

Arbitraje de emergencia: Aplicación de la Convención de Nueva York para ejecutar las decisiones sobre medidas cautelares¹

Emergency arbitration: Enforcement of the New York Convention to execute the decisions on precautionary measures

SCARLETT JAQUELINE LOAYZA ORELLANA *

Recibido: 27 de julio de 2020

Aceptado: 6 de octubre de 2020

Resumen

En el presente trabajo se analizará la viabilidad de aplicar la Convención de Nueva York de Reconocimiento y Ejecución de

¹ Esta investigación es parte de la tesis de grado “Razonabilidad de aplicar la Convención de Nueva York a las medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia a fin de garantizar la tutela judicial efectiva en Bolivia”, que la autora defenderá en la carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” en la ciudad de La Paz, Bolivia para la obtención de su licenciatura en Derecho.

* Egresada de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Participante de la Competencia Nacional de Arbitraje (2019), organizada por la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz - Bolivia, con mención a la mejor memoria. Participante de la Competencia Internacional de Arbitraje (2019-2020), organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario, con mención a la mejor memoria. Formación en Arbitraje Nacional por la Cámara Nacional de Comercio (2019). Actualmente, cursa el Diplomado de Formación de Árbitros especializados en Arbitraje Comercial Nacional e Internacional, a cargo de Peruvian Chamber of Business. Miembro de la Asociación Internacional de Arbitraje Alumni. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado – Capítulo Bolivia. Paralegal en Ferrere Abogados Bolivia. Actualmente, trabaja como Paralegal en PPO Legal Abogados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8429-6747>

Contacto: scarlett.jaqui@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 7, octubre 2020, pp. 191-226 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa). DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2020754>

sentencias arbitrales extranjeras (en adelante la “Convención de Nueva York”) para ejecutar las medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia, a fin de respetar los dos pilares fundamentales de tal instrumento internacional, por una parte, obligar a los Estados a reconocer los acuerdos arbitrales que, en este caso, contengan la actuación del árbitro de emergencia, y, por otra, obligar a los Estados a reconocer y ejecutar las decisiones arbitrales que en este caso den procedencia a la aplicación de las medidas cautelares. A tal fin, se realizará una interpretación teleológica con respecto al término *sentencia arbitral*, con el fin de que las decisiones que emita el árbitro de emergencia, (ya sea en forma de laudo, laudo provisional u orden) puedan gozar de la protección de la Convención de Nueva York.

Palabras clave: Árbitro de emergencia / medidas cautelares / Convención de Nueva York / reconocimiento del acuerdo arbitral / reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales.

Abstract

This work will analyze the feasibility of applying the New York Convention to execute the precautionary measures issued by the emergency arbitrator, in order to respect the two fundamental pillars of such an international instrument, on the one hand, to compel States to recognize the majority of the arbitration agreements that, in this case, contain the action of the emergency arbitrator, and, on the other hand, compel States to recognize and execute the arbitration decisions that, in this case, give rise to the application of the precautionary measures. Thus, a teleological interpretation must be made with respect to the term *arbitration award*, so that the decisions issued by the emergency arbitrator (whether in the form of an award, provisional award or order) can enjoy the protection of the New York Convention.

Keywords: Emergency arbitrator / precautionary measures / New York Convention / recognition of the arbitration agreement / recognition and execution of arbitral awards.

1. Introducción

El arbitraje es “la institución jurídica por virtud de la cual una tercera persona nombrada por convenio entre las partes, resuelve, con base en una potestad específicamente conferida, el conflicto que les afecta” (Flors, 2017, pág. 1). De ahí que las partes, a través de su autonomía de la voluntad, elijan someter sus controversias a este medio, esperando obtener una justicia igual o mejor que la justicia ordinaria.

Durante las últimas décadas, el arbitraje se convirtió en un medio preferente de resolución de conflictos, tanto a nivel nacional como internacional, pues tiene como características: “rapidez, en cuanto al procedimiento; especialización de los árbitros que resuelven el conflicto y confidencialidad que envisten las resoluciones dictadas por los árbitros” (Parada abogados, 2007).

Para preservar esas ventajas, con frecuencia se requiere la aplicación de medidas cautelares, incluso antes de que se constituya el Tribunal Arbitral. Para Roncancio (2010), el posible transgresor puede afectar las pruebas, provocar su insolvencia o asumir infinidad de conductas que afecten el *statu quo* de la relación contractual. En razón de ello, dichas acciones deben ser paralizadas con la finalidad de que no exista una vulneración a los derechos de la parte solicitante.

Ante la necesidad de aplicar medidas cautelares, nace el árbitro de emergencia a “quien le corresponde actuar para resolver un procedimiento de adopción de medidas cautelares urgentes” (Betancourt, 2014, pág. 30). Teniendo como principal característica que “la parte que requiere una medida cautelar urgente, no espere la

constitución del Tribunal Arbitral, sino que pueda solicitarla incluso antes de ésta en sede arbitral” (Vega, 2017, pág. 35).

La institución del árbitro de emergencia “fue incorporada por primera vez por la Cámara de Comercio Internacional en el Reglamento del Procedimiento Pre Arbitral que establece la designación de un tercero neutral con facultades para ordenar medidas cautelares urgentes con anterioridad a la constitución de un Tribunal Arbitral” (Reglamento de procedimiento precautorio pre arbitral, 1990).

Bajo la misma línea, centros y cortes arbitrales como: el Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR) en 2010, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC), la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en 2012, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) en 2013, y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en 2014, adoptaron el árbitro de emergencia en sus reglamentos. Evidenciándose de esa manera que la institución del árbitro de emergencia tuvo un crecimiento a nivel global.

Como es sabido, los árbitros carecen del poder de imperio, de manera que el árbitro de emergencia, para poder hacer cumplir sus decisiones directamente, y por sí mismo, necesita del auxilio judicial para la ejecución de la medida cautelar que emita. En ese sentido, el Estado, a través de sus órganos, es quien debe brindar tal auxilio judicial, a fin de proteger y garantizar el ejercicio de la tutela judicial efectiva dentro del arbitraje.

En consecuencia, el arbitraje -al ser un medio de solución de conflictos jurisdiccional-, no puede brindar una justicia inaccesible cuando se trate de garantizar la ejecución de las medidas cautelares. Ello puesto que los países en su mayoría reconocen la tutela judicial efectiva dentro de sus cartas fundamentales, tutela que debe ser brindada a las partes, ya sea que elijan el arbitraje o la justicia ordinaria para resolver sus conflictos.

En línea con lo anterior, el ordenamiento jurídico boliviano reconoce a la tutela judicial efectiva, en el artículo 115 de la Constitución Política

del Estado, estableciendo que “toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (Constitución Política del Estado, 2009).

La importancia de la tutela judicial efectiva recae en su triple enfoque:

- Eliminar obstáculos procesales que afecten a la libertad de acceso a la justicia.
- Obtener una sentencia debidamente motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá si la decisión es acertada o no.
- Que esa sentencia sea cumplida, es decir, que se cumpla fehacientemente con la ejecutoriedad del fallo (Dousdebés, 2016, pág. 19).

Este triple enfoque demuestra que la tutela judicial efectiva debe estar presente durante todo el desarrollo del procedimiento jurisdiccional o arbitral, pues no basta con que las partes accedan a la justicia arbitral si a momento de obtener una sentencia favorable, esta no pueda ser ejecutada por trabas procesales no contempladas por ninguna de las partes.

“La tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia” (Naranjo, 2018, pág. 18). Por ello, las medidas cautelares son herramientas “que protegen de manera provisional la integridad de un derecho, para evitar la aparición de riesgos en los procedimientos jurídicos. Su principal objetivo es prevenir un peligro o un daño en los procesos jurisdiccionales y garantizar la eficacia de estos” (Reyes, 2016, pág. 392).

Sánchez (2018) menciona que “la necesidad y conveniencia de adoptar medidas cautelares para garantizar el cumplimiento del laudo, no solo queda fuera de toda discusión, sino que se considera un derecho esencial de las partes enfrentadas” (pág. 405).

Sin embargo, se cuestiona “la falta de previsión de un régimen específico internacional para la ejecución de las medidas cautelares

acordadas por el árbitro de emergencia” (Sánchez, 2018, pág. 409). Pues, pese a la importancia que representa la ejecución de medidas cautelares pre arbitrales emitidas por el árbitro de emergencia, se evidencia que aún no cuentan con un instrumento internacional de respaldo para ser reconocidas y ejecutadas en un país extranjero.

2. Desarrollo

2.1. Árbitro de emergencia

El árbitro de emergencia “tiene la misma naturaleza jurídica que el árbitro que conoce el fondo de la controversia, por ende, su legitimidad de origen es la misma, siendo diferentes sus funciones jurisdiccionales que están limitadas conforme al mandato otorgado por las partes” (Betancourt y Ojeda, 2014, pág. 31). Es decir, el árbitro de emergencia como cualquier otro árbitro es elegido por las partes, y son estas quienes les otorgan ciertas facultades dentro del proceso arbitral, siendo en este caso, la facultad de conceder o no medidas cautelares.

Así también lo señala la Ley N.º 708 de Conciliación y Arbitraje, pues el árbitro de emergencia se encuentra regulado en la sección II que hace referencia a los árbitros, estableciendo en su Artículo 67 que:

El árbitro de emergencia se habilitará previa a la designación de la o el Árbitro Único o la constitución del Tribunal Arbitral, siempre que exista acuerdo expreso entre las partes en la cláusula arbitral o el convenio arbitral, a solicitud de una de las partes, para:

-Resolver la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares expresamente acordadas en la cláusula arbitral o convenio arbitral (Ley N° 708 sobre Conciliación y Arbitraje, 2015).

De ahí que la actuación del árbitro de emergencia es de suma importancia para el proceso arbitral, ya que, para Roncancio (2012) “busca dar una alternativa real, efectiva, pronta, pertinente, imparcial, independiente, neutral, eficaz, económica, confidencial y con

conocimiento, que propenda por los derechos de las partes” (pág. 1). La tutela cautelar que brinda el árbitro de emergencia es “esencial para lograr que todo procedimiento arbitral sea eficaz y exitoso” (Fernández, 2016, pág. 82).

Según Betancourt y Ojeda (2014), es necesario hacer hincapié en que, así como los árbitros que conforman el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia tiene los siguientes derechos y deberes:

Derechos

- Autonomía para decidir, el árbitro de emergencia es autónomo en su actuación y en la toma de su decisión.
- Cobro de honorarios, tiene derecho a recibir una contraprestación para cubrir sus honorarios profesionales.

Deberes

- Deber de revelar, está obligado a revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.
- Deber de confidencialidad, está obligado a guardar la confidencialidad de la información que conocen con motivo del arbitraje.
- Deber de dictar un laudo ejecutable.

Como se ha descrito anteriormente, existen varios reglamentos a nivel internacional que adoptaron la inclusión del árbitro de emergencia. Por lo que, ante las diferencias existentes en los reglamentos internacionales de arbitraje, es necesario analizar las disposiciones aplicables de manera general. De ahí que las características principales de este procedimiento según Fernández (2016) son:

a. Iniciación a instancia de parte: la solicitud de aplicación de medidas cautelares por parte del árbitro de emergencia lo realizará la parte que requiera con urgencia salvaguardar un derecho. Tal solicitud se habrá de presentar o bien en el mismo momento o después de la solicitud de

iniciación de arbitraje. Empero, la solicitud también se puede presentar en un momento temporal anterior a la solicitud de arbitraje.

b. Principio de audiencia: tal solicitud será transmitida a la parte demandada, con el fin de que pueda presentar alegaciones que considere convenientes. Por consiguiente, no se aplicarán medidas cautelares *ex parte*.

c. Nombramiento del árbitro: la institución en la que se esté tramitando la solicitud de medidas cautelares, en un plazo de máximo dos días designará un árbitro de emergencia para que adopte las medidas cautelares solicitadas.

d. Independencia e imparcialidad del árbitro de emergencia: como cualquier otro árbitro, en este caso igualmente son de aplicación las previsiones contempladas en los distintos reglamentos institucionales en relación a su independencia e imparcialidad respecto de las partes involucradas en la controversia.

e. Sede del procedimiento del árbitro de emergencia: la sede acordada por las partes para el arbitraje será la misma para el procedimiento del árbitro de emergencia.

f. Poderes del árbitro de emergencia: el árbitro de emergencia tiene una competencia plena para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas, pero también es limitada única y exclusivamente a dicha labor.

g. Carácter no tasado de las medidas cautelares: en los distintos reglamentos de arbitraje no se establece una lista cerrada de las medidas cautelares que se pueden solicitar y ser otorgadas en un arbitraje de emergencia. La única limitación existente es que dichas medidas sean necesarias y que no puedan esperar a la constitución del Tribunal Arbitral.

h. Procedimiento a seguir: el árbitro de emergencia debe establecer un calendario procesal para el procedimiento en el menor tiempo posible, máximo dos días. Este árbitro también podrá renunciar a algún trámite

procesal, pero siempre se asegurará que cada parte haya tenido una oportunidad razonable de defender sus posiciones.

i. Celeridad en la adopción de la decisión por parte del árbitro de emergencia: una de las ventajas más relevantes para acudir a esta figura ha de ser la rapidez en la toma de las decisiones.

j. Estándares para la concesión de la medida cautelar solicitada: el árbitro de emergencia ha de evaluar los presupuestos tradicionales previstos para la adopción de las medidas cautelares. En consecuencia, de forma general, se constata que la práctica internacional consagra además del requisito de la urgencia, el *periculum in mora* y el *fumus bonus iuris*.

k. Decisiones vinculantes para las partes: desde el mismo momento que se adoptan las decisiones por parte del árbitro de emergencia, las partes quedan obligadas a cumplir su contenido (pág. 89-93).

2.1.1. Forma de la decisión de medida cautelar

De acuerdo a los reglamentos internacionales de arbitraje mencionados al inicio de esta investigación, el árbitro de emergencia “profiere decisiones vinculantes para las partes, en forma de: (i) orden procesal, (ii) laudo provisional, (iii) laudo interlocutorio o (iv) simplemente laudo” (Rivera, 2014, pág. 170).

Lo anterior, se evidencia en los siguientes reglamentos:

-Para el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, la decisión del árbitro toma la forma de orden.

-Para el Reglamento del Centro Internacional para la Resolución de Disputas, la decisión del árbitro de emergencia toma la forma de orden, laudo provisional o interino.

-Para el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, tal decisión toma la forma de orden o laudo.

Evidenciándose que en la mayoría de los reglamentos la decisión del árbitro de emergencia sobre medidas cautelares “es adoptada bajo la

forma de un laudo interlocutorio o provisional que, al igual que el laudo definitivo que se dicte sobre el fondo del asunto, es inmediatamente ejecutable” (López, 2000, pág. 18).

Por ello, es necesario unificar el sentido interpretativo sobre el término *sentencia arbitral* que hace mención la Convención de Nueva York, para evitar la denegación del *exequátur* de la medida provisional, por:

No adoptar la forma de laudo, por ejemplo, si por su forma resulta ser una orden provisional o interlocutoria, o un laudo parcial o, incluso, aunque esta se tome, por no tratarse de un laudo propiamente dicho, esto es, una decisión final u obligatoria sobre la controversia (Perales, 2007).

2.1.1.1 Tipos de decisiones emitidas por los árbitros

A efectos de aclarar el punto anterior, es necesario identificar las decisiones que emiten los árbitros en el transcurso del desarrollo del proceso arbitral, siendo las siguientes:

a. Laudo arbitral: “es la resolución definitiva de la controversia presentada por el árbitro y tiene la misma fuerza que la sentencia que emiten los tribunales ordinarios” (Olaiz, 2005, pág. 232).

Castillo y Sabroso (2017) mencionan algo semejante, precisando que no solo es la parte central del proceso, sino también su parte más emblemática, porque es la meta, el objetivo al que esperan llegar las partes como los árbitros a efectos de poner fin al proceso.

b. Laudos provisionales: estas decisiones “no son de carácter definitivo y se caracterizan por ser emitidas en el curso del procedimiento arbitral, refiriéndose a aspectos que requieren ser resueltos de manera preliminar” (Olaiz, 2005, págs. 232-233).

c. Laudos interlocutorios o parciales: estas decisiones “resuelven de manera definitiva una parte de la controversia, dejando de lado la resolución del resto del conflicto” (Castillo y Sabroso, 2017, pág. 4).

Para Gonzales (2008), el laudo parcial es aquel que versa sobre una parte del objeto del litigio; es decir, sobre uno de los puntos de la demanda o la contestación.

d. Requerimientos provisionales: estas decisiones consisten “en interdictos arbitrales para ampliar términos con la finalidad de conocer el fondo del asunto en las mejores condiciones posibles” (Olaiz, 2005, pág. 233).

e. Ordenes procesales: Es una decisión que se toma a lo largo del procedimiento. Se distingue de un laudo (parcial o total) tanto en cuanto a sus efectos como en cuanto a su objeto (Samaniego, 2018).

En suma, se observa que los tipos de decisiones que emiten los árbitros tienen características distintas, pero, al no existir uniformidad en la denominación de las decisiones que adoptan los árbitros de emergencia, es necesario realizar una interpretación del término *sentencia arbitral* que refiere la Convención de Nueva York, con la finalidad de otorgarle una definición que permita que la decisión que concede las medidas cautelares pueda producir sus efectos, para no privar de su protección a las partes, por el solo hecho de tener o no tal forma.

No obstante, lo anterior no implica que, si no se define la forma, no se pueda ejecutar la decisión de medidas cautelares. La forma en la que se emita la medida cautelar no debe prevalecer sobre su fondo, que es precisamente el de proteger los derechos de la parte que demuestre la verosimilitud de un derecho y el peligro en la demora. Presupuestos que son necesarios a momento de solicitar la aplicación de medidas cautelares, ya que, de no demostrarse ambos, su ejecución podría realizarse conjuntamente con la ejecución del laudo arbitral.

Para ejemplificar ello, es preciso traer a colación el caso *Publicis Communication v. True North Communiactions*, del cual, como antecedente del caso se tiene que ambas partes formaban una empresa conjunta de publicidad, sin embargo, tras su separación decidieron que cualquier conflicto que surja por ese motivo se sometería a arbitraje.

La parte demandante, True North, solicitó a un árbitro la aplicación de medidas provisionales, quien emitió una orden que obligaba a la parte demandada, Publicis Communication, a entregar a True North la información tributaria requerida. Respecto de la decisión del árbitro, el tribunal donde se pretendía su ejecución sostuvo que la solicitud de True North: “es extremadamente urgente y concluyó que el reclamo de True North está bien fundado, dijo que las medidas provisionales eran necesarias y ordenó a Publicis que proporcionara los registros de impuestos a True North” (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 2000).

La posición de Publicis respecto a la obligación fue la siguiente: “un fallo arbitral puede ser definitivo en todos los aspectos, pero a menos que el documento lleve la palabra "laudo", no es definitivo y no se puede hacer cumplir” (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 2000).

Ante la posición de la parte demandada, el razonamiento de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos fue el siguiente:

Este es un formalismo extremo e insostenible. La Convención de Nueva York, las reglas de arbitraje de las Naciones Unidas y el uso constante de los comentaristas de la etiqueta "laudo" cuando se discuten las decisiones arbitrales finales no confieren un significado trascendental en el término. No significa necesariamente que sinónimos como decisión, opinión, orden o fallo no puedan ser también definitivos. El contenido de una decisión, no su nomenclatura, determina la finalidad (Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 2000).

Por consiguiente, del presente caso se pueden obtener dos conclusiones: respecto a la decisión sobre medidas cautelares, no es relevante el nombre que se le ponga a la decisión que emita un árbitro, sólo basta con hacer prevalecer el fondo de la solicitud, por encima de la forma que revista la decisión. Y, con relación a las medidas cautelares que serán ejecutadas bajo la Convención de Nueva York, se evidencia que tales medidas deben

tener el carácter de urgentes, lo que implica la existencia de los dos presupuestos mencionados con anterioridad.

Es preciso resaltar el carácter de urgencia, puesto que para Naranjo (2018) es “la causa o fundamento que autoriza la adopción de cualquier medida cautelar, pues, evidencia a través de pruebas que presenta el solicitante que de no otorgarse la medida se produzca un daño irreparable” (pág. 27). Cuestión de relevancia, puesto que la ejecución de una medida cautelar provoca grandes efectos contra la parte a quien se imponen.

2.2. Convención de Nueva York

Dada la importancia de aplicar de manera pre arbitral medidas cautelares emitidas por el árbitro de emergencia, es evidente que aún no existe un instrumento internacional para ejecutar aquellas que se dicten en el extranjero. Sin embargo, se encuentra en pleno vigor la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, que tiene a 163 Estados miembro, y que, aunque verse sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, por ahora parece ser el mecanismo idóneo para ejecutar también las medidas cautelares.

Ello, en vista de que “los arts. IV y V CNY de 1958 no impiden la posibilidad del reconocimiento de este tipo de decisiones” (Fernández, 2007, pág. 41). Mas al contrario, en sus disposiciones principales la Convención de Nueva York trata de fomentar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales en el mayor número posible de casos.

Así las cosas, la Convención de Nueva York, creada el 10 de junio de 1958, fue y es considerada como uno de los hitos más importantes del arbitraje comercial internacional, pues, en palabras de Born (2016) “proporciona lo que equivale a una carta constitucional universal para

el proceso arbitral internacional”¹ (pág. 99). Generando a partir de su creación, que el arbitraje por primera vez hable un mismo idioma a nivel internacional.

De tal manera, la Convención de Nueva York fue capaz de solucionar y corregir los problemas de los tratados existentes a la fecha, como ser:

- Invirtió la carga de la prueba, es decir, que ahora quien debía probar era la parte que se negaba al reconocimiento o ejecución del laudo arbitral.
- Restringió los motivos de denegación de reconocimiento y ejecución.
- Eliminó el doble exequatur.

Las soluciones brindadas por la Convención de Nueva York otorgaron a las partes confianza para someter sus conflictos al arbitraje, pues la eliminación del doble exequatur, para empezar, suponía un procedimiento de reconocimiento y ejecución más rápido, ya que no debía hacerse un doble reconocimiento en el país donde se dictó el laudo y en el país donde se pretendía la ejecución. Por otra parte, al otorgarles el carácter de restrictivas a las causales de denegación, obligó a los Estados a ejecutar en su mayoría los laudos provenientes del extranjero.

Sin embargo, desde su creación a la fecha transcurrieron 62 años, evidenciándose que la Convención de Nueva York, en ese entonces, fue creada acorde a una realidad comercial internacional bastante diferente al de la actualidad. Es decir, no era previsible que sus disposiciones contemplen el creciente desarrollo de los casos que serían sometidos a arbitraje.

En el año 1958, con seguridad se tenía otra perspectiva con respecto a la actividad comercial y a los límites a los que se vería sometida. Ya que, el comercio internacional es una actividad dinámica, es decir,

¹ Texto original: “It provides what amounts to a universal constitutional charter for the international arbitral process”.

evoluciona con el tiempo, por lo que se infiere que una norma antigua no da respuesta a la actualidad en el mundo del comercio.

Por ejemplo, la Convención de Nueva York no previó el tratamiento que le otorgaría a las decisiones que disponen medidas cautelares emitidas por el árbitro de emergencia, pero ahora, de las relaciones comerciales se aprecia la necesidad de las partes que se someten a arbitraje, de querer proteger sus derechos e intereses en un proceso pre arbitral. Sosteniendo entonces que, al tener la Convención de Nueva York un alcance internacional tan grande, sería el instrumento ideal para garantizar y proteger esos cambios comerciales a nivel internacional.

Entonces, es necesario tener en mente la siguiente pregunta: ¿Por qué se debe interpretar un instrumento internacional, en este caso la Convención de Nueva York? La respuesta a ello es que, dadas las ventajas que presenta esta, sería complicado pretender crear una nueva norma, que esté acorde a la realidad actual, y que, al mismo al tiempo, vaya a tener el mismo alcance que esta.

Por ello, transcurrido poco más de medio siglo desde su creación, para una aplicación que genere efectos en la actualidad tan fluctuante del comercio, la Convención de Nueva York debe ser interpretada. De acuerdo al caso que nos ocupa, la Convención de Nueva York se basará en una interpretación teleológica.

La necesidad de interpretar tal instrumento, con el fin de ejecutar las medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia, se ve reflejada en la siguiente estadística incluida por Fernández (2016), sobre el estudio en arbitraje internacional publicado en octubre de 2015 conjuntamente por la Universidad Queen Mary de Londres y el despacho White & Case, que evidencia que:

- Un 46% de los usuarios se decantaba por acudir a los tribunales estatales para solicitar medidas cautelares en la fase pre arbitral;
- Un 29 % le resultaba preferible acudir a un árbitro de emergencia y;

-Un 26% no tenía clara una preferencia entre las dos vías².

Entre las razones que más influyen en la elección de una de las tres opciones tiene “una importancia primordial la probabilidad de una ejecución exitosa de la medida adoptada, mostrándose partidarios una gran parte, un 78% de usuarios, de que las decisiones de los árbitros de emergencia sean ejecutadas de la misma manera que los laudos” (Fernández, 2016, pág. 85).

Entonces es evidente, que, si hasta ese momento no se aplicaron muchos casos de arbitraje de emergencia, ello se debió fundamentalmente a que no existía seguridad jurídica respecto a la ejecución de la decisión que la parte obtenía del árbitro de emergencia. Como es de conocimiento, a la fecha no se cuenta con ningún instrumento específico que resguarde esa ejecución.

2.3. ¿Por qué es viable aplicar la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares emitidas por el árbitro de emergencia?

Los convenios internacionales sobre ejecución en materia arbitral son “el método más efectivo para crear un sistema jurídico destinado a regir el arbitraje comercial internacional, han servido para vincular los sistemas jurídicos nacionales con una red de leyes” (Redfern y Hunter, 2007, pág. 139).

Antes de empezar a establecer su viabilidad para el propósito en cuestión, es necesario mencionar el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, que en su Artículo 1 numeral 1) establece que:

² La encuesta se realizó durante un período de seis meses y constaba de dos fases: un cuestionario en línea completado por 763 encuestados (fase cuantitativa) y, posteriormente, 105 entrevistas personales (fase cualitativa). La encuesta buscó las opiniones de una amplia variedad de partes interesadas en el arbitraje internacional. El 70% de los encuestados (y el 81% de las organizaciones que representan o con las que están conectados) han participado en más de cinco arbitrajes internacionales durante los últimos cinco años. El grupo de encuestados estaba formado por académicos (4%), instituciones arbitrales (personal) (2%), árbitros (11%), "árbitro y abogado en igual proporción" (12%), peritos (2%), internos, abogados (8%) y médicos privados (49%). 12% fueron categorizados como "otros".

Se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas (Convención de Nueva York, 1958).

Dicho lo anterior, resulta evidente que “la Convención de Nueva York no define qué debe entenderse por *sentencia arbitral*, lo que ha generado el debate acerca de qué tipo de laudos pueden ser reconocidos y ejecutados en los términos de las Convención” (Rivera, 2014, pág. 116). Por ello, varios tribunales han afirmado que para “determinar el significado de la expresión *sentencia arbitral* se deben tener en cuenta *el objeto y el fin* de la Convención de Nueva York” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág. 13).

El objeto de la Convención de Nueva York es “establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros” (Convención de Nueva York, 1958). Convirtiéndose en una impulsora para que los Estados adopten normas lo menos restrictivas posibles para que se reconozcan y ejecuten tanto los acuerdos de arbitraje como las sentencias arbitrales que provengan de arbitrajes comerciales internacionales.

Por otro lado, la Convención de Nueva York tiene también como fin:

Evitar que las sentencias arbitrales extranjeras, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados partes a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales (Convención de Nueva York, 1958).

Tanto el objeto como el fin de la Convención de Nueva York, reflejan el carácter pro ejecución que tiene respecto al reconocimiento de acuerdos

arbitrales y la ejecución de las sentencias arbitrales, invitando a los Estados a que reconozcan y ejecuten en su mayoría los pactos y laudos arbitrales.

De tal manera, para la aplicación del mencionado instrumento es necesario determinar la forma de interpretación. Siendo preciso advertir que:

La Convención de Nueva York es un tratado internacional y como tal es parte del derecho público. Consecuentemente, las cortes llamadas a aplicar la Convención deben de aplicarla de conformidad con las reglas de interpretación del derecho internacional, las cuales están codificadas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, 2013, pág. 12).

En razón de lo anterior, los tribunales, a momento de interpretar el término *sentencia arbitral*, deberían sustentarse en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que, en su sección tercera, artículo 31 se refiere a la interpretación de los tratados, estableciendo una regla general de interpretación:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su *objeto y fin*. (énfasis añadido)
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos (Convención de Viena, 1969).

Para Novak (2013), el artículo 31 de la mencionada norma:

Consagra un pluralismo de métodos y reglas de interpretación de los tratados, con una clara primacía de la interpretación textual. Esto último no significa que el artículo 31 consagre una jerarquía o prevalencia de una regla (la textual) sobre las otras al momento de efectuar la operación de interpretación (pág. 74).

De manera que, si bien la Convención de Viena prevé distintos métodos de interpretación, no existe una jerarquía en cuanto a que tipo de interpretación debe ser aplicada primero, por lo que, como ya se dijo anteriormente, la presente investigación se respaldará en una interpretación teleológica del término *sentencia arbitral*.

Bajo la misma línea, en el caso boliviano, se evidencia que, si bien Bolivia no suscribió la Convención de Viena, se inspiró en ella a momento de redactar la Ley N° 401 de Celebración de Tratados, pues en su Artículo 54 establece que:

Los Tratados deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado, en el contexto de éstos y considerando los trabajos preparatorios del Tratado, las circunstancias de su celebración, su texto, anexos, preámbulo, *objeto y fin* (Ley N° 401, 2013). (énfasis añadido)

Así, una vez establecida la pertinencia de interpretar el término de *sentencia arbitral* de acuerdo a su objeto y fin, es que se puede sostener la viabilidad de la aplicación de la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares. Para ello, es necesario compartir la postura de los tribunales que llegaron a la siguiente conclusión: “las decisiones adoptadas por los árbitros que diriman todos o algunos de los aspectos de la controversia de manera definitiva y vinculante, pueden considerarse *sentencias arbitrales* en el sentido de la Convención de Nueva York” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág.13).

De tal manera, los tribunales sostienen que “para que una decisión pueda considerarse una *sentencia arbitral* con arreglo a la Convención de Nueva York es necesario:

- Que sea dictada por árbitros.
- Que resuelva una controversia o parte de ella de manera definitiva
- Que sea vinculante” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág. 13).

Para una mejor comprensión se examinará cada punto:

a. *Que sea dictada por árbitros.* El 25 de julio de 1996, el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, en el caso *Frydman v. Cosmair Inc.* afirmó que “una decisión de la Corte Permanente de Arbitraje en la que se denegaba una solicitud de arbitraje sobre la base de un examen de la documentación presentada por las partes no constituía un laudo en el sentido de la CNY” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág. 14).

Tal decisión no podía ser considerada un laudo porque “nunca se nombraron árbitros para dirimir la controversia entre las partes” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág. 14). Es así, que el árbitro de emergencia es un árbitro, porque fue nombrado por las partes exclusivamente para resolver la aplicación de medidas cautelares.

b. *Que resuelva una controversia o parte de ella de manera definitiva.* El 7 de junio de 2007, el Tribunal de Distrito Este de Michigan en el caso *Hall Steel Company v. Metalloyd Ltda.* señaló que “para que una decisión pueda considerarse *laudo* bastaba con que resolviera de manera definitiva una pretensión independiente y separada” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág. 14). Es decir, la pretensión de aplicar medidas cautelares resuelve parte de la controversia de manera definitiva, puesto que la facultad del árbitro de emergencia termina con la decisión que dispone la procedencia o no de la medida cautelar.

Es por eso que, existen algunas jurisdicciones que ejecutan las decisiones del árbitro de emergencia sobre medidas cautelares “como si fueran laudos finales, otorgando a dicha característica una interpretación más amplia, vinculada con el objetivo de dotar a los árbitros de todos los mecanismos necesarios para cumplir fielmente su misión como órgano decisorio” (Fernández, 2016, pág. 95).

De manera que, en este punto se enfatiza la importancia que tiene la forma en la que se otorga la decisión de medida cautelar, pues tiene incidencia al momento de la ejecución. En efecto:

Los jueces han establecido que la clave reside en determinar la verdadera naturaleza de la decisión de los árbitros y si la misma pone

fin y de manera definitiva a la cuestión específica planteada ante estos, de tal manera que, primando el aspecto sustantivo sobre el formal, haya de ser ejecutada (Fernández, 2016, pág. 96).

c. *Que sea vinculante.* Se sostiene que “únicamente las decisiones que son vinculantes para las partes pueden considerarse sentencias arbitrales en el sentido de la Convención de Nueva York” (Secretaría de la CNUDMI, 2016, pág.15). Bajo ese entendido, “el árbitro de emergencia profiere decisiones vinculantes para las partes” (Rivera, 2014, pág. 179).

Todos estos requisitos se relacionan también con el criterio que tienen “algunas jurisdicciones pro-arbitraje como la de Nueva York y Londres, pues sus Cortes Nacionales han reconocido y hecho efectivas medidas cautelares proferidas mediante laudos emitidos por el árbitro de emergencia” (Rivera, 2014, pág. 172).

Sin embargo, existen tribunales que rechazan la postura de aplicar la Convención de Nueva York para ejecutar las decisiones sobre medidas cautelares, sosteniendo los siguientes criterios:

a. *Que la Convención no contemple la ejecución de medidas cautelares.* En ese sentido, el 11 de abril de 2002, la Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina, en el caso *Forever Living Products Argentina SRL c/ Beas, Juan*, citado por Rivera (2014) rechazó la ejecución de una medida cautelar de un árbitro que ordenaba a los demandados que se abstuvieran de realizar una serie de actos, bajo el entendido que “en las convenciones internacionales aludidas por las partes, no se hace mención a la traba de medidas cautelares ordenadas por árbitros” (págs. 116-117).

Este punto demuestra que todas las convenciones sobre arbitraje comercial internacional regulan solo el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y no así las decisiones que resuelvan medidas cautelares. Resaltando la importancia de interpretar el término *sentencia arbitral* de la Convención de Nueva York para que produzca efectos y no quede como un instrumento obsoleto por no estar acorde a la actualidad.

b. *Que las decisiones no son definitivas.* Por otro lado, parte de la doctrina también sostiene que no es posible ejecutar las medidas cautelares bajo la Convención de Nueva York ya que “una de las características esenciales de este tipo de medidas es que no son definitivas, porque pueden ser modificadas, suspendidas o revocadas por el Tribunal Arbitral durante el procedimiento arbitral” (Rivera, 2014, pág. 117).

En esa línea, la Corte Suprema de Australia rechazó la ejecución de una medida provisoria decretada por un Tribunal Arbitral con sede en Estados Unidos, porque sostuvo que:

Las medidas decretadas por el tribunal de ninguna manera pretendían resolver de forma final las disputas presentadas por las partes al tribunal ya que dichas medidas son provisionales y pueden ser anuladas, modificadas o suspendidas por el Tribunal Arbitral. Por consiguiente, el tribunal australiano concluyó que la resolución del Tribunal Arbitral no constituía una *sentencia arbitral* en los términos de la Convención de Nueva York (Rivera, 2014, pág. 118).

En este punto se cuestiona el carácter final de la decisión que emite el árbitro de emergencia, sin embargo, cabe precisar que, este árbitro (de emergencia) a momento de ser elegido por las partes, se le impone la facultad de conceder o no las medidas cautelares antes de que se constituya el tribunal arbitral. Solo esa es su tarea, su competencia termina con la emisión de su decisión, por lo que, para las facultades atribuidas incluso, esta decisión es final.

c. *Que la decisión no sea vinculante para las partes.* Este acápite refiere que las decisiones que conceden medidas cautelares no son obligatorias para las partes, porque pueden ser anuladas por el Tribunal Arbitral, por lo que, su ejecución puede ser denegada. Ello, bajo el amparo de la Convención de Nueva York, que en su Artículo V numeral 1), letra e) dispone como una causal de denegación del reconocimiento y ejecución que “la sentencia arbitral no sea aún

obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por la autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia” (Fernández, 2007, pág. 42).

Empero, la decisión emitida por el árbitro de emergencia sí es vinculante para las partes y esto en razón de que las partes a través de su autonomía de la voluntad, al momento de decidir la actuación de este árbitro, se obligan a acatar su decisión. Sin embargo, cabe aclarar que dicha decisión deja de ser vinculante si en un tiempo oportuno no se presenta la solicitud de arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior, aplicar la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares coopera en gran magnitud en muchas ocasiones, porque “es posible que se tengan que solicitar medidas cautelares que deben ejecutarse en dos o más Estados, con lo que la complejidad de la cuestión obligaría a acudir a distintos tribunales nacionales” (Fernández, 2016, pág. 85). Lo que provocaría que la justicia que brinda el arbitraje sea inalcanzable.

Por todo lo expresado en párrafos anteriores, y con el afán de sostener la viabilidad de aplicar la Convención de Nueva York para la ejecución de medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia, es preciso traer a colación los dos pilares fundamentales de dicho instrumento, como argumentos finales, de relevancia crucial para su aplicación práctica.

2.3.1. Reconocimiento de acuerdos arbitrales

Para iniciar, es preciso mencionar que el acuerdo arbitral “constituye la piedra basal del arbitraje” (Marzorati, 2010, pág. 97), puesto que es creada a través de la autonomía de la voluntad de las partes, y es el medio por el cual nace el arbitraje.

Es así que la autonomía de la voluntad de las partes para Herrera (2012), en palabras de Maluquer es:

El poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia y libertad y que le faculta en todo lo

relativo a la disposición, uso y goce de sus propios derechos y facultades, e incluso sobre la creación, modificación y extinción de los mismos (págs. 179-180).

Por ello, dada la importancia que tiene el acuerdo arbitral para el arbitraje, es que se sostiene que éste acápite, es el primer pilar de la Convención de Nueva York, pues, del preámbulo del texto normativo se desprende que:

Los acuerdos arbitrales se incluyen en la Convención de Nueva York, atendiendo al hecho de que es posible que se deniegue la ejecución de una sentencia arbitral, porque tal vez el acuerdo de arbitraje en el que se basa no sea reconocido (Convención de Nueva York, 1958).

Dicho lo anterior, y, de acuerdo al caso que nos ocupa, se evidencia que la actuación del árbitro de emergencia se sostiene en esa voluntad, puesto que, a través de esa autonomía, las partes decidieron que, al momento de requerir la aplicación de una medida cautelar, pueda actuar el árbitro de emergencia de manera anterior a la constitución del Tribunal Arbitral.

Sobre esa base, no ejecutar las decisiones de medidas cautelares bajo la Convención de Nueva York implicará paralelamente no reconocer aquel acuerdo arbitral que contenga al árbitro de emergencia, acuerdo que fue convenido de manera voluntaria por las partes y que se torna de cumplimiento obligatorio para las mismas. Ello que ocasionaría un quiebre entre los principales pilares que tanto garantiza dicha convención.

2.3.2. Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales

De esta manera, se llega al segundo y último pilar de la Convención de Nueva York, siendo el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, que, para estas alturas de la investigación, también se referirán a las decisiones sobre medidas cautelares que emite el árbitro de emergencia.

Este instrumento internacional no menciona el significado de reconocimiento y ejecución, pero la doctrina manifiesta que son dos

procesos diferentes. Así, para Redfern y Hunter (2007) ambos procesos son:

Reconocimiento: es la solicitud que se le hace a un tribunal para que reconozca la validez y el carácter vinculante del laudo.

-Se utiliza como un escudo, pues la parte que pide el reconocimiento intenta bloquear cualquier intento de plantear un nuevo proceso sobre cuestiones ya resueltas.

Ejecución: es la solicitud que se le hace a un tribunal para garantizar el cumplimiento del laudo, bajo sanciones legales.

-Se asimila a una espada, pues aplica sanciones a la parte incumplidora y la obliga a cumplirlo.

-Si el tribunal ordena la ejecución significa que ya reconoció el laudo.

Ahora bien, para obtener el reconocimiento y la ejecución bajo la Convención de Nueva York, se debe acudir a su Artículo IV, que establece que:

La parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;

b) El original del acuerdo a que se refiere el Artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

Evidenciándose que la parte solicitante, sólo deberá presentar dos documentos, es decir, bastará que adjunte el acuerdo arbitral que da origen al arbitraje y la sentencia que pretende ejecutar.

Para Cubillo (2018), dicha disposición resguarda el derecho a la ejecución, entendido este como aquel:

Derecho que los justiciables tienen a que las sentencias que los tribunales ordinarios hayan dictado para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, se hagan cumplir forzosamente, cuando el destinatario de las mismas –el condenado– no lleve a cabo voluntariamente la prestación a la que se le condene, sea ésta de dar, hacer o no hacer (págs. 356-357).

De esta manera, las decisiones que emita cualquier autoridad jurisdiccional deben poder ser ejecutadas, para garantizar a la parte el cumplimiento de todos sus derechos, ya que, de otra forma, las decisiones que reconozcan alguna tutela solo serían meras declaraciones. Y, si las decisiones que resuelven la procedencia de medidas cautelares sólo quedan en meras intenciones de reconocimiento de derechos, se le estaría negando a la parte solicitante la posibilidad de hacer valer esos derechos frente la parte que incumplió con su obligación.

Por ello, se dice que la medida cautelar es “una decisión destinada a ser ejecutada y conlleva dos pasos necesarios y sucesivos: la toma de la decisión y luego la ejecución” (Martin, 2006, pág. 1). La ejecución de una medida cautelar, es incluso, más prioritaria que la ejecución de un laudo que ponga fin al proceso, pues sin la primera, ya no tendría razón de ser la segunda.

En efecto, como es sabido, los árbitros “carecen de *imperium* y, si bien tienen jurisdicción para sustanciar y decidir las causas que versan sobre cuestiones comprometidas, no pueden utilizar la fuerza coercitiva del Estado para garantizar el cumplimiento de sus decisiones” (Caivano, 2000, pág. 235). Es así que el auxilio judicial juega un rol fundamental al momento de lograr la ejecución de una medida cautelar, pues hace que las decisiones arbitrales que emita el árbitro de emergencia tenga efectos reales en la práctica, para que las decisiones de estos no solo sean meras declaraciones.

Como lo menciona Cantuarias (1994), la ejecución de un laudo arbitral ante el incumplimiento de una de las partes es una actividad que solo puede ejercer la autoridad judicial, puesto que sólo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir con lo establecido en la sentencia.

Por consiguiente, quienes al final deberán velar por la aplicabilidad de la Convención de Nueva York para la ejecución de las medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia serán los tribunales estatales.

2.3.2.1. Denegación de reconocimiento

La facilidad que presenta la Convención de Nueva York a momento de solicitar la ejecución de una sentencia arbitral, también se sustenta en la existencia de causales para denegar el procedimiento de reconocimiento y ejecución.

Tales causales son taxativas, es decir, deben interpretarse de manera restrictiva para denegar la ejecución de una sentencia arbitral. Aquello se sustenta en que la verdadera finalidad de la Convención de Nueva York es, principalmente:

Unificar los estándares por medio de los cuales, los laudos arbitrales son ejecutados en los estados contratantes, puesto que sus redactores tenían la intención de que las causales para oponerse al reconocimiento y ejecución de los laudos bajo la Convención fuese interpretados y aplicados de manera restringida y que la denegación fuese otorgada en casos graves únicamente (Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, 2013, pág. 83).

Lo anterior, con el fin de que los Estados no denieguen el reconocimiento y ejecución de una sentencia de forma arbitraria, bajo la línea de que su marco normativo interno sostiene otras causales de denegación. Del mismo modo, se menciona que “no pueden existir más causales que las dispuestas en dicho tratado. Las razones son exhaustivas y los Estados no pueden establecer razones adicionales para denegar el reconocimiento de un laudo” (Cantuarias y Repetto, 2017, pág. 202).

Con relación a las causales taxativas que contiene dicho instrumento internacional, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en el caso *Drummond Ltd. vs. Instituto Nacional de Concesiones*, ha establecido que:

Preliminarmente debe destacarse que la Convención de Nueva York de 1958 incorporó un catálogo integral de los motivos que conducen a la denegación de un laudo arbitral extranjero, lo que conlleva la imposibilidad de invocar, y menos acoger causas distintas a las allí previstas (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2011).

Dicho lo anterior, se advierte que la Convención de Nueva York posee disposiciones que limitan la denegación de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, evidenciándose una ventaja más para emplear la normativa a la ejecución de medidas cautelares y no solo a la ejecución de las primeras.

Tampoco está demás mencionar que, al momento de aplicar alguna causal de denegación, la Convención de Nueva York considera los siguientes principios generales:

- No hay revisión sobre el fondo;
- El demandado tiene la carga de probar las causales exhaustivas;
- Las causales para la denegación del reconocimiento y ejecución son exhaustivas;
- Las causales de denegación se interpretan restrictivamente;
- Facultad discrecional limitada para otorgar el reconocimiento y ejecución incluso si aplica una de las causales (Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, 2013, pág. 81).

Aplicada así la Convención de Nueva York, garantiza el principio de la tutela judicial efectiva. Pues este principio, protege la tutela cautelar, lo que implica que no solo basta con conceder la tutela, sino pretende que exista una posibilidad real y fáctica de ejecutarla. El análisis realizado en este

trabajo se sostiene en esa garantía, que es fundamental en todo proceso, y que es reconocida no solo en Bolivia, sino a nivel internacional.

En Bolivia, el ámbito de aplicación de la tutela judicial efectiva también alcanza al arbitraje como proceso jurisdiccional. Carácter otorgado al arbitraje por medio de la Sentencia Constitucional 2472/2012 de 28 de noviembre de 2012 (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2012).

De tal manera, “tanto el proceso jurisdiccional como el proceso arbitral deben contar con los mismos instrumentos para la protección del objeto de la controversia” (Sánchez, 2018, pág. 406). Y si en un proceso jurisdiccional se permite la ejecución de las medidas cautelares por métodos igual de efectivos que las sentencias firmes; las medidas cautelares dentro de un proceso arbitral deben correr con la misma suerte. Ambas formas heterocompositivas de solución de conflictos buscan proteger a los individuos y restituir aquellos derechos que, por una u otra acción, fueron vulnerados.

3. Conclusiones

La figura del árbitro de emergencia tiene su razón de ser en el proceso arbitral, pues con su decisión se protegen los derechos que pueden verse afectados si se otorgan de manera posterior a la constitución del tribunal arbitral. Precisando que la medida cautelar concedida en dicha decisión, deberá reunir el carácter de urgencia, además de los dos presupuestos conocidos por la doctrina que son: el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*.

Sin embargo, pese a la importancia de la actuación del árbitro de emergencia dentro del proceso arbitral, se evidenció que hasta la fecha no fue muy utilizada por los usuarios, justamente porque las decisiones que emite, cuando la parte no cumple lo dispuesto, quedan en meras declaraciones de derechos, al no existir un instrumento internacional que permita ejecutar esas decisiones para otorgar seguridad jurídica a las partes.

Del análisis realizado, y de acuerdo a la interpretación teleológica que debe realizarse sobre el término sentencia arbitral, se concluye que es viable aplicar la Convención de Nueva York para la ejecución de las medidas cautelares que emita el árbitro de emergencia. Con base a los siguientes argumentos:

La actuación del árbitro de emergencia deviene del acuerdo arbitral pactado por las partes en base a su autonomía de voluntad. Conforme se explicó en el desarrollo de la investigación, la Convención de Nueva York se sostiene en dos pilares fundamentales, pilares que son proteccionistas del proceso arbitral.

El primer pilar, contenido en las disposiciones de la Convención de Nueva York, impone a los Estados el reconocimiento de los acuerdos arbitrales en su mayoría, otorga protección a las partes y les brinda aquella seguridad de que, lo convenido y pactado de manera voluntaria en sus acuerdos, será respetado y consecuentemente producirá los efectos esperados por las partes. Por lo que, aquel acuerdo que contenga la aplicación del árbitro de emergencia para conceder las medidas cautelares, producirá sus efectos bajo este instrumento, sin ningún tipo de obstáculos, pues lo que primará es la protección a ese acuerdo arbitral.

Bajo la misma línea, como segundo pilar, la Convención de Nueva York también propende a que las sentencias arbitrales sean ejecutadas en el mayor número posible de casos, restringiendo para ello las causales por las cuales los Estados podrían denegar la ejecución de una decisión. Lo que demuestra que, además de respetar lo dicho en los acuerdos arbitrales, la Convención de Nueva York permite que lo decidido por los árbitros no quede en meras declaraciones de reconocimiento de derechos, mas al contrario, pueda ejecutarse y garantizar lo decidido, es decir, garantizar la tutela judicial efectiva al que tienen derecho las partes. Lo anterior con base en que la tutela judicial efectiva debe estar presente desde el momento en que se accede a la justicia hasta la ejecución de la decisión que garantiza derechos.

Por otro lado, es necesario resaltar que, de acuerdo al estudio realizado, la forma en las que se emitan las decisiones del árbitro de emergencia no pueden suponer un obstáculo al momento de pretender su ejecución, pues lo que debe prevalecer en el derecho es el fondo de las decisiones, es decir, el fin que se quiere alcanzar con la aplicación de las medidas cautelares. Entendiendo que, el aspecto meramente formal no puede limitar ni privar los derechos de las partes.

Todo ello con el afán de enfatizar la importancia que tienen las medidas cautelares dentro de un proceso jurisdiccional, puesto que la otorgación o no de las medidas cautelares dependerá el futuro de la decisión final. Las medidas cautelares le otorgan a la decisión final *eficacia*, es decir, que aquella decisión final que resuelva el proceso, podrá surtir todos los efectos reconocidos en él, no existiendo ningún tipo de imposibilidad para proteger los derechos de la parte vencedora. Y al final, eso es lo que busca el arbitraje, resolver de manera eficaz los conflictos que sean sometidas a esta vía.

Finalmente, se debe adoptar siempre una posición pro arbitraje para la interpretación de la Convención de Nueva York, pues es un instrumento que data de hace un poco más de medio siglo y como el comercio internacional tuvo y tiene un crecimiento fluctuante cada día, el arbitraje ha demostrado su capacidad de adaptación a las circunstancias, pero paralelamente, para garantizar el objetivo mismo del arbitraje lo que siempre debe adecuarse a la actualidad son los instrumentos internacionales, en este caso la Convención de Nueva York que tiene un alcance internacional bastante importante.

4. Referencias

Normas nacionales

Constitución Política del Estado, de 7 de febrero de 2009. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

Ley N° 401. Ley de Celebración de Tratados, de 18 de septiembre de 2013. Recuperado de: http://www.cancilleria.gob.bo/webmre/sites/default/files/marco_legal/3.%20LEY%20N%C2%BA%20401%20DE%20CELEBRACI%C3%93N%20DE%20TRATADOS.pdf

Ley N° 708. Conciliación y Arbitraje, de 25 de junio de 2015. Recuperado de: http://www.fundempresa.org.bo/docs/content_new/ley-n-708-conciliacion-y-arbitraje-_223.pdf

Normas internacionales

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, Viena. Recuperado de: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958, Nueva York. Recuperado de: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conev/New-York-Convention-S.pdf>

Reglamento de Procedimiento Precautorio Pre arbitral. Cámara de Comercio Internacional. Paris, Francia: 1 de enero de 1990.

Doctrina

Libros

Born, G. B. (2016). *International Arbitration*. United States of America: Wolters Kluwer.

Caivano, Roque. (2000). *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc SRL.

Redfern, A. y Hunter, M. (2007). *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Argentina: La Ley.

Vucsanovich, Igor. (2017). *Arbitraje la importancia de la voluntad de las partes en el nuevo régimen arbitral boliviano*. Bolivia: Omikrom.

Artículos Científicos

- Betancourt y Ojeda. (2014). *El rol del árbitro de urgencia y las medidas cautelares anticipadas especial referencia a Venezuela y a las normas del centro empresarial de conciliación y arbitraje*. CEDCA, 29-36.
- Bordachar, Rodrigo. (2015). *Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia*. Derecho y Ciencias Sociales, 71-91.
- Calvo, Alfonso. (2005). *Medidas cautelares y arbitraje privado internacional*. España: Revista Foro de Derecho Mercantil.
- Cubillo, Ignacio. (2018). *El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional*. España: Estudios de Deusto, 347-372.
- Fernández, Enrique. (2016). *La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional. Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*. Revista Cuadernos de Derecho Transnacional 82-98.
- Fernández, José. (2007). *Arbitraje y Justicia Cautelar*. Revista de la Corte Española de Arbitraje, XXII, 23-60.
- Flors, José. (2017). *El arbitraje, apuntes de derecho mercantil*. Universidad de la Laguna, 1-54.
- López, Alvaro. (2000). *Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional*. España: Revista Actualidad jurídica Uría Menéndez, 1- 31.
- Mantilla, Fernando. (2009). *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York*. Bogotá: Revista colombiana de derecho internacional, 15-40.

- Marzorati, Osvaldo. (2010). *Algunas cuestiones sobre la arbitrabilidad y el derecho argentino*. Argentina: Revista foro mercantil, pág. 97-133.
- Novak, Fabían. (2013). *Los criterios para la interpretación de los tratados*. Perú: Revista de derecho Themis, 71-88.
- Olaiz, Jaime. (2005). *Análisis acerca de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)*. México: Revista de la facultad de derecho de la Universidad Panamericana, 229-248.
- Perales, Pilar. (2007). *Reforma sobre medidas cautelares en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI*. España, Revista Foro de Derecho Mercantil.
- Reyes, Cindy. (2016). *Las medidas cautelares anticipatorias e innominadas en el proceso arbitral en Colombia*. Bogotá: Vniversitas, 389-422.
- Rivera, Julio. (2014). *La ejecución de medidas cautelares en un país distinto al de la sede del arbitraje*. Arbitraje PUCP, 114-120.
- Roncancio, Luis. (2012). *El árbitro de emergencia: un estudio comparado*.
- Sánchez, Victoria. (2018). *Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación arbitral española y en otras legislaciones estatales*. Revista de Arbitraje, XI, 403-442.
- Vega, Daniel. (2017). *La incorporación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento*. Arbitraje PUCP, 35-41.

Tesis

- Dousdebés, P. (2016). *Afectación en la tutela judicial por la inobservancia del principio de celeridad procesal*. (Tesis de

maestría). Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Ecuador, Guayaquil.

Gutiérrez, Josefina. (2009). *El principio de celeridad procesal y su eficaz aplicación para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva*. (Tesis de maestría). Universidad Católica “Andrés Bello”. Venezuela, Caracas.

Documentos presentados en congreso, conferencia o reunión:

Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial. (2013). Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. La Haya: Corte Permanente de Arbitraje.

Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos. (2013). Convenciones Interamericanas sobre Arbitraje Comercial Internacional. Estados Unidos: Organización de los Estados Americanos.

Secretaría de la CNUDMI. (2016). Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York: UNCITRAL.

Páginas web

Parada Abogados. (2007). *Aspectos generales del arbitraje*. Recuperado de: <http://paradaabogados.com/es/aspectos-generales-del-arbitraje>

Samaniego, Carina. (2018). *Orden procesal*. Recuperado de: <https://leyderecho.org/orden-procesal/>

Jurisprudencia nacional

Bolivia. Tribunal Constitucional Plurinacional. SCP 2472/2012 de 28 de noviembre de 2012.

Jurisprudencia internacional

Estados Unidos. Corte de Apelaciones (Séptimo Circuito). *Publicis Communication v. True North Communiactions*. 14 de marzo de 2000.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Drummond Ltd. vs. Instituto Nacional de Concesiones*. 19 junio de 2011.