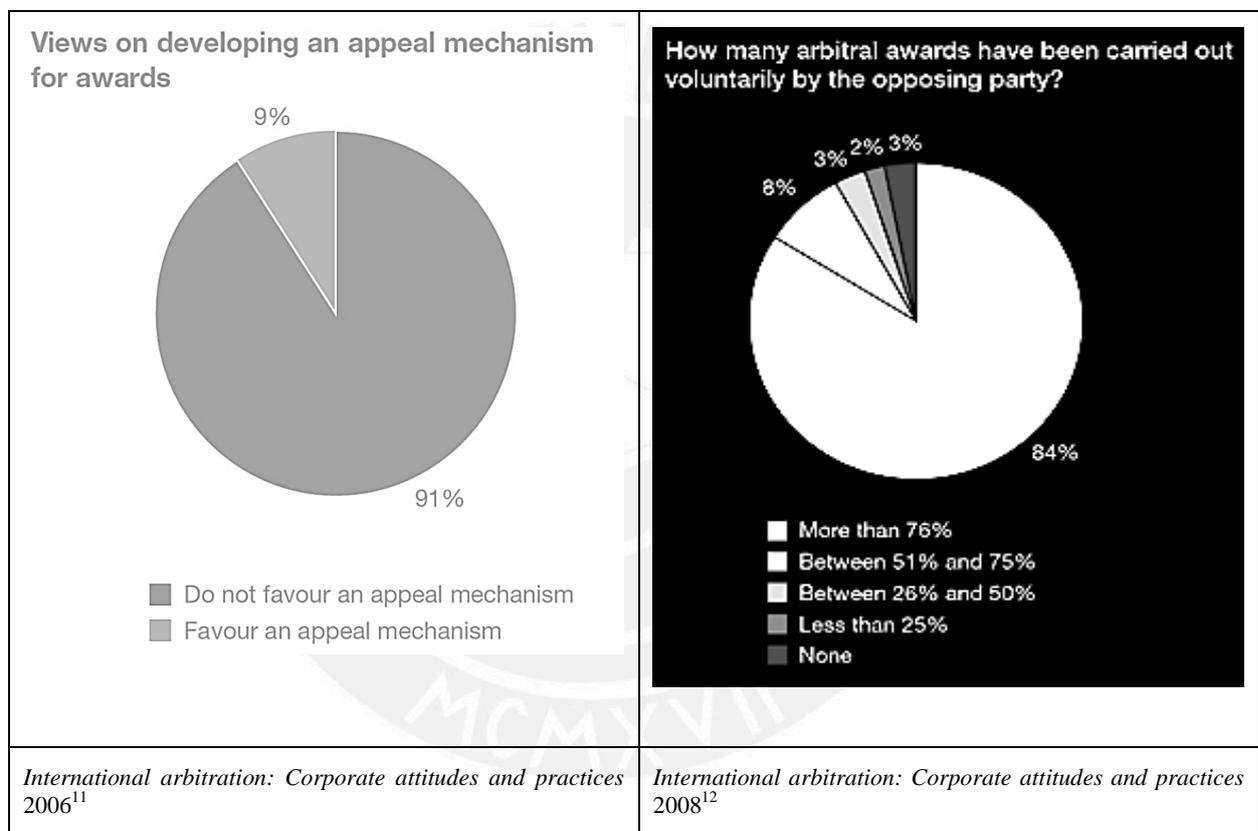
⁹ En la antigua Grecia, según lo refieren Roebuck y Fumichon (2004: 51-52, 57-61), el término para árbitro, «*Koinos* es un tercero, imparcial, común a ambos lados».

¹⁰ Derains y Schwartz (2005: 122) señalan que «hasta donde sea posible, que el Tribunal constituido **tenga la plena confianza de las partes**. De hecho, esto será normalmente favoreciendo el

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

muy importante, más adelante) porque los estándares sobre conflictos de intereses para los árbitros impiden que alguna de las partes siembre dudas sobre la justicia de la resolución final.

La confianza que ofrece el arbitraje justifica que la tasa de impugnación como de incumplimiento sean bastante bajas:



El cumplimiento de mutuo acuerdo se deriva de la *confianza* que las partes depositan en la autoridad moral de los árbitros, que no solo han sido nombrados por ellos, sino que se sujetan a una serie de reglas sobre conflictos de intereses que

interés de las partes, **para fortalecerla posibilidad de un cumplimiento voluntario de la parte desfavorecida con el Laudo eventualmente emitido**» [negritas agregadas].

¹¹ Lagerberg y Mistelis (2007: 15).

¹² Lagerberg y Mistelis (2009: 8).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

cualquiera de las partes podría elevar si viera alguna posibilidad de “*foul play*”, pues estas son un derivado de la naturaleza privada del arbitraje, donde las partes, sin requerir de la intervención del Estado¹³⁻¹⁴, resuelven sus controversias entre sí; y para ello, se requiere que *ninguna de las partes pueda poner en duda la justicia de la resolución*, ni alegar que la otra parte le está “jugando sucio”¹⁵.

En conclusión, donde las partes eligen a los árbitros para resolver una controversia sin intervención del Estado –y el cumplimiento se basa en la *opinio necessitatis*–, la principal garantía para la parte desfavorecida en la controversia será que: o *aparta* al árbitro que tiene un *conflicto de interés*, o simplemente *no cumplirá* con lo que éste decida. Dado que esto último significa perder la confianza del resto del grupo *que sí cumple* con las resoluciones de los árbitros (o hacerse una fama de incumplidor de contratos), difícilmente el incumplimiento se considerará una decisión

¹³ Señalan Castillo Freyre y Vásquez Kunze (2013: 275-276) que: «Ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa [...] Ahora bien, **por un simple ejercicio de sentido común, consideramos que ninguna sustracción a la jurisdicción estatal tendría efectos prácticos**, esto es, el efecto de zanjar jurídicamente una controversia entre dos partes, si esta no estuviera autorizada por el Estado. Pues resulta obvio que si el Estado prohibiera el arbitraje y, por tanto, tuviera por nulos todos sus efectos, este carecería de todo sentido en la medida en que el ganador jamás podría hacer valer su derecho que no solo no es reconocido, sino condenado por el ordenamiento jurídico» [negritas agregadas]. Posición que parece incorrecta, por las razones que pronto serán obvias.

¹⁴ Cabe mencionar que Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica, durante el siglo XIX tuvieron políticas anti-arbitrales muy fuertes, las cuales (salvo el caso de Inglaterra) no fueron revocadas hasta la fundación de la Liga de Naciones. Sin embargo, todas ellos fueron (y son) importantes sedes arbitrales, donde la mayoría de lo que entendemos hoy como arbitraje se formó. Para mayor detalle se puede revisar Born (2009: 32 ss).

¹⁵ Según Hamid (1999: 11): «Los Árabes de Jahiliya (periodo pre-Islámico) estaban familiarizados con el arbitraje dado que sus adversarios (individuos o tribus) usualmente recurrían a este para resolver sus disputas [...]. El arbitraje era opcional y se dejaba al libre albedrío de las partes. Los laudos arbitrales no eran vinculantes y su ejecución **dependía exclusivamente de la autoridad moral del árbitro**» [negritas agregadas].

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

eficiente, en especial teniendo en cuenta que el arbitraje se da en círculos relativamente pequeños con muchos “jugadores recurrentes”.

3. Independencia e imparcialidad (la “terceridad”) del árbitro

3.1. ¿Qué es independencia?

Según el Diccionario de Real Academia Española de la Lengua (en adelante, DRAE), *independiente* es: «adj. Dicho de una persona: Que sostiene sus derechos u opiniones **sin admitir intervención ajena**» [negritas agregadas]. Por otro lado, *dependiente* es «m. p. us. **Persona que sirve a otra o es subalterna de una autoridad**» [negritas agregadas]. Eso da un referente de a qué cosa se enfrenta uno cuando se trata de entender este concepto.

Del binomio que se trata en esta sección, la independencia es la única tratada por la Constitución Política del Perú de 1993, la cual en el inciso 2 de su artículo 139° habla de la independencia como principio y derecho de la función jurisdiccional, señalando que:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] **La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional**. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional **ni interferir en el ejercicio** de sus funciones[...].

Ahora bien, ¿cabe interpretar que la segunda frase de este numeral es descriptiva del principio/derecho aquí tratado? Ciertamente se corresponde con lo dispuesto por el diccionario: ninguna autoridad puede avocarse a una causa que se encuentre en las manos del juez (o un tribunal) y decidir por ellos, que es la principal de las características de la independencia, pero no la única.

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

En esa línea, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 00512-2013-PHC/TC, en su Fundamento Jurídico 3.3.1, ha interpretado este principio en los términos siguientes:

La independencia judicial debe, pues, prescribirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*.

La misma sentencia, en su Fundamento Jurídico 18, separa la independencia judicial en dos tipos: externa e interna:

- a) La independencia externa se refiere a que la decisión judicial «no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido [...]. Las decisiones de la autoridad judicial [...] no pueden depender de la voluntad de otros poderes políticos»;
- b) La independencia interna significa que «1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial».

En el ámbito del arbitraje la independencia se refiere también a una ausencia de subordinación, se podría decir, que el árbitro no responda a “la voz del amo” (quien lo designó).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

Ahora bien, existen legislaciones que se refieren exclusivamente a la independencia como el elemento determinante, como es el caso de la Ley Federal suiza sobre Derecho Internacional Privado (diciembre 1987), en su artículo 180.1(c), al señalar las causas para recusar a un árbitro¹⁶ y lo era el artículo 7.1 de las Reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 1998¹⁷ (aunque la versión de 2012 se refiere a «independencia e imparcialidad»).

Tal como señalan Derains y Schwartz: «El uso del término independencia es de reciente cosecha. Fue recién en 1975 que la disposición fue agregada al Reglamento [del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional] por primera vez, imponiendo un requisito de ‘independencia’»¹⁸, aunque previamente ya se le consideraba una calificación que tácitamente se requería de los árbitros.

Sobre la idea de independencia en el Reglamento de la ICC, en 1975, Jean Robert comentaba que:

La noción de independencia no se explica [en el Reglamento], pues la Corte debe ser libre de juzgarla. Pero su contenido es implícito: ningún árbitro que tenga o haya tenido, con cualquiera de las partes, una relación cercana capaz de afectar su libertad de juicio, comúnmente reflejada en términos de interés económico, puede ser considerado ‘independiente’ dentro del espíritu del Reglamento¹⁹.

¹⁶ Vid., *supra*, nota 7.

¹⁷ 7(1): «Every arbitrator must be and remain **independent** of the parties involved in the arbitration» [negritas agregadas]

¹⁸ Derains y Schwartz (2005: 116).

¹⁹ En el Reporte dado en el Congreso de la CCI en Madrid (17 de Junio de 1975), citado por Derains y Schwartz (2005: 117).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

En ese mismo sentido, señala Bond que la independencia es la ausencia de una «cercana, substancial, reciente y probada relación» entre una parte y un posible árbitro²⁰. Más aún, como señala Trakman, «[i]ndependencia comúnmente se refiere a relaciones, por ejemplo, donde un árbitro está profesional o personalmente relacionado con alguna de las partes, o tiene una conexión de familiaridad o comercial con dicha parte»²¹.

Y si bien la Corte de la ICC ha utilizado el término como sinónimo de «independencia de mente o de juicio», la Ley Modelo UNCITRAL (junto con una aplastante mayoría de leyes nacionales y reglamentos internacionales) discurre de «independencia e imparcialidad», por lo que es razonable pensar que hay una diferencia entre ellas. Más todavía, uno podría plantear que esta «interpretación amplia» de la independencia arbitral, deriva de la expectativa existente entre las partes de un comportamiento imparcial, *además* del comportamiento independiente del árbitro.

Establecer la diferencia entre independencia e imparcialidad, es relevante, máxime si se tiene en consideración lo señalado en el Reporte sobre la Ley de Arbitraje del Reino Unido, de febrero de 1996:

Es nuestro parecer que la falta de independencia, salvo que de origen a dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro, carece de relevancia. Esto último es, desde luego, la primera de las razones para la remoción. Si se incluyera la falta de independencia, solo se justificaría si cubriera aquellos casos en que la falta de independencia no dio origen a dudas justificadas sobre la imparcialidad, pues de otro modo no habría razón para incluir las razones separadas. [...]. No vemos ninguna buena

²⁰ Citado por Derains y Schwartz (2005: 120).

²¹ Trakman (2007: 999).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

razón para incluir la falta de independencia que no genere parcialidad como causal de remoción y [por el contrario] buenas razones para no incluirla. No entendemos que es lo que se busca cubrir con una falta de independencia que no genera la apariencia de parcialidad. Más aún, la inclusión de la independencia daría pie a discusiones infinitas, como lo ha hecho, por ejemplo, en Suecia y los Estados Unidos, **donde casi cualquier tipo de conexión (sin importar que tan remota) ha sido propuesta para recusar al árbitro sobre la base de su falta de ‘independencia’**» [negritas agregadas]²².

La posición citada sobre la irrelevancia de contemplar la independencia de los árbitros no considera que aquella es la versión más perceptible y demostrable del *conflicto de intereses*. Si bien el concepto de independencia está determinado por las condiciones señaladas por Bond líneas arriba, debe reconocerse que tiene una calidad mucho más *objetiva* que aquella que corresponde al tema de la imparcialidad.

Siendo esa la situación; ¿cómo podrían darse «dudas justificadas sobre la independencia» del árbitro? La conexión puede no ser tan sencilla y llevar consigo una situación donde no hay aparente parcialidad, y aun así, contaminar el proceso.

Un ejemplo de esto es el punto 1.4 de la Lista Roja Irrenunciable de las *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014* (en adelante, *Directrices IBA*)²³, que señala: «Cuando el árbitro regularmente asesora a la parte que lo designa o a una filial de la parte que designa, y **el árbitro o su firma derivan un ingreso significativo de ello**» [negritas agregadas].

²² U.K. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law (1996: §§ 101–102).

²³ Las *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*, adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de Octubre de 2014, es la traducción oficial de las «*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*» de la misma fecha.

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

¿Se puede concluir algo sobre la naturaleza de la independencia de la regla citada? Pues que como parte del principio jurídico de que *nadie puede ser su propio juez*²⁴, el grupo de trabajo que redactó las Listas de las Directrices IBA, consideró que cuando una persona o la empresa para la cual trabaja, deriva un ingreso significativo de asesorar a una de las partes en una controversia, no puede presentarse a sí mismo como independiente de la parte. ¿Y eso por qué?, porque, en los hechos, el estilo de vida del árbitro depende del bienestar económico de la parte que lo ha designado, incluso si perder el cliente no le significara terminar en la mendicidad.

Otro de estos es el caso del árbitro “repetido”, esto es, cuando un árbitro recibe varias nominaciones de la misma parte, la otra podría deducir que esto se debe al haber favorecido a la parte que lo nombra, o que el árbitro nominado podría sentirse compelido a favorecerlo para ganar nuevas nominaciones, lo cual puede “ensuciar” la designación y dar la apariencia de falta de independencia. Este caso es muy similar al anterior, en tanto y en cuanto, como señala Hunter:

Un árbitro que, en efecto, **se gana la vida con los honorarios derivados de las designaciones** continuas de una parte en particular, sabe bien que no será designado de nuevo si concurre con el resultado que la parte designante desfavorecida, considera errónea²⁵ [negritas agregadas].

Finalmente, también las relaciones personales entre las partes o los asesores de la parte y los árbitros. En estos casos, la independencia se ve comprometida por el

²⁴ El grupo de trabajo, de hecho, hace referencia a este principio, como aplicable a este conjunto específico de prohibiciones, cuando señala en el párrafo 2 de la II Parte de las Directrices IBA: «*The non-waivable Red List includes situations deriving from the overriding principle that no person can be his or her own judge. Therefore, disclosure of such situation cannot cure the conflict*» [negritas agregadas].

²⁵ Hunter (1987: 222).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

interés financiero, laboral o de otro tipo que pudiera tener «un cónyuge, hermano/a/s, hijo/a/s, padre/s, o pareja civil»²⁶ en la empresa, su filial, un tercero que resulte sancionable por el resultado desfavorable del proceso, o el estudio jurídico que representa a alguna de las partes²⁷.

Por tanto, a los conceptos constitucionales señalados arriba hay que agregar las ideas desarrolladas sobre independencia en el área del arbitraje y ello, por cuanto, se está hablando sobre la incapacidad que tiene una parte de ser su propio juez, y en ese sentido la institución arbitral o los árbitros son los encargados de brindar la garantía a todos los interesados que, en sentido lato, ninguna de las partes se esté juzgando a sí misma. De ahí la relevancia que las partes y los árbitros no tengan una relación previa entre ellos de tipo financiero, sentimental, laboral o político.

3.2. ¿Qué es imparcialidad?

Respecto de la imparcialidad, el DRAE muestra la siguiente definición: «imparcialidad. (De imparcial). 1. f. Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud».

Si bien la imparcialidad no se encuentra señalada expresamente en el texto constitucional (a diferencia de la independencia)²⁸, el Tribunal Constitucional ha

²⁶ De acuerdo a la nota 4 de las Directrices IBA.

²⁷ De acuerdo con las listas ‘Roja Renunciable’ y ‘Naranja’ de la Guía sobre Conflictos de Interés de la *International Bar Association*.

²⁸ Y esto puede ser sintomático de cómo el constituyente concibió al juez peruano: como esencialmente imparcial y, por lo tanto, sería innecesario señalar en el “manual” del Estado –la Constitución– que la imparcialidad sea un requisito de su función, y, en cambio, la libertad con respecto a la influencia política, derivada de otros poderes del Estado, se considera como algo ni implícito, ni

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

encontrado fuente para su desarrollo en el derecho a un debido proceso²⁹ señalando en el fundamento jurídico 9 de su Sentencia N° 02465-2004-PA/TC, que:

[...] mientras la garantía de la independencia, en términos generales, alerta al juez de influencias externas, la garantía de la imparcialidad se vincula a exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso mismo».

El Tribunal –siguiendo las doctrinas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, en la Sentencia N° 00004-2006-PI/TC, fundamento 20, distingue entre la imparcialidad objetiva y la subjetiva. Por la primera entiende como «la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable», mientras la segunda se refiere a «cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso».

Según lo señalado en el párrafo anterior, la imparcialidad subjetiva comprendería parte de lo que hemos definido como independencia (los compromisos con el resultado o las partes y en ese sentido será aplicable la definición de dependencia, incluyendo lo referido a la familia del juzgador), pero también, es lo suficientemente amplio para comprender la definición de diccionario dada líneas arriba, esto es el «designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo», en tanto

connatural al juez (o acaso, es una indicación para los otros poderes estatales, ¿señalándoles el potencial castigo?).

²⁹ «Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del **debido proceso** y la tutela jurisdiccional».

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

uno puede tener un compromiso con una idea académica, con una filosofía o cualquier otra, que genere que el fallo del juez tienda a favorecer a una parte en lugar de la otra³⁰.

Sin embargo, y visto que la existencia dentro de la mente del juez de una idea, preferencia, adhesión, filosofía o pre-disposición particular no es fácil (incluso si es posible) de percibir y demostrar – e incluso de poder probar que existe la idea en la mente del juez, no se podría demostrar que esta ha influenciado su decisión³¹ –no está el operador en la capacidad de demostrar la imparcialidad o la falta de ella en este nivel, por lo que se tendrá que guiar de las manifestaciones externas del juzgador para tratar de individualizar la presencia de este tipo de parcialidad³².

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 06149-2006-PA/TC, ha hecho referencia también a la llamada «dimensión objetiva de la imparcialidad»: «referida a la influencia negativa que puede tener en el juez **la estructura del sistema**, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para **desterrar cualquier duda razonable**» [negritas agregadas]. Dicho análisis se basa en la llamada teoría de las apariencias, según la cual, «*justice must not only be done, it must also be seen to be done*» (que en español se traduce

³⁰ Si bien se entiende que una persona no es más que la suma de sus parcialidades, la definición que da el Tribunal puede comprender estas, pero habrá que analizar cuándo y cómo, estas ideas afectan negativamente el resultado del proceso.

³¹ En ese sentido, imagine el lector que es demostrable que un juez tiene opiniones desfavorables de un grupo étnico; por ejemplo, los escandinavos. En una controversia en la que dos corporaciones buscan la atribución de un derecho de propiedad sobre un predio, y una es parte de un conglomerado con capitales europeos que incluyen a accionistas noruegos: ¿se podrá afirmar fehacientemente que el resultado se deberá a la “escandinavofobia” del juez?

³² Y sin embargo, como se ha dicho en el texto, es terriblemente complicado demostrar la *efectiva influencia negativa* en el árbitro.

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

aproximadamente al poco-célebre «el juez no solo debe ser imparcial, sino también parecerlo»).

En esa línea, tenemos que considerar qué es lo que se busca salvar con las protecciones que se ofrece a través de la independencia e imparcialidad ¿se busca entonces salvar la *imparcialidad efectiva* o la *apariencia de imparcialidad*?

Dado que la parcialización efectiva es muy difícil de probar de manera directa no queda sino guiarse por circunstancias indiciarias de dicha parcialización, no por una cuestión filosófica, sino por una cuestión práctica.

En el campo arbitral la imparcialidad, conforme a la posición uniforme en la doctrina, constituye la condición o el estado mental del árbitro para *no adoptar una posición favorable o preferente o incluso perjudicial con respecto de ninguna de las partes hasta que el caso ha sido expuesto y argumentado en su totalidad*³³. Su ausencia es, por lo tanto, una condición cuya verificación en la realidad concierne una apreciación subjetiva y, de tal manera, corresponde mejor con la concepción subjetiva de la imparcialidad que postula el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y que alegremente sigue nuestro Tribunal Constitucional).

Por tanto, siendo la imparcialidad una condición connatural al árbitro, la ausencia de esta, significará que no cumple con lo dispuesto con lo señalado por la ley

³³ Posición bastante uniforme en la doctrina, por todos Bishop, Doak y Reed (1998).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

de arbitraje, en tanto no cumpliría con «las calificaciones [implícitamente] convenidas por las partes»³⁴.

3.3. ¿Qué es el deber de revelación?

El deber de revelación es una herramienta de prevención de potenciales recusaciones futuras, pues pretende proteger la confianza de las partes en los árbitros mediante la comunicación a las mismas de situaciones que –bajo determinadas circunstancias– podrían verse como faltas de imparcialidad o independencia. La consecuencia de fallar en esta acción de revelación es, en muchos casos, la anulación del laudo – cuando la revelación se da, no como parte del proceso normal de designación, sino en una etapa posterior, generando una duda razonable sobre la independencia o imparcialidad del árbitro.

La revelación, como herramienta, deriva básicamente de la autonomía de las partes y la renuncia a objetar determinadas “trasgresiones” en la imparcialidad de un árbitro, afirmando sobre ellas la confianza de las partes y la autoridad moral que ejerce aún en vista de la actitud potencialmente trasgresora.

Para entender la relevancia del deber de revelación tenemos que observar que, para las partes, el derecho a designar sus propios árbitros es esencial en el arbitraje³⁵. El derecho de nombrar su propio juzgador, uno que la parte sienta que pueda ser

³⁴ Artículo 28.3 LA 2008, que si bien señala que se puede recusar a un árbitro por la falta de independencia o imparcialidad, podría dispensar de señalarlo, pues estas condiciones son (como se señala) condiciones connaturales a la calidad de árbitro.

³⁵ Literatura sobre el tema hay mucha, por ejemplo Born (2009: 1366-1367). Cabe mencionar, sin embargo, la reciente controversia que al respecto se ha desatado, por parte de los árbitros Charles N. Brower y Charles B. Rosenberg, por un lado, y Jan Paulsson y Albert Jan van den Berg, por el otro, con respecto a los árbitros llamados “de parte” y su imparcialidad.

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

“empático” a su causa, resulta uno de los principales atractivos del arbitraje³⁶ y muchas veces se considera «la tarea más importante que realizan las partes»³⁷. A su vez, la autonomía de las partes (que es principal – y casi connatural – a la idea de arbitraje) es el fundamento para que estas puedan ejercer control sobre el proceso y sobre las calificaciones que debe tener un árbitro o todos ellos. Como resume una corte estadounidense:

Fuera de autorizar el juicio por combate o las ordalías o, más increíblemente, un tribunal de tres monos, las partes pueden estipular cualquier procedimiento arbitral que quieran para resolver sus disputas³⁸.

Sumado a ello, es pertinente el párrafo inicial de la opinión concurrente que diera el juez White en el caso *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.* (indiscutiblemente uno de los documentos más influyentes en material de independencia, imparcialidad y conflictos de interés en la historia reciente del arbitraje), donde se señala que:

Si bien estoy feliz de compartir la opinión de mi compañero BLACK en este caso, deseo agregar estas anotaciones adicionales. La Corte no decide hoy que los árbitros deben ser sometidos a los estándares de decoro judicial de los jueces del Artículo III, o – de hecho – cualquier juez. Es precisamente porque son hombres de negocios, no separados del mercado, que son eficientes en su función adjudicatoria. [...] Esto no significa que la judicatura deba hacerse de la vista gorda ante estas argucias al hacer efectivo sus laudos;

³⁶ En ese sentido, Rau (2005: 458): «In this country it has usually been assumed that these party-appointed arbitrators do not at all have the same obligations of impartiality and disclosure as arbitrators selected in other ways – and indeed, that the ‘tripartite’ form was chosen precisely so that each party can have a ‘friendly’ representative on the panel who can make sure ‘its side’ is taken seriously».

³⁷ Reisman y otros (1997: 640).

³⁸ Indeed, short of authorizing trial by battle or ordeal or, more doubtfully, by a panel of three monkeys, parties can stipulate to whatever procedures they want to govern the arbitration of their disputes. *Baravati v. Josephthal, Lyon & Ross*, 28 F3d 704, 709 (7th Cir. 1994).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

eso sería una renuncia de nuestras responsabilidades. Pero sí significa que los árbitros no estén automáticamente descalificados por una relación comercial con las partes **si ambas partes están informadas de la relación previamente**, o si no están conscientes de los hechos, pero la relación es trivial. No veo razón para descalificar automáticamente a los mejor informados y más capaces de los potenciales árbitros³⁹ [negritas agregadas].

En ese sentido, el principio general 4(c) de las Directrices IBA señala que:

Una persona no deberá fungir como árbitro cuando **un conflicto de interés, tal como los presentados en la lista Roja Renunciable**, exista. Sin embargo, dicha persona podrá aceptar la designación como árbitro o continuar en dicho puesto, si se siguen las siguientes condiciones:

- (i) Todas las partes, árbitros e institución arbitral o autoridad que designa (si existen) deben tener **completo conocimiento sobre el conflicto de interés**; y
- (ii) **Todas las partes deben acordar expresamente que dicha persona puede fungir como árbitro a pesar de su conflicto de interés** [negritas agregadas].

Aplicando la máxima jurídica *a maiori ad minus* (quien puede lo más puede lo menos) si se puede dejar en manos de las partes el decidir sobre el conflicto de interés con respecto a la lista Roja Renunciable (la segunda lista más grave de la clasificación de las Directrices IBA), con mayor razón, se podrá dejar a su disposición el decidir sobre las listas Naranja o Verde.

³⁹ Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.,(1968) 393 U.S. 145: «While I am glad to join my Brother BLACK'S opinion in this case, I desire to make these additional remarks. The Court does not decide today that arbitrators are to be held to the standards of judicial decorum of Article III judges, or indeed of any judges. It is often because they are men of affairs, not apart from but of the marketplace, that they are effective in their adjudicatory function. [...]. This does not mean the judiciary must overlook outright chicanery in giving effect to their awards; that would be an abdication of our responsibility. But it does mean that arbitrators are not automatically disqualified by a business relationship with the parties before them **if both parties are informed of the relationship in advance**, or if they are unaware of the facts but the relationship is trivial. I see no reason automatically to disqualify the best informed and most capable potential arbitrators».

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

Con atención a eso, la decisión sobre qué cosa es trivial resulta ser muy arriesgada⁴⁰, mientras la revelación y la información sobre los posibles conflictos de interés representa una significativa reducción del riesgo de anulación del laudo, dado que las partes podrían oponerse (si lo consideran necesario) a la designación de un árbitro, sobre todo, cuando se tiene en consideración la renuncia a objetar. En efecto, conforme al artículo 4 de la Ley Modelo UNCITRAL, la parte que esté informada sobre un posible conflicto de interés, deberá denunciarlo o pierde el derecho a objetarla después:

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar⁴¹⁻⁴².

Estando a lo señalado en los párrafos anteriores, se podría decir que las partes son como los “arquitectos de su arbitraje” y tienen la capacidad de decidir sobre quién y cómo quieren que se conduzca. Sumado a ello, la autonomía de las partes se extiende también a la decisión sobre independencia e imparcialidad⁴³. De allí se puede concluir que con la presencia del deber de revelación, los requisitos de independencia e

⁴⁰ En un contexto en que, en diciembre 2009, la Sala Comercial de la Corte Suprema de Rusia anuló el laudo emitido por un tribunal del que uno de los miembros no declaró haber sido orador en un evento académico organizado por el estudio jurídico que representaba a una de las partes: OAO NK Rosneft v. Yukos Capital S.a.r.l (Russia 2007).

⁴¹ Como se entiende del párrafo anterior del texto, esto no se aplica a los supuestos de la Lista Roja Irrenunciable de las Directrices IBA.

⁴² Las Directrices IBA otorgan un plazo «razonable» (o de 30 días cuando no haya uno).

⁴³ Como señala Park (2001: 480), «[la independencia] se presta a la renuncia a objetar hasta el punto donde la parte es el juez de su propia causa».

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

imparcialidad no son requisitos absolutos⁴⁴, sino que las partes pueden renunciar (hasta cierto punto) a ellos⁴⁵, pero solo con la condición de que ellas conozcan la relación que podría generar el conflicto de interés.

4. Conflictos de interés

4.1. ¿Qué es entonces, un conflicto de interés?

La idea del conflicto de interés ha sido (y es) utilizada de manera muy diversa y, en ocasiones, inconsistente para que una parte intente bloquear el avance de un proceso que sospecha que no le resultará favorable. Sin embargo, a los efectos del presente trabajo, es oportuno intentar dar una definición específica, que ayude a entender en qué momentos se está ante un conflicto de interés y cuándo no.

En ese sentido, el Comité sobre Conflictos de Interés en la Investigación, Educación, y Práctica Médica (EE.UU.) señala:

Un conflicto de interés es una serie de circunstancias que crean un riesgo de que las acciones o decisiones profesionales con respecto a un interés primario se vean indebidamente comprometidos por un interés secundario⁴⁶.

Esta definición se presenta no solo lo suficientemente amplia, sino que también es adecuadamente aceptada por la comunidad académica y, por lo tanto, será suficiente como punto de partida para el presente trabajo.

⁴⁴ Si así lo fueran, no tendría ninguna utilidad la existencia de las Directrices IBA sobre conflictos de interés.

⁴⁵ Como lo afirma la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Suovaniemi v. Finland*, App. No. 31737/96, Eur.Ct.H.R. (1999).

⁴⁶ En el original: «A conflict of interest is a set of circumstances that creates a risk that professional judgment or actions regarding a primary interest will be unduly influenced by a secondary interest»: Institute of Medicine (US) Committee on Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice (2009: 47).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

La idea del conflicto de interés es relevante por cuanto, como señala Trakman⁴⁷, es necesario para los árbitros y para las partes el comprender la naturaleza del mismo, de modo que puedan enfrentarlo y, de ser posible, re-direccionarlo para salvar la confianza de las partes en el arbitraje, ya que, como señalamos líneas arriba, este es el sustento del respeto de la decisión arbitral.

El conflicto de interés en el arbitraje⁴⁸, se ha entendido generalmente como referente a los temas de independencia, imparcialidad y deber de revelación del árbitro. Sin embargo, en este trabajo se pretende ver si es que este concepto se puede extender al pronunciamiento previo que realiza un árbitro sobre la controversia antes de existir una resolución definitiva sobre el fondo.

Ahora corresponde hacer un análisis sobre los elementos que ya conocemos, y medir la precisión de la definición propuesta, de manera que comprendiendo su relación –la cual muchas veces se confunde⁴⁹– se pueda medir y ver si calza la tutela cautelar en el marco del conflicto de intereses.

⁴⁷ Trakman (2007: 999): «Arbitrators need to understand conflicts in deciding whether to decline to accept appointment as arbitrators and as an ongoing obligation over the course of each arbitration. [9] They also need to understand when and what to disclose in the event of a conflict of interest and how to manage a conflict once they identify it, or alternatively, it is raised by a party. Arbitrators also need to understand conflicts as they relate to other participants in arbitrations, including but not limited to the secretary. Parties to arbitration, in turn, need to understand the nature and effect of a conflict of interest in identifying when an arbitrator is in conflict, and how to redress that conflict effectively».

⁴⁸ Como se puede observar de las Directrices IBA, que tratan el tema de la independencia e imparcialidad.

⁴⁹ En el convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), el artículo 14 (1), en sus 3 versiones originales, señala:

Español	Inglés	Francés
---------	--------	---------

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

4.2. ¿Hasta qué punto es renunciable la independencia e imparcialidad del juzgador?

Como ya indicado, la razón de ser del deber de revelación, es que las partes puedan, por sí mismas, decidir si el árbitro designado presenta, en su concepto, las cualidades deseadas para llevar adelante el arbitraje a pesar de un *aparente*⁵⁰ conflicto de intereses que pueda generar dudas sobre la independencia o imparcialidad del designado.

Ahora bien, un problema que podría presentarse pese al deber de revelación es que el árbitro podría encontrarse en una “ceguera de su propia parcialidad” (*Self bias blindness*)⁵¹ y, como consecuencia, las partes no podrían evaluar el impacto que podría producir en el juzgador este conflicto de interés, incluso cuando es comunicado a las mismas.

La explicación de la regla general 2 de las Directrices IBA, señala:

Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de [...] inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio [...].	Persons designated to serve on the Panels shall be persons [...] who may be relied upon to exercise independent judgment [...].	Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent [...] offrir toute garantie d' indépendance dans l'exercice de leurs fonctions [...].
--	--	--

Los textos muestran que en el contexto del convenio CIADI, la independencia y la imparcialidad son consideradas como una sola entidad o en todo caso, como equivalentes.

⁵⁰ Esto debido a que, cuando se trate de un *efectivo* conflicto de intereses, en principio, ningún arbitro debería aceptar una designación cuando *sienta* que se compromete su propia independencia e imparcialidad, como lo señala el principio general 4(c) de las Directrices IBA.

⁵¹ Esta idea es esencial para entender la totalidad de la propuesta de que se hace en la presente tesis y es de capital importancia, a pesar de ser ignorado muchas veces por los reglamentos arbitrales (y en el caso de Perú, incluso por la LA 2008 que deja en manos del Tribunal el resolver sobre las propias recusaciones), para entender los conflictos de interés potenciales en el arbitraje. En esa línea, puede revisarse Pronim, Lee y Gilovich (2004).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

(d) El Listado Rojo Irrenunciable describe **circunstancias que necesariamente originan dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro**. Por ejemplo, porque nadie puede ser autorizado a ser juez y parte, no puede haber identidad entre un árbitro y una parte. **Las partes, por tanto, no pueden renunciar al conflicto de interés que surge en dicha situación** [negritas agregadas].

Incluso, la regla general 4 de las Directrices IBA señala que las circunstancias en la Lista Roja Irrenunciable impiden cualquier renuncia que previamente pudieran haber hecho las partes sobre la calidad de los árbitros.

De los textos indicados se desprende (cuando menos) dos elementos que los miembros del grupo de trabajo que elaboró las Directivas IBA consideran irreconciliables con la independencia e imparcialidad (y en presencia de las cuales el proceso arbitral no puede considerarse llevado de acuerdo con las Directrices):

- a) Identidad entre una parte y el árbitro – que se refleja en las disposiciones 1.1 y 1.2 de la Lista Roja Irrenunciable – ; y
- b) Que el árbitro tenga un interés económico (directo o derivado) en el resultado del arbitraje, como se puede ver en las disposiciones 1.3 y 1.4 .

Además debe tenerse en cuenta que la explicación de la regla General 2(d) hace extensiva las reglas de la disposición de la Lista Roja Irrenunciable a toda las «circunstancias que necesariamente originan dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro» Esto es que se trata de circunstancias tan graves que las partes no pueden excusar al árbitro por su acuerdo.

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

4.3. ¿Qué relación existe entre el adelanto de opinión y la falta de terceridad?

La relación entre el adelanto de opinión y la terceridad es un aspecto poco estudiado pero que no es raro que se produzca en la práctica.

En la Decisión a la recusación del Caso *Perenco Ecuador Limited v. La República del Ecuador* (IR-2009/1 de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya) el Secretario General de la CPA se pronuncia sobre las declaraciones que el árbitro designado por la parte demandante (Hon. Charles N. Brower) da a la revista *The Metropolitan Corporate Counsel* en su número de Agosto del 2009, en la cual, dicho árbitro hace las siguientes (desafortunadas) declaraciones:

Existe un tema de aceptación y de voluntad de seguir participando [en el arbitraje], como lo ejemplifica lo que ha hecho Bolivia y lo que está haciendo Ecuador. Ecuador actualmente está expresamente reusándose a cumplir con los autos emitidos por dos tribunales CIADI con medidas cautelares muy duras, a lo cual dicen que tienen que hacer cumplir su ley nacional sin perjuicio de los autos. Pero cuando países huéspedes descubren que los demandantes van a actuar como aquellos que fueron expropiados en Libia, comienzan a iniciar procesos de “hot oil” [de confiscación de petróleo producido en exceso de la cuota permitida] y a perseguir buques petroleros, investigando a la gente que podría invocar cláusulas de incumplimiento cruzado en contratos de préstamo etc., La política puede cambiar. Luego de cierto tiempo, nadie invertirá sin una garantía⁵².

⁵² «There is an issue of acceptance and the willingness to continue participating in it, as exemplified by what Bolivia has done and what Ecuador is doing. Ecuador currently is expressly declining to comply with the orders of two ICSID tribunals with very stiff interim provisional measures, but they just say they have to enforce their national law and the orders don't make any difference. **But when recalcitrant host countries find out that claimants are going to act like those who were expropriated in Libya, start bringing hot oil litigation and chasing cargos, doing detective work looking for people who will invoke cross-default clauses in loan agreements etc., the politics may change.** After a certain point, no one will invest without something to rely on».

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

En estas declaraciones, como se puede ver, el juez Brower compara la situación en que se encontraba Ecuador con aquella de las nacionalizaciones de pozos petroleros en Libia en la década de los 70. Para Christiaan M.J. Kröner – Secretario de la CPA–, el problema planteado en el presente caso es que «ha prejuzgado el tema final a determinarse en el pronunciamiento sobre el fondo, sobre si Ecuador es responsable de haber expropiado la inversión de Perenco». En sus palabras:

Existe, sin embargo, mérito en el argumento del demandado que señala que **los comentarios del juez Brower sugieren que ha prejuzgado la cuestión de si las acciones de Ecuador constituyen una expropiación. Al invocar el ejemplo de “como aquellos que fueron expropiados en Libia” inmediatamente después de una referencia a la actitud de Ecuador frente al arbitraje de inversión en general, y su conducta en este caso CIADI en particular, es razonable inferir que el juez Bower está planteando una analogía entre Ecuador y Libia en la famosa nacionalización de petroleras de los 70.** Mientras que el juez Bower explica su posición de que las frases no están relacionadas y que el ejemplo de Libia se da solamente como una hipótesis general, un lector razonable verá las oraciones, en respuesta a la misma pregunta, como parte de una misma idea⁵³ [negritas agregadas].

Este caso sirve para ilustrar la mirada que la comunidad internacional tiene sobre el *adelanto de opinión* en el arbitraje: que éste viene indefectiblemente vinculado con un *prejuzgamiento*, el cual es contrario al principio de imparcialidad que se señala líneas

⁵³ «There is, however, merit in Respondents’ argument that **Judge Brower’s comments suggest that he has prejudged the question of whether Ecuador’s actions constitute an expropriation. By invoking the example of «those who were expropriated in Libya» immediately after a reference to Ecuador’s attitude to investment arbitration generally, and its conduct in this ICSID case in particular, it is reasonable to infer that Judge Brower is drawing an analogy between Ecuador and Libya in the famous nationalizations of oil companies in the 1970s.** While Judge Brower explains his belief that the sentences are unrelated and the Libya example is given as a general hypothesis only, a reasonable reader would nevertheless view the sentences, in response to the same question, as related».

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

arriba, en tanto es indicativo de una posición tomada a favor o en contra de una de las partes.

Siendo eso así, el adelanto de opinión merece, como se señalaba al cerrar el acápite anterior, un tratamiento similar al de la Lista Roja Irrenunciable de las Directrices IBA, esto es un adelanto de opinión, necesariamente implica una falta de *terceridad* y, por lo tanto, debe truncar cualquier acuerdo que las partes pudieran tener para dispensar el tema ético en el juzgador.

4.4. ¿Qué relación existe entre las medidas cautelares y el adelanto de opinión?

En el Perú, poca o nula atención⁵⁴ se ha prestado a la posible incompatibilidad derivada del pronunciamiento de una orden cautelar y el ser juez de fondo de la controversia. Notable ejemplo es el art. 612 del Código Procesal Civil de 1993 que señala que «Toda medida cautelar **importa un prejuzgamiento** y es provisoria, instrumental y variable» [negritas agregadas], en lo que podría llamarse un *desliz freudiano* de técnica legislativa⁵⁵. La norma ha servido para que muchos jueces conozcan de las instancias cautelares, sin plantearse el problema el problema de su

⁵⁴ No dejamos de lado la sentencia del Tribunal Constitucional N° 06149-2006-PA/TC donde este señala sobre la ‘dimensión objetiva de la imparcialidad’, que esta es «[...] referida a la influencia negativa que puede tener en el juez *la estructura del sistema*, restándole imparcialidad [...]».

⁵⁵ En ese sentido, Ariano Deho (2013: 12).

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

terceridad (quizás porque no forma parte de la regulación, ni estatutaria ni constitucional)⁵⁶⁻⁵⁷ al estar adelantando opinión⁵⁸.

Así, el dictado de medidas cautelares, de acuerdo al artículo 608 CPC vigente –a pesar del prejuzgamiento que el artículo 612 prescribe⁵⁹– corresponde al Juez «que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda».

Esta idea de que el juez del cautelar debe ser el mismo juez que el del fondo ha pasado, como muchas otras, al arbitraje mediante el proceso de “judicialización” del proceso arbitral⁶⁰. En ese sentido, la ley de arbitraje señala en su artículo 47(1) que «Una vez constituido, **el tribunal arbitral, [...], podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo**», y más

⁵⁶ El requisito de independencia o imparcialidad del juez en nuestro ordenamiento deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 8.1 señala: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial**, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter» [negritas agregadas].

⁵⁷ Este requisito tampoco existe en la legislación francesa – la cual ampara la imparcialidad del juez en el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos–, lo cual no ha sido impedimento para su desarrollo pretoriano, como se verá más adelante.

⁵⁸ Hay que tener en cuenta, sin embargo, la Ley N° 29277 (Ley de Carrera Judicial): «**Artículo 40:** Está prohibido a los jueces: [...] 12. Adelantar opinión respecto de los asuntos que conozcan o deban conocer».

⁵⁹ Posiblemente el legislador peruano buscaba señalar, como lo hace el legislador colombiano, que «la Medida Cautelar **no** importa un prejuzgamiento». Lo que por sí solo refuerza la teoría del “desliz freudiano”.

⁶⁰ Llamado en inglés “*creeping legalism*” o “*incremental formalism*”, esto es, la situación en que el proceso arbitral está perdiendo el atractivo frente al proceso civil. Esto ha sido atribuido por Phillips (2010: 41-42) «en gran parte al expansivo papel que juegan los abogados en el proceso. Dado que el arbitraje es un proceso consensual diseñado por las partes, a menudo mediante sus abogados, estos se encuentran en una posición privilegiada cuando se trata de determinar el proceso que desean obtener. Si buscan extensiones, ingresan múltiples peticiones y solicitan exhibiciones extensivas de documentos, entonces el proceso tendrá la forma de un proceso judicial».

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

aún en su artículo 47.5 se menciona que una vez constituido el tribunal arbitral, «cualquiera de las partes puede [...] pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, **bajo responsabilidad**, a remitirlo en el estado en que se encuentre». Estas disposiciones pasan por alto el compromiso que este «prejuzgamiento» provoca a la terceridad del juzgador, en tanto que encargará como primera tarea al tribunal arbitral la decisión sobre la probabilidad de éxito de una parte o de la otra.

Haciendo un ejercicio de derecho comparado, otros países, al verse enfrentados con el problema de dar competencia para fallar sobre el fondo al juez que ya conoció de la controversia en un momento distinto, han reaccionado con principal interés en mantener la independencia e imparcialidad (o la “terceridad”) del juez.

Así, por ejemplo, Italia – a la luz del art. 51.4 de su Código Procesal Civil⁶¹ ha optado por generar la obligación de abstención del juez, cuando éste haya (entre otras circunstancias señaladas por la norma) «conocido como magistrado en otro grado del proceso». Más aún, la Corte Constitucional italiana, en la Sentencia 387/1999, ha expandido este concepto – «otro grado del proceso»- para cubrir «[no] únicamente a los diferentes niveles del proceso, de acuerdo con el orden de las cortes», sino también las «fases que, en un proceso civil, se suceden con carácter de autonomía, teniendo contenidos impugnables, y caracterizadas [...] por un pronunciamiento que concierne al mismo objeto, y la misma evaluación retroalimentada sobre el fondo de la controversia

⁶¹ «Art. 51. (Astensione del giudice) Il giudice ha l’obbligo di astenersi: [...] 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, **oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro** o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico» [negritas agregadas].

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

en la primera fase, e incluso ante el mismo órgano judicial». Dentro de ese marco, resulta anulable la sentencia dictada por un magistrado que conoció la causa en fase sumaria o cautelar (o apelación de la cautelar) y sentencia sobre el fondo (o la apelación de este) sea en solitario o como parte de un colegiado.

En Francia, por su parte, la solución ha sido pretoriana, y viene dictada por una serie de sentencias de la Corte de Casación, la cual ha considerado incompatible que el juez que dictó una resolución – o participó de un colegiado – conozca la apelación o el recurso de casación interpuesto contra la misma medida (Segunda Sala Civil, Recurso de Casación N° 94-20002⁶²), e incluso para integrar un órgano colegiado, cuando ya ha expresado su posición acerca de la culpabilidad de la parte (o más bien, de la contestabilidad –o no-contestabilidad– del derecho reclamado mediante tutela sumaria). A su vez y con respecto a los jueces auxiliares, la *Cour de Cassacion* ha resuelto que el *juge de tutelles* no puede conformar el *tribunal de grande instance* contra su propia resolución (Segunda Sala Civil, Recurso de Casación N° 91-19099⁶³); que no puede integrar la *chambre d'accusation* el magistrado que presidió la investigación como *juge d'instruction*⁶⁴ (Sala Criminal, Recurso de Casación N° 90-80204⁶⁵); que es

⁶² «Attendu que l'appel tendant à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré, un même magistrat ne peut siéger en appel après avoir siégé en première instance».

⁶³ «Attendu que le juge des tutelles ne peut faire partie de la formation du tribunal de grande instance qui connaît du recours exercé contre la décision qu'il a rendue ; Attendu que, pour statuer sur le recours exercé par les consorts X... contre un jugement d'ouverture de tutelle rendu par M. Y..., juge des tutelles, le tribunal de grande instance était composé du président et de deux juges, dont M. Y... ».

⁶⁴ De manera similar a como sucede en el Perú en el ámbito penal – a la luz de los artículos 28 y 29° del Nuevo Código Procesal Penal – y por la misma razón, pues, como se señala en la siguiente nota al pie, «la ley busca una garantía eficaz a la administración de justicia; que el recurso al examen de la Sala de acusación sería ilusoria si el mismo magistrado podría, sobre la misma causa, asumir su oficio en dos grados del proceso».

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

incompatible con la función de juzgador, la del magistrado que ha participado como fiscal del proceso (Sala Criminal, Recurso de Casación N°88-84586⁶⁶).

Ciertamente el gran ausente en este caso es el *juge des référés*, sobre el cual, la *Cour de Cassation* (al menos sus salas civiles) ha sido ambivalente prefiriendo ampararse en la diversa naturaleza de los pronunciamientos (el de fondo y del *référé-provision*)⁶⁷ para fallar con un rotundo: «depende» (Asamblea Plenaria, Recurso de Casación N° 94-17709⁶⁸). En todo caso, la judicatura francesa no ignora que está comprometida la imparcialidad del juez que dicta una medida de emergencia cuando ésta implica cierto prejuizamiento; pero pretende señalar que la excepción a esta regla es la medida de mera conservación.

En el Perú, la reciente Sentencia Plenaria N° 1-2015/301-A.2-ACPP en su argumento vigésimo sostiene que:

⁶⁵ «Attendu qu'en instituant la chambre d'accusation, juridiction d'instruction du second degré et en lui attribuant la connaissance des appels des ordonnances du juge d'instruction, **la loi a voulu une garantie efficace à l'administration de la Justice ; que le recours à l'examen de la chambre d'accusation serait illusoire si le même magistrat pouvait dans la même affaire remplir son office dans les deux degrés**».

⁶⁶ «Attendu que, selon l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial; **qu'il en résulte que ne peut participer au jugement d'une affaire un magistrat qui en a connu en qualité de représentant du ministère public**».

⁶⁷ Diferencia que no hace en ninguno de los casos anteriores de jueces auxiliares.

⁶⁸ «Attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; que cette exigence doit s'apprécier objectivement ; qu'il en résulte que lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, **il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation ; [MAIS...]** dès lors que les deux instances n'étaient pas de même nature s'agissant, d'une part, d'un appel contre une ordonnance de référé qui n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée, d'autre part, d'une instance au fond, **de sorte qu'en se prononçant sur l'appel du référé la Cour ne pouvait être considérée comme s'étant déjà prononcée sur le litige au fond**».

CAP. II: “TERCERIDAD” Y CONFLICTO DE INTERESES EN EL PROCESO ARBITRAL

[...] no es razonable que el juez supremo que conoce de una acción de revisión sea el mismo que antes emitió una sentencia producto del juicio oral o decidió recursos de nulidad o de casación, de los que se derivó una sentencia condenatoria con carácter de cosa juzgada. En estos supuestos, sin duda, las referencias a la parcialidad del juez se pueden considerar objetivamente justificadas.

Por su parte, en el campo del arbitraje, la tendencia apunta hacia el completo opuesto a las ambivalencias francesas: si bien se conserva la capacidad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, la participación del *árbitro de emergencia* (del que se tratará en el siguiente Capítulo) como parte del tribunal de fondo está restringida en un considerable número de reglamentos⁶⁹.

Las razones parecen ser obvias (el adelanto de opinión y la imparcialidad que el prejuzgamiento implica) y, sin embargo, los poderes del tribunal de fondo persisten, en lo que se refiere a los poderes de tutela cautelar que el mismo ejerce a la vez que los de juzgador sobre el fondo, por lo que queda aún la pregunta principal de esta sección: ¿puede ejercerse la tutela cautelar sin que ésta inflencie la decisión sobre el proceso de fondo?

⁶⁹ Por ejemplo, las Reglas de Arbitraje (2014) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual señalan en su artículo 49 (L): «Salvo que las partes hayan llegado a un acuerdo, **el árbitro de emergencia no podrá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la disputa.**», mientras las Reglas del Árbitro de Emergencia de la Cámara de Comercio Internacional en su artículo 2 (6): «**El árbitro de emergencia no deberá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la controversia que haya dado origen a la Petición**» [negritas agregadas].

CAPITULO III

TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

1. Medidas cautelares y autonomía del arbitraje

En la historia reciente del arbitraje existe una necesidad que ha impulsado a la búsqueda de una serie de métodos y herramientas para preservar la independencia del tribunal arbitral en dos frentes: primero, se busca afirmar la independencia del tribunal frente a las partes del proceso, lo cual hemos analizado en el capítulo anterior de este trabajo y, segundo, la independencia del juzgador arbitral y más en general del sistema arbitral en su conjunto, de la intervención de los Estados¹.

Ambos aspectos de la independencia constituyen manifestaciones esenciales del arbitraje como sistema de solución de controversias altamente especializado que los privados controlan mediante los usos y costumbres sectoriales.

En ese sentido, la independencia del arbitraje frente a los órganos judiciales estatales es necesaria para preservar la competitividad y su fortaleza como remedio veloz, autónomo, flexible, creativo y capaz de responder a las necesidades del mercado, esto es, todo lo contrario a como usualmente se presenta el proceso estatal.

¹ Vid., *supra*, Cap. II, notas 13 y 14.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

La independencia del arbitraje frente al poder del Estado está vinculada a sus orígenes contractuales, permitiendo a los privados que alejan la solución de sus controversias del control estatal que podría no resolver con la prontitud necesaria o con los conocimientos específicos propios del sector económico en el que se desenvuelven las partes.

Justamente esta ausencia del Estado es lo que hace más relevante la preservación del principio de terceridad en el árbitro.

En esa línea de independencia frente al Estado se encuadra la atribución para adoptar decisiones cautelares a los mismos árbitros que deciden el fondo de la controversia, esto es, para que no se acuda a los jueces estatales. Tal como lo señala Lapiedra Alcamí «está fuera de toda duda que los árbitros son quienes están en mejores condiciones de decidir si procede, o no, adoptar una medida cautelar»².

En efecto, para que una figura jurídica como el arbitraje – que tiene sus orígenes en el *compromissum* romano que permitía a los ciudadanos evadir el proceso judicial y dirigir el mismo a un *arbiter* – pueda existir en los términos en que existe hoy, es necesaria cierta libertad frente a la intervención del Estado. Más aun, el arbitraje ha sido descrito como «una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal»³ de individuos que acuerdan someter sus diferencias a la decisión de un tercero.

La decisión de las partes de sustraer la controversia del sistema judicial es parte de su libertad. Ciertamente no es posible conocer los motivos por los cuales las partes no desean que un juez estatal intervenga en su controversia: podría ser por las demoras

² Lapiedra Alcamí (2008: 125).

³ Castillo Freyre y Vásquez Kunze (2013: 275).

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

y sobrecarga procesal del órgano estatal; podría ser por la necesidad de un juzgador especializado en el tema de la controversia (o en los usos y costumbres del mercado específico de la misma), podría ser para proteger la imparcialidad de la decisión como en el caso de las contrataciones con el Estado, o quizás para satisfacer la curiosidad de las partes. Lo importante es que las partes estén de acuerdo en sustraer de la competencia de los jueces estatales las controversias que surjan entre ellas.

Como consecuencia de esa libertad, de esa capacidad del individuo de excluir al juez estatal de esta controversia, ciertos poderes procesales se confieren al árbitro que le permitan conducir adecuadamente el arbitraje. Uno de estos poderes, es la capacidad de dictar medidas cautelares.

El dictado de medidas cautelares, sin embargo, requiere del poder para hacerse cumplir⁴, lo que muchas veces requiere de cierta colaboración judicial, que debe aplicarse de manera restringida y dentro de los límites de la ley, para garantizar la constitución del tribunal o el cumplimiento de su resolución.

Para garantizar la autonomía dentro de los límites, con el fin de no enfrentar estas dos necesidades del proceso arbitral (colaboración y autonomía), hay que ver cuál es el alcance de las medidas que pueden ser emitidas por los jueces estatales y aquella de los árbitros, a los efectos de determinar si las primeras a favor de la autonomía arbitral.

⁴ Sin perjuicio de las herramientas que se analizarán, *infra*, § 2.2.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

1.1. Medidas cautelares pre-arbitrales

En el arbitraje nacional, conforme a la LA 2008, los jueces estatales cuentan con facultades limitadas para dictar medidas cautelares cuando media una cláusula arbitral.

En efecto, los jueces cuentan por su propia naturaleza con la capacidad de ejercer tutela cautelar en las controversias que no han sido puestas (o que no han llegado aún) a consideración de un tribunal arbitral. Esta capacidad es parte de su jurisdicción y el ejercicio constitucional del derecho de las partes, que ciertamente, no colisiona con el derecho de solucionar el fondo de la controversia mediante arbitraje.

Es así que el artículo 47.4 de la LA 2008 señala: «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».

De la disposición citada se desprende que el límite para que las partes acudan al órgano judicial para que obtengan tutela cautelar, es la constitución del tribunal arbitral, pues una vez constituido este, la potestad arbitral es asumida exclusivamente por el tribunal arbitral, el cual «está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes».

De acuerdo con lo dispuesto por la indicada disposición, las partes pueden recurrir ante un juez competente⁵, para que dicte una medida cautelar, la cual tendrá

⁵ Art. 8.2. LA 2008: «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».

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

efecto hasta que el tribunal arbitral⁶ decida modificarla o reformarla⁷ o caduque de pleno derecho⁸.

Una de las principales ventajas de las medidas judiciales, es que el catálogo de medidas disponibles al juez estatal es abierto (esto es, todas las que la ley no prohíbe) y, por otro lado, que éste puede además de dictar la medida, ejecutarla.

En ese sentido, resulta importante recordar también que las órdenes dictadas por los árbitros que tengan naturaleza cautelar podrán (como se verá más adelante) hacerse ejecutar por medio de la jurisdicción ordinaria, lo cual parece ser contrario a la lógica del arbitraje como medio privado de solución de controversias.

La principal ventaja de las medidas judiciales, sin embargo, en los términos del presente trabajo, es que se *evita posibles conflictos de interés en el tribunal arbitral debido al dictado de medidas cautelares*⁹. Pese a esta ventaja parece contrario al principio de autonomía del arbitraje que la única solución posible para preservar la *terceridad* del tribunal arbitral, sea recurrir al órgano estatal, frustrando así la voluntad

⁶ Art. 47.5 LA 2008: «Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, [...]. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada».

⁷ Art. 47.6 LA 2008: «El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes».

⁸ Art. 47.4 LA 2008: «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».

⁹ Vid., *supra*, Cap. II §4.4

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

de las partes de no incluir en su controversia al Estado, voluntad manifestada en el acuerdo arbitral.

1.2. Competencia cautelar de los árbitros

Más allá de los puntos ya tratados en el Capítulo I de este trabajo¹⁰, se precisa analizar el artículo 47.2 de la LA 2008 que establece la potestad de los árbitros para emitir medidas cautelares. La disposición establece:

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 [...]** [negritas agregadas].

De esta disposición emerge que:

- a) Una vez constituido el tribunal, la única autoridad para el dictado de medidas cautelares es este mismo, no pudiendo emitir las ni el órgano judicial¹¹, ni ninguna otra entidad¹². Corresponde señalar que esta disposición es una peculiaridad de la LA 2008, que contrasta con otras leyes arbitrales que dan autoridad al tribunal así como al juez.

¹⁰ Vid., *supra*, Cap. I §5.

¹¹ Siguiendo el artículo 47.5 de la LA 2008: «Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. **La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre**, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar» [negritas agregadas].

¹² Pero viendo que no existe una referencia a qué árbitro o tribunal arbitral se refieren (no necesariamente a «quien decide el fondo de la controversia», entonces), nada impide que las reglas de arbitraje elegidas por las partes designen a alguien para tomar decisiones cautelares, incluso antes del tribunal sobre el fondo, al estilo del *référé* arbitral o de la figura que se discutirá en el Capítulo siguiente.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

- b) Los límites temporales del poder cautelar de los árbitros están señalados en la norma: la constitución del tribunal (como inicio) y el dictado del laudo (como final). La eficacia de dicha decisión persiste, dependiendo de la naturaleza de la medida, hasta el cumplimiento del laudo.
- c) La decisión cautelar puede revestir o no la forma de laudo, con lo que se empodera al tribunal para tomar la decisión aunque ello signifique que bastaría una orden del tribunal. En ese sentido, la legislación peruana sigue lo dispuesto por la Ley Modelo UNICITRAL, según la cual, más allá de la forma que tenga la medida cautelar, tiene valor de laudo¹³, en línea con la Ley de Arbitraje española de 2003¹⁴, la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda de 1996¹⁵, entre otras.
- d) Las destinatarias de las ordenes cautelares son las partes. Esta podría ser la parte más importante de la disposición analizada, pues al contrario de cómo funciona la tutela cautelar en el sistema del *Civil Law* (y por ende en las cortes peruanas), la medida cautelar de los árbitros no es *in rem*,

¹³ Con ello, la norma peruana sigue fielmente la disposición del artículo 17.2 de la Ley Modelo, que sostiene: «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 arbitral ordene a una de las partes que [...]».

¹⁴ El artículo 23.2 de la Ley de Arbitraje española, del 23 Diciembre de 2003, señala: «A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, **cualquiera que sea la forma que revistan**, le serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos» [negritas agregadas].

¹⁵ El art. 17 de La Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda establece: «Interpretation. – In this Chapter, unless the context otherwise requires,—

[...] **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: [...]» [negritas agregadas].

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

sino *in personam*¹⁶, de modo que las ordenes dictada por el tribunal arbitral debe estar formuladas de tal manera que se ordene **a las partes** a cumplir con una acción determinada o facilitar el cumplimiento de una determinada disposición. Así, por ejemplo, la medida tomada por el tribunal no podrá estar dirigida a un tercero (como por ejemplo, el banco X, solicitando que revele la existencia de cuentas en su institución a nombre de una de las partes y – de ser el caso – congele las mismas) sino a la parte, para que garantice el monto solicitado.

El conflicto entre ambas jurisdicciones (ordinaria vs. arbitral) queda zanjado con la constitución del tribunal, en tanto éste asume las funciones de la tutela cautelar con este evento (la aceptación del último árbitro). Pero debe tenerse en cuenta que no es hasta este momento que dichas funciones pasan al tribunal arbitral, pues su efectivo funcionamiento puede tomar semanas o hasta meses (el plazo para la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares dictadas por el juez previo a la constitución del tribunal arbitral es de hasta 90 días útiles), lo que deja en peligro la capacidad de las partes de resolver su propio conflicto y con la necesidad de una regulación más efectiva.

2. Alternativas a las medidas judiciales pre-arbitrales

Cuando una necesidad surge en el ámbito del arbitraje que no puede ser cubierta con las herramientas que el proceso arbitral proporciona, la praxis ha mostrado una enorme creatividad para adaptarse, haciendo del arbitraje un campo fértil para la experimentación procesal.

¹⁶ Vid., *supra*, Capítulo I, § 4.1.2.1. y § 4.2.2.1

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

Es esa fertilidad para la experimentación, combinada con la necesidad de crear entidades que sean independientes del control jurisdiccional, la que ha dado lugar en años recientes a una verdadera revolución procesal y académica en el mundo del arbitraje: la creación e implementación casi universal del *árbitro de emergencia*, el cual ha tenido no solo un rotundo éxito en cuanto a su recepción por parte de los centros arbitrales del mundo (acompañado, en algunos países, de reformas legislativas¹⁷) sino también a una avalancha de estudios sobre su alcance y aplicación.

Esta figura es esencial para entender la propuesta del presente trabajo, como lo son también las formas mediante las cuales, los árbitros hacen cumplir las órdenes cautelares.

De ambos aspectos se tratará en seguida.

2.1. El procedimiento de arbitraje de emergencia

En Francia el juez de emergencia (*juge des référés*) es una figura judicial con una larga historia¹⁸, que inspiró aquella del árbitro de emergencia en la Cámara de Comercio Internacional de París (en lo sucesivo ICC), figura que fue presentada ante la palestra internacional con el *pre-arbitral referee procedure* de 1990¹⁹ (en lo sucesivo, referiré en este trabajo a esta y otras figuras similares en español con el término «réferi pre-arbitral»), figura enderezada a:

¹⁷ Vid., *infra*, nota 62.

¹⁸ Señala Correa Delcasso (2008: 158-159): «El *référé* es una creación jurisprudencial del tribunal del *Châtelet* de París, [...] el primer texto legal que lo reguló, recogiendo la anterior praxis judicial, fue el edicto de 22 de enero de 1685, cuando literalmente estableció que las partes podrían comparecer ante el juez el mismo día para ser oídas, debiendo este último '*ordenar lo que estimara justo*'» [cursivas del autor].

¹⁹ ICC (1990).

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

[...] permitir a las partes que así lo hayan convenido, recurrir rápidamente a una persona (llamado el Tercero) facultada para ordenar medidas tendentes a resolver un problema urgente, incluyendo mantener o conservar pruebas. Las medidas precautorias ordenadas, por tanto, podrán proveer una solución provisional de la disputa y podría sentar las bases para su solución definitiva ya sea mediante acuerdo o de alguna otra forma²⁰.

Originalmente, esta institución resolvía el problema de competencia en los casos de arbitrajes internacionales, donde la naturaleza comercial del arbitraje es más evidente y las partes no están necesariamente conectadas a un territorio o una sola jurisdicción, permitiendo no recurrir necesariamente a los órganos judiciales estatales para la obtención de medidas provisionales o cautelares.

Con el tiempo y la adaptación de los reglamentos y normas arbitrales internas, esta figura comienza a cobrar un nuevo matiz al servir como una forma más expeditiva y menos conflictual de obtener medidas asegurativas del laudo final. En esa línea, el árbitro de emergencia es un juzgador exclusivo para temas cautelares, cuya competencia viene definida por la necesidad de las partes de obtener tutela cautelar previa a la constitución del tribunal arbitral cuando no quieran (o no puedan) recurrir a la tutela de un determinado Estado.

En sus orígenes, para la aplicación del procedimiento de réferi pre-arbitral era necesaria la suscripción de un acuerdo especial que hiciera mención a las capacidades

²⁰ Así lo señala la Introducción del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la ICC (1990). Similar disposición se repite en su actual Reglamento de Arbitraje (2012), en cuyo artículo 29.1 se dispone: «A party that needs urgent interim or conservatory measures that cannot await the constitution of an arbitral tribunal (“Emergency Measures”) may make an application for such measures pursuant to the Emergency Arbitrator Rules in Appendix V [...]».

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

del árbitro de emergencia²¹, lo que conllevó el retraso en la entrada en vigencia de la figura y su escasa aplicación. Tanto es así que en sus primeros 10 años, el referí pre-arbitral de la ICC fue aplicado en menos de 5 casos²².

En la actualidad, numerosas instituciones han desarrollado disposiciones para atender la necesidad de tutela cautelar pre-arbitral, mediante la figura del árbitro de emergencia o la constitución acelerada del tribunal, como por ejemplo el *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC), la *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC), la *México City National Chamber of Commerce* (CANACO), el *Netherlands Arbitration Institute* (NAI) – que permiten el nombramiento del árbitro de emergencia así como la constitución acelerada – o la *London Court of International Arbitration* (LCIA), el Centro Internacional de Solución de Controversias de la AAA y el Centro e Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) – que disponen el nombramiento de árbitros de emergencia–.

La ICC, como pionera de la figura del árbitro de emergencia, en 1990 estableció las bases sobre las cuales las demás instituciones arbitrales crearían sus propias versiones del procedimiento precautorio pre-arbitral. Algunas características de la figura que han devenido en esenciales son:

- a) **Procedimiento voluntario.** Como se ha ya señalado²³, el acceso al procedimiento de árbitro de emergencia solía requerir del consentimiento expreso de las partes. Aunque ese no es el caso ahora, la voluntariedad

²¹ Como se puede ver en el artículo 3.1 de las *Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure*, que señala: «An agreement to use the Pre-Arbitral Referee Procedure must be in writing».

²² Gaillard y Pinsolle (2004: 13).

²³ Vid., *supra*, nota 21.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

del procedimiento persiste, en tanto las partes que suscriben el convenio arbitral pueden optar por alejarse (*opt out*) del procedimiento de árbitro de emergencia²⁴, seleccionando otros métodos de tutela cautelar pre-arbitral, u optando por la jurisdicción ordinaria para atender las necesidades cautelares previas a la constitución del tribunal. Más aún, el recurrir a la jurisdicción ordinaria para obtener medidas cautelares no es incompatible con la competencia del réferi pre-arbitral²⁵, aunque deba ser notificado a la brevedad a la Corte y al árbitro de emergencia.

- b) **Procedimiento célere.** El apéndice V de las Reglas de arbitraje de la ICC (2012) artículo 2.1 indica que el árbitro de emergencia será designado por el Presidente de la Cámara a más tardar a los dos días desde que se admite la solicitud de medidas de emergencia, y señala además en su artículo 6.4 que «La Orden será hecha no más tarde de los 15 días siguientes a la fecha en la que el expediente haya sido entregado al árbitro de emergencia de conformidad con el Artículo 2(3) de este Apéndice», aunque permite la extensión del plazo por el presidente de la

²⁴ Una ruta similar es la recorrida por la American Arbitration Association, con sus *Optional Rules for Emergency Measures of Protection* (2006).

²⁵ De acuerdo con el artículo 29 (7) de las Reglamentos de Arbitraje de la ICC (2012): «The Emergency Arbitrator Provisions are not intended to prevent any party from seeking urgent interim or conservatory measures from a competent judicial authority at any time prior to making an application for such measures, and in appropriate circumstances even thereafter, pursuant to the Rules. Any application for such measures from a competent judicial authority shall not be deemed to be an infringement or a waiver of the arbitration agreement. Any such application and any measures taken by the judicial authority must be notified without delay to the Secretariat».

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

Cámara, está implícito que es por una única vez, esto es, que no será por tiempo indefinido²⁶.

De acuerdo con el *International Center for Dispute Resolution* (ICDR) de la American Arbitration Association (AAA), el tiempo promedio para la emisión de un «laudo provisional» es de 25 días, SIAC estima 8 días y medio, y SCC estima entre 5 y 6 días para la decisión de emergencia²⁷.

- c) **Atención a la urgencia.** Aunque originalmente, la urgencia no era necesariamente un requisito para la admisión de la solicitud de tutela pre-arbitral²⁸, en la actualidad las Reglas del Anexo V del Reglamento ICC 2012²⁹ señala en su artículo 1.3 (e) que la solicitud deberá contener: «las razones por las cuales el peticionario necesita medidas provisionales o

²⁶ Cabe agregar que este procedimiento no detiene el proceso de nombramiento de los miembros del tribunal sobre el fondo, quienes absorben la competencia sobre la tutela cautelar cuando se constituye el tribunal, lo cual enfatiza el punto del límite temporal del árbitro de emergencia.

²⁷ Zagata Vasani (2015).

²⁸ Las reglas de la ICC sobre Réferi pre-arbitral (llamado “el Tercero”) de 1990 señalan en su artículo 2.1 que:

Los poderes del Tercero son:

- (a) ordenar cualquier medida conservativa o restaurativa que **se requieran urgentemente** para prevenir el daño inmediato o la pérdida irreparable y así proteger los derechos de propiedad de una de las partes;
- (b) ordenar a una parte hacer el pago necesario a la otra parte o a un tercero;
- (c) ordenar a una parte asumir cualquier medida que sea necesaria de acuerdo al contrato entre las partes, incluyendo la firma o entrega de cualquier documento o la obtención de la firma o entrega de un documento por un tercero;
- (d) ordenar cualquier medida necesaria para preservar o mantener evidencia. [traducción del original en Inglés] [negritas agregadas]

Como se puede observar, la referencia a la urgencia se hace solo para las medidas dictadas bajo el artículo 2.1 (a), en ese sentido, el réferi pre-arbitral podría dictar ordenes no imbuidas de urgencia.

²⁹ ICC Arbitration Rules Appendix V- Emergency Arbitrator Rules.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

conservatorias urgentes **que no pueden esperar hasta la constitución del tribunal arbitral**» [negritas agregadas]. Otros Centros Arbitrales han seguido esta línea, de modo que la urgencia es un elemento esencial para acceder al Procedimiento de Arbitro de Emergencia (PAE) en la mayoría de reglamentos arbitrales actuales.

- d) Exclusivo entre las partes.** Por la forma como está planteada la institución, la decisión del árbitro de emergencia solo puede estar dirigida a las partes signatarias del convenio arbitral. Esto quiere decir, que la competencia cautelar del árbitro de emergencia no es extensiva a terceros, ni a partes no signatarias, quienes en todo caso podrían discutir su naturaleza de parte y extender innecesariamente los plazos del PAE. Esto toma mayor relevancia a la luz de lo señalado líneas arriba sobre la competencia de los árbitros, la cual está restringida a las partes pues la naturaleza de la ordenes cautelares arbitrales son *in personam* y no *in rem*³⁰.
- e) Resolución por auto (“orden”).** Por disposición de las Reglas de arbitraje de la ICC [artículo 29 (2)] la decisión del árbitro de emergencia debe tener la forma de Auto (o de Orden, como le llama la ICC de París), situación que se ha convertido en el estándar. Sin perjuicio de ello, la Ley Modelo UNCITRAL aún permite a los árbitros (todos ellos, pues no hace mención específica a los réferis pre-arbitrales) dictar medidas provisionales en forma de laudo en su artículo 17.2, con la siguiente

³⁰ Vid., *supra*, nota 13.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

fórmula: «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 [...]»³¹⁻³² [negritas agregadas]; mientras por su parte, la American Arbitration Association (AAA) marca distancia de dicho estándar al señalar en el artículo 21 (2) de su Reglamento de Arbitraje Internacional que la resolución que otorga una medida cautelar «puede tener forma de laudo provisorio»³³, sin dar otras alternativas.

- f) **Límite temporal a la competencia del réferi.** Como se advierte en la premisa de esta sección, el réferi pre-arbitral está sujeto a la condición de que su actividad pueda ejecutarse previamente a la constitución del tribunal arbitral de fondo y aunque los efectos de su decisión pueden sobrevivir a su competencia – en el sentido que una Orden dictada por el réferi pre-arbitral podría continuar incontrovertida por las partes o inmutada por el tribunal, hasta el dictado de la resolución que ponga fin a la controversia – la misma puede darse solo dentro de un marco temporal determinado. En este caso no estamos hablando de la *provisionalidad* (a la que nos referimos en el § 3.1.1 del Capítulo I), como característica de la tutela cautelar, sino que nos referimos a la capacidad del réferi pre-

³¹ Esa misma redacción se puede observar en el artículo 47.2 de la LA 2008.

³² En ese sentido, Yesilirmak (2005: 190-197), señala que los laudos resultan ejecutables de acuerdo con la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) y que las partes solicitan laudos cautelares, con la finalidad de incrementar su posibilidad de ejecución.

³³ Artículo 21 (2): «Such interim measures **may take the form of an interim award**, and the tribunal may require security for the costs of such measures» [negritas agregadas].

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

arbitral de dictar la medida provisional; hecho que por lo general tiene un tiempo determinado (en el caso de la ICC, 15 días extensibles por única vez por el Presidente³⁴).

- g) El réferi pre-arbitral no podrá formar parte del Tribunal sobre el fondo.** Aunque originalmente las reglas del PAE de la ICC (1990), impedía que el árbitro de emergencia (el entonces llamado “tercero”) – salvo que las partes lo autorizaran por escrito– fuese designado como árbitro en el tribunal que decidiría el fondo de la controversia³⁵ –, dicha disposición fue modificada posteriormente, de manera que la directriz actual prohíbe *definitivamente* la participación del réferi pre-arbitral en el tribunal arbitral que decide el fondo de la controversia³⁶. Dicha norma es replicada por la mayoría de instituciones que contemplan la figura del réferi pre-arbitral, debido a las implicancias éticas del pronunciamiento anticipado del réferi sobre la controversia.

Las instituciones arbitrales internacionales siguen, en mayor o menor medida, estas directrices planteadas por la ICC (en el contexto en el que el *soft-law* es la regla general), por lo que cabe la pregunta de cuál sea la situación en nuestro país.

³⁴ Vid., *supra*, nota 29.

³⁵ Article 2 (3): «**Unless the parties otherwise agree in writing**, a Referee appointed in accordance with these Rules **shall not act as arbitrator in any subsequent proceedings** between those parties or in any other proceedings in which there is any issue or question, that is the same as or connected with any raised in the proceedings before the Referee» [negritas agregadas].

³⁶ ICC Arbitration Rules Appendix V- Emergency Arbitrator Rules Article 2 (6): «An emergency arbitrator shall not act as an arbitrator in any arbitration relating to the dispute that gave rise to the Application».

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

2.1.1. El árbitro de emergencia en el Perú

En el contexto del derecho interno peruano, como mencionamos líneas arriba³⁷, la LA 2008 da por sentado que la autoridad para el dictado de medidas cautelares recaiga en el tribunal arbitral.

Sin embargo la indeterminación del texto sobre cuál es el tribunal competente, permitiría que las partes (incluso en un arbitraje *ad hoc*) al pactar las reglas del arbitraje (o al remitirse a un reglamento al que las partes se hayan sometido), puedan comprender la figura del árbitro de emergencia o referí pre-arbitral³⁸. En buena cuenta el texto de la ley no constituye un obstáculo para la aplicación en nuestro sistema la indicada figura, aunque hay que reconocer que el argumento es, hasta cierto punto, complicado dado que aprovecha la falta de definición de la ley sobre el tribunal arbitral. Sin embargo, la interpretación jurídica consiste –precisamente– en llenar de contenido una afirmación de la ley.

La figura del arbitraje de emergencia es prácticamente desconocida en nuestra praxis arbitral, pues los reglamentos (conocidos) de los Centros de Arbitraje peruanos (es difícil garantizar un análisis de todos ellos, pues no existe una obligación de publicar los Reglamentos de cada Centro de forma orgánica) siguen el patrón planteado por el Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, cuyo reglamento no comprende, a la fecha, la figura del referí pre-arbitral.

³⁷ Vid., *supra*, nota 11.

³⁸ Artículo 6 (e) de la LA 2008: « [Cuando una disposición de este Decreto Legislativo se] refiera a tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros».

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

Sin embargo, el único caso conocido a la fecha de inclusión del árbitro de emergencia se encuentra en las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje Descentralizado – CADES (artículo 34 y anexo III).

Dichas reglas señalan la forma de designación del árbitro de emergencia por parte del Centro, así como el procedimiento de toma de decisión. Salvo que las partes acuerden lo contrario (*opt out*), ellas se someten al proceso de designación de un árbitro que tome decisiones cautelares pre-arbitrales, el cual se dará por constituido con la aceptación de su designación, y que en ese momento, dicha competencia quedará fuera de las manos de los jueces, aunque este árbitro no sea quien decide el fondo de la controversia. Igualmente se dispone que sus decisiones puedan ser luego modificadas por el tribunal arbitral del fondo, sin necesidad de incluir una cláusula especial en ese sentido (aunque la cláusula modelo del Centro incluye la siguiente disposición «[...] de conformidad con las normas establecidas en su reglamento, *incluyendo aquellas relativas al procedimiento de árbitro de emergencia* »).

En el anexo III de las Reglas de Arbitraje CADES, el artículo 6 (4) otorga al árbitro de emergencia un plazo perentorio de 15 días hábiles para dictar el laudo provisorio, aunque permite ampliar dicho plazo a solicitud motivada del propio árbitro (pero no de las partes) dirigida a la Corte.

Además, las Reglas de Arbitraje CADES señalan que la resolución del árbitro de emergencia será en forma de laudo –el cual es llamado ambiguamente «laudo provisorio o Provisión» –, presumiblemente para facilitar la inscripción registral y su ejecución³⁹

³⁹ Vid., *supra*, nota 32.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

ante una autoridad administrativa⁴⁰, pero comprende también la capacidad – derivada de la ley de arbitraje⁴¹– de ejecutar sus propios laudos mediante las herramientas propias de los árbitros, que no implican la colaboración judicial.

Con respecto a la urgencia, el Anexo III CADES reproduce literalmente la disposición del Anexo V de las Reglas de la ICC, al establecer en su artículo 1.3 (e) que « [La Petición deberá contener] *las razones por las cuales el peticionario necesita medidas provisionales o medidas de conservación urgentes que no pueden esperar hasta la constitución del tribunal arbitral*».

Ni el Anexo III, ni las Reglas CADES señalan cuales son los efectos del laudo provisorio, limitándolos a las partes signatarias. En ese sentido, el límite sería derivado del artículo 47 (2) de la Ley de Arbitraje (que señala que las medidas cautelares se dictan « [...] *ordenan[do] a una de las partes*»), aunque deja la puerta abierta para que el laudo provisorio sea aplicable a partes no signatarias (o incluso oponible a terceros por la naturaleza –inscribible– de laudo).

Finalmente es importante evidenciar que el artículo 2 (6) del Anexo III CADES prohíbe al árbitro de emergencia formar parte del tribunal arbitral que decida el fondo

⁴⁰ El artículo 9° del Reglamento Nacional de Inscripción del Registro de Predios (2013) habla sobre la inscripción en el Registro en merito a **laudos arbitrales**, los cuales deberán ser notificados de acuerdo al plazo señalado en el artículo 59° de la Ley de Arbitraje (15 días); concluyendo con: «El Registrador no podrá evaluar la competencia del Tribunal Arbitral o Árbitro Único para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo. Tampoco podrá calificar la validez del acuerdo arbitral ni su correspondencia con el contenido del laudo». La misma norma no se aplica para ordenes cautelares que no tengan la calidad de laudo.

⁴¹ Artículo 48 (1): «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». El artículo 67(1), a su vez dispone: «A solicitud de parte, **el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable**» [negritas agregadas].

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

de la controversia, o cualquier controversia relacionada de las partes⁴². La redacción de esta regla pone énfasis en la relación entre el conocimiento previo de la controversia y el posible conflicto de intereses que surgiría si se permitiera que el árbitro de emergencia formara parte del tribunal sobre el fondo.

2.2. Herramientas arbitrales para el cumplimiento de órdenes cautelares

Como ya se ha mencionado varias veces a lo largo de este trabajo, el arbitraje carece de aquella *coertio* que en la jurisdicción ordinaria permite hacer cumplir a la parte obligada por una resolución lo dispuesto en ella. Para evitar este problema, la praxis arbitral ha diseñado una serie de herramientas que los tribunales arbitrales suelen usar para obtener de las partes el comportamiento ordenado.

2.2.1. Cumplimiento voluntario

Visto que las partes tienen la capacidad de nombrar sus propios árbitros, los cuales suelen ser personas en las que ellas confían, es razonable que estas estén dispuestas a obedecer una orden arbitral. Sin embargo, la tendencia general de cumplimiento de las medidas cautelares otorgadas por los tribunales arbitrales no debe ser sobreestimada⁴³, menos en el contexto sobrejudicializado del arbitraje nacional⁴⁴ (a pesar de que dicha tendencia exista también en otras latitudes⁴⁵).

⁴² PAE CADES Artículo 2(6): «El árbitro de emergencia no deberá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la controversia que haya dado origen a la Petición».

⁴³ En el Perú, de acuerdo con el Centro de Análisis y Resolución de Controversias de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2013), solo el 16.7% de las medidas cautelares otorgadas no han pasado por un proceso de ejecución (Anexo 3).

⁴⁴ Cantuarias Salaverri (2015).

⁴⁵ Una encuesta aplicada por la *American Arbitration Association* muestra el cumplimiento de las órdenes arbitrales en el 90% de los casos (45 de 50 casos).

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

2.2.2. El poder de inferir negativamente contra la parte recalcitrante

Razonablemente, las partes no cumplen las disposiciones cautelares de los árbitros por la sola buena voluntad que les impulsa, sino para evitar que el tribunal arbitral (que tiene la posibilidad de decidir sobre el fondo) desarrolle una visión negativa si es que la parte no cumple con sus disposiciones.

Las partes se cuidaran – obviamente – de incumplir con lo dispuesto por el tribunal para no influenciar negativamente a los árbitros⁴⁶, que genere una predisposición negativa respecto del caso.

Sin embargo, las decisiones de los árbitros sobre medidas cautelares y las decisiones sobre el fondo de la controversia tienen una base y alcance totalmente distintos y una actitud negativa de los árbitros en su decisión final, sobre la base del incumplimiento de la medida cautelar, sería injustificada, e incluso podría ser indicativa de parcialidad⁴⁷. En ese sentido, salvo que haya un nexo causal entre el incumplimiento de la parte con la orden cautelar y el resultado final del arbitraje, el tribunal no debería penalizar a la parte recalcitrante en el laudo que ponga fin a la controversia por el incumplimiento de las decisiones previas.

Sin embargo, la normativa peruana –y algunos reglamentos arbitrales – permiten que las inferencias en contra que generen los árbitros durante el proceso, respecto al cumplimiento de sus órdenes procedimentales, se manifiesten en la decisión sobre los

⁴⁶ Las ICDR *Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information* (art. 8b), el *Chartered Institute of Arbitration Protocol for E-Disclosure in Arbitration* (art. 14) e *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (arts. 9.5 y 9.6), prevén la posibilidad de inferir adversamente contra la parte que incumple con las medidas cautelares dictadas por el tribunal.

⁴⁷ Vid., *supra*, Cap. II § 3.2.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

costos, donde los árbitros pueden considerar elementos distintos al fondo de la controversia, elemento que, sin embargo, atienden solo del costo del arbitraje y no de los posibles costos relacionados con la oportunidad del cumplimiento de las medidas cautelares.

2.2.3. Indemnización por los daños generados por el incumplimiento

Como hemos visto líneas arriba, las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral tienen – tanto por ley como por el poder conferido por las partes– una eficacia *inter partes*. Este principio, apoyado en el principio general de buena fe⁴⁸ incluye el deber de las partes de colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje. Como consecuencia, de la vulneración de este principio, el tribunal debería poder asignar a la parte que incumple con una medida dictada por este, la indemnización de los daños provocados – los costos que la parte cumplidora haya tenido que asumir como consecuencia del incumplimiento de la medida – como sucede en otras regulaciones.

Queda en duda si es que en nuestro sistema, esta medida tiene problemas de legitimidad, dado que la capacidad del tribunal arbitral para asignar daños podría señalarse como una medida *ultrapetita* (cuando asigne más de lo solicitado) o *extrapetita* (cuando se asigne los daños a pesar de no haber sido solicitados al inicio del proceso – aunque este problema esté comprendido dentro del principio de buena fe, señalado líneas arriba).

⁴⁸ Artículo 38 LA 2008: «Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje».

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

Sin embargo, hay que considerar que la capacidad de asignar los daños a una parte no es distinta de la capacidad del tribunal de calcular los intereses sobre el pedido original de las partes⁴⁹, en tanto resulta posible el asignarlo, incluso cuando no sea pedido, sin afectar el principio de congruencia, pues el tribunal no asignaría más del costo de oportunidad del cumplimiento de la medida (*ultrapetita*), ni otorgaría algo no pedido que desemboque en la indefensión imprevisible de la parte que incumple (*extrapetita*).

Por otro lado, no todos los daños provocados por los incumplimientos son indemnizables, tanto es así que en el caso de legislaciones de la familia jurídica del *Common Law*, medidas como la *Mareva o Freezing Injunction* se da solo cuando la posibilidad de indemnización no existe⁵⁰.

2.2.4. El poder de dictar ‘*astreintes*’

La *astreinte* o “medida disuasiva”, es una herramienta judicial de origen francés⁵¹, difundida en el derecho europeo de influencia francesa (notablemente en el derecho belga, holandés e italiano) y aplicada también en el ámbito arbitral. Se trata de un remedio coercitivo disponible también en el arsenal de los árbitros para asegurar el cumplimiento de sus órdenes, que consiste en una obligación secundaria (condicional)

⁴⁹ Lo cual está amparado en el art. 40 de la Ley de Arbitraje, que señala que: «El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales [...]».

⁵⁰ Vid., *supra*, Cap. I, § 4.1.1.2

⁵¹ Puede verse las características principales de las ‘*astreinte*’ en los Arts. 33-37 de la ley del 9 de julio del 1991, N° 650, sobre la reforma del proceso resolutivo y la ejecución de sentencias, así como el Art. 11 del *Nouveau Code de procédure civile*.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

de pago de una suma de dinero predeterminada a la contraparte, que se activa ante el incumplimiento de una orden principal.

La figura carece de una naturaleza resarcitoria, en tanto no es está diseñada para compensar el daño que produce la parte con su incumplimiento, sino que busca conminar a la parte obligada a cumplir con lo dispuesto por la orden original, y para ello, ejerce presión sobre ella mediante la creación de una nueva carga, distinta de la obligación que se pide en el fondo o de la generada por el perjuicio derivado del incumplimiento⁵². Esta figura es también distinta de una multa en tanto que cuando se dispone la *astreinte* todavía no se ha dado el incumplimiento, mientras que la pena o multa es derivada del incumplimiento de una norma. Más aun, la *astreinte* continúa renovándose mientras continúe el incumplimiento, de modo que la cifra aumenta con el paso del tiempo que la parte se rehúse a cumplir con la orden del juzgador. Por ejemplo, una *astreinte* dictada por un tribunal arbitral para la presentación de un determinado documento, dispondrá como fecha para el cumplimiento el día X, luego del cual, la parte obligada deberá pagar S/. Y por cada semana de incumplimiento o fracción.

La naturaleza contractual del arbitraje permite que las partes acuerden el uso de *astreintes* antes del surgimiento de la controversia, o accedan a reglamentos arbitrales que prevean su uso (como es el caso de la Asociación Italiana de Arbitraje⁵³) y algunos sistemas legales permiten ampliamente su uso por los árbitros⁵⁴. En Francia, donde –

⁵² Ley Francesa N° 650 (nota 23): «Art. 34. – L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts».

⁵³ Art. 19 § 1 de las nuevas reglas de Arbitraje de la asociación comprenden «una penale in caso di inottemperanza» (una pena en caso de incumplimiento).

⁵⁴ El Código Procesal Civil holandés, en su artículo 1056° establece: «El tribunal arbitral tiene el poder de imponer una sanción por el incumplimiento en los casos en que la corte tenga dichos poderes»;

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

como en el Perú – no existe una disposición legislativa expresa, la mayoría de los autores y la jurisprudencia tienden a aceptar los poderes de los árbitros para hacer cumplir tanto las decisiones sobre el fondo, como las provisionales mediante *astreintes*⁵⁵, por cuanto, la herramienta esta *internalizada* por los operadores franceses, lo que ha permitido su expansión al campo arbitral.

En el derecho peruano la *astreinte* no está recogida sino solo las multas coercitivas (art. 53 CPC), como tales a favor del Estado, lo que hace mucho más complicado el concebir su uso en el arbitraje local. Sin embargo, la aplicación de las *astreintes* no estaría prohibida por la legislación y hasta cierto punto estaría habilitada al amparo del artículo 48.1 de la LA 2008⁵⁶ y en principios arbitrales tales como la buena fe arbitral (y la capacidad de sancionar su falta) y la capacidad del árbitro de tomar las medidas necesarias para evitar el agravar la disputa o de asegurar el cumplimiento del laudo.

2.2.5. La capacidad de dictar medidas en forma de laudos

La LA 2008 habilita que las medidas cautelares arbitrales puedan asumir la forma del laudo. Es así que el artículo 47 (2) señala:

el artículo 1079-*bis* del Código Judicial belga: «Los árbitros pueden condenar a una parte al pago de una *astreinte*. Los artículos 1385-*bis* á *octies* son de aplicación *mutatis mutandis*». Según lo señala Levy (2001: 21), en el derecho suizo basta con el acuerdo tácito de las partes.

⁵⁵ Jeuland (2005: 737), reporta una sentencia del 7 de octubre de 2004 de la Corte de Apelación de París, referida al poder de los árbitros de dictar *astreintes* como «prolongement inherent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel» (sin embargo, no existe en la base de datos jurídicos de la República francesa ninguna sentencia de la Corte de apelaciones francesa de esa fecha).

⁵⁶ La que señala que: «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» [negritas agregadas].

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

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 [...] [negritas agregadas].

La capacidad de dictar las decisiones cautelares con forma de laudo comporta la ventaja de que se pueda ejecutar bajo las reglas aplicables a los laudos definitivos y, además, la posibilidad, de ser el caso, de que se proceda a su inscripción en los Registros⁵⁷. Sin embargo, podría presentar la desventaja de su impugnación judicial a través del recurso de impugnación y no con la reconsideración ante el propio tribunal.

2.2.6. Reconocimiento judicial de las órdenes arbitrales

De acuerdo con el artículo 48.2 de la LA 2008:

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 recursos ni oposición alguna** [negritas agregadas].

El artículo deja en claro que las herramientas señaladas en los acápites anteriores no son siempre efectivas (incluso cuando se usan) y la colaboración judicial termina siendo una realidad casi inevitable del arbitraje⁵⁸. Hay que evidenciar que para la

⁵⁷ El artículo 9 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (RIRP) expresamente ha prescrito que:

Los laudos se inscriben en mérito de la copia certificada de la respectiva resolución arbitral, con la constancia de la notificación a que se refiere el artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.

El Registrador no podrá evaluar la competencia del Tribunal Arbitral o Árbitro Único **para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo** [...]» [negritas agregadas]

⁵⁸ Solamente Ecuador permite –dependiendo del acuerdo arbitral– la ejecución de medidas cautelares arbitrales mediante el apoyo de la fuerza pública, sin tener que pasar previamente por una

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

ejecución de la medida, no es necesario que ésta asuma la forma de laudo. Más aún, la misma norma señala solo líneas después que:

3. 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.

En ese sentido, la política peruana en caso de la ejecución de medidas cautelares es enérgica y concesiva sobre los poderes de los árbitros, sometiendo a los jueces a una potencial tiranía de los árbitros (algo que no es necesariamente malo, pero que sin embargo, vale la pena notar) en cuanto en el arbitraje doméstico no puede negarse a darle ejecución, a diferencia de lo que sucede respecto de las medidas cautelares dictadas fuera del territorio nacional, cuyo *exequátur* puede ser negado si incumple con los requisitos de los artículos 75, 76 y 77 de la LA 2008⁵⁹.

3. Recepción de las figuras innovadoras en el arbitraje

Las figuras como el referí pre-arbitral son relativas novedades en el mundo arbitral que han desatado interesantes debates en los foros internacionales. Es así que el tema del arbitraje de emergencia o referí pre-arbitral, en particular desde su adición a las

ejecución judicial – esta es una situación incluso más ventajosa que la que tienen los laudos finales -: artículo 9 (2) de la ley de Arbitraje y Mediación de 1997: «Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, **solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno** del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas» [negritas agregadas].

⁵⁹ «48 (4) 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» [negritas agregadas]. A *contrario sensu*, estas medidas no son aplicables para las ordenes cautelares dictadas dentro del territorio peruano.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

Reglas de arbitraje de la ICDR del 2006 y el cambio de paradigma de la ICC (del *opt-in* en 1990 al *opt-out* en 2012), su uso y tratamiento se han incrementado por parte de los usuarios⁶⁰, la doctrina⁶¹ y hasta la legislación⁶², convirtiéndose en la figura arbitral más innovadora de la década, tanto que a nivel internacional es difícil encontrar, a la fecha, un centro o corte arbitral que no lo contemple.

En el Perú, la figura –como se ha indicado líneas arriba– ha tenido poca recepción aún tanto por parte de los reglamentos arbitrales como de los propios operadores.

Sin embargo, en la “I Encuesta sobre Medidas Cautelares en el Arbitraje–Perú 2015 (en adelante, Encuesta CADES-2015) realizada a nivel nacional por CADES⁶³, a árbitros y secretarios arbitrales reveló que la figura es conocida por un 67% de los encuestados.

⁶⁰ De acuerdo con estadísticas publicadas por las propias instituciones, se han solicitado:

Institución	International Center for Dispute Resolution	Arbitration Center of the International Chamber of Commerce	Singapore International Arbitration Center	Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
Solicitados	49	14	42	13

⁶¹ La herramienta académica del motor de búsqueda google.com arroja 6,640 artículos académicos sobre referí pre-arbitral (<https://goo.gl/sJDHvj>) y 17,900+ resultados para ‘emergency arbitrator’ (<https://goo.gl/Hqnsvm>) [consulta: 19 de julio de 2015]

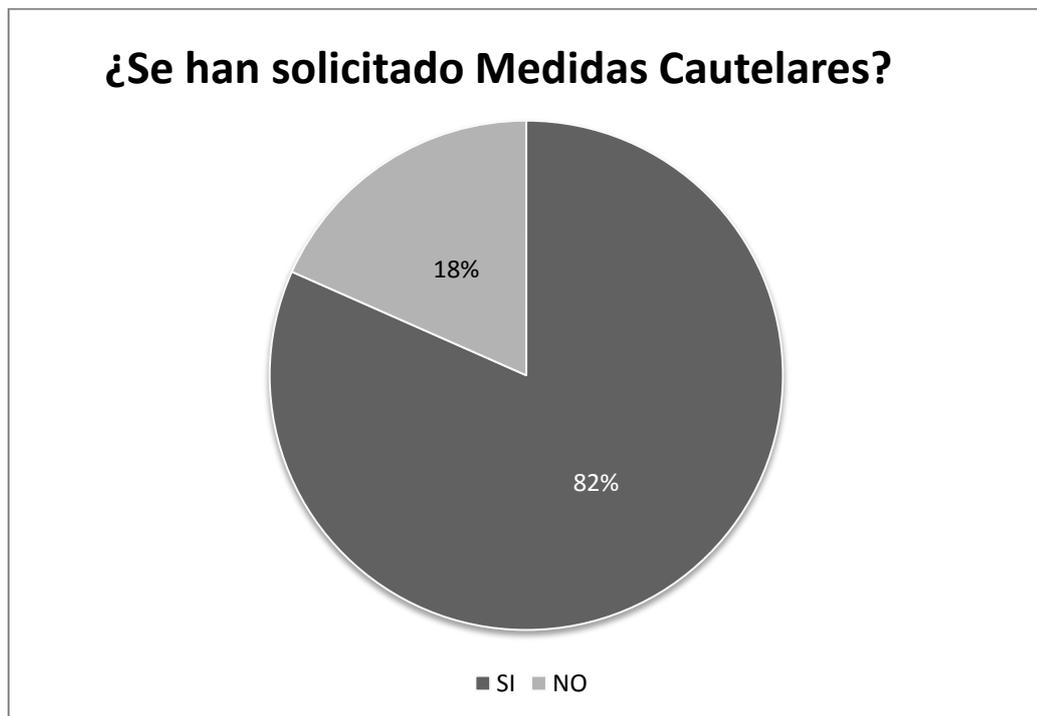
⁶² Singapur aprobó en 2012 una enmienda a su Ley de Arbitraje Internacional, en la cual la definición de tribunal arbitral, se expande para incluir expresamente al árbitro de emergencia. Por su parte, el Consejo legislativo de Hong Kong ha aprobado una enmienda a la ley de Arbitraje en 2013 que permite a los juzgados el ejecutar las medidas dictadas por árbitros de emergencia (incluso para arbitrajes internacionales con aplicación en Hong Kong).

⁶³ CADES (2015). Vid., en Anexo 2.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

La referida encuesta estuvo referida a sus actitudes con respecto a las medidas cautelares en el arbitraje, el conocimiento sobre la figura del árbitro de emergencia y la disposición al respecto, siendo sus resultados sumamente relevantes para la presente sección. A continuación se dará cuenta de ellos.

3.1. Difusión de las medidas cautelares en el arbitraje



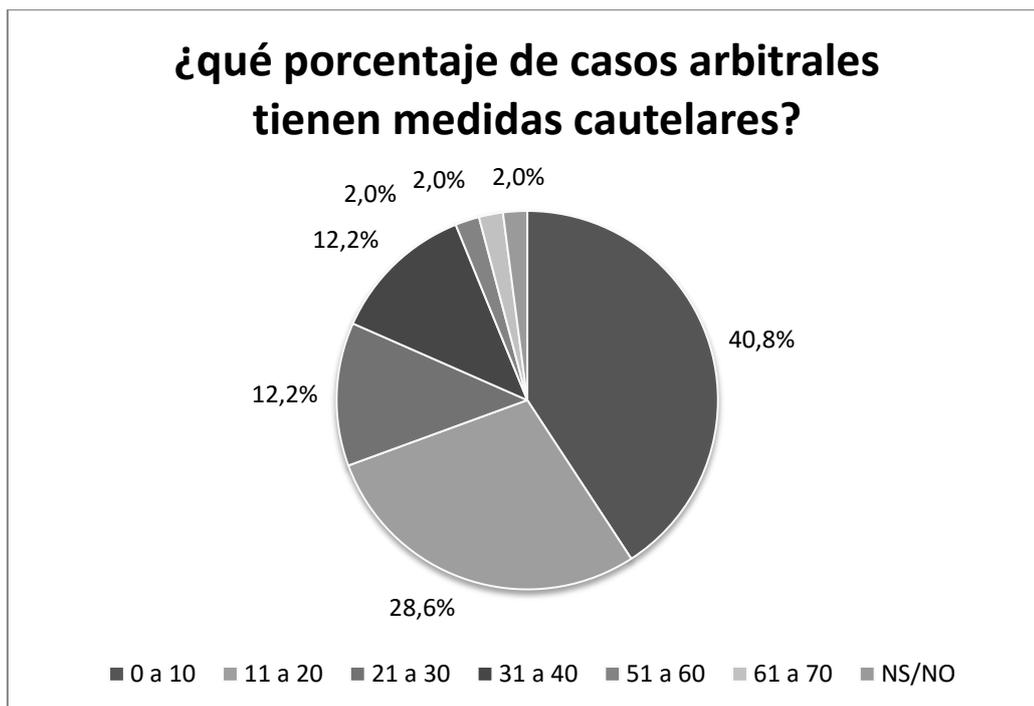
De acuerdo a la Encuesta-CADES 2015, el 81.7% de las personas encuestadas manifestaron haber participado de arbitraje en los que se solicitó medidas cautelares.

Sin embargo, más del 70% de los encuestados señalaron que menos del 20% de los casos en los que habían participado tenían medidas cautelares (solicitadas a los árbitros o a la jurisdicción ordinaria).

Como señalan las conclusiones del estudio, esta diferencia en los resultados podría deberse a que la consulta original estaba formulada como “I Encuesta sobre

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

Medidas Cautelares en el Arbitraje – Perú” y, por ello, era más probable que fuera contestada por usuarios arbitrales que hubieran tenido experiencia con medidas cautelares en el arbitraje, aunque no puede descartarse que los encuestados entendieran que la encuesta vulneraba el deber de confidencialidad⁶⁴.

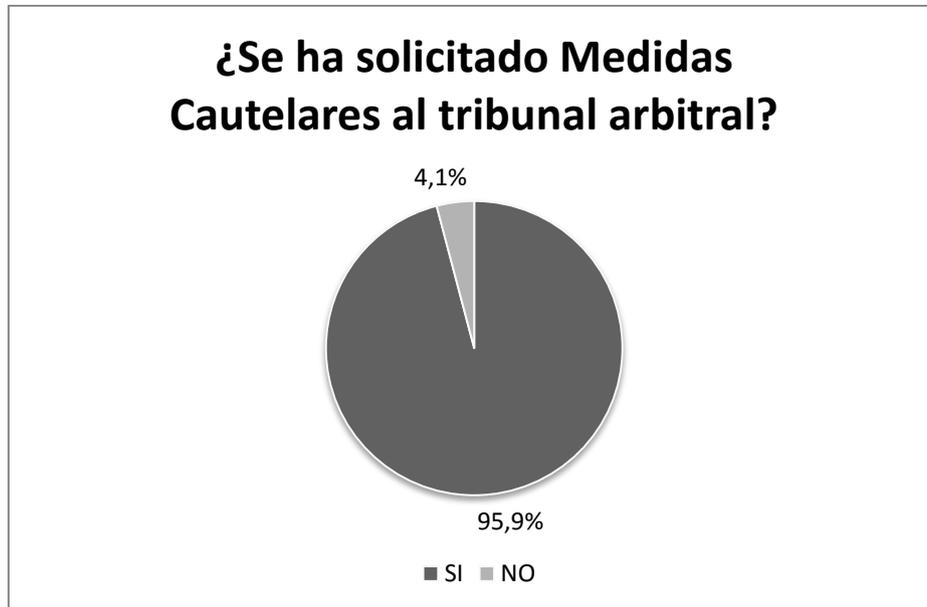


⁶⁴ Ya otros trabajos han hablado de como el deber de confidencialidad del arbitraje puede restar al conocimiento público de las tendencias “jurisprudenciales” del arbitraje. Las soluciones propuestas a este problema por el mundo académico son dos: 1) La revisión y lectura de material especializado que reporta las experiencias de los árbitros en trabajos académicos, basándose en las pocas o muchas experiencias o anécdotas a que tengan acceso los autores más leídos sobre el tema [vid., Bullard (2006)]; o 2) Incluir en las propias cláusulas y reglamentos arbitrales, un plazo de caducidad del deber de confidencialidad, que permita a los centros arbitrales recaudar y publicar información específica además de la información estadística (aunque esta disposición existe en algunos reglamentos, en la práctica se produce muy poca información estadística y casi ninguna específica) [en ese sentido se pronuncia Wong Abad (2012)].

Un cierto referente de información estadística se puede obtener del análisis de las sentencias de la Primera Sala Subespecializada en lo Comercial de la Corte Superior de Lima sobre ejecución/anulación de laudos arbitrales, la cual publicaba sus sentencias y autos en <http://primerasalacomercial.blogspot.com/> [consulta: el 2 de julio de 2015]. Dicha página se encuentra desactualizada y contiene solo las sentencias entre abril y noviembre del 2012.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

El dato anterior es más claro cuando vemos qué porcentaje ha participado en procesos donde se ha pedido medidas cautelares al tribunal arbitral:

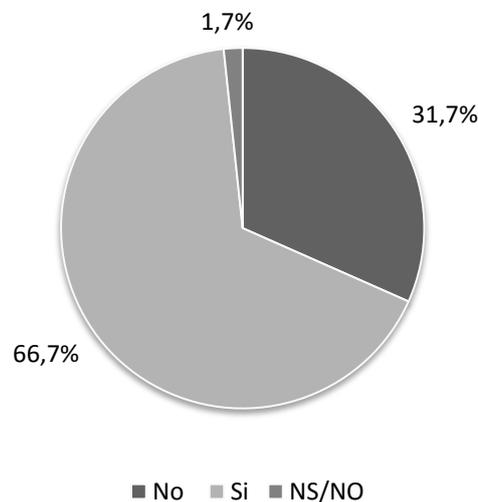


En ese sentido se puede concluir que se está ante una muestra que hasta cierto punto sobre-representa a los árbitros que tienen experiencia con medidas cautelares en el arbitraje. De esa manera se entiende que los encuestados en el estudio refieren (estadísticamente) al árbitro experimentado en medidas cautelares nacional (aunque solo 10% hayan reportado ejercer el arbitraje fuera de Lima).

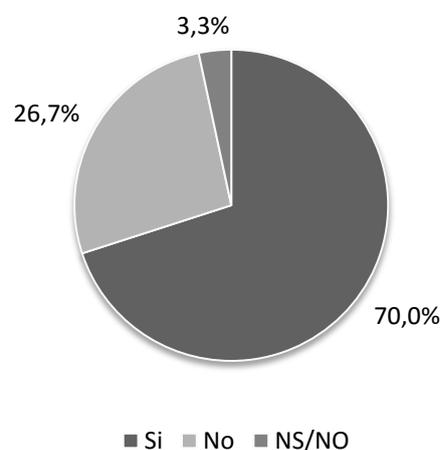
3.2. Conocimiento de la figura del árbitro de emergencia

Con relación al *réferi pre-arbitral* o árbitro de emergencia, la encuesta consultó cuántos conocían dicha institución arbitral, a lo cual 67% contestaron afirmativamente. Sin embargo el 29.8% de aquellos que habían participado en arbitrajes en los que se pidió medidas cautelares **no** conocían la figura del referí pre-arbitral.

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

¿Conoce la figura del Árbitro de Emergencia?

Con respecto a la recepción de la figura, 75% de las personas que contestaron que la conocían, manifestaron estar de acuerdo con su implementación (51.1% de aquellas personas que han participado de arbitrajes en los que se pidió medidas cautelares al tribunal arbitral) y 70% de la generalidad de los encuestados.

¿Le parecería una buena opción introducir la figura del Árbitro de Emergencia?

CAP. III: TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE

Se puede ver entonces, que existe, de parte de los encuestados una mayoritaria disposición a favor de la aceptación de la idea del réferi arbitral, lo cual parece ser un testimonio a favor del intenso trabajo de difusión que la comunidad arbitral ha tenido a nivel internacional (aunque dicho esfuerzo no se vea replicado a nivel nacional) así como la sintonía de los árbitros y secretarios arbitrales peruanos con los avances académicos internacionales (en especial si tenemos en consideración que la aplastante mayoría conocía y consideraba aplicable una institución arbitral que no existía en Perú hasta 3 meses antes de la encuesta y que a la fecha de esta redacción no se ha utilizado nunca).

De estos resultados, se puede extraer, sin duda razonable alguna, que la tutela cautelar no es ajena a la praxis arbitral nacional.

CAPITULO IV

EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

1. Premisa

De acuerdo con lo visto en los Capítulos precedentes, la atribución para adoptar medidas cautelares por los propios árbitros del fondo de la controversia puede arriesgar el alto estándar de independencia e imparcialidad que el arbitraje ha levantado para sí.

En efecto, la tutela cautelar implica la emisión de decisiones previas al laudo que (en mayor o menor medida) garantizan la ejecución de la orden que le pone fin a la controversia. En ese sentido la tutela cautelar implica una ineludible toma de posición de parte del árbitro sobre la probabilidad (alta o baja) de que quien la solicita obtenga un laudo favorable lo que inevitablemente conlleva un cierto compromiso psicológico con las decisiones tomadas¹, abriendo la puerta para el surgimiento de un conflicto de interés de los árbitros con las partes.

Para contrarrestar esta situación no basta confiar en la buena disposición de los árbitros o en la afirmación de que la decisión cautelar y la del fondo son esencialmente distintas (que es lo que se suele argumentar). De allí que en este Capítulo se propondrá y analizará la posibilidad de expandir la figura del árbitro de emergencia, en favor de

¹ *Choise-supportive bias* (o sesgo pro-elección) que se verá más adelante, con teoría y datos estadísticos.

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

uno que esté permanentemente encargado de resolver las cuestiones cautelares y que, por lo tanto, no esté sujeto a los mismos sesgos que el tribunal sobre el fondo.

Se ensayará, finalmente, una propuesta que pueda comprender a los arbitrajes institucionales así como a los arbitrajes *ad hoc*.

2. Sesgos cognitivos

El *Choice-supportive bias* (sesgo pro-elección), como es conocido en inglés, es la tendencia natural de las personas a, luego de tomada una elección, atribuir buenas cualidades a la alternativa elegida, mientras atribuye cualidades negativas a la alternativa no-elegida². Sea porque la elección de una alternativa contra la otra crea la disonancia psicológica que es aplacada por la asignación de cualidades negativas a la alternativa no-elegida³ o por una “presunción de elección lógica” al momento de recordar la decisión⁴, las personas que están a cargo de tomar una decisión, tienen la tendencia a apoyar *su* decisión, en perjuicio de la opción no favorecida.

Cuando un tribunal concede una medida cautelar, está tomando una decisión en favor de una de las partes. A pesar de todos los seguros y disposiciones que se tomen (que se han analizado en detalle en el Capítulo I), la decisión está siendo tomada a favor de una de las partes y en perjuicio de la otra, lo que razonablemente genera un compromiso por parte del tribunal para con su decisión inicial.

² Festinger (1955).

³ En ese sentido, Brehm (1956: 384-389).

⁴ Mather y Johnson (2000) señalan: «people may have the implicit theory that because one of the options was selected over the other, it probably had more positive features and fewer negative features than the other option»

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

No es difícil observar la presencia de este sesgo cognoscitivo en el dictado de medidas cautelares. Incluso sin formularlo directamente sobre esta base, la mayoría de legislaciones prohíbe al juez de primera instancia participar de la segunda, sobre la base de que el mismo ya ha tomado una decisión sobre el fondo, que puede perjudicar el derecho de la parte a un juez imparcial. Incluso, recientemente en el Perú la Corte Suprema ha considerado que las demandas de revisión penal no puede participar ninguno de los jueces que participaron en el proceso penal original⁵.

Ciertamente, en el caso de las medidas cautelares no estamos hablando de una decisión sobre el fondo, sino una decisión preliminar, pero este hecho carece de relevancia para los fines de la carga psicológica, pues se trata de una elección tomada, al punto de que determinados ordenamientos aplican la regla señalada en el párrafo anterior, también con respecto de los jueces cautelares⁶.

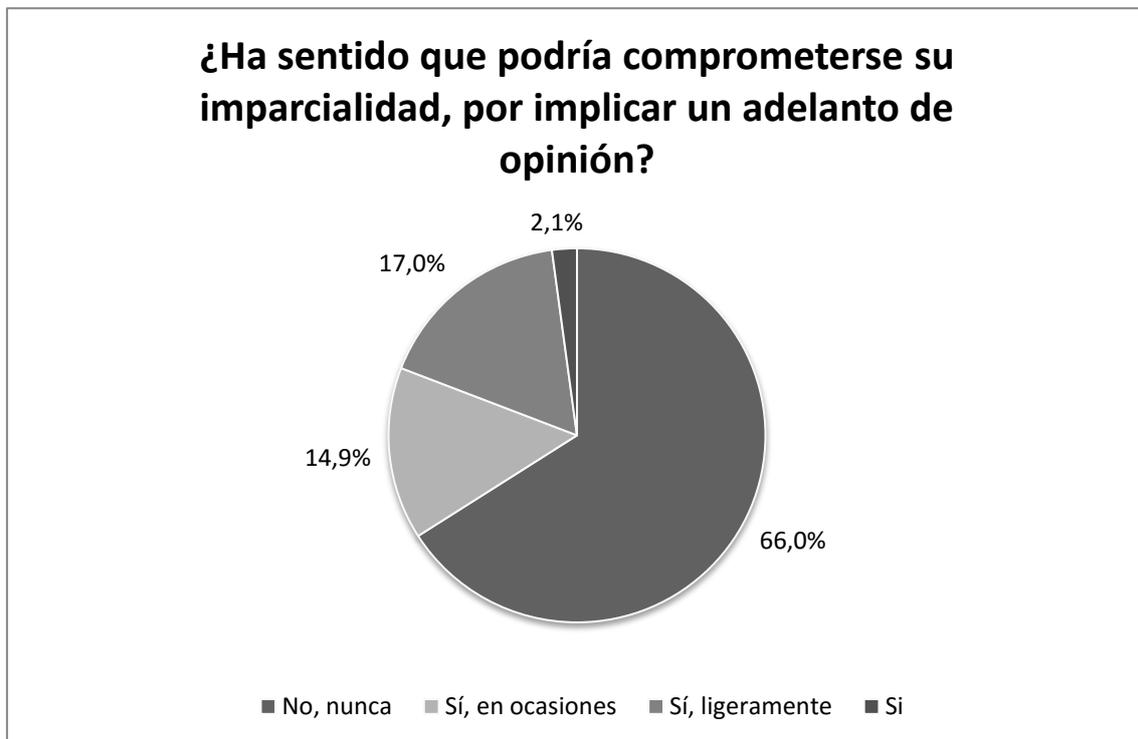
Finalmente, no hay cerrar los ojos ante una realidad que tiende una sombra de parcialidad sobre la institución del arbitraje.

En efecto, de acuerdo con la Encuesta CADES-2015, 34% de las personas que han participado de un arbitraje donde se han solicitado medidas cautelares al tribunal arbitral declaran que sienten que se ha comprometido su imparcialidad en un grado u otro:

⁵ Vid., *supra*, Cap. II § 4.4.

⁶ Vid., *supra*, Cap. II § 4.4.

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR



Es importante resaltar, como lo hace el documento fuente, que esta estadística se basa en el **auto-reporte** de la actitud de los árbitros y secretarios arbitrales que participaron de la encuesta. Si bien una tercera parte de los árbitros y secretarios que conocieron arbitrajes en donde se concedieron medidas cautelares declararon sentir comprometida su imparcialidad, el restante 66% que contestó negativamente, puede bien haberlo sentido sin reportarlo, o – más probablemente – haberlo estado sin reportarlo. Esto último se debe a un fenómeno denominado *self-bias blindness* (ceguera de la propia parcialidad).

En efecto, existe una asimetría entre la autopercepción y la percepción de las acciones, opiniones y percepciones de los demás. Esta asimetría, que es totalmente natural, lleva a dar mayor validez a los procesos de razonamiento propios que a los de los demás, por considerar que los procesos cognitivos de los demás están más sujetos a

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

parcialidades y sesgos. Esto se produce como consecuencia del llamado “*realismo ingenuo*”, esto es:

Tendemos a resolver nuestra perplejidad, proveniente de la experiencia de que otros ven el mundo de manera distinta que nosotros, declarando que esos otros; como consecuencia de algún defecto moral o intelectual, son incapaces de ver las cosas ‘*tal como son*’ y reaccionar a ella ‘de forma normal’. De esa manera insinuamos, por supuesto, que las cosas son como nosotros las vemos y que nuestras formas son las formas normales⁷.

El solo concepto de *self-bias blindspot* (punto ciego) es suficiente para una tesis en sí misma, pero baste con saber que existe un sustancioso campo de investigación que sostiene la tendencia de las personas a percibirse como objetivos e imparciales a pesar de utilizar herramientas visiblemente sesgadas⁸ y tener en cuenta que:

[...] la evidencia que sugiere que las personas tienden a ser inconscientes de los sesgos en sí mismos, mientras al mismo tiempo, reconocen el impacto de los sesgos en otros es, por supuesto, consistente con la evidencia acumulada de que la gente tiene la motivación para verse a sí mismos, sus estimaciones y sus resultados en una luz positiva⁹.

Entonces, ¿podemos saber si las cifras citadas reflejan una correlación entre la teoría cognitiva y la toma de decisiones cautelares? Ciertamente podemos estar seguros respecto del nombrado 34%, pero, teniendo en consideración lo señalado en los párrafos anteriores, resultan reveladores los datos que muestra la encuesta con respecto a la relación entre laudos favorables y medidas cautelares: el 75% de los encuestados

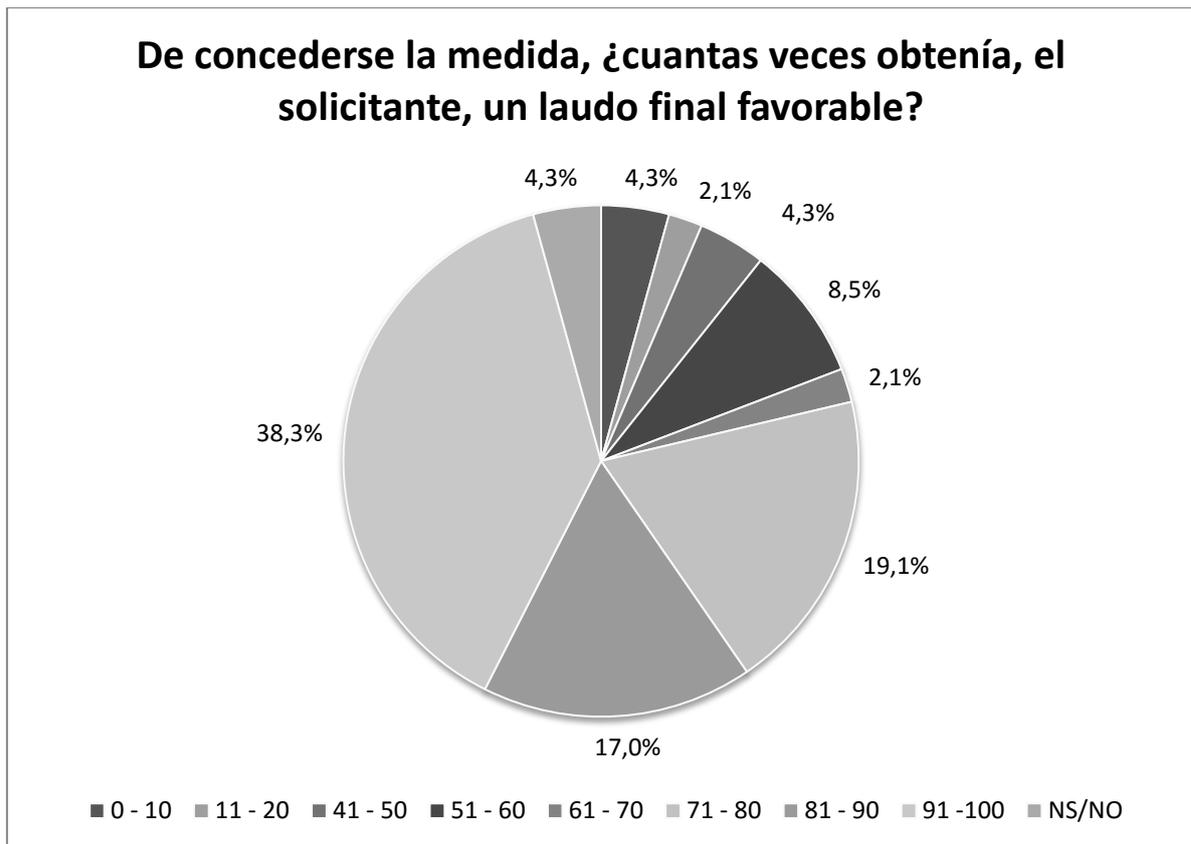
⁷ Ichheiser (1949).

⁸ En ese sentido, Hansen y otros (2014).

⁹ Pronim, Lee y Gilovich (2004).

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

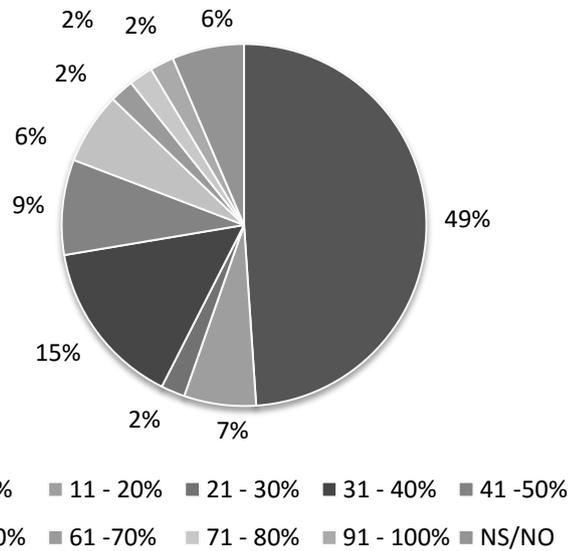
considera que, habiéndose concedido la medida cautelar, la incidencia de laudos favorables se encuentra por encima del 70%:



Por otro lado, en la misma encuesta, cerca del 50% de los encuestados consideró que, habiéndose negado la concesión de una medida cautelar, las probabilidades de obtener un laudo favorable eran de 10% o menos:

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

En los casos en que se ha denegado la medida cautelar ¿cuántas veces obtenía, el solicitante, un laudo final favorable?



Habiendo diferentes posibles teorías para explicar este fenómeno, corresponde aplicar una herramienta de discernimiento: en este caso, la navaja de Ockham: «en igualdad de condiciones, la opción más sencilla suele ser la correcta».

Así, frente a la posibilidad de que los encuestados se hayan encontrado mayoritariamente con solicitantes de medidas cautelares que tenían la razón cuando se les concedía la medida cautelar, y no tenían la razón cuando no se les concedía, o que exista una correlación entre la concesión de la medida cautelar y la dirección del laudo final, la teoría con menos variables (y por lo tanto, más sencilla), es esta última (el sesgo pro-elección).

De los resultados de esta encuesta emerge que existe un riesgo real (por sesgo pro-elección) del surgimiento de conflictos de interés y de pérdida de terceridad si es

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

que las mismas personas conocen de las medidas cautelares y del fondo de la controversia¹⁰.

¿Qué posible alternativa existe para contrarrestar el sesgo pro-elección? En contraste con sus experimentos sobre este sesgo, Mather, Shafir y Johnson¹¹ encuentran que las opciones asignadas (aquellas de cuya elección el sujeto no formó parte) no muestra indicios de *choice-supportive bias* (sesgo pro-elección), lo que significa que, cuando la parte no se ha involucrado con la elección, tiene menos incentivos para recordar la elección de manera que reduzca el arrepentimiento con la misma.

3. El “cuarto hombre”: el árbitro cautelar

3.1. La propuesta

Sobre la base de la figura ya institucionalizada del árbitro de emergencia – de la cual se conoce su efectividad –, lo que el presente trabajo plantea es la introducción de una figura completamente nueva y distinta: *el árbitro cautelar*.

El árbitro cautelar que se propone, difiere del réferi pre-arbitral, pues el propuesto lo es para resolver *todas* las cuestiones cautelares que se presenten antes y durante el arbitraje, y ello con la finalidad de que las decisiones cautelares no influyeran negativamente la decisión final del tribunal arbitral que conocerá o conoce el fondo de la controversia.

¹⁰ Nuevamente, esto no solo es verdad para el arbitraje, sino que es un problema del sistema procesal civil actual también (no del sistema penal, que desde hace 10 años aleja la competencia “cautelar” del juez que resuelve el fondo), aunque ese ámbito sobrepasa los límites de este trabajo.

¹¹ Mather, Shafir y Johnson (2003).

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

En tal sentido, el árbitro cautelar que se propone asumiría tanto las funciones cautelares del réferi pre-arbitral (donde se prevea) como del tribunal arbitral competente para conocer del fondo de la controversia, con el poder de hacerlas cumplir con las mismas herramientas que hoy se contempla respecto de las medidas dictadas por el tribunal arbitral que ve el proceso de fondo.

A fin de evitar un uso distorsionado de la figura éste árbitro sería designado, no por las partes, sino por la entidad que las partes hayan designado para tomar dicha decisión¹², mediante disposición de la cláusula arbitral o sujeción a reglas arbitrales que así lo dispongan.

Este árbitro cautelar serviría, entonces, para dictar las ordenes cautelares sin *contaminar* al tribunal arbitral con el proceso de decisión previo al laudo¹³. Salvaría también el problema de la oportunidad de la designación, pues sería designado solo y cuando surja la necesidad de la orden cautelar.

3.2. ¿Es posible?

Primero, ¿cumpliría la decisión del árbitro cautelar con las características y condiciones de la tutela cautelar? Conforme se analizó en el Capítulo I se puede decir que:

¹² Al igual que el referí pre-arbitral, el cual es designado por el secretario general o el presidente de la Corte, dependiendo del caso y en consonancia con el art. 22.3 de la LA 2008: «Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo».

¹³ Así preservando la obligación de los árbitros de «ser y **permanecer** imparciales hasta el fin del proceso».

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

- a) La *provisionalidad* de la medida. En cuanto al primer punto, la provisionalidad de la medida ya está garantizada en la calidad del laudo como uno cautelar, pero, a diferencia del *laudo provisorio* que emitiría un árbitro de emergencia¹⁴ duraría hasta que sobrevenga un laudo final.
- b) En cuanto a la *inestabilidad*, la decisión del árbitro cautelar debe poder ser revisable y modificable por el mismo, a diferencia de con las resoluciones del juez o del árbitro de emergencia, este poder no pasa al tribunal cuando se constituye, sino que lo retiene el árbitro cautelar hasta que sobrevenga un laudo que ponga fin a la controversia.
- c) Con respecto a la *instrumentalidad*, en la fase pre-arbitral de fondo, si no se constituye el tribunal, la medida decae de pleno derecho. El escenario es igualmente interesante, pues aunque el puesto del árbitro cautelar no tiene una voluntad de vida independiente del proceso de fondo – en tanto que, para que exista un árbitro cautelar, necesariamente debe ser como instrumento de un proceso de fondo –, la existencia del árbitro cautelar y el momento del inicio de los poderes del árbitro son temas resaltantes en esta construcción. Si bien ya hemos explicado por qué se conceden medidas cautelares antes del inicio del proceso de fondo¹⁵, en el caso de árbitro cautelar (al igual que con el árbitro de emergencia), el recurso a ello es, de cierta manera, más indicativo de la instrumentalidad del proceso de fondo, pues el recurso al árbitro cautelar previo a la constitución del proceso plantea un reconocimiento implícito de la

¹⁴ Vid., *supra*, Cap. III, § 2.1.1

¹⁵ Vid., *supra*, Cap. I § 3.1.3.

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

autoridad del tribunal y un reconocimiento de la validez del proceso, del cual el *laudo provisorio* es dependiente. En resumen, solicitar una medida cautelar al árbitro cautelar reconoce la autoridad del tribunal arbitral y la necesidad de un pronunciamiento sobre el fondo.

Sobre las condiciones para el dictado de la medida cautelar, que el árbitro cautelar debe supervisar (audiencia, irreparabilidad, urgencia, balance de conveniencia)¹⁶ no hay impedimentos para que las mismas se den. Sin embargo, la aplicación de estas dependerá de cada árbitro y del caso en particular.

Por tanto, la institución no colisiona con ninguno de los principios del arbitraje internacional reseñados en la doctrina o en los instrumentos de *soft-law* utilizados mayormente en la comunidad arbitral. Pero, ¿habrá espacio para el árbitro cautelar en el Perú?

3.2.1. En el Perú

Ahora, regresemos por un momento a las reglas establecidas en la sección 1.2 del Capítulo III, donde se analizó el artículo 47.2 de la LA 2008, el cual da el marco para el dictado de medidas cautelares por el tribunal arbitral:

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** [...] [resaltado agregado].

¹⁶ Vid., *supra*, Cap. I § 5.1.

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

- a) «**Medida temporal**». Aquí se habla de lo que en nuestro Capítulo I se ha llamado “características de la tutela cautelar”¹⁷, en el entendido de que la medida no puede ser permanente, que no tiene una intención de ser definitiva ni resolver la materia de una vez por todas. Eso es lo que se ha llamado *provisionalidad* de la tutela cautelar, y que se ha tratado en la sección anterior.
- b) «**Mediante una decisión que tenga o no forma de laudo**». Esto da mayor libertad, pues implica que quien dicte la medida podría incluso no tener los poderes de árbitro para dictar un laudo.
- c) «**El tribunal arbitral**». Como se dijo en su momento, el tribunal arbitral es, por la propia definición de la LA 2008, «tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros» nombrados por las partes o por un tercero que ellas designen. La ley no señala que el árbitro deba necesariamente fallar sobre el fondo de la controversia ni que la competencia del dictado de medidas pre-arbitrales sea exclusiva del Juez Sub-Especializado en lo Comercial (o el Juez Civil), sino solo que el ejercicio de la tutela cautelar le corresponde al tribunal «**desde su constitución**», y la constitución se da cuando el último de los árbitros ha aceptado su designación¹⁸. Así, si las reglas de arbitraje comprendieran la figura del árbitro cautelar, éste será pasible de ser llamado, en tanto comprenda un sistema de designación (aunque sea distinto del que se use para la designación del tribunal que decidirá el fondo de la controversia)¹⁹.

¹⁷ Vid., *supra*. Cap. I § 3.1.1.

¹⁸ Artículo 27.2 LA 2008: «Una vez producida la **aceptación del árbitro único** o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido» [negritas agregadas].

¹⁹ Vid., *supra*, Cap. III, § 2.1.1

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

- d) «**Ordena a las partes**». Es importante notar que, contrario a cómo funciona la tutela cautelar en la jurisdicción ordinaria, la tutela cautelar de los árbitros no es *in rem*, sino *in personam*²⁰, así, la medida del árbitro cautelar deberá estar formulada de manera que ordene **a las partes** a cumplir con una acción determinada o facilitar el cumplimiento de una determinada disposición y podrá disponer a la vez, la sanción por el incumplimiento.
- e) **Ejecución de las medidas**. De acuerdo al art. 48.1 de la LA 2008: «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». De esta manera, la ley arbitral peruana deja abiertas las puertas para el uso de las herramientas arbitrales que se han señalado en el punto 2.2 del Capítulo III.

En ese estado de las cosas, parece conclusivo el suponer que la aplicación de la figura del árbitro cautelar es, en efecto, posible bajo la ley peruana. Sin embargo, sería conveniente su introducción en la legislación, por cuanto, como se precisó en el Capítulo II, la doble posición de árbitro cautelar y árbitro de fondo, por implicar un (evidente) adelanto de opinión, no es renunciable de acuerdo a la Lista Roja Irrenunciable de las Directrices IBA.

3.3. ¿Es necesario?

Un árbitro que se encargue de las decisiones cautelares es posible en el Perú, como se ha indicado en la sección anterior, pero ¿es necesario? Para determinar eso, hay

²⁰ Vid., *supra*, Cap. I, § 4.1.2.1 y Cap. III, § 1.2.

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

que determinar: 1) ¿Para qué sirve?; 2) si para “lo que sirve” es valioso; y (de serlo), 3) si existe una forma más eficiente de hacerlo:

- 1) **¿Para qué sirve el árbitro cautelar?** Como se dijo al inicio de esta sección, el árbitro cautelar sirve para tomar las decisiones cautelares en lugar del tribunal arbitral o el juez. Esto a su vez cumple otro objetivo, que es –con respecto al tribunal arbitral– protegerlo de la contaminación derivada del sesgo pro-elección²¹ y, como consecuencia, de potenciales cuestionamientos a su imparcialidad; y – con respecto al juez – preservar la independencia de la institución arbitral frente al Estado y la voluntad de las partes de arbitrar²².
- 2) **¿Son valiosos los objetivos del árbitro cautelar?** Los objetivos son tres: a) **proteger la imparcialidad del tribunal arbitral;** b) **proteger la independencia del arbitraje;** y, c) **proteger la voluntad de las partes de arbitrar.** Con respecto a la *imparcialidad*, es inmedible cuán valioso es este concepto para el arbitraje, teniendo en consideración que todos los reglamentos, leyes y tratados lo protegen al máximo grado, creando toda una red de seguros y herramientas que permitan separar a un árbitro que siquiera dé la impresión de falta de imparcialidad; de manera que podemos decir que es, discutiblemente, la más valiosa cualidad del proceso arbitral. En cuanto a la *independencia* del arbitraje y la *voluntad de las partes de arbitrar*, estas están relacionadas, en tanto y en cuanto, la voluntad de las partes sería el principio vulnerado si es que el Estado no permitiera a las mismas el recurrir a algún medio alternativo de

²¹ Vid., *supra*, § 2.

²² Como se señaló en el § 1 del Cap. III.

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

solución de controversias o si, permitiéndolo, se atribuyera el poder de redirigirlo a su antojo a las cortes estatales (como parece ser el caso con el juez civil) generando una dependencia *de facto*. El poder de sustraerse de la jurisdicción estatal es una característica cardinal en el arbitraje²³.

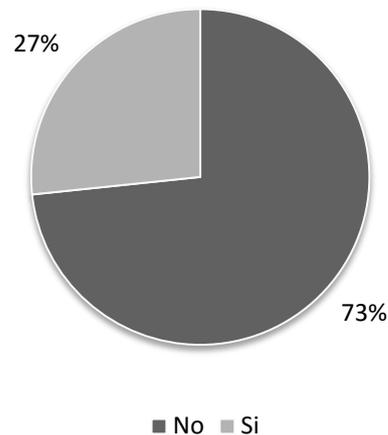
3) **¿Existe una forma más eficiente de cumplir el mismo efecto?** La figura del árbitro de emergencia (Capítulo III, §3) está enderezada a defender la independencia del arbitraje, pero no necesariamente la imparcialidad del tribunal arbitral. Soluciones como la existencia de reglas sobre conflictos de interés, códigos de ética o reglas de recusación, a su vez, no protegen la decisión de tribunal tan eficazmente (frente a la propuesta) de la potencial contaminación por el sesgo pro-elección, ni *previenen* la situación (más bien, son soluciones reactivas). Cabe señalar que, como ya se precisó, una modificación de la legislación no sería necesaria (más sí conveniente) para la aplicación de esta figura.

3.4. ¿Sería aceptado?

Finalmente, queda preguntar qué tan probable es que la comunidad arbitral nacional acepte la figura del árbitro cautelar, considerando que el propio árbitro de emergencia – que como se ha mencionado en varios puntos del presente trabajo, ha sido objeto de estudio y regulación tanto a nivel legislativos como de los reglamentos arbitrales en el mundo durante los últimos 25 años– no tiene una aceptación del 100% en el Perú. Nuevamente se acude a la Encuesta CADES-2015:

²³ Vid., *supra*, Cap. III §1.

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

¿Le parecería una buena opción la de designar a un árbitro para tomar decisiones sobre Tutela Cautelar a lo largo del proceso?

Siendo éste el primer ensayo que propone la figura del árbitro cautelar, el que el 27% de los encuestados opinaran que sería *beneficioso* el designar un árbitro *exclusivamente* para tomar decisiones sobre tutela cautelar en el proceso arbitral resulta esperanzador. Sumando a ello una campaña razonable de discusión y promoción de la figura, podríamos estar frente un nuevo estándar en el mundo del arbitraje.

4. Propuesta de Reglamento Arbitral y Cláusula Modelo

En esta sección se ensaya una propuesta de reglamento, sobre la base del árbitro de emergencia, y un modelo de cláusula (o más bien una adenda a la cláusula que deseen utilizar) que pueda servir para que las partes en una controversia a ser resuelta por un tribunal *ad hoc* puedan acceder a un árbitro cautelar.

4.1. Propuesta de Reglamento

En este cuerpo normativo a ser asumido por las instituciones administradoras de arbitraje se regulará la capacidad y función del árbitro cautelar, la forma de acceder al

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

proceso cautelar, la forma del nombramiento y recusación del árbitro cautelar y la resolución que este dicta para ejercer su función.

El Árbitro Cautelar.-

(1) La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes podrá solicitarlas según las Reglas de Árbitro Cautelar. Tal solicitud será aceptada por el órgano superior del Centro cuando sea recibida por la Secretaría, independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su Solicitud de Arbitraje.

(2) Cuando las partes hayan establecido en el convenio arbitral que la controversia se resolverá según el presente reglamento, las partes se comprometen a cumplir también cualquier laudo dictado por el árbitro cautelar.

(3) El laudo del árbitro cautelar no será vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en éste. Las medidas cautelares producto del laudo dictado por el Árbitro Cautelar pueden ser modificadas por él en cualquier momento del proceso.

(4) El árbitro cautelar decidirá sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento del laudo.

(5) Los Artículos que correspondan a y las Reglas de Árbitro Cautelar previstas en el Apéndice correspondiente se aplicarán solo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias.

(6) Las Disposiciones sobre el Árbitro Cautelar no serán aplicables si: a) las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia; o b) las partes han acordado otro procedimiento que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares.

(7) Las Disposiciones sobre el árbitro cautelar no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas de conformidad con el Reglamento. Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría.

Petición de Medidas Cautelares

(1) La parte que desee recurrir a un árbitro cautelar de conformidad con el Artículo precedente, deberá dirigir su Petición de Medidas Cautelares (la “Petición”) a la Secretaría.

(2) La Petición deberá presentarse en un número de copias suficiente para que cada parte reciba una copia, más una copia para el árbitro cautelar, y otra para la Secretaría.

(3) La Petición deberá contener la siguiente información:

- a) el nombre completo, descripción, dirección y otra información de contacto de cada una de las partes;*
- b) el nombre completo, dirección y otra información de contacto de toda persona que represente al peticionario;*
- c) una descripción de las circunstancias que ha dado origen a la Petición y de la controversia subyacente sometida o a ser sometida a arbitraje;*
- d) una indicación de las Medidas solicitadas;*
- e) las razones por las cuales el peticionario necesita medidas provisionales o medidas de conservación urgentes;*
- f) cualquier convenio pertinente y, en particular, el acuerdo de arbitraje;*
- g) cualquier acuerdo sobre la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables o el idioma del arbitraje;*
- h) prueba del pago por los gastos administrativos del Centro y honorarios del árbitro de emergencia; y*

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

i) cualquier Solicitud de Arbitraje y cualquier otro escrito en relación con la disputa subyacente, que haya sido presentado a la Secretaría por cualquiera de las partes si los hubiese.

El peticionario podrá presentar con la Petición cualquier documento o información que considere apropiado o que pueda contribuir al examen eficiente de la Petición.

(4) Todo escrito subsecuente, estará exento de los requisitos a, b, c, g y h del numeral anterior, incluso si pidiera una nueva medida.

(5) Si la petición hubiera sido ingresada previa a la presentación de la solicitud de arbitraje, el peticionante deberá ingresar dicha solicitud dentro de los 10 días siguientes. Si la solicitud de arbitraje no fuera recibida por la Secretaría dentro del plazo antes señalado, el órgano superior del Centro dará por terminado el procedimiento de árbitro Cautelar, salvo que éste haya determinado la necesidad de un plazo más extenso.

Nombramiento del Árbitro Cautelar

(1) El órgano superior del Centro nombrará un árbitro dentro de un plazo de tres días desde que la Secretaría haya recibido la Petición.

(2) Una vez que el árbitro cautelar haya sido designado, la Secretaría lo notificará a las partes.

(3) El árbitro cautelar no podrá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la controversia que haya dado origen a la Petición.

Recusación de un árbitro cautelar

(1) La solicitud de recusación de un árbitro cautelar deberá ser efectuada dentro de los tres días siguientes a la comunicación de su designación o desde la fecha en la que dicha parte fue informada de los hechos y circunstancias en que funda su solicitud, si dicha fecha es posterior a la recepción de la mencionada notificación.

(2) La recusación será decidida por el órgano superior del Centro después de que la Secretaría haya otorgado al árbitro y a la(s) otra(s) parte(s) la

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

oportunidad de presentar sus comentarios por escrito dentro de un plazo adecuado.

Procedimiento

(1) Se deberá conducir el procedimiento de la manera que el árbitro cautelar considere apropiada, tomando en consideración la naturaleza y la urgencia de la Petición. En todos los casos, el árbitro cautelar actuará justa e imparcialmente y se asegurará de que cada parte tenga una oportunidad razonable para presentar sus argumentos.

(2) Sin perjuicio de lo señalado y si lo considera necesario, el árbitro podrá resolver sin escuchar el descargo de la otra parte, debiendo sustentar esta situación en la resolución.

El laudo

(1) La decisión del árbitro cautelar tendrá la forma de Laudo Provisorio.

(2) En el Laudo Provisorio, el árbitro cautelar decidirá si la petición es admisible y si es competente para ordenar las medidas cautelares.

(3) El Laudo Provisorio será hecho por escrito y deberá estar debidamente motivado. Estará fechado y firmado por el árbitro.

(4) El Laudo Provisorio será hecho dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que la petición haya sido entregada al árbitro. El órgano superior del Centro podrá prorrogar este plazo a solicitud del árbitro la cual deberá estar debidamente motivada.

(5) El árbitro cautelar deberá remitir el Laudo Provisorio a la Secretaría para que esta notifique a las partes.

(6) El Laudo Provisorio dejará de ser vinculante para las partes por:

a) la aceptación por el órgano superior del Centro de una recusación del árbitro cautelar;

b) el laudo del tribunal arbitral sobre el fondo de la controversia; o

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

c) el retiro de todas las demandas o la terminación del arbitraje antes del dictado de un laudo final.

(7) El Laudo Provisorio podrá ser reemplazado por una garantía que el árbitro cautelar considere equivalente a éste, hecha por la parte afectada con la medida.

(8) El árbitro cautelar podrá dictar el Laudo Provisorio con sujeción a las condiciones que considere apropiadas, incluyendo el otorgamiento de garantías apropiadas.

(9) A solicitud fundamentada de cualquiera de las partes, el árbitro cautelar podrá modificar, dejar sin efecto o anular el Laudo Provisorio.

4.2. Adenda a la Cláusula Arbitral *ad hoc*

Los procesos *ad hoc* son aún bastante comunes en la práctica arbitral nacional. Por diversos motivos, los operadores jurídicos se han negado a abandonar del todo este tipo de arbitrajes a pesar de la tendencia a favor de los arbitrajes administrados. Esto, sin embargo, no quiere decir que este tipo de arbitrajes estén exentos de las reglas de independencia e imparcialidad, y que, por lo tanto, deban permanecer fuera del ámbito de aplicación de esta figura, ordenada a garantizar la terceridad del tribunal en el caso de ser necesaria la concesión de tutela cautelar durante el proceso.

En ese sentido, teniendo como ejemplo la siguiente cláusula arbitral *ad hoc*:

DISCREPANCIAS Y ARBITRAJE

1. Todo litigio, controversia, desavenencia o reclamación resultante, relacionada o derivada de este acto jurídico o que guarde relación con él, incluidas las relativas a su validez, eficacia, terminación o ejecución, incluso las del convenio arbitral en él incluido, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, cuyo laudo será definitivo e inapelable, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, en adelante

CAP. IV: EL “CUARTO HOMBRE”: EL ÁRBITRO CAUTELAR

LA 2008). *Este convenio arbitral se extiende a las partes intervinientes en el presente acto jurídico, así como a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del mismo.*

2. *El Tribunal Arbitral estará integrado por tres (3) árbitros.*

3. *El arbitraje se desarrollará en la ciudad de Lima, en idioma castellano.*

4. *En todo aquello que no se encuentre pactado será de aplicación la LA 2008 y sus normas modificatorias y/o complementarias.*

La propuesta de adenda a las cláusulas arbitrales *ad hoc* deberá señalar lo siguiente:

1. *En caso de ser necesaria una medida cautelar, la parte interesada deberá solicitar la designación de un árbitro cautelar de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23 (d) de la LA 2008, el cual tomará una decisión en forma de laudo que podrá modificar, dejar sin efecto o anular a solicitud fundamentada de cualquiera de las partes.*
2. *Las recusaciones contra el árbitro cautelar se resuelven conforme al art. 29.2 (d)(i) y art. 29.6 de la LA 2008.*
3. *El árbitro cautelar no puede formar parte del Tribunal Arbitral competente para resolver el fondo de la controversia.*

CONCLUSIONES

PRIMERA: La independencia e imparcialidad de los árbitros constituye la esencia misma de la institución arbitral. En consonancia con ello, la falta de un conflicto de intereses es parte esencial del encargo que las partes de la controversia imponen a los árbitros, impidiendo que alguna de las partes siembre (y se siembre) dudas sobre la justicia de lo que se decida en el laudo.

SEGUNDA: La atribución del poder de adoptar medidas cautelares por los propios árbitros del fondo de la controversia puede arriesgar el alto estándar de independencia e imparcialidad que el arbitraje ha levantado para sí, pues la tutela cautelar implica una ineludible toma de posición de parte del árbitro sobre la probabilidad (alta o baja) de que quien la solicita obtenga un laudo favorable, lo que inevitablemente conlleva un cierto compromiso psicológico con las decisiones tomadas (*Choise-supportive bias* o sesgo pro-elección), abriendo la puerta para el surgimiento de un conflicto de interés de los árbitros con las partes.

TERCERA: La novedosa figura del “árbitro de emergencia” elaborada por la praxis arbitral internacional está enderezada a defender la independencia del arbitraje frente a las autoridades judiciales, permitiendo que la tutela cautelar en la fase pre-arbitral sea otorgada por un juzgador no estatal, pero *no resuelve* el problema de la potencial contaminación por el sesgo

CONCLUSIONES

pro-elección del tribunal arbitral, contaminación derivada de la concesión de medidas cautelares.

CUARTA: Soluciones como la existencia de reglas sobre conflictos de interés, códigos de ética o reglas de recusación tampoco *resuelven* el problema del sesgo pro elección ni *previenen* la situación (más bien, son soluciones reactivas).

QUINTA: Para resolver el problema de la contaminación derivada del sesgo pro-elección del tribunal arbitral, se presenta como *necesaria* la introducción de la figura del “árbitro cautelar”, a fin de que sea el encargado de tomar las decisiones cautelares en lugar del tribunal arbitral o el juez, esto es tanto en la fase pre-arbitral como en la arbitral propiamente dicha.

SEXTA: La figura del árbitro cautelar protege al tribunal arbitral de potenciales cuestionamientos de su imparcialidad y preserva la independencia de la institución arbitral frente al Estado y la voluntad de las partes de arbitrar.

SÉPTIMA: La figura propuesta del árbitro cautelar es compatibles con la legislación vigente sobre arbitraje nacional, pero sería oportuna su introducción legislativa, contribuyendo la legislación nacional a elevar aún más el alto estándar de independencia e imparcialidad que caracteriza al mundo del arbitraje.

BIBLIOGRAFIA

ARIANO DEHO, Eugenia

- 2003a «Tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, pp. 587-606.
- 2003b «La instrumentalidad de la medida cautelar». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, pp. 607-626.
- 2003c «Situación cautelable, verosimilitud y *periculum in mora*». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, pp. 659-672.
- 2010 «¿Un cautelar renovado?: entre los ajustes y los temas pendientes». En *Manual de actualización civil*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 9-31.
- 2013 «Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad objetiva del juzgador. Un tema para el debate». En *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 11-40.

ARIETA, Giovanni

- 1985 *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.* Padua: Cedam.

BARONA VILAR, Silvia

- 2006 *Medidas cautelares en el arbitraje*. Madrid: Thomson-Civitas.

BENSON, Bruce

- 1995 «An Exploration of the Impact of Modern Arbitration Statutes on the Development of Arbitration in the United States». *Journal of Law, Economics & Organization*. Oxford University Press, volume II, número 2, pp. 479-505.

BISHOP, Doak y REED, Lucy

- 1998 «Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in international Commercial Arbitration». *14 Arbitration International*, Issue 4, pp. 395-429. Consulta: 30 de Mayo de 2014.

<http://www.kslaw.com/library/pdf/00000201.pdf>

BORN, Gary

- 2009 *International Commercial Arbitration*. Tercera edición. Alphenaan den Rijn: Kluwer Law International.

BIBLIOGRAFIA

- BREHM, Jack
1956 «Postdecision changes in the desirability of alternatives». *Journal of Abnormal and Social Psychology*. S/1, número 52, pp. 384-389.
- BULLARD, Alfredo
2006 «Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?». *Themis. Revista de Derecho*. Lima, número 53, pp. 71-89.
- CALAMANDREI, Piero
1936 *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam.
1955 «Verità e verosimiglianza nel processo civile». *Rivista di diritto processuale*. Padua, año 10, número 3, pp. 164-192.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando
2015 «Dr. Fernando Cantuarias critica el actual funcionamiento del arbitraje en el Perú» [videograbación]. Entrevista realizada por IUS360. Consulta: 18 de mayo de 2015.
<https://youtu.be/e0Mbcz8lbcA>
- CARNELUTTTI, Francesco
1944 *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Uteha.
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ICC)
2006 *Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral vigente a partir del 1º de enero de 1990*. París: ICC.
2011 *Reglamentos de Arbitraje y de ADR*. París: ICC.
- CASTILLO FREYRE, Mario y VASQUEZ KUNZE, Ricardo
2013 «Arbitraje: naturaleza y definición». *Derecho PUCP*. Lima, número 59, pp. 275-276.
- CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (Ed. Raysa Robles Farfán)
2013 *Informe Final - Medidas Cautelares*. Lima, Junio.
- CENTRO DE ARBITRAJE DESCENTRALIZADO – CADES-PERÚ
2015 *Análisis de resultados de la Primera encuesta sobre medidas cautelares en el arbitraje – Perú*.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI-UNCITRAL)
2008 *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*. Nueva York: Naciones Unidas.
2011 *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)*. Nueva York: Naciones Unidas.

BIBLIOGRAFIA

2015 *Situación actual. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. Consulta: 1 de diciembre 2015.

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

CORREA DELCASSO, Juan Pablo

2008 «Arbitraje y *référé* en Francia. Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral». *Anuario de justicia alternativa*. Barcelona, número 9, pp. 153-206.

DAVID, René

2010 *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Décimo primera edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

DAVIES, Martín

2006 «Court ordered Interim Measures in Aid of International Commercial Arbitration». *American Review of International Arbitration*. Columbia University Press. Nueva York, volumen 17, número 3, pp. 299 - 334.

DERAINS, Yves

1982 «Expertise technique et *référé* arbitral». *Revue de l'arbitrage*. París, número 3, pp. 243-249.

DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Erick A.

2005 *A Guide to ICC Rules of Arbitration*. Alphenaan den Rijn: Kluwer Law.

DONOVAN, Donald Francis

2010 «The Arbitrator's Power to Issue Procedural and Interim Orders». *AAA Handbook on Commercial Arbitration*. New York: JurisNet, pp.289-300.

FENECH, Miguel

1982 *El proceso penal*. Cuarta Edición. Madrid: s/e.

FESTINGER, Leon

1955 «The relation between cognition and action». Paper read at Symposium on Cognition. University of Colorado. Boulder, Mayo

FIORUCCI, Fabio

2009 *I provvedimenti d'urgenza ex art.700 c.p.c.* Milan: Giuffrè.

FRIEDLAND, Paul y BREKOULAKIS, Stavros (editores)

2013 *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. Londres: School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London-White & Case. Consulta: 4 de abril de 2014.

<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>

BIBLIOGRAFIA

- GAILLARD, Emmanuel y PINSOLLE, Phillipe
2004 «The ICC Pre-Arbitral referee: the first practical experiences». *Arbitration International*. Volumen 20, número 1.
- GEE, Steven
1998 *Mareva injunctions and Anton Piller relief*. Cuarta Edición. Londres: Sweet & Maxwell.
- GONZALES DEL COSSIO, Francisco
2014 «Interim Measures in Arbitration: Towards a better Injury Standard». Ponencia en el *ICCA Congress*, Miami, 7 de abril de 2014. Consulta: 19 de Octubre de 2014.
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Interim%20Measures%20in%20Arbitration%20with%20Post%20Scriptum.pdf>
- HAMID EI-Ahdab
1999 *Arbitration with the Arab Countries*. Segunda edición. Alphenaan den Rijn: Kluwer Law International
- HANSEN, Katherine y otros
2014 «People claim objectivity after knowingly using biased strategies». *Personality and Social Psychology Bulletin*. Consulta: 20 de marzo de 2015.
<http://psp.sagepub.com/content/early/2014/02/20/0146167214523476>
- HOYLE, Mark S. W.
1997 *The Mareva Injunction and related orders*. Tercera Edición. Londres: Lloyd's Commercial Law Library.
- HUNTER, Martin
1987 «Ethics of the International Arbitrator». *Arbitration*. Número 53, pp 219 - 223.
- ICHHEISER, Gustav
1949 «Misunderstandings in human relations: A study in false social perception». *American Journal of Sociology*. Número 55, suplemento.
- INSTITUTE OF MEDICINE (US) COMMITTEE ON CONFLICT OF INTEREST IN MEDICAL RESEARCH, EDUCATION, AND PRACTICE
2009 *Report from the Committee on Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice*. The National Academies Press. Washington (DC): Edited by Bernard Lo and Marilyn J. Field. Consulta: 3 de Julio de 2014.
[http://opasi.nih.gov/eo/documents/Final-Report-Conflict-Interest-\(08-6002-OD-OER\)-9-18-09.pdf](http://opasi.nih.gov/eo/documents/Final-Report-Conflict-Interest-(08-6002-OD-OER)-9-18-09.pdf)
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION
2014 *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*. Londres: International Bar Association. Consulta: 14 de enero 2015.

BIBLIOGRAFIA

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice Rules and Guidelines

JEULAND, Emmanuel

2005 «Les conséquences procédurales du pouvoir de l'arbitre d'ordonner une astreinte, note sous Paris, 1re Ch. C, 7 octobre 2004». *Revue de l'arbitrage*. Paris, número 3, pp. 737-750.

LAGERBERG, Gerry y MISTELIS, Lourkas (editores)

2007 *International arbitration: Corporate attitudes and practices 2006*. Queen Mary University of London's Centre for Commercial Law Studies. School Of International Arbitration- PricewaterhouseCoopers. Consulta: 4 de abril 2014.

http://www.pwc.be/en_BE/be/publications/ia-study-pwc-06.pdf

2009 *International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2008*, Queen Mary University of London's Centre for Commercial Law Studies. School Of International Arbitration- PricewaterhouseCoopers. Consulta: 4 de abril 2014.

<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123294.pdf>

LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa

2003 *La intervención judicial en la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Tesis de Doctorado en Derecho Internacional. Universitat de Valencia, Departamento de Dret Internacional. Consulta: 4 de abril 2014.

<http://www.tdx.cesca.es/handle/10803/9685;jsessionid=A62DA602C361EF21CA2265C90CA535EA.tdx1>

2008 *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch

LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA

2012 Draft Model Order for Preservation of Assets "Mareva Injunction Order". Consulta: 3 de Julio de 2014.

<http://www.lawsociety.bc.ca/docs/publications/ebrief/2012-07-MarevaOrder.pdf>

LEVAL, Georges de

1998 «Le juge et l'arbitre. Les mesures provisoires». En *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*. Bruselas: Bruylant, pp. 423-445.

LEVY, Laurent

2001 «Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse». *Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage*. Alphenaan den Rijn, volumen 19, pp. 21-29.

MATHER, Mara y JHONSON, Marcia

2000 «Choice-Supportive Source Monitoring: Do our Decisions Seem Better to Us as We Age?». *Psychology and Aging*. Volumen 15, número 4, pp. 596-606.

BIBLIOGRAFIA

2003 «Remembering Chosen and Assigned Options». *Memory and Cognition*. Número 31, pp. 422-433.

MICHELL, Paul

1996 «The Mareva Injunction in Aid of Foreign Proceedings». *Osgoode Hall Law Journal*. Toronto, Volumen 4, número 4, pp. 742 y ss.

MONTERO AROCA, Juan

2004 *La tercería de dominio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PANDURO MEZA, Lizbeth

2011 *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 10 de Junio de 2014.

http://tesis.pucp.edu/repositorio/bitstream/handle/123456789/793/PANDURO_MEZA_LIZBETH_APLICABILIDAD_INSTITUCIONES.pdf?sequence=1

PARK, William

2011 «Rectitud in International Arbitration». *LCIA Arbitration International*. Special Edition on Arbitrator Challenges. Volumen 27, número 3, pp. 41-42.

PHILIPS, Gerald

2010 «Is Creeping Legalism Infecting Arbitration?». En *AAA Handbook On Arbitration Practice*. New York: JurisNet., pp. 41-51

PRIORI POSADA, Giovanni

2013 «El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites: fundamentos, contenido y límites». En *Estudios de derecho procesal civil*. Segunda edición. Lima: Ius et Veritas, pp. 625 ss.

PRONIN, Emily

2004 «People claim objectivity after knowingly using biased strategies». *Personality and Social Psychology Bulletin*.

PRONIM, Emily, ROSS, Lee y GILOVICH, Thomas

2004 «Objectivity in the Eye of the Beholder: Divergent Perceptions of Bias in Self Versus Others». *Psychological Review*. Volumen 111, número 3, pp. 781-799.

PROTO PISANI, Andrea

1987 «Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile». *Rivista di diritto civile*. Padova, Volumen 33, Parte I, pp. 109-139.

RAMOS MENDEZ, Francisco

2013 «Las medidas cautelares en el proceso civil español». En Ramos & Arroyo Abogados. Consulta: 01 de setiembre de 2013.

http://rya.es/articulos/Las_medidas_cautelares_en_el_proceso_civil_español.pdf

BIBLIOGRAFIA

- RAU, Alan Scott
2005 «The Culture of American Arbitral and the Lessons of ADR». *Texas International Law Journal*. Austin, pp. 458 ss.
- REISMAN, W. Michael et al.
1997 *International Commercial Arbitration: Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*. New Haven: Foundation Press.
- ROEBUCK, Derek y FUMICHON, Bruno de Loynes de
2004 *Roman Arbitration*. Oxford, Holo Books
- SERVICIO DE MARSHALS DE LOS ESTADOS UNIDOS
s/f *Attachment orders*. Consulta: 24 de febrero de 2014
<http://usmarshals.gov/process/attachment.htm>
- STIPANOWICH, Thomas
2010 «The arbitration. The ‘New’ Litigation». *University Of Illinois Law Review*. Urbana-Champaign, número 1, pp. 1-60. Consulta: 10 de junio de 2014.
<http://microlib.cc.utexas.edu/law/centers/cppdr/portfolio/2010%20Symposium/Stipanowich%20New%20Litigation%20Final.pdf>
- TRAKMAN, Leon
2007 «The impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered». *International Arbitration Law Review*. Sweet & Maxwell, volumen 10, pp. 999. Consulta: 03 de Julio de 2014.
http://josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_Scolars Texts/arbitrators_impartiality_and_independence/iba_guidelines_leon_trankman.pdf
- U.K. DEPARTMENTAL ADVISORY COMMITTEE ON ARBITRATION LAW
1996 *Report on the Arbitration Bill*. Londres
- WONG ABAD, Juan
2012 «Anulación del Laudo Arbitral». Ponencia presentada en el “Congreso Internacional de Arbitraje” organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 6 setiembre de 2012
- YESILIMARK, Alí
2005 *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Alphenaan den Rijn: Wolters Kluwer.

BIBLIOGRAFIA

ZAGATA VASANI, Sarah

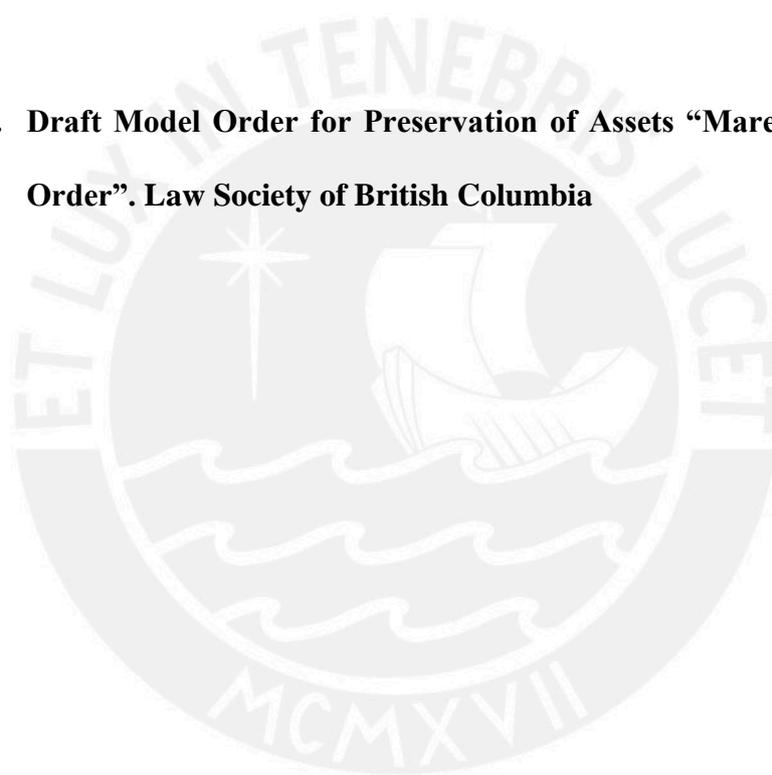
2015 “The Emergency Arbitrator: Doubling as an Effective Option for Urgent Relief and Early Settlement Tool”. *King&Spalding*. Consulta: 10 de junio de 2015.

<http://www.kslaw.com/library/newsletters/EnergyNewsletter/2015/May/article8.html>.





1. Draft Model Order for Preservation of Assets “Mareva Injunction Order”. Law Society of British Columbia



**Draft Model Order for Preservation of Assets
“Mareva Injunction Order”¹**

[Style of Proceedings]

ORDER

BEFORE THE HONOURABLE) _____ day the _____ day of
MR./MADAM JUSTICE) _____, 20____
[Name of Judge])

ON THE APPLICATION of the plaintiff made without notice, coming before me at [*place of hearing*] on this day, and on hearing [*name*], counsel for the plaintiff, no other party having been served, and on reading:

1. [*list affidavits and any other material read at hearing*]
2. [*etc.*]

AND ON the plaintiff having undertaken to comply with the terms of the undertaking set out in Schedule “A” to this Order, which among other things requires service of the notice set out in Schedule “B” to this Order;

THIS COURT ORDERS [AND DIRECTS] THAT:

Freezing Order

1. Except as permitted by this Order, the defendant must not:
 - (i) remove from British Columbia or in any way dispose of or deal with or diminish the value of any of [his/her/its] assets that are in British Columbia whether in [his/her/its] own name or not and whether solely or jointly owned [unless assets having a fair market value of at least \$____ net of all secured interests remain in British Columbia and are not dealt with, disposed of, or diminished in value];

¹ An early draft of this Order was prepared by Gray J and Groberman J (as he then was). It has been revised to reflect comments of a Working Group consisting of Madam Justice Victoria Gray; Michael D Lucas, Manager, Policy and Legal Services, Law Society of British Columbia; Robert Dawkins, Border Ladner Gervais LLP; and Michael Stephens, Hunter Litigation Chambers. This model Order does not alter the law with respect to Mareva Injunction Orders in the Province of British Columbia and its terms may not be appropriate for all types of cases. Additional, alternative or related relief may be sought and obtained from the Court. It is the responsibility of counsel to ensure that the proposed Order meets the requirements of their case and to provide evidentiary support and judicial authority for the relief sought, whether contained in this model Order or otherwise.

[if injunction is worldwide:

- (ii) in any way dispose of or deal with or diminish the value of any of [his/her/its] assets whether they are in or outside British Columbia whether in [his/her/its] own name or not and whether solely or jointly owned [unless assets having a fair market value of at least \$___ net of all secured interests in Canadian funds remain in all jurisdictions combined and are not dealt with, disposed of, or diminished in value].

This prohibition applies to all of the defendant's assets, and includes the following assets in particular:

- (a) real property described as [*description of property*] or the net proceeds from the sale of the property if it has already been sold;
- (b) the property and assets of the defendant's business [known as (*name of business*) or carried on at (*address of business*)] or the net proceeds from the sale of the asset or assets if any of them have been sold; and
- (c) any money in the accounts numbered [*set out account numbers and bank branches*].

2. If the total value of the defendant's assets in British Columbia, net of all secured interests, exceeds \$[], the defendant may remove any of those assets from British Columbia or may dispose of or deal with them so long as the total net value of [his/her/its] assets still in British Columbia remains above \$[].

[if the injunction is worldwide: If the total net value of the defendant's assets in British Columbia does not exceed \$[], the defendant must not remove any of those assets from British Columbia and must not dispose of or deal with any of them, but if [he/she/it] has other assets outside British Columbia the defendant may dispose of or deal with those assets so long as the total net value of all [his/her/its] assets whether in or outside British Columbia remains above \$[].]

Exceptions to this Order

3. This Order does not prohibit the defendant from spending up to \$[] a month [*or* reasonable amounts] on ordinary living expenses [and \$[] a month [*or* reasonable amounts] on ordinary and proper business expenses] and a total of \$[]² [*or* reasonable amounts] on legal advice and representation. Before spending any money on living, business or legal expenses, the defendant must advise the plaintiff's solicitors in writing of the intended source of the funds to be expended.

² This Order is not intended to limit a defendant in obtaining legal advice. Whether an amount is fixed or reasonable, and the ultimate amount if it is fixed, should depend on the entire context of the case and the evidence: e.g., a more complex case may require higher legal fees.

[4. This Order does not prohibit the defendant from dealing with or disposing of any of his/her/its assets in the ordinary and proper course of business.]³

5. The defendant may agree with the plaintiff that the above spending limits should be increased or that this Order should be relaxed in any other respect but any such agreement will be effective only if confirmed in writing and signed by all parties.

Duration of this Order

6. [If a return date is set] This Order will remain in force up to and including [] (the “Return Date”) unless before then it is varied or discharged by a further Order of this Court. The application in which this Order is made shall come back to the Court for further hearing on the Return Date.

[7. [If no return date is set] Unless this Order is varied or discharged or extended by order of the Court, this Order shall remain in force until the expiry of 30 days following the pronouncement of final judgment in this matter by this Court, including any necessary assessment of damages but not the assessment of costs or completion of all execution proceedings.]

8. This Order will cease to have effect if the defendant provides security by paying the sum of \$[] into Court or makes provision for security in that sum by some other method agreed in writing with the plaintiff.

9. [This Order will also cease to have effect on *[date]* unless:

- (a) the plaintiff has, on or before that date, provided the Court an irrevocable letter of credit in a form approved by the Court in the sum of \$[] to secure [his/her/[its] undertaking set out in Schedule A.; or
- (b) on application by the parties, this Court orders this Order ceases to have effect]

Variation or Discharge of this Order

10. Anyone affected by this Order may apply to the Court at any time to vary or discharge it, or to request that the plaintiff be required to post security for the undertaking [or vary the amount of security], on giving no less than two hours' notice to the plaintiff's solicitor of his or her intention to do so, but this Order will remain in force until further Order even if such an application is pending.

³ This Order is designed for an individual defendant. If the defendant is a company which conducts a business consideration and allowance should be made for the distribution of assets as an integral part of that business.

11. All applications to vary or discharge this Order, or arising out of the issuance or enforcement of this Order, shall be heard by the Judge who issued this Order with the exception of:

- (a) urgent matters for which the Judge is not available; or
- (b) as otherwise directed by the Judge.

Third Parties

12. Except as permitted by this Order, no person or other legal entity with notice of this Order may deal with any bank or other accounts of the defendant (including money market, retirement savings plan accounts, investment certificates, treasury bills, and deposits) or with other assets of the defendant in his/her/its possession or control without further order of this Court.

13. No person or other legal entity with notice of this Order shall breach or permit a breach of this Order.

14. To the extent that any person or other legal entity holds assets of the defendant in excess of \$[], that person or other legal entity is not restrained from dealing with that part of the assets held by that person or other legal entity which is in excess of \$[].

15. The terms of this Order do not affect any person or legal entity outside the jurisdiction of this Court until it is declared enforceable or is enforced by a Court in the relevant jurisdiction, unless such person or other legal entity is:

- (a) the defendant or an officer or an agent of the defendant; or
- (b) a person or other legal entity who or which is subject to the jurisdiction of this Court; and
 - (i) has been given written notice of this Order, and
 - (ii) is able to prevent acts or omissions outside the jurisdiction of this Court which constitute or assist in a breach of the terms of this Order.

16. This Order does not prevent any bank, financial institution or secured party from exercising any rights to claim interest, to levy service charges, to claim set off, to enforce security, or to enforce any other contractual right, arising from contracts made before being notified of this Order.

17. No bank or financial institution needs to enquire as to the application or proposed application of any money withdrawn by the defendant if the withdrawal appears to be permitted by this Order.

18. This Order binds every defendant and every other person who is subject to this Order and obtains notice of the Order, as of the time such defendant or person first receives notice⁴ of the Order, and whether or not such defendant or person has been served with a copy of the Order.

BY THE COURT

[DISTRICT] REGISTRAR

POSSIBLE ADDITIONAL TERMS OF ORDER:

Disclosure Order

[In most cases, this should not be granted on the *ex parte* application, but should be considered when this application is heard on notice to the defendant, usually on the Return Date].

19. The defendant must, within [seven] days of service of this Order, provide the plaintiff's solicitor with a list (the "Defendant's Asset List"), verified by [his/her/its] affidavit setting out all of the defendant's assets as of the date of this Order whether in or outside British Columbia and whether in [his/her/its] own name or not and whether solely or jointly owned, and details of all such assets, including the nature of each asset, all identifying numbers and other identifying information, its exact location as of the date of this Order, and whether the asset is held in the defendant's name or jointly held with another person, or by another on his/her/its behalf.⁵

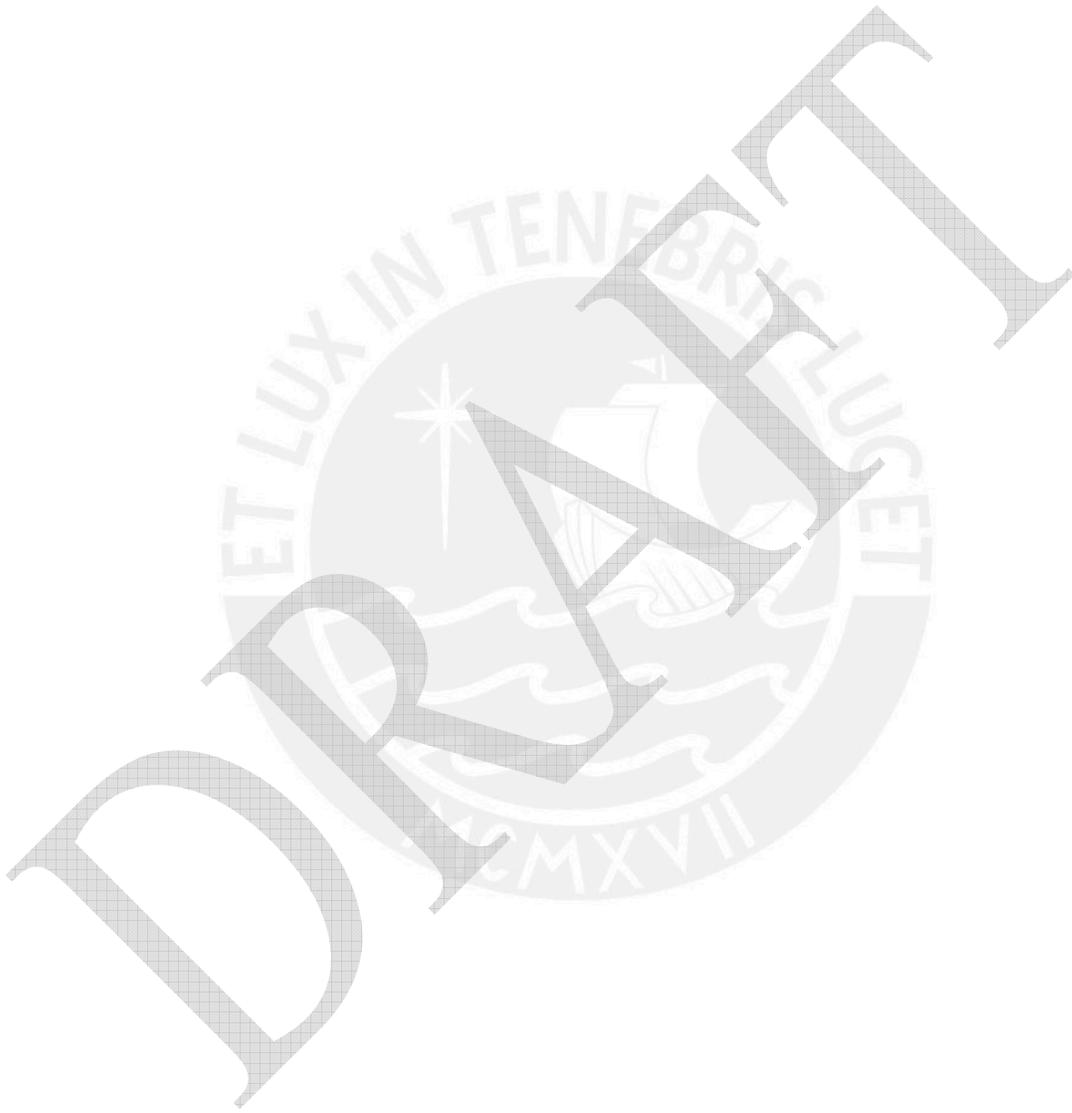
20. If the defendant holds any assets over which [he/she/it] has no beneficial interest, that asset shall be included in the list, along with an indication that the asset is held in trust for others.

21. The plaintiff's solicitor shall not disclose the Defendant's Asset List or the information contained in it to any person (including the plaintiff) except for the purpose of this proceeding. Before making such disclosure, counsel shall obtain a written undertaking from the person to whom disclosure is to be made in the form attached to this Order as Schedule "C".

⁴ Counsel should be aware of special provisions which may concern proper service of a Mareva injunction on a bank. Section 462(1) of the *Bank Act*, S.C. 1991, c.46 (in effect at the time of drafting this model Mareva Injunction Order) requires service of an injunction on the branch of the bank which has possession of property belonging to a person or is the branch of account in respect of a person's deposit account. This provision may require service of a Mareva injunction on the branch of account, or the branch holding the applicable property, in order for the Order to bind property held by a bank.

⁵ The central purpose a Mareva Injunction Order is not to obtain discovery. However, certain terms permitting some form of disclosure may be appropriate in the circumstances of a particular case. See *Sekisui House Kabushiki Kaisha v. Nagashima* (1982), 42 BCLR 1 (C.A.).

22. On or before *[date]*, or such later date as provided in a further order, the plaintiff's solicitor shall destroy all copies of the Defendant's Asset List received from the defendant and take reasonable steps to ensure that any copies released to anyone else are destroyed, except that the plaintiff is at liberty to file with the Court a sealed copy of the Defendant's Asset List, to be retained in the Court file so that it will be available on further court order.



SCHEDULE "A"

I, *[name of [person] plaintiff or of person authorized by corporate plaintiff to give undertaking]*, declare as follows:

1. I have read the attached draft Order (the "Order").
2. I undertake [or I am authorized by the corporate plaintiff to give its undertaking and it does hereby undertake] to do the following:
 - (a) To take reasonable steps to ensure service on the defendant[s] a copy of the Notice of Civil Claim, the Order and every affidavit referred to in the Order, and a separate copy of the Notice to Defendant which is Schedule "B" to the Order;
 - (b) to serve a copy of the Order upon any person who the plaintiff intends to be bound to honour the terms of the Order;
 - (c) to abide by any Order the British Columbia Supreme Court may make as to damages in the event that this Court is of the opinion that the defendant[s], or any of them, or any other person served with this Order has sustained damages by reason of this Order which the plaintiff ought to pay;
 - (d) to pay the reasonable costs of complying with the Order which anyone served with a copy of the Order by the plaintiff, other than the defendant[s], incurs, including the reasonable costs of ascertaining whether that person or entity holds any of the defendant's assets; and
 - (e) to take all reasonable steps to notify, in writing, any person or entity which the plaintiff serves with a copy of the Order of any changes to the Order that might affect that person, including any occurrence which results in the Order ceasing to have effect.
3. I understand that if I breach this undertaking or the Order, I may be imprisoned or fined.

Dated *[month/day/year]*

Signed *[name of person giving undertaking]*

Witness *[Name of Witness]*

SCHEDULE "B"**IMPORTANT****NOTICE TO THE DEFENDANT**

1. The Order of Mr./Madam Justice [Name] dated [date] ("Order") prohibits you from dealing with your assets [up to the amount stated]. The Order is subject to the exceptions stated in the Order. You should read it all carefully.
2. You are entitled to seek legal advice from your own lawyer regarding this Order and the rights you may have. You are advised to consult a lawyer as soon as possible. You have a right to ask the Court to vary or discharge this Order.
3. If you disobey this Order you may be found guilty of contempt of court and you [any of your directors] may be sent to prison or fined [and you may be fined] or your assets may be seized. [Furthermore, if you fail to cooperate as required by the Order, the Court may draw negative inferences from that failure that could prejudice the defendant(s) in the Court proceedings.]
4. *If a return date has been set:* This Order will be brought back before the Court on [date and time]. You will, at that time, have the opportunity to make submissions as to whether this Order should cease, be continued, or be modified. [If a disclosure order is being sought on the return date: At that time, as well, the plaintiff(s) will be asking the Court to make an order requiring you to disclose the assets that you hold as at the date that this Order was made]. If you wish to submit evidence for that hearing, you must follow the Rules of Court in doing so. If you wish to be heard at that hearing, you must attend in Court at that time.

Dated: Month/Day/Year

I acknowledge receipt of a copy of this notice.



Acknowledged and delivered in the presence of:)

)

)

)

)

)

Witness Signature

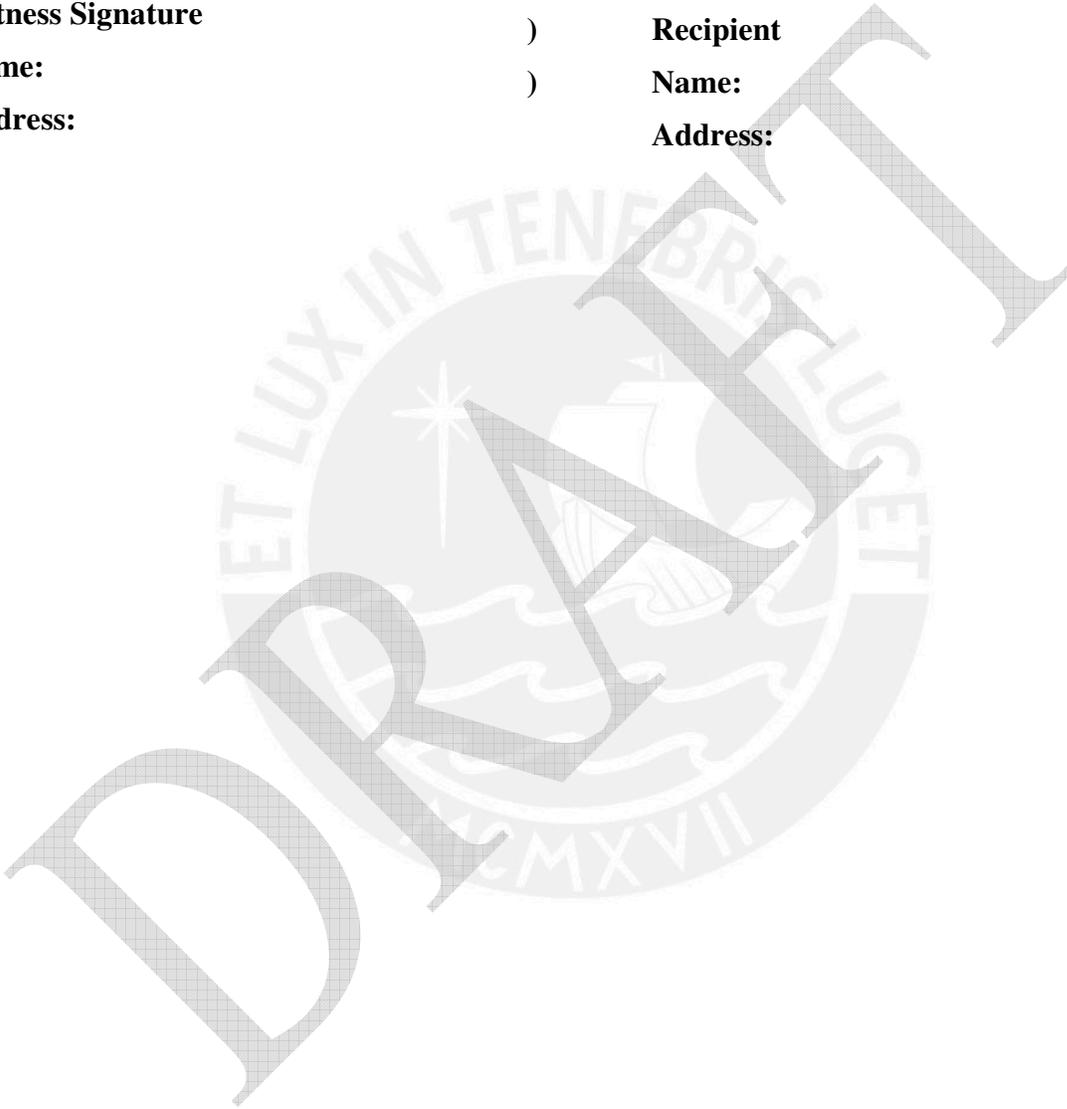
Name:

Address:

Recipient

Name:

Address:



ADDITIONAL UNDERTAKING IF ASSET LISTING ORDERED:

SCHEDULE “C”

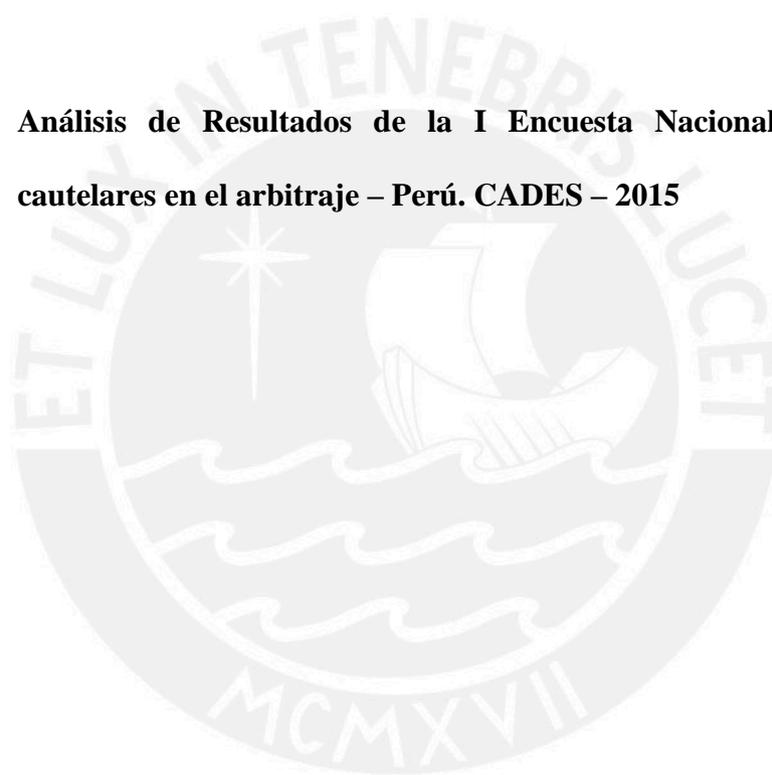
1. I understand, agree and undertake to the Court that I will not disclose the Defendant’s Asset List, or any information contained in that list, to anyone other than counsel for the plaintiff in this action, or a person who is designated in writing by counsel and who signs a separate form of this undertaking and provides me with a signed and witnessed copy.
2. I agree and undertake to the Court that I will only use the Defendant’s Asset List or the information contained in the Defendant’s Asset List for the purpose of this litigation and proceedings to execute on any order made in this litigation and for any purpose that is expressly permitted by a court order.
3. I understand, agree and undertake to the Court that I will destroy or return to the plaintiff’s counsel my copy of the Defendant’s Asset List, and any other document that contains information derived from the Defendant’s Asset List, by [date], or such later date expressly permitted by court order.

Dated [month/day/year]

Signed [name of person giving undertaking]

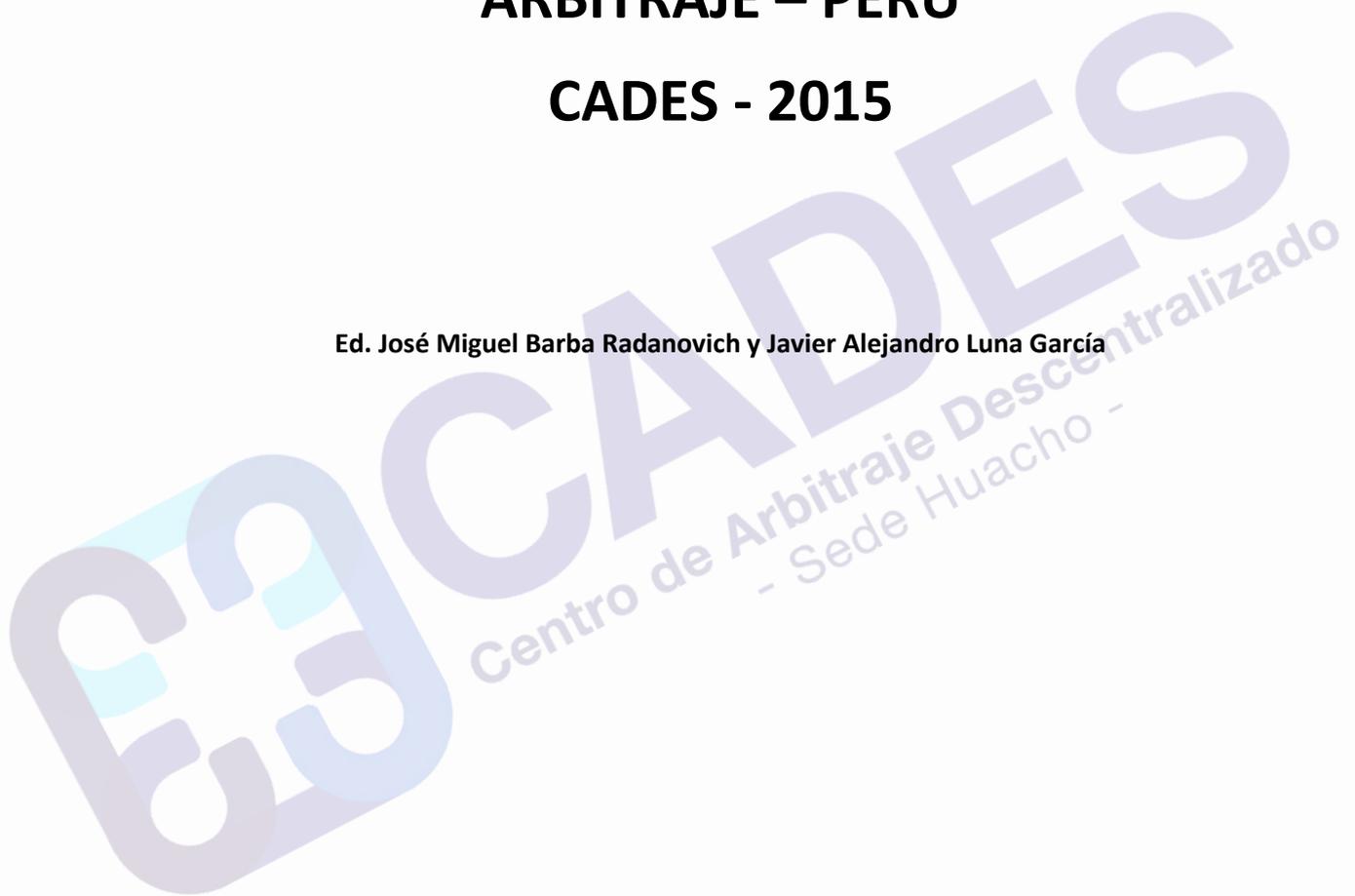
Witness [Name of Witness]

2. **Análisis de Resultados de la I Encuesta Nacional de medidas cautelares en el arbitraje – Perú. CADES – 2015**



ANÁLISIS DE RESULTADOS DE LA I ENCUESTA NACIONAL DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE – PERÚ CADES - 2015

Ed. José Miguel Barba Radanovich y Javier Alejandro Luna García



Esta obra está licenciada bajo la Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional. Para ver una copia de esta licencia, visita <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

SOBRE EL CADES

El Centro de Arbitraje Descentralizado – CADES, es una institución dedicada a la investigación, promoción y administración del arbitraje en Perú. Su Reglamento es el único que contiene la cláusula para el uso de “Árbitros de Emergencia”, una figura arbitral que amplía el derecho de las partes a separar su controversia de la jurisdicción ordinaria al encargar las medidas cautelares pre-arbitrales a un árbitro distinto, designado mediante un procedimiento imparcial, y cuya resolución (el laudo provisorio o la provisión) es dictada comparativamente en una fracción del tiempo del que requiere un juez, y puede ser ejecutada como cualquier otro laudo.

SOBRE LA ENCUESTA

La presente encuesta (realizada bajo la denominación: “I Encuesta sobre Medidas Cautelares en el Arbitraje – Perú”) es el primer esfuerzo académico por establecer una estadística confiable sobre el uso de medidas cautelares en el arbitraje en el Perú, así como su efecto en el tribunal arbitral y la disposición de los árbitros y secretarios arbitrales en utilizar las herramientas cautelares a su disposición.

Esta es una de las primeras herramientas estadísticas que se desarrolla sobre el mercado específico del arbitraje; con la intención de hacer posible para los árbitros y las partes el poder rastrear el estado de las tendencias nacionales sobre este tema.

SOBRE EL UNIVERSO DE ENCUESTADOS

La presente encuesta sobre medidas cautelares se realizó a 60 árbitros y secretarios arbitrales (en adelante referidos como “Sujetos del estudio” o simplemente “sujetos”), los cuales contestaron entre 5 y 14 preguntas divididas en secciones; entre los meses de marzo y julio del año 2015.

Cada sección de la encuesta contenía una pregunta que daba acceso a la siguiente (y por lo tanto reducía el universo de encuestados) o saltaba a otra sección. Así, la primera sección tenía un universo de 60 sujetos, la segunda uno de 49, la tercera uno de 47 y la cuarta – y última sección – nuevamente un universo de 60 sujetos.

SOBRE LOS SUJETOS

Los sujetos han sido elegidos aleatoriamente, enviando la encuesta a listas públicas de árbitros (uno de cada 5 árbitros de las listas públicas, seleccionados con herramientas de “randomización”) y fuentes privadas (nuestra propia lista de árbitros y colaboradores, por ejemplo), por medio de correo electrónico. Los sujetos ejercen en su mayoría – 90% - en la ciudad de Lima (donde se desarrollan la mayoría de arbitrajes a nivel nacional), el resto está repartido entre las regiones de Piura, Lambayeque, La Libertad, Ancash y Arequipa.

SOBRE LAS PREGUNTAS

Las preguntas han sido diseñadas a fin de, progresivamente, establecer una ruta que refleje el conocimiento de regulación sobre medidas cautelares, su disposición a concederlas, la relación de las mismas con la imparcialidad, y por último, la familiaridad disposición para con las figuras y propuestas (relativamente) innovadoras en este campo a nivel internacional.

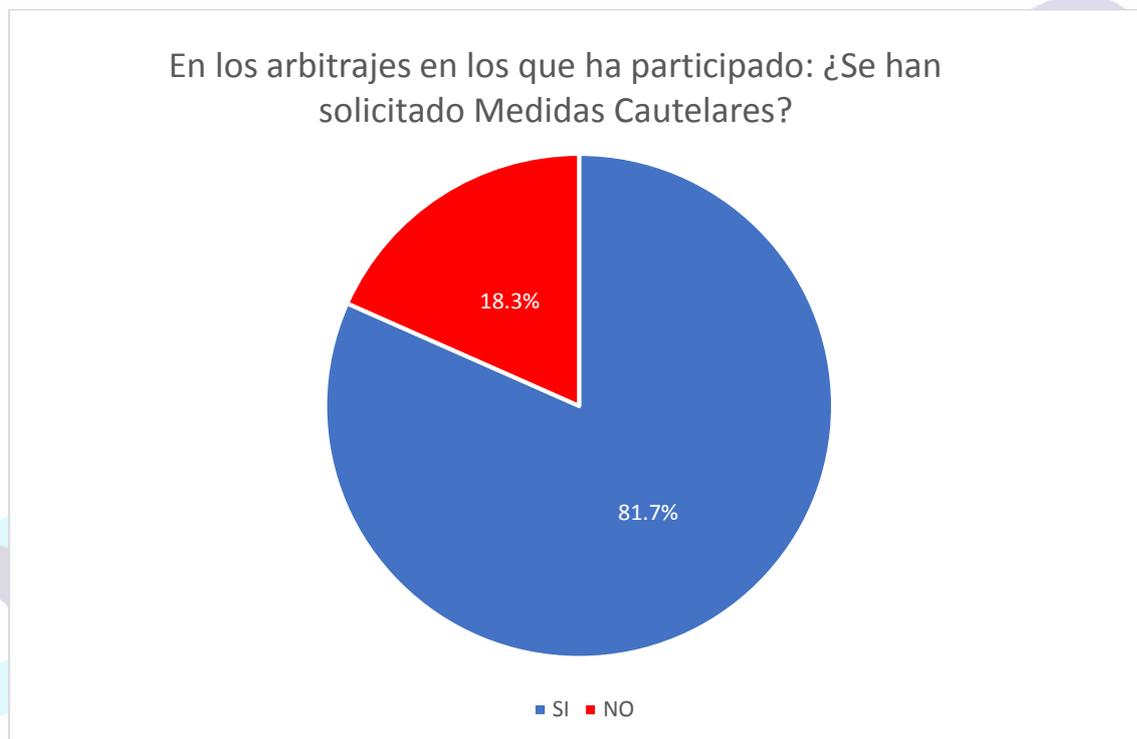
La mayoría de respuestas son de opción múltiple, basadas en porcentajes o rangos de porcentajes y dependientes del autoreporte de los sujetos, por lo que recomendamos precaución al tomar los números resultantes, ya que muchas veces son estimados, basados en la experiencia del sujeto o su recolección de los hechos.

SECCIÓN 1: SOBRE LA PRESENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE (Preguntas: 1, Universo: 60 sujetos)

En los arbitrajes en los que ha participado: ¿Se han solicitado Medidas Cautelares?

La cultura popular y la evidencia anecdótica sugieren que la incidencia de las medidas cautelares en el arbitraje no es solo menor que en los procesos ante la justicia ordinaria, sino que son un evento inusual y casi nunca tratado por los árbitros; y que por lo tanto, está inútilmente regulado por el Decreto Legislativo N° 1071 (Ley que Norma el Arbitraje).

En esta pregunta buscamos establecer que tan comunes son las Medidas Cautelares por encuestado (esto es, cuán probable es que un árbitro se encuentre con una medida cautelar al menos una vez en el transcurso de su carrera). Una amplia mayoría contestaron que habían vistos medidas cautelares en los arbitrajes de los que habían participado.



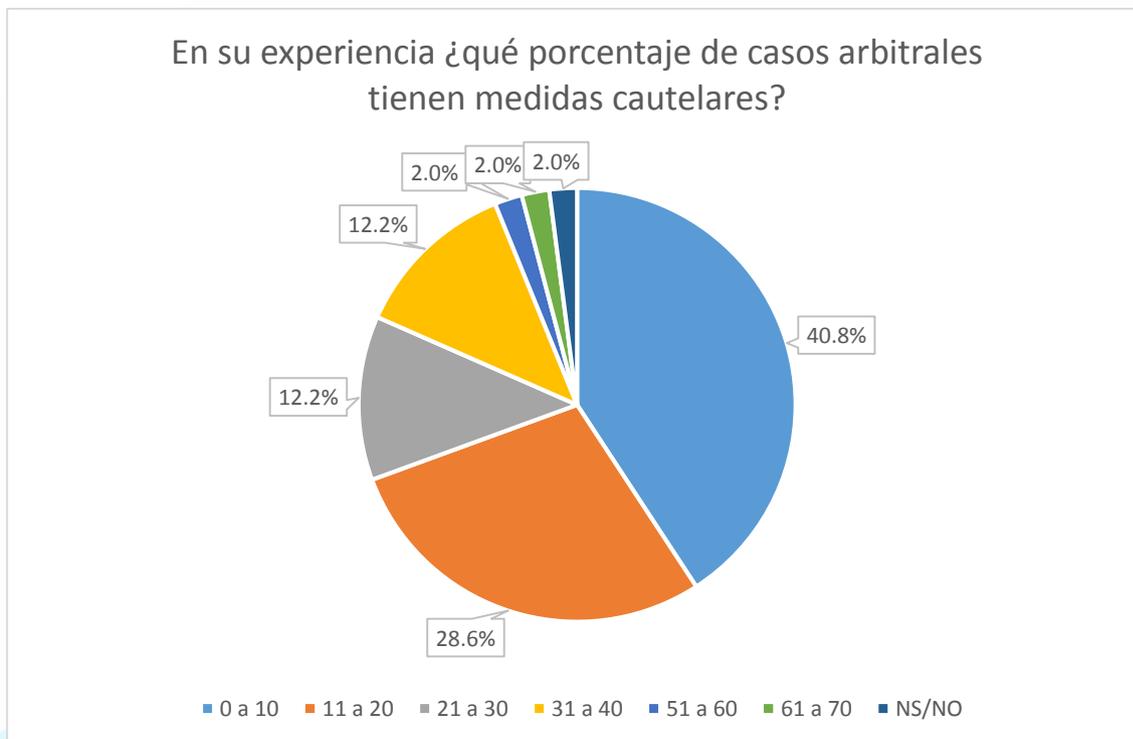
A pesar de este resultado obviamente favorable hacia la presencia de medidas cautelares en el arbitraje, es necesario señalar un potencial sesgo en la muestra: Como se puede observar en la Introducción, la encuesta se realizó bajo la denominación de “I Encuesta sobre Medidas Cautelares en el Arbitraje – Perú”. Por ello, es posible que los voluntarios que llenaron la encuesta hayan sido aquellos cuyo interés tendiera hacia la presencia e influencia de medidas cautelares en el arbitraje; de modo que aquellos sujetos encuestados que no hubieran participado de arbitraje donde se solicitaron medidas cautelares, pueden haberse visto impulsados a no llenar la encuesta.

Sorprendentemente, uno de los sujetos encuestados comenta sobre la solicitud de medidas cautelares en procesos arbitrales: “Si [se han solicitado], **con bastante frecuencia, en particular para evitar la ejecución de cartas fianzas u otras garantías**” [negritas agregadas]. Por otro lado, otro sujeto comenta: “Las medidas cautelares solicitadas dentro de un proceso arbitral no ameritan pronunciamiento al menos en los arbitrajes del OSCE”; y más interesante aún, otro sujeto señala (confirmando que existe un mito sobre las medidas cautelares en el arbitraje): “Es **poco usual la solicitud de medidas cautelares ante el Tribunal Arbitral, toda vez que impera el desconocimiento en la forma y oportunidad en proponerlas**” [negritas agregadas].

SECCIÓN 2: SOBRE EL DICTADO DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE Y EL ÓRGANO ENCARGADO (Preguntas: 5, Universo: 49 sujetos)

En su experiencia ¿qué porcentaje de casos arbitrales tienen medidas cautelares?

La teoría del sesgo en la muestra se refuerza cuando vemos los resultados de la siguiente respuesta, en la que los sujetos que han participado de arbitrajes con medidas cautelares, responden sobre la incidencia:



Cabe señalar que hemos tratado de ser lo más claro posibles al efectuar la pregunta, en tanto que nos referimos a la experiencia de cada uno de los árbitros, y no a una estimación o una creencia, por muy firme que esta pueda ser. Aun así, el 70% de sujetos encuestados mantiene que las medidas cautelares se presentan en menos del 20% de los casos arbitrales. Esta información resulta 1) Contradictoria con los resultados de la pregunta anterior; 2) Improbable, al implicar que el 82% de los árbitros han compartido el 20% de los casos en los que se han solicitado medidas cautelares; o 3) Consistente con la teoría del sesgo en el llenado de la Encuesta.

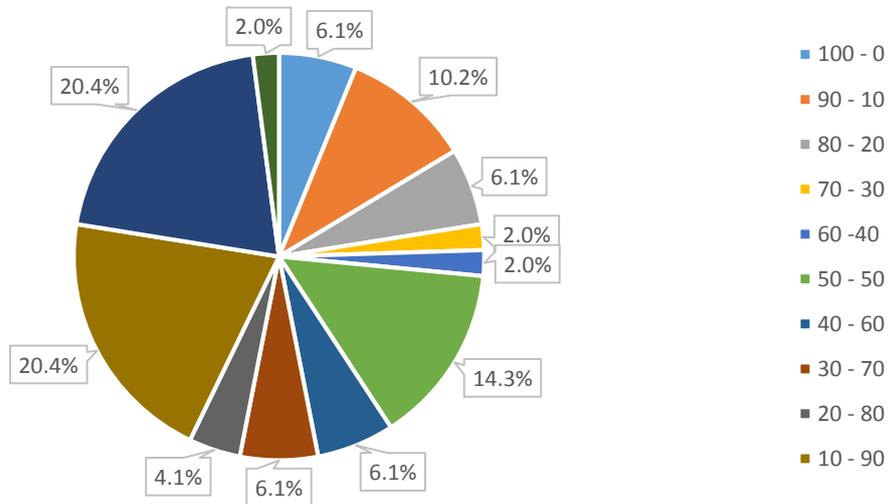
En nuestra opinión, la verdad yace en algún punto en el medio: Tanto hay un sesgo de parte de los sujetos que contestaron la encuesta, como una infraestimación cultural que nos hace pensar que las medidas cautelares son menos comunes de lo que en realidad son.

De las medidas cautelares tomadas en los arbitrajes en los que ha formado parte; ¿qué porcentaje fueron dictadas por un órgano judicial y qué porcentaje por el tribunal arbitral?

Existe otro concepto en cultura popular concerniente a las medidas cautelares en el arbitraje: Dado que los árbitros no tienen el poder para hacer cumplir sus órdenes cautelares, es más probable que se busque medidas cautelares pre-arbitrales que medidas cautelares del tribunal.

Hemos buscado establecer la relación entre los arbitrajes dictados por una y otra jurisdicción, y el tiempo en que esta se dio, para confrontar la idea popular planteada en el párrafo anterior.

De las medidas cautelares tomadas en los arbitrajes en los que ha formado parte; ¿qué porcentaje fueron dictadas por un órgano judicial y que porcentaje por el tribunal arbitral?

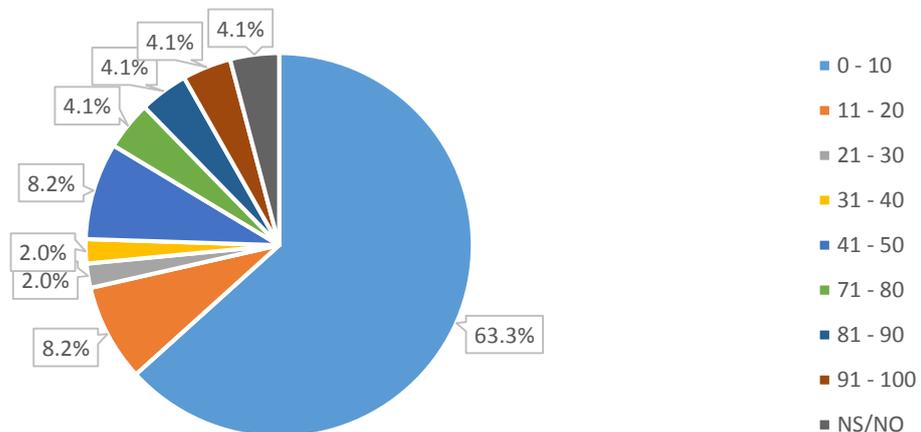


Sorprendentemente, poco más del 40% de los sujetos encuestados sostienen que 90+% de las medidas cautelares dictadas en los arbitrajes de los que han participado han sido dictadas por los tribunales arbitrales, mientras que en el otro extremo, apenas poco más del 16% de los sujetos encuestados atribuye el dictado del 90+% de las medidas cautelares al Poder Judicial; casi la misma proporción que atribuye el dictado de medidas cautelares en 50% a las cortes y 50% a los tribunales arbitrales.

Uno de los sujetos, que señaló que 100% de las medidas fueron dictadas por un órgano judicial, declaró: *“Se solicitaron medidas cautelares pero no se concedieron por mayoría”*; otro: *“Es de mi opinión modificar la ley de arbitraje, concediendo a los árbitros la expedición de medidas cautelares dentro de un proceso a fin de que el derecho discutido no llegue a ser irrealizable”*.

De las medidas cautelares tomadas en los arbitrajes en los que ha formado parte; ¿qué porcentaje fueron dictadas fuera de proceso?

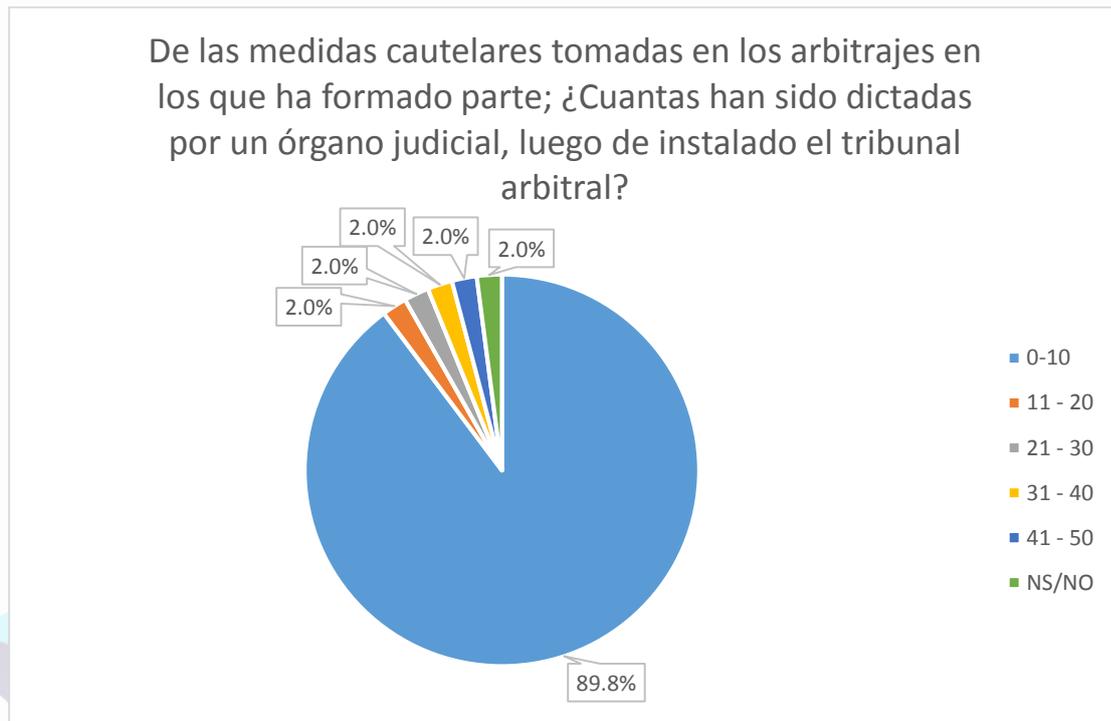
De las medidas cautelares tomadas en los arbitrajes en los que ha formado parte; ¿qué porcentaje fueron dictadas fuera de proceso?



Reforzando lo indicado en la respuesta anterior, una amplia mayoría (63.3%) sostienen que las medidas dictadas en el arbitraje fueron pre-arbitrales en menos del 10% de los casos. Más de 20% sostiene que las medidas pre-arbitrales dictadas en fueron más de 10% pero menos de 50%.

De las medidas cautelares tomadas en los arbitrajes en los que ha formado parte; ¿Cuántas han sido dictadas por un órgano judicial, luego de instalado el tribunal arbitral?

La ley de Arbitraje sostiene que las capacidades cautelares se transfieren al tribunal arbitral a partir de su constitución (que se da con la aceptación del último árbitro que compone el tribunal), por lo tanto, las medidas cautelares en los procesos arbitrales luego de constituido el tribunal deberían ser solo dictadas por este.



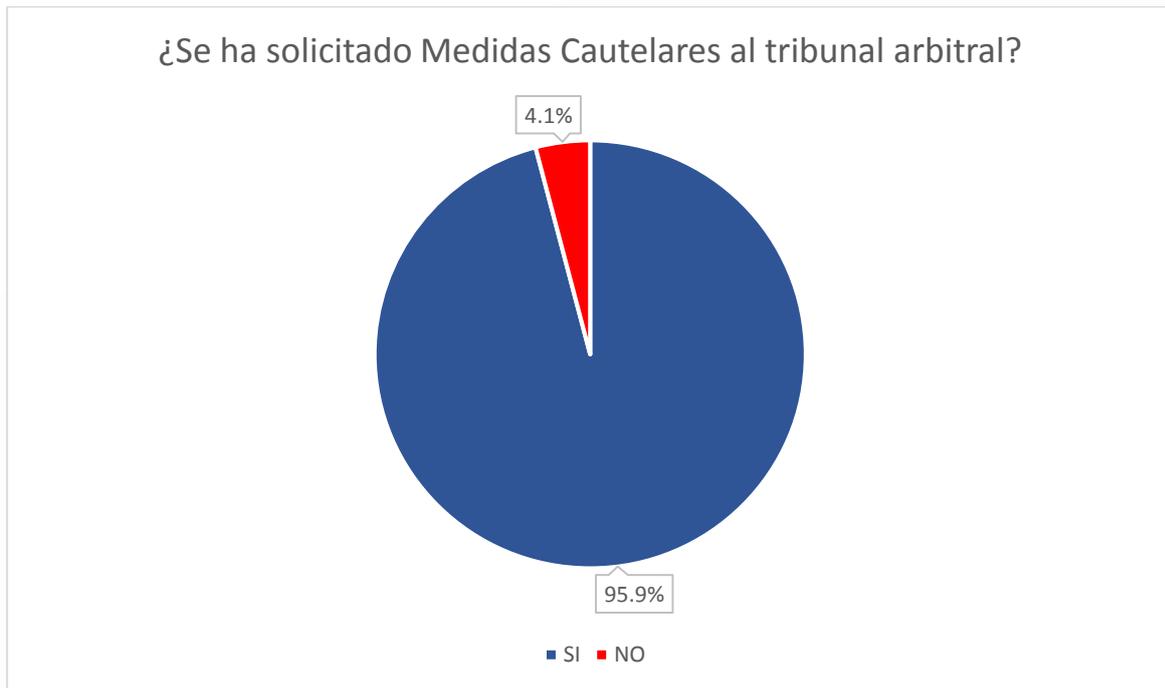
En esta gráfica se puede apreciar que el 8% de los sujetos encuestados presentan un panorama distinto: medidas cautelares dictadas por un órgano judicial, después de instalado el tribunal; ahora, ¿existe esta posibilidad? ¿Podríamos estar hablando de control judicial posterior (medidas cautelares en un proceso de anulación de laudo, o una medida preventiva en un proceso de ejecución de un laudo; por ejemplo) o de la ejecución judicial de una medida cautelar dictada por el tribunal arbitral? Nuevamente nos encontramos entonces con una situación que la evidencia anecdótica nos llevaría a creer que no existe, pero que sin embargo, tenemos frente a nosotros (en al menos un caso, en una proporción mayor al 40%).

Ninguno de los sujetos dentro de este 8% decidió dar alguna declaración que ampliara el tema; sin embargo, uno de los sujetos que señaló la opción como "menor al 10%" comentó: *"De acuerdo a la Ley de Arbitraje, no se pueden solicitar medidas cautelares a un órgano judicial, después de la instalación del Tribunal Arbitral"*.

¿Se ha solicitado Medidas Cautelares al tribunal arbitral?

En este caso, volvemos dos preguntas atrás – donde señalamos que el 63.3% sostienen que las medidas dictadas en el arbitraje fueron pre-arbitrales en menos del 10% de los casos – e incluso tres preguntas atrás – donde se señala que más del 40% de los sujetos encuestados sostienen que 90+% de las medidas cautelares dictadas en los arbitrajes de los que han participado han sido dictadas por los

tribunales arbitrales – para resaltar un patrón que va formándose: casi 96% de los sujetos encuestados han participado de arbitrajes donde se ha solicitado medidas cautelares al tribunal arbitrales.

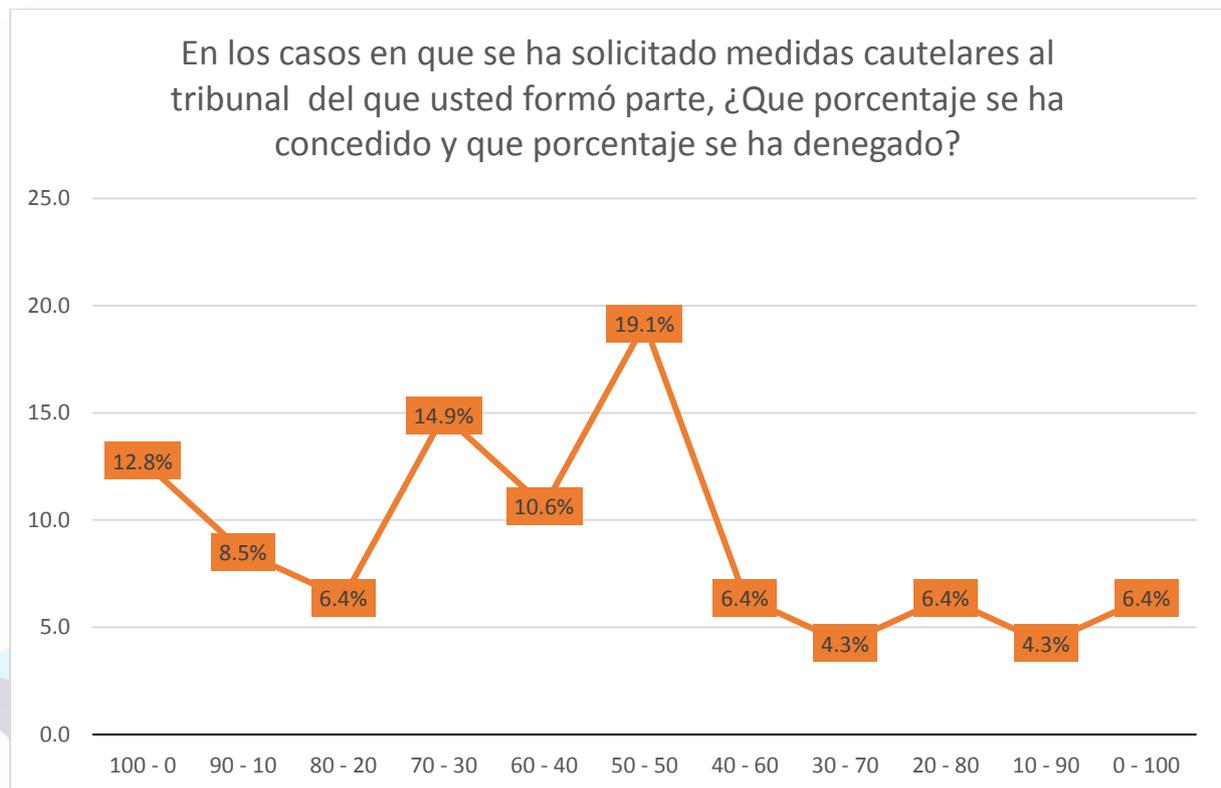


Incluso con el sesgo señalado al inicio de este trabajo, es claro que la solicitud de medidas cautelares al tribunal arbitral no es un evento inusual e inaudito; y en ese sentido, cada vez tiene menos sentido el presumir lo que la evidencia anecdótica sostiene, y poner en duda la incidencia de las medidas arbitrales en el arbitraje que señalaba uno de los sujetos encuestados en relación a la primera pregunta.

Regresamos entonces al comentario de uno de los sujetos, el cual señaló: *“Se solicitaron medidas cautelares pero no se concedieron por mayoría”*. Por otro lado, otro de los sujetos comenta: *“El problema con la ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales, es que los terceros que deben cumplir con el mandato, como por ejemplo los bancos, se niegan a hacerlo porque no tienen convenio con el centro arbitral, y en consecuencia siempre se requiere del auxilio judicial”*.

SECCIÓN 3: SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR EL TRIBUNAL Y SU REALCIÓN CON LA IMPARCIALIDAD (Preguntas: 4, Universo: 47 sujetos)

En los casos en que se ha solicitado medidas cautelares al tribunal del que usted formó parte, ¿Qué porcentaje se ha concedido y que porcentaje se ha denegado?



En este punto, resulta difícil establecer un patrón prominente de las respuestas obtenidas; sin embargo, a grandes rasgos podemos señalar que: El indicador más alto se encuentra en el punto de 50-50 (indicando que casi el 20% de los sujetos encuestados estima que se han concedido tantas medidas cautelares como se han rechazado), pero ciertamente hay una incidencia mayor en los números más altos de otorgamiento de medidas cautelares que de rechazo (casi 3/4 de los sujetos encuestados ha concedido medidas cautelares en 50+% de los casos), y sin embargo poco más del 25% de los sujetos encuestados opina que ha concedido menos medidas cautelares de las que ha rechazado.

Los números que se presentan en esta estadística son consistentes, sin embargo, con lo señalado líneas arriba en el sentido en que, contrario a la creencia popular, las medidas cautelares – y en este caso su otorgamiento por parte de los tribunales arbitrales – es, más bien, bastante común y, posiblemente, las herramientas para hacer dichas medidas efectivas estén sub-reguladas en la legislación.

En los casos en que se ha concedido la medida cautelar ¿cuántas veces obtenía, el solicitante, un laudo final favorable?

Con la presente pregunta buscamos establecer si es que existe un vínculo entre el dictado de una medida cautelar y la obtención de una resolución final que declara FUNDADA o FUNDADA EN PARTE (sustancialmente) las pretensiones del demandante (o reconviniendo) o, INFUNDADA o FUNDADA EN

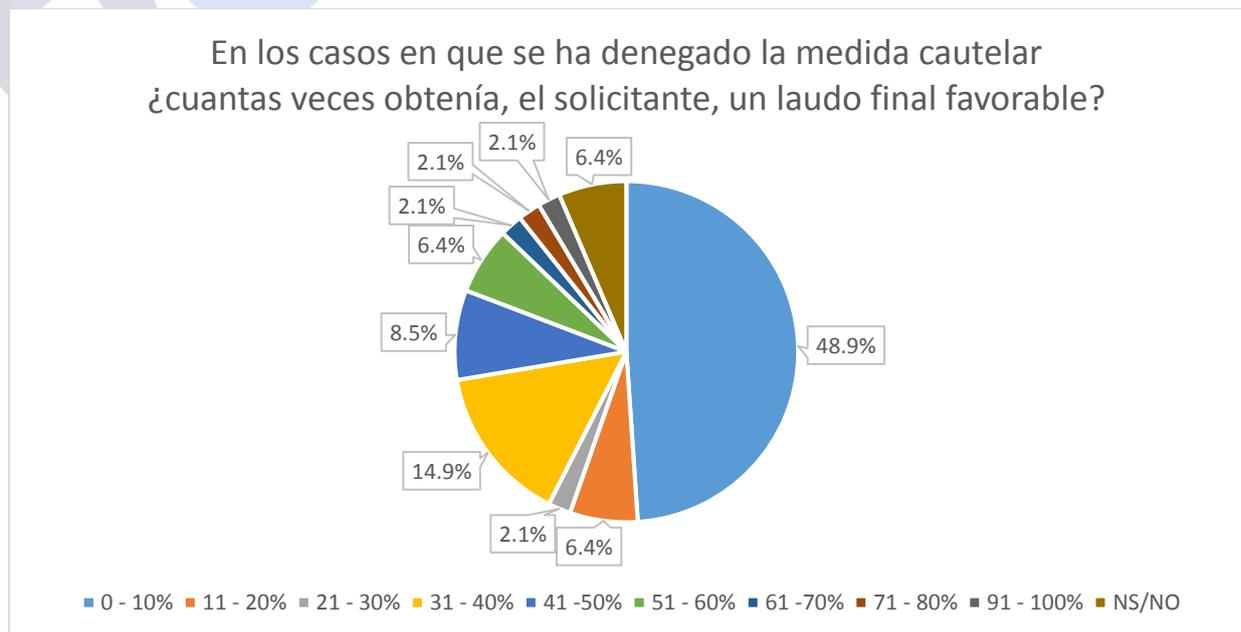
PARTE (no sustancial) las pretensiones cuando se trate del demandado (reconvenido); y en ese sentido, determinar si existe una relación entre el convencimiento del tribunal *prima facie* y la resolución sobre el fondo.



Resulta entonces que en la mayoría de casos (38.3%), el solicitante que obtiene una medida cautelar tiene una probabilidad mayor al 90% de obtener un laudo final favorable. Incluso si ampliamos este rango, casi el 75% de los sujetos encuestados estima que, obtenida la medida cautelar, se obtendrá un laudo final favorable en 70%+ de las ocasiones.

Más aun...

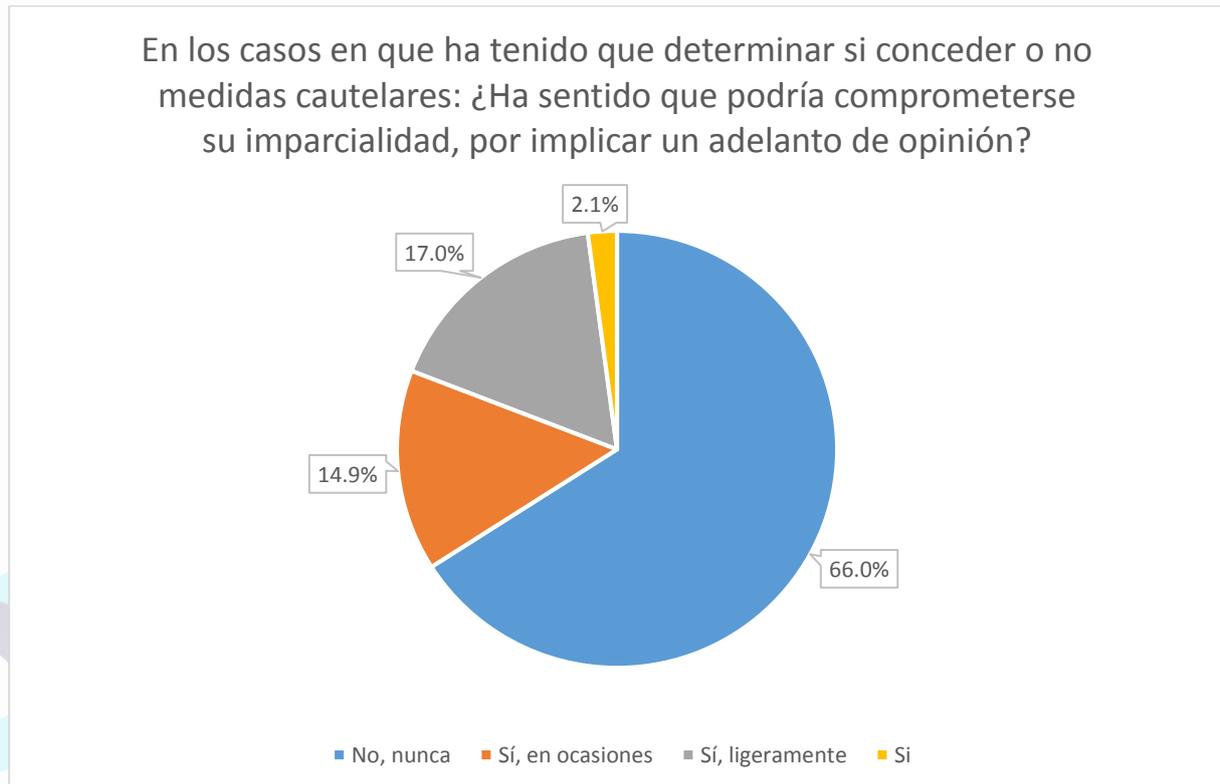
En los casos en que se ha denegado la medida cautelar ¿cuántas veces obtenía, el solicitante, un laudo final favorable?



En los casos en que se ha denegado la medida cautelar, cerca del 50% de los sujetos encuestados sostiene que el laudo final es favorable en menos del 10% de los casos, y si ampliamos en el mismo espectro que con la pregunta anterior, 72.3% de los sujetos encuestados estima que de ser denegada la medida cautelar se obtendrá un laudo favorable en menos del 40% de los casos.

Ciertamente, en este estudio nos atenemos a la regla de que “correlación no significa causa”; pero parece haber una base bastante sólida para considerar que el pronunciamiento del tribunal en caso de medidas cautelares puede influir en el resultado del proceso en el fondo; sobre todo cuando se considera que...

En los casos en que ha tenido que determinar si conceder o no medidas cautelares: ¿Ha sentido que podría comprometerse su imparcialidad, por implicar un adelanto de opinión?



Más de 1/3 de los sujetos encuestados han sostenido que ante el pronunciamiento de una medida cautelar, ven su imparcialidad comprometida de alguna manera: 17% se ve ligeramente inclinado a favor del solicitante que obtiene una medida cautelar, cerca del 15% ha sentido comprometida su imparcialidad en ocasiones, aunque no siempre, y 2% siente comprometida su imparcialidad al pronunciar medidas cautelares.

No vamos a negar que 66% NO siente comprometida su imparcialidad, pero: 1) la afectación de la imparcialidad puede darse con o sin la percepción del árbitro, y 2) Existe toda una serie de incentivos psicológicos y laborales para NO reportar las afectaciones a la imparcialidad en un árbitro. En ese sentido, resulta más resaltante que 1/3 de árbitros reconozcan que ven comprometida su imparcialidad al conceder una medida cautelar que el que 2/3 no lo hagan.

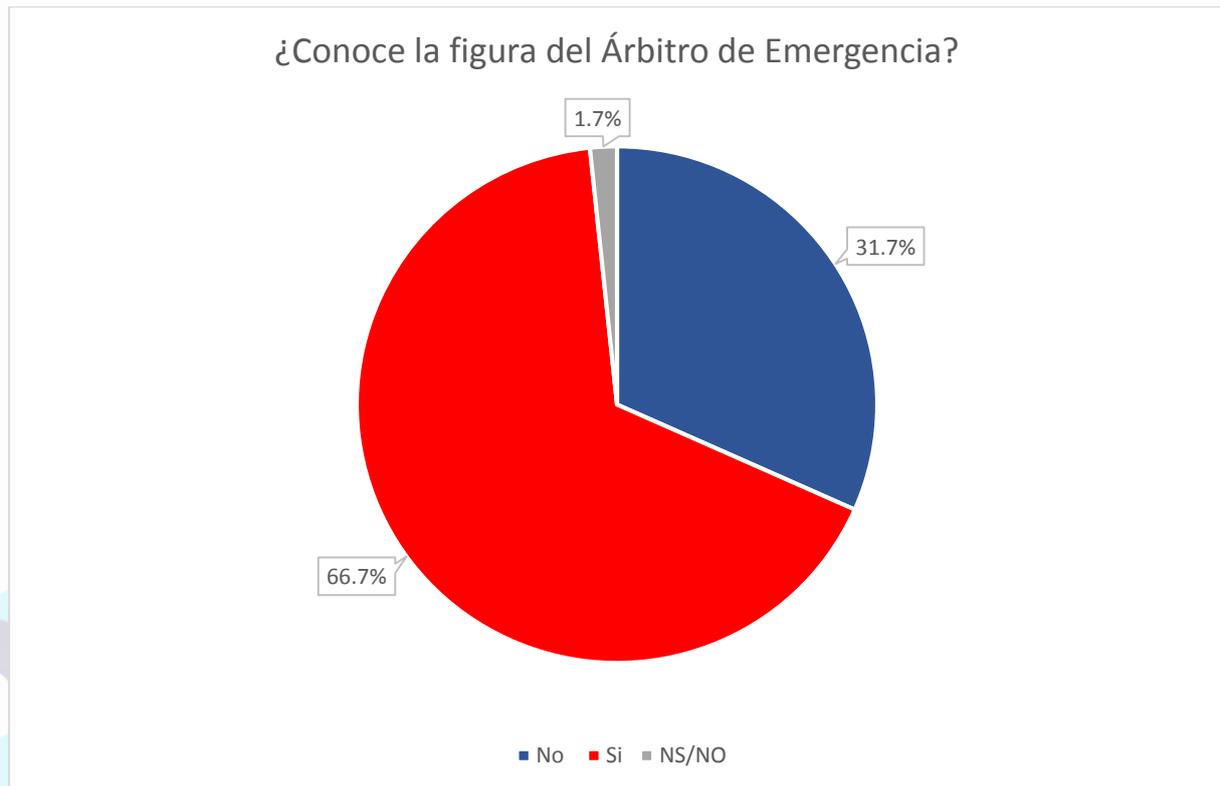
Más aun sumando a esta estadística el resultado de las dos preguntas anteriores de esta sección.

SECCIÓN 4: SOBRE LAS (RELATIVAMENTE) NUEVAS HERRAMIENTAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE (Preguntas: 3, Universo: 60 sujetos)

¿Conoce la figura del Árbitro de Emergencia?

En esta pregunta, se busca establecer que tanta conciencia hay entre los sujetos encuestados de la figura del referí pre-arbitral o árbitro de emergencia, dándonos también un panorama con respecto a la penetración de la figura en el campo arbitral peruano desde su “explosión” en popularidad, que comienza a inicios de esta década.

Cabe resaltar, que – como se señala en la introducción de este trabajo – nuestro reglamento 2015 es el único que, a la fecha de realizada la encuesta, incluye esta figura.

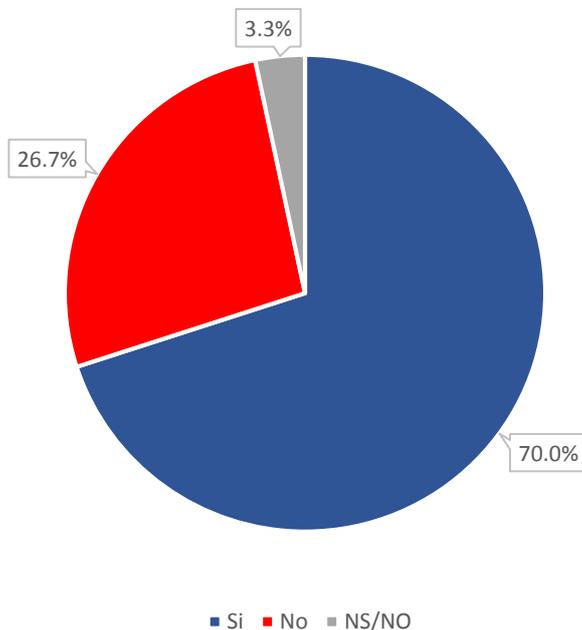


¿Le parecería una buena opción introducir la figura del Árbitro de Emergencia?

En esta pregunta, buscamos determinar la disposición de los sujetos encuestados frente a esta herramienta propuesta por el reglamento CADES, lo cual podría reflejar su disposición a utilizarla en futuros arbitrajes.

Cabe señalar que la formulación de la pregunta incluye una breve definición del árbitro de emergencia, sus funciones y los poderes que tiene en el proceso.

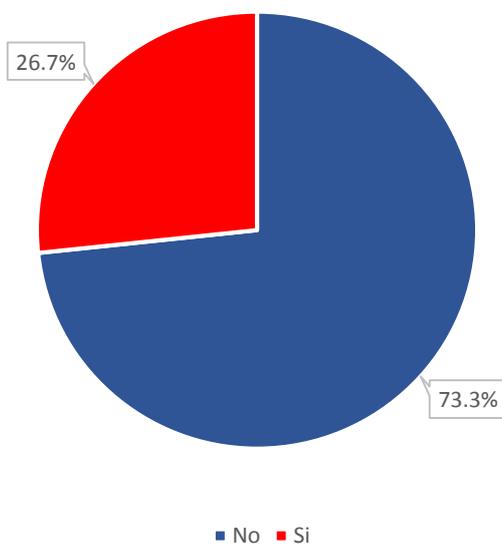
¿Le parecería una buena opción introducir la figura del Árbitro de Emergencia?



Debido a que la formulación de la pregunta contiene una definición de árbitro de emergencia, podemos ver un incremento en la proporción de sujetos encuestados que potencialmente harían uso de la figura de árbitro de emergencia: si bien originalmente solo 66.7% conocían esta figura, ahora 70% consideran una buena idea el incorporarlo al reglamento.

¿Le parecería una buena opción la de designar a un árbitro para tomar decisiones sobre Tutela Cautelar a lo largo del proceso?

¿Le parecería una buena opción la de designar a un árbitro para tomar decisiones sobre Tutela Cautelar a lo largo del proceso?

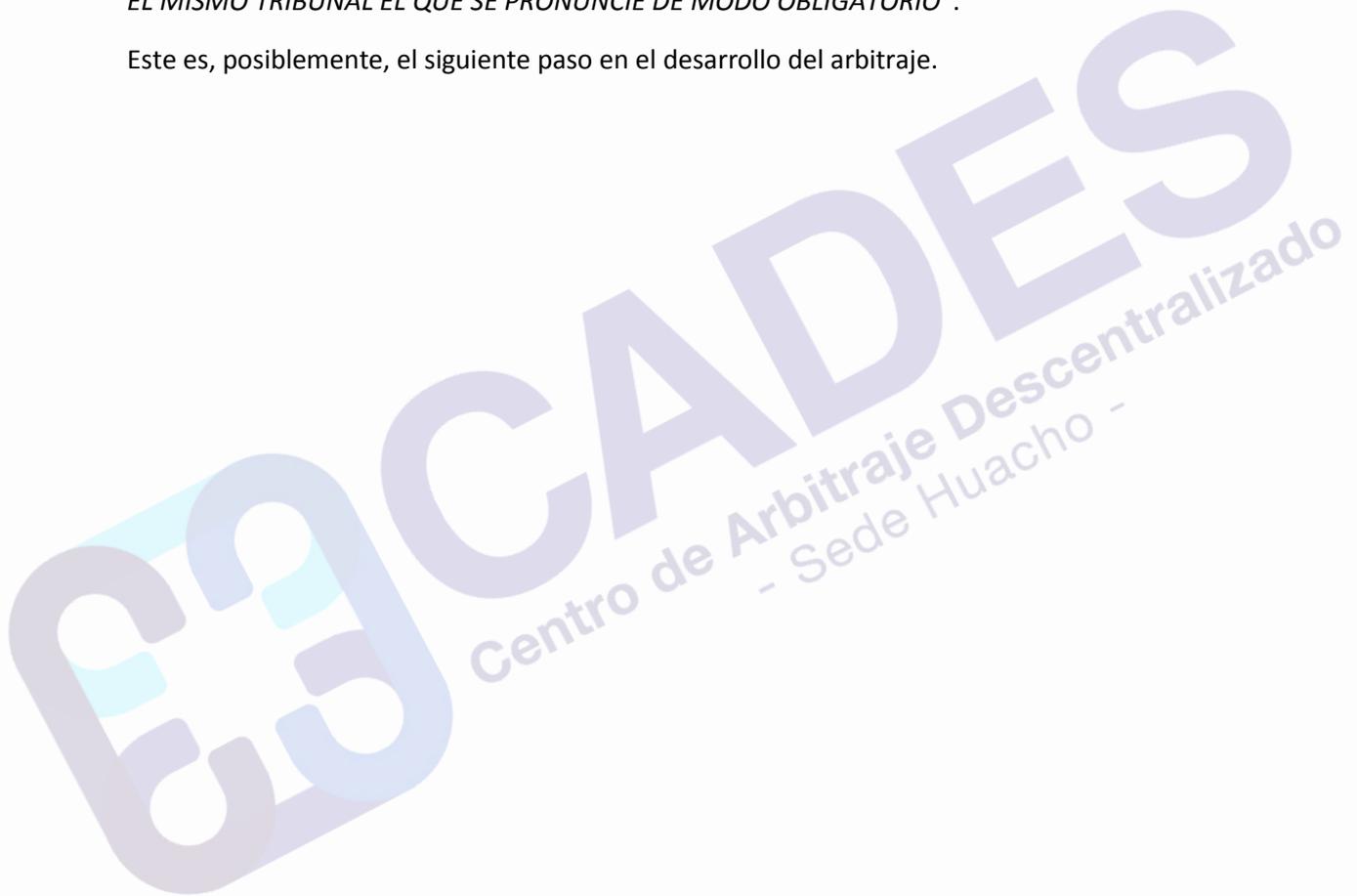


Finalmente hemos consultado por una opción más radical que la del árbitro de emergencia (cuyos poderes, en todo caso, son pre-arbitrales); solicitando a los sujetos encuestados que se pronuncien sobre si serían receptivos a un árbitro que, más allá de tener poderes cautelares solo durante la etapa pre-arbitral, los tuviera durante la duración total del proceso.

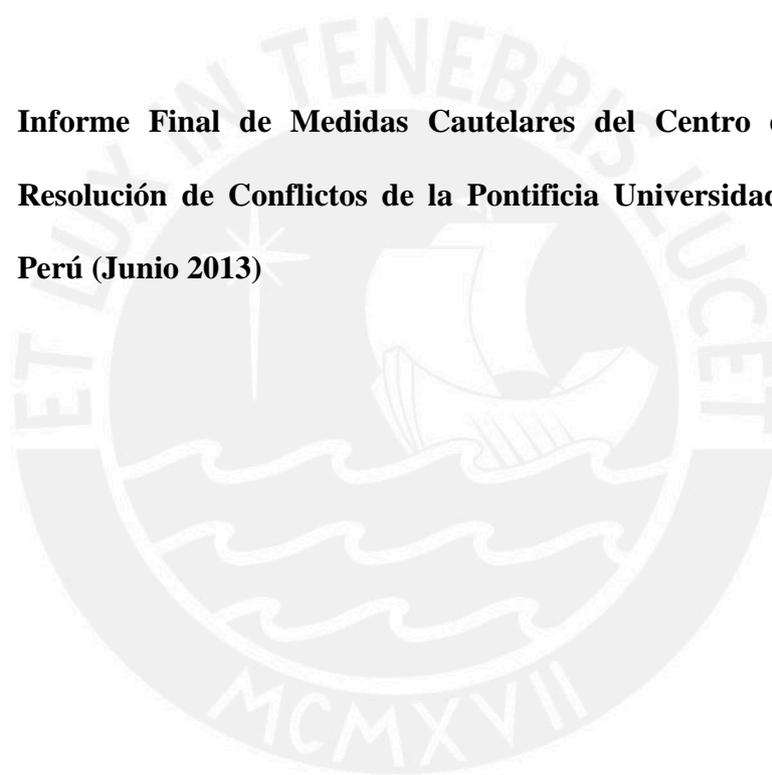
A pesar de no contar con una regulación previa ni trabajos o ponencias sobre el tema – como si se cuenta en el caso del árbitro de emergencia – los sujetos se han mostrado moderadamente receptivos a la idea: más del 25% de ellos se ha manifestado a favor de la potencial figura. Este número, además, no se afecta por la autoevaluación del sujeto, ya que, de los sujetos encuestados que sentían comprometida su imparcialidad, solo 25% consideraban que un árbitro que exclusivamente ejerza la tutela cautelar es una alternativa adecuada a su situación.

Entre los comentarios de los sujetos encuestados debe notarse uno en contra que señala: *“DEBE SER EL MISMO TRIBUNAL EL QUE SE PRONUNCIE DE MODO OBLIGATORIO”*.

Este es, posiblemente, el siguiente paso en el desarrollo del arbitraje.



3. **Informe Final de Medidas Cautelares del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Junio 2013)**





PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

INFORME FINAL MEDIDAS CAUTELARES

Junio del 2013

En este informe se recogieron los datos de las medidas cautelares presentadas en la historia del el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica con el fin de realizar un seguimiento a las medidas cautelares que se han otorgado.

De los trescientos cincuenta y tres casos ingresados se registraron solo los expedientes que habían requerido una medida cautelar. Luego se registró la fecha en que ingresó el caso para determinar si estaba afecto al Decreto Legislativo 1071, la institución que tomaba la decisión respecto a la aceptación de medida cautelares, se identificó si los solicitantes eran una entidad estatal, una entidad privada o una persona natural. Finalmente, se registró si la institución otorgaba o no la medida cautelar y si se ejecutaba dicha decisión.

Descripción de variables

En el caso de la **institución que decide si otorgar o no la medida cautelar** se ha considerado como opciones al Tribunal Arbitral o al Poder Judicial como organismos que podrían tomar una decisión al respecto.

Respecto a los **solicitantes de la medida cautelar** se consideraron tres opciones: entidades estatales, entidades privadas o personas naturales.

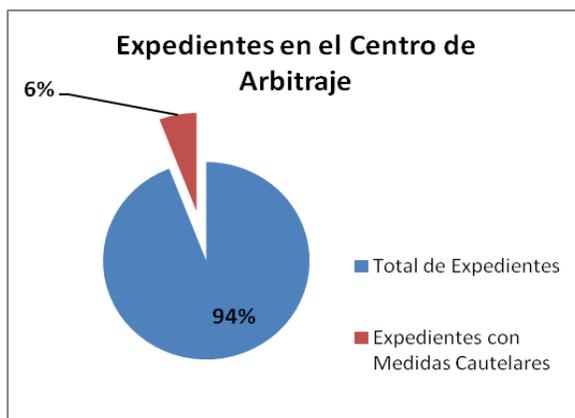
En el caso de la **fecha** se hizo un corte a partir de setiembre de 2008, fecha en la que entraba en vigencia el Decreto Legislativo 1071 que norma el Arbitraje.

Sobre la **decisión sobre la medida cautelar** se consideraron las siguientes opciones, Medida cautelar otorgada, Medida cautelar no concedida (incluye las medidas cautelares no concedidas e infundadas) y En proceso (cuando se está informando de las pretensiones de las partes).

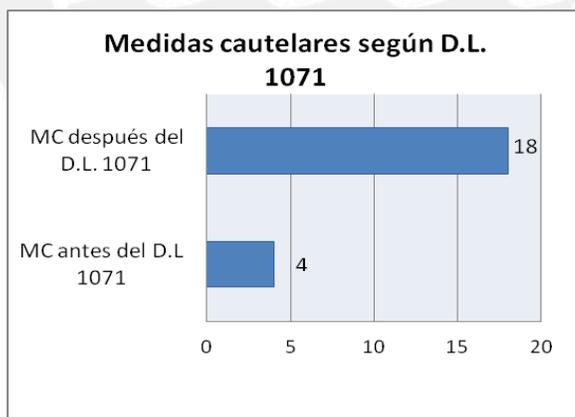
Por último, la variable **ejecución de la medida cautelar** tuvo tres opciones de respuesta, “Sí” cuando la medida cautelar había sido ejecutada, “No” cuando la medida cautelar no se había ejecutado habiéndose aceptado, y Pendiente, cuando aún no se había procedido a su ejecución.

Resultados

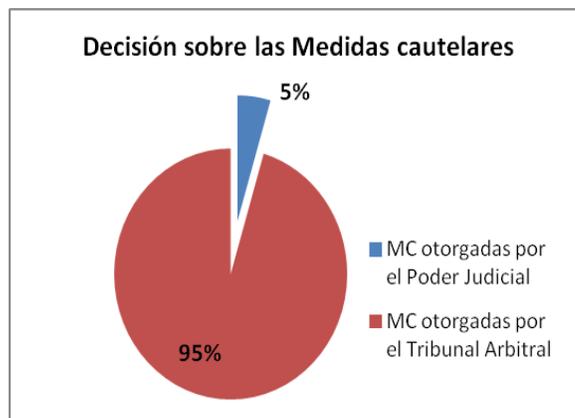
Luego de identificar los expedientes en los que se había solicitado una medida cautelar, se obtuvo como resultado que el 6% (22) del total de casos del Centro de Arbitraje (353) habían presentado una medida cautelar.



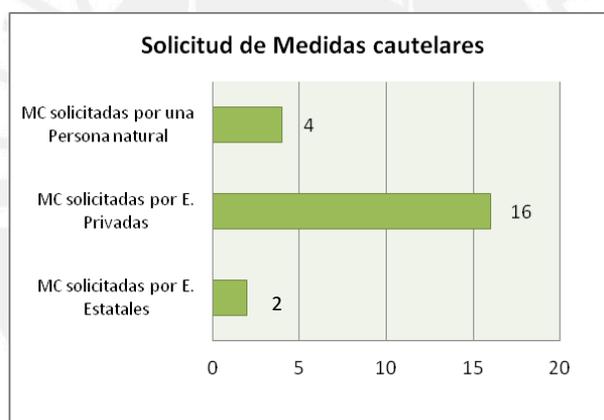
Se puede ver que la mayoría de casos que presentan medidas cautelares entran al Centro de Arbitraje después del Decreto Legislativo 1071 (82%) y solo 4 casos con medida cautelar entraron antes de que estuviera vigente dicho decreto (18%).



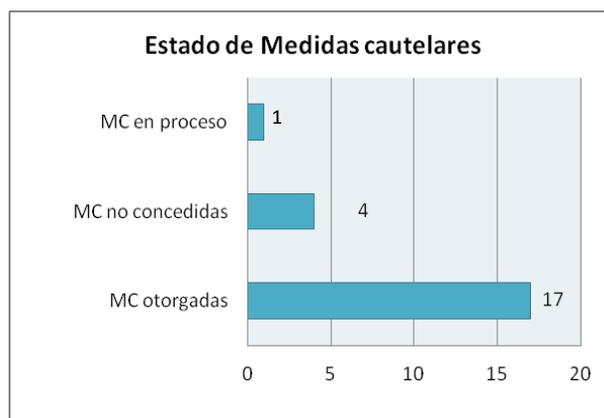
Respecto a las instituciones encargadas de decidir sobre la medida cautelar, se puede ver que la mayoría estuvo a cargo del Tribunal Arbitral (21) y solo un 5% (1) estuvo a cargo del Poder Judicial.



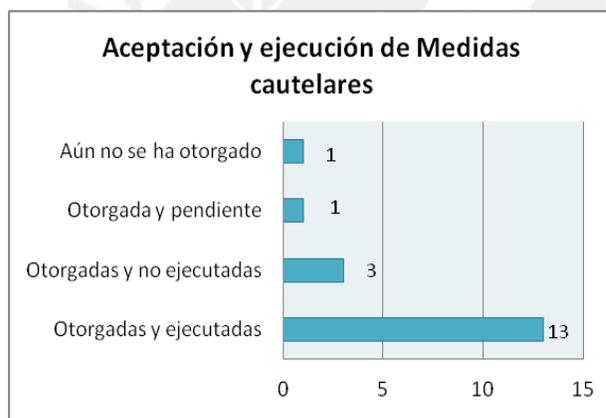
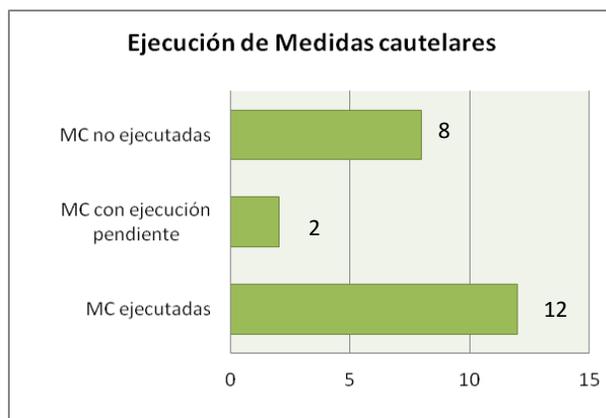
Acerca de los solicitantes, tenemos que la mayor parte de medidas cautelares han sido solicitadas por entidades privadas (73%), cuatro fueron solicitadas por una persona natural (18%) y solo 2 fueron requeridas por entidades estatales (9%).



Es importante mencionar que desde el año 2001, se han otorgado 17 medidas cautelares (77%), 4 no han sido concedidas (18%) y 1 está en proceso de ejecución (5%).



Así también, se obtuvo que 12 medidas cautelares han sido ejecutadas, 8 no han sido ejecutadas por considerarse infundadas y en 2 casos la ejecución está pendiente.



Conclusiones

Luego de ver los resultados obtenidos se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, se debe mencionar que gran parte las medidas cautelares ingresaron a partir de que entrara en vigencia el Decreto Legislativo n° 1071, el cual presenta la normativa del Arbitraje nacional e internacional.
- La mayoría de medidas cautelares (95%) están a cargo del Tribunal arbitral, y solo una de ellas estuvo a cargo del Poder Judicial.

- En la mayoría de los expedientes que presentan una medida cautelar, los solicitantes son empresas privadas (73%).
- En cuanto al estado de las medidas cautelares, la mayoría de las que se presentaron fueron otorgadas (77%).
- Sin embargo, de acuerdo a los resultados solo 13 medidas cautelares fueron otorgadas y ejecutadas, 3 fueron otorgadas y no ejecutadas, y 2 se encuentran en proceso de ejecución (una fue otorgada y la otra aún no se sabe si será otorgada).

