



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN CHILE DE MEDIDAS CAUTELARES
EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: EXPECTATIVA, REALIDAD Y UNA
PROPUESTA DE SOLUCIÓN**

Ponencia para la participación en Tercer Concurso Nacional de Semilleros de Derecho
Procesal
Universidad Diego Portales

JOAQUÍN ENRIQUE MENANTEAU SAZO
MATÍAS IGNACIO LEÓN SILVA
GONZALO IVÁN ISLA AROS
EVELYN PATRICIA ROJAS URRA
JAVIER IGNACIO BAHAMONDES SANDOVAL
FELIPE IGNACIO CASTRO BUSTAMANTE
FELIPE IGNACIO GÁRATE SÁNCHEZ
CONSTANZA FRANCISCA MONTENEGRO CLUNES

Directora Semillero: Prof. Dra. Renée Rivero Hurtado

Santiago, Chile, 1 de agosto de 2018.

RESUMEN

Las medidas cautelares apuntan a evitar los perjuicios del transcurso inevitable del tiempo en el proceso, con el fin de obtener una sentencia que satisfaga efectivamente la pretensión del actor. La presente investigación tiene por objeto examinar críticamente, de *lege data*, el sistema normativo vigente en Chile en materia de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas en arbitrajes extranjeros, las falencias y problemas que genera la aplicación de aquellas normas actualmente, evocando de este modo el problema existente en la orgánica procesal del reconocimiento y ejecución de resoluciones arbitrales extranjeras, y cómo el trámite del exequátur chileno, junto con los actuales tratados internacionales ratificados por el país, constituyen un óbice a la real efectividad de estas medidas pues no permiten, bajo ninguna circunstancia, la ejecución de aquellas en nuestro país. Finalmente, se concluye el presente trabajo con una propuesta de solución, de *lege ferenda*, para nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje internacional – Medidas cautelares – Reconocimiento – Ejecución - Exequátur.

ABSTRACT

Interim measures aim to avoid the damages produced by inevitable passage of time in the process in order to obtain an award that effectively satisfies the plaintiff's claim. The purpose of this investigation is to critically examine, in a *lege data* basis, the normative system in force in Chile regarding the recognition and enforcement of interim measures issued in foreign arbitrations, the shortcomings and challenges generated by the application of those provisions at the present time, thus evoking the existing problem in the organic of the rules of foreign arbitration awards' recognition and enforcement, and how the archaic procedure of the Chilean exequatur along with the current international treaties ratified by the country represent an obstacle to the real effectiveness of these measures as they do not allow, under no circumstances, the enforcement of those in our country. Finally, the present paper is concluded with the proposal of a *lege ferenda* solution for the country.

KEYWORDS: International arbitration – Interim measures – Recognition – Enforcement – Exequatur.

OBJETIVO GENERAL

Examinar críticamente el sistema procesal chileno vigente en materia de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas en arbitrajes extranjeros y las falencias y problemas que genera la interpretación y aplicación de estas normas, proponiendo soluciones a los mismos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Caracterizar y examinar críticamente el sistema procesal chileno en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros y su aplicación a efectos del reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas en arbitrajes extranjeros.
2. Detectar las falencias y problemas que suscita la aplicación e interpretación jurisprudencial de dicho sistema para el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares en arbitrajes extranjeros.
3. Examinar, desde el punto de vista del Derecho Comparado, las soluciones adoptadas por otros países en esta materia.
4. Proponer, cuando corresponda, y de cara a la reforma al proceso civil en actual tramitación en el parlamento, una solución para el problema chileno.

DESCRIPCIÓN METODOLÓGICA DEL TRABAJO

Esta investigación se estructura en torno a tres ejes o capítulos principales. Un primer capítulo destinado a describir y analizar críticamente el marco normativo vigente e insuficiente en materia de arbitraje, en relación con el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares; todo ello con el apoyo del análisis de la doctrina y la escasa jurisprudencia emitida por la Excm. Corte Suprema sobre el tópico. Asimismo, se pondrá el foco en la caracterización y descripción de los distintos tratados internacionales ratificados por Chile en materia de arbitraje internacional, y cómo éstos también resultan ser finalmente insuficientes. Luego, se realiza el análisis correspondiente al Derecho Comparado con el fin de ilustrar y describir cómo otros países han resuelto este problema en la actualidad, examinando las ventajas y problemas que suscitan las diversas soluciones. Finalmente, en el cuarto y último capítulo proponemos, de *lege ferenda* y de cara a la futura reforma al proceso civil y arbitral vigente, las posibles soluciones a los problemas detectados en nuestro sistema normativo.

TABLA DE CONTENIDOS

1. Introducción.
2. Capítulo I: Análisis y crítica al marco normativo vigente en relación con el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares en Chile.
3. Capítulo II: Análisis ilustrativo de Derecho Comparado.
4. Capítulo III: Solución de *lege ferenda*.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, en una sociedad altamente globalizada como en la que vivimos, se hace cada vez más frecuente recurrir a mecanismos distintos a la justicia ordinaria para la resolución de conflictos que pudieren suscitarse entre individuos de una esfera tanto nacional como internacional¹. Tal es el caso de los procedimientos de arbitraje², que reemplaza a los procedimientos judiciales seguidos ante la justicia ordinaria en atención a que los jueces árbitros corresponden a expertos en ciertas materias, lo que, además, se une a la rapidez y esmero que estos últimos suelen otorgar a los conflictos que deben dirimir.

Resulta claro entonces que el tiempo como tal se torna en un elemento esencial en todo conflicto, y que pese a que la solución de estos mediante los procedimientos de arbitraje pudiese usualmente ser más rápidos que si los tribunales ordinarios conocieren de aquel, estaríamos en lo incorrecto si afirmásemos que estos procedimientos no están exentos de perjuicios producidos, precisamente, por el paso del tiempo.

Es por ello que en las legislaciones se vislumbran y establecen posibilidades para poder otorgar medidas cautelares que pudieren de alguna manera, durante el procedimiento, obtener efectos sustanciales en el resultado final de un conflicto incluso entre individuos de naciones diferentes, y cuya falla podría acarrear consecuencias desastrosas para la parte interesada, pues por el transcurso del tiempo podría no quedar nada que resultase de utilidad para la satisfacción de la pretensión. Las medidas cautelares, como bien sabemos, corresponden a aquellas resoluciones determinadas a asegurar los resultados de las pretensiones, a fin de evitar los perjuicios que podrían sufrir las pretensiones de las partes por el paso del tiempo, preservando, anticipadamente, consecuencias previsibles a realizarse en el curso del proceso³.

En lo particular, sin embargo, nuestro país aún no se hace cargo de esta materia, pues a día de hoy no existe norma expresa ni tratado internacional alguno que permita el reconocimiento y ejecución en Chile de las medidas cautelares decretadas en procedimientos arbitrales extranjeros. De este modo, existe un problema en la orgánica de nuestro actual procedimiento civil, pues las normas del ordenamiento chileno impiden que tales medidas consigan ver la luz en nuestro territorio, generando así una situación de riesgo tanto para la preservación de la utilidad del arbitraje como para la pretensión de las partes.

¹ CARBONNEAU (2002) pp. 773-778.

² FLORES (2018). La Tercera Pulso Online.

³ MARTÍNEZ (1990) pp. 27-29.

II. CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO VIGENTE EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN CHILE

1. Sistema nacional

En primer lugar, para entender el problema de la actual orgánica del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras del ordenamiento jurídico de nuestro país, resulta relevante el **Código Orgánico de Tribunales** de 1943 que, reemplazando a la antigua Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, trata en su Título IX “De los Jueces Árbitros”. Así, en su artículo 222 define a un árbitro como: “*los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad local judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso*”. Esto constituye un punto importante a tener en consideración, pues los árbitros se homologan de esta forma a la calidad de jueces ordinarios, por lo que cumplen la misma función principal, a saber, impartir justicia en el territorio de la República a través de sentencias arbitrales; tienen una naturaleza de carácter pública pues surgen al amparo de la ley. En todo caso, y como punto de partida, **ninguna de sus normas hace referencia expresa a la facultad de éstos para dictar medidas cautelares.**

Con todo, tales elementos fueron sistemáticamente encarnados en nuestro **Código de Procedimiento Civil** de 1902, donde se trata el arbitraje interno especialmente en su Título VIII, “Del Juicio Arbitral”, el que define, explica y caracteriza los procedimientos llevados ante jueces árbitros, distinguiendo entretanto los procedimientos seguidos ante los árbitros de derecho y ante árbitros arbitradores, cuyas decisiones finalmente tendrán tanta validez como la tendría una sentencia emitida por un juez ordinario, sin perjuicio de la existencia de ciertas materias que no pueden resolverse por medio de estos procedimientos.

De este modo, en su artículo 635 se estipula que “*Cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto*”, una norma aplicable tanto a árbitros de derecho como a los árbitros arbitradores, según señala su artículo 643. Por este motivo, se limita el accionar de los jueces árbitros, pues no pueden disponer algún tipo de coerción respecto de un individuo, toda vez que carecen de la facultad de *imperio*. Entonces, para poder hacer efectivas medidas de apremio durante procedimientos arbitrales en Chile, se hace necesario realizar la solicitud ante la justicia ordinaria, lo que correspondería de alguna manera al mecanismo medianamente establecido en el país para que los árbitros dicten medidas que impliquen necesariamente alguna forma de apremio a la contraparte, en favor de la solicitante.

Sin embargo, resulta complicado cuestionarnos qué sucede entonces con aquellas resoluciones originadas en arbitrajes extranjeros y que requieren reconocimiento y ejecución en el país, pues, ¿aquellas podrían efectivamente hacerse cumplir en Chile, entendiendo que corresponde a una legislación exterior que podría afectar jurídicamente un bien externo a ella?

Corresponde entonces analizar si la **Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional o Ley 19.971** logra dar una solución a este problema. A quince años de vigencia de la referida ley, sin embargo, ésta sigue siendo insuficiente para resolver lo que mencionamos respecto a materia de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas en arbitrajes extranjeros. Así, respecto de la admisibilidad de las medidas cautelares dictadas por árbitros, la ley en su artículo 17 hace mención expresa a esta facultad, pues, *salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio.*

Respecto de esta disposición, se subentiende que la regla general radica en que, mediante solicitud de parte, el tribunal arbitral va a tener la facultad para dictar medidas cautelares, exigir las garantías correspondientes, y que la única limitación a esta facultad sea la existencia de una voluntad contraria de las partes, pues, como señala el profesor Patricio Aylwin, “la falta de imperio no priva a los árbitros de la facultad de decretar medidas precautorias, ya que, éstas no importan un medio de apremio o compulsión, sino únicamente una garantía para asegurar los resultados del juicio”⁴. Y es que, la misma ley, en su artículo 9, se señala que ***no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.***

Esto cobra suma relevancia a la luz de esta investigación, en el entendido de que, según lo dispuesto por el artículo 35 de la misma ley, se señala que, ***un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36,*** pero, no se hace mención a otro tipo de resoluciones dictadas por los árbitros extranjeros, como serían los autos en que se otorgan medidas cautelares, cuestión que tampoco se trata en el artículo 36 que se menciona, referido a los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

En contraposición y en el entendido de que esta ley se funda en la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, aprobada para que fuese aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos para contribuir al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas⁵, existen diferencias evidentes al comparar la Ley Modelo con la Ley 19.971, pues la primera, siendo la más actualizada, señala inmediatamente en su índice que existe un capítulo destinado exclusivamente a las medidas cautelares y órdenes preliminares, así como del reconocimiento y ejecución de las mismas, demostrando entonces la importancia que tienen estas medidas durante el desarrollo de estos procedimientos. Así, el nuevo artículo 17 del Capítulo IV A de la Ley Modelo de la UNCITRAL enmendada el 2006, señala que⁶:

⁴ AYLWIN (2014) p. 53.

⁵ Publicación de la Organización de Naciones Unidas, núm. de venta: S.77. V.6.

⁶ Previamente, el artículo 17 de la Ley Modelo original de 1985 versaba: “*Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el*

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 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.*

En la misma mano, en su artículo 17 H, sobre el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, señala que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como **vinculante** y será ejecutada al ser solicitada ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado donde haya sido ordenada. Entonces, resulta notorio el hecho de que nuestra legislación no se hace cargo de la situación que ocurre cuando sea un tribunal extranjero el que dicte la medida cautelar y que aquella deba ser reconocida y ejecutada en el país, pues de la lectura de los artículos precedentes de la ley chilena, se desprende que solo serán susceptibles del procedimiento de reconocimiento y ejecución los laudos arbitrales, es decir, aquellas resoluciones dictadas por árbitros destinadas a dirimir el conflicto entre las partes.

Finalmente, lo cierto es que la Ley 19.971 de 2004, pese a que ha de tener un gran mérito en materia de arbitraje comercial internacional⁷, no está carente de fallas en su aplicación respecto del tema que demostraremos en la presente investigación. Para explicar, en el Título XIX del Libro I del Código de Procedimiento Civil, se trata sobre la ejecución de las resoluciones, comprendido desde sus artículos 231 al 251; así, en su sección sobre “las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros”, se contiene la forma en que en Chile se homologan las resoluciones dictadas por tribunales ordinarios y/o árbitros de carácter extranjero.

tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”.

⁷ El mensaje de la ley 19.971 versa: “*Es un objetivo deseable, tanto desde el punto de vista público como del privado, que nuestro país ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente, a nivel latinoamericano. El prestigio de Chile en términos de institucionalidad, solvencia jurídica y altos índices de transparencia hacen de Chile un centro natural de arbitraje en América Latina*”.

La regla general, según tales normas, es que las resoluciones extranjeras tendrán la fuerza en Chile que le asignaren los tratados respectivos; en su defecto, se les dará la misma fuerza que en aquel país se dé a los fallos pronunciados en Chile, o bien, cuando no se pueda aplicar ninguno de las situaciones precedentes, se aplicarán una serie de requisitos detallados en el artículo 245 del cuerpo legal en cuestión. De esta forma, se hace necesario entonces analizar aquellos tratados más importantes en la materia a la que nos referimos en esta investigación.

2. Tratados ratificados por Chile en relación al cumplimiento de resoluciones extranjeras

Habiendo analizado entonces las normas nacionales aplicables a los procedimientos arbitrales y de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en Chile, es esencial también analizar los tratados internacionales ratificados por Chile en relación con estas materias, ya que el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil -como mencionamos-, nos obliga a remitirnos en primer lugar a los tratados ratificados antes de referirnos a la reciprocidad internacional y al procedimiento de exequátur como tal.

Así, se hace necesario para los efectos de este trabajo revisar el Código de Bustamante, La Convención de Nueva York y La Convención Interamericana de Panamá, con el fin de verificar si estos establecen normas referentes a la dictación de medidas cautelares por parte de los jueces árbitros extranjeros y su reconocimiento en el país.

En primer lugar, el Código Internacional de Derecho Privado o Código de Bustamante fue suscrito el 20 de febrero de 1928 en la Sexta Conferencia Internacional Americana de La Habana, aprobado por el Congreso Nacional el 10 de mayo de 1932, ratificado el 14 de junio de 1933, promulgado el 10 de abril de 1934 por el Decreto 374 del Ministerio del Interior y publicada el 25 de abril de 1934. Por una parte, nos resultaría de interés, dentro de su abundante contenido, el referente al cumplimiento de las sentencias judiciales por tribunales extranjeros, y es que en específico hablamos de las normas de los artículos 423 y siguientes, normas que serían aplicables para el laudo arbitral por disposición expresa del Código de Bustamante en su artículo 432⁸.

Sin embargo, desde la ratificación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, también conocida como la “Convención de Nueva York”, dado que Chile no hizo reserva alguna en cuanto a la reciprocidad, este tratado pasa a prevalecer por sobre el Código de Bustamante respecto a la materia.

Es un tratado multilateral adoptado por las Naciones Unidas el 10 de junio de 1958, entrando en vigor a partir del 7 de junio de 1959, y aprobado y ratificado en Chile por el DL 1095, el 14 de julio de 1975. La Convención establece que las Cortes, tribunales y juzgados de los Estados que lo hubiesen ratificado reconocerán y ejecutarán laudos arbitrales hechos en alguno de los otros Estados firmantes.

⁸ RIOBÓ (1940).

Se le considera mundialmente como uno de los tratados fundamentales en relación con los procedimientos de arbitraje internacional, pues aplica a decisiones arbitrales que no se consideran como sentencias nacionales en el Estado donde se solicita el reconocimiento y ejecución, creando cierta armonía o marco normativo común de requisitos y bases para tal fin⁹.

Consta de 16 artículos que buscan, principalmente, proteger al arbitraje como método alternativo de solución de controversias, así como para facilitar la ejecución de los laudos que se originaren en base a estos procedimientos.

En su artículo III, se establece que *“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”* Previamente a la entrada en vigor de esta Convención, en Chile, el régimen para reconocer y ejecutar laudos arbitrales era el mismo que el utilizado para las sentencias judiciales extranjeras, pero con una exigencia adicional consistente en la prueba de autenticidad del laudo por una autoridad judicial del país que dictó aquella resolución, es decir, el Exequátur. Así, la aceptación por parte del país de un régimen más favorable, establecido por la Convención, consistió sin duda en un paso importante en la evolución del Arbitraje Comercial Internacional en Chile.

Sin embargo, en cuanto a nuestra investigación respecta, la presente Convención tampoco nos brinda una solución respecto al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares en arbitrajes extranjeros, pues no perdemos de vista que en su artículo I número 2¹⁰ se permite el uso de la expresión “sentencia arbitral” tanto para las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados y para aquellas dictadas por órganos arbitrales permanentes; es más, se utiliza exclusivamente la expresión “sentencia”, no dejando cabida a, en este caso, otras resoluciones como los autos. Por este motivo, la Convención de Nueva York no resulta de utilidad en el presente para amparar la ejecución de medidas cautelares en procedimientos arbitrales de este tipo.

Cobra similar relevancia al tratado anterior, además, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, más conocida como la “Convención de Panamá”, aprobada el 30 de enero de 1975 en el marco de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados Americanos, con lugar en Panamá, que tuvo como objetivo la unificación a nivel americano de los criterios para el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de arbitraje y los laudos arbitrales en materia comercial, para, de esta manera, proteger a los comerciantes de los países contratantes cuando acordasen resolver sus diferencias en un negocio mercantil

⁹ REPETTO Y ESPEJO (2017).

¹⁰ Artículo I número 2 de la Convención de Nueva York: *“La expresión “sentencia arbitral” no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”*.

mediante el arbitraje. Así, a diferencia de la Convención de Nueva York, la presente se constituye como un acuerdo de cooperación esencialmente regional¹¹.

Fue firmada por Chile en la fecha de aprobación anterior, promulgada mediante el DL 364 de 19 de mayo de 1976, y finalmente ratificada el 04 de agosto de 1976. En lo que respecta a su articulado, llama la atención para nuestra realidad nacional el que la única distinción conceptual que se menciona es aquella realizada en su artículo 4, que señala que “*Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales*”. De esta forma, no se hace mención alguna al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, por lo que, finalmente, la Convención de Panamá tampoco nos permite darle cabida a esta institución.

Llegados a este punto, nos vemos acorralados al tratar de buscar un modo de darle cabida al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares provenientes de arbitrajes foráneos mediante el análisis de las anteriores normas; incluso, aunque fuere obligatoria la decisión del tribunal arbitral, al cual se le permite dictar estas decisiones en virtud de lo que establece el artículo 2 inciso final de la Convención, y ordenare de esta manera una medida coercitiva respecto de una de las partes, y se cumpliera íntegramente con el requisito del artículo 5 número 1 letra e), aquello sería absolutamente inocuo finalmente, pues, como en Chile aquella decisión no correspondería a una sentencia o laudo arbitral, según la ley nacional, carecería absolutamente de eficacia alguna.

Lo anterior queda de manifiesto a través de la aplicación del procedimiento establecido en nuestro ordenamiento, específicamente en el párrafo 2 del Título XIX del Libro I del Código de Procedimiento Civil, para el reconocimiento y ejecución de resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros. Este procedimiento, llamado en nuestro país como procedimiento de *Exequátur*, donde el tribunal competente es exclusivamente la Corte Suprema de Justicia, ha tendido tener un uso sistemáticamente más frecuente dado al hecho de que vivimos en una sociedad altamente globalizada y donde son cada vez más los conflictos que se suscitan entre individuos de la esfera internacional; se reconocen y se hace ejecutar entonces una multiplicidad de sentencias de tribunales ordinarios extranjeros así como de laudos arbitrales también foráneos.

El procedimiento de Exequátur posee una serie de requisitos que se deben cumplir para el caso en que la aplicación de los tratados anteriormente mencionados y la reciprocidad entre los países no resultaren fructíferas, siendo estos, según el artículo 245 de tal código:

1. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República.
2. Que no se opongan a la Jurisdicción nacional.
3. Que la parte ante la que se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción.

¹¹ PALLAIS (2015) p. 1.

4. Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

Particularmente, este procedimiento supone entonces la presentación de una solicitud, seguida de un traslado para la contraparte y, finalmente, una resolución emitida por la Corte Suprema determinando si procede o no el mandar a hacer cumplir tal resolución en el país.

Para efectos de esta tesis, aquello supone otro enorme problema, pues, en primer lugar y como algo netamente de forma del presente procedimiento, se establece como requisito el que necesariamente se debe notificar debidamente a la contraparte sobre el procedimiento que se está llevando en su contra. Aquí, el problema no es que se le notifique a aquella, pues es lo mínimo que podríamos esperar de un debido proceso; sin embargo, si nos pusiéramos en el caso de que este procedimiento permitiera el reconocimiento y ejecución de resoluciones en que se dictasen medidas cautelares, tal solicitud perdería totalmente de todo fundamento y relevancia, pues se requeriría necesariamente de este emplazamiento para poder ser posteriormente acogida por la Corte Suprema, con lo que podría fácilmente darse el caso de que la parte, durante el desarrollo del procedimiento y desde la realización del debido emplazamiento, en lo referente a la medida que se quiere homologar en su contra, podría fácilmente burlarla; es por esto que el tiempo corresponde a un elemento de gran importancia en este respecto.

En adición al problema anterior, nos encontramos con que en los enunciados que definen y reglamentan este procedimiento, pese a que en un principio hablan de resoluciones pronunciadas por tribunales en un país extranjero, tal como se hace en los artículos 242 a 245 del Código de Procedimiento Civil, luego, se restringe más el concepto y se trata exclusivamente del reconocimiento y ejecución de sentencias ejecutoriadas, según se ve en los artículos 245 N°3 y 4, normas que aplican, según su artículo 246, a las resoluciones expedidas por jueces árbitros, existiendo un requisito extra de demostrar la autenticidad y eficacia de aquella sentencia por la aprobación de un tribunal ordinario superior del país que la dictó.

Sin embargo, tal problema se ha visto parcialmente solucionado gracias a los tratados anteriores, pues aquellos no mencionan como requisito en sus disposiciones el que la resolución se encuentre “ejecutoriada”, y, como normas que prevalecen en este sentido, han logrado abrir un poco más el camino a una diversidad un tanto más amplia de resoluciones para su reconocimiento y ejecución.

Las medidas cautelares, dado el tipo de resoluciones que son, lamentablemente, seguirían quedando fuera de lo expresado en los artículos precedentes, pues no tienen cabida dentro del exequátur los autos y otras resoluciones que no correspondan a sentencias o laudos; en este respecto, Diego Guzmán Latorre, tratadista de Derecho Internacional Privado, señala que *“podemos afirmar que el exequátur procede solamente respecto de aquellas resoluciones que presentan caracteres de complejidad, esto es, respecto de sentencias, quedando excluidos de su ámbito los decretos y autos”*¹².

¹² GUZMÁN (1997) p. 511.

Para ejemplificar lo anterior, en la causa ROL 5468-2009¹³, de WESTERN TECHNOLOGY SERVICES INTERNATIONAL INC., icónica para lo que damos a conocer, se solicita dar cumplimiento en Chile a una resolución dictada por el Tribunal Arbitral constituido y en funciones en Estados Unidos, conforme a las reglas de la American Arbitration Association, con sede en Dallas, Texas, mediante el cual se decreta una medida precautoria que afectaría a CAUCHOS INDUSTRIALES S.A., referida a la imposición de ciertos deberes de abstención por parte de CAINSA, delimitados en el tiempo y territorio en que se extienden, sin afectar bienes en Chile; todo con el fin de dar efectivo cumplimiento a una obligación de no competir que posee la segunda empresa respecto de la primera.

Por su parte, Cauchos Industriales S.A., o CAINSA, solicita que se rechace esta solicitud, pues, en primer lugar, atentaría contra el orden público nacional según lo dispuesto en el artículo 245 N°1 del Código de Procedimiento Civil; enseguida alega además, pues establece el cumplimiento forzado de una obligación de no hacer, afectando así la libertad de CAINSA; porque afecta la libertad de desarrollar actividades económicas lícitas y permitiría construir un monopolio en Chile; y, finalmente, porque acogerla importaría resolver anticipadamente la demanda. Se menciona, además, en estos argumentos - relevante para esta tesis- que la resolución de que se trata la presente no constituye sentencia o laudo, y que tampoco se encuentra certificada según ordena el artículo 246 del cuerpo legal mencionado, por lo que tal resolución sigue pendiente ante el tribunal para el Distrito Norte de Texas, División Dallas, y, por ende, no se encuentra ejecutoriada.

Finalmente, la misma idea se repite por parte de la señora Fiscal Judicial de la Corte, pues en su informe señala que, al alero de los artículos 242 a 245 del Código de Procedimiento Civil, y aquellos de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, semejantes a los de la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de la ONU de 1958, o Convención de Nueva York, un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, podrá ser reconocido como vinculante u obligatorio y que presentado ante un tribunal competente, será ejecutado. Sin embargo, hace hincapié en que aquellas disposiciones son dispuestas en base a la presencia de una sentencia dictada por un tribunal extranjero, a diferencia de la petición hecha por la actora, pues aquella no diría relación con una sentencia o laudo, pues solicita la autorización para hacer cumplir una orden precautoria preliminar de procedimiento civil, y que los artículos pertinentes que regulan aquel no son aplicables al cumplimiento de medidas cautelares dictadas por tribunales extranjeros.

La Corte recalca, finalmente y luego de rechazar este Exequátur, que tal resolución materia de este arbitraje tampoco poseería las características de una sentencia interlocutoria que establezca derechos permanentes para las partes, pues, desde su dictación, el mismo tribunal le dio el carácter preliminar y porque, además, las medidas precautorias son esencialmente provisionales.

Según se señala en la doctrina, “no existe consenso respecto de si las decisiones sobre medidas cautelares o provisionales encuadran en la noción de ‘sentencia o laudo arbitral’.

¹³ Western Technology Services International Inc. con Cauchos Industriales S.A. (2010).

La doctrina mayoritaria entiende que el concepto de ‘sentencia arbitral’ de la Convención no incluye las resoluciones que decretan medidas cautelares o provisionales”.¹⁴

En el plano de comentaristas internacionales, Poudret y Bessón afirman que la elucubración consistente en que los laudos que deciden sobre medidas provisionales deberían beneficiarse de la Convención de Nueva York se basa en la búsqueda de un objetivo fundamental, cual es la eficiencia.¹⁵ A mayor abundamiento, no solo la eficiencia es uno de los fines que se busca a través del reconocimiento de una medida precautoria dictada por un tribunal extranjero, sino que también se consideran los objetivos concernientes a la equidad y eficacia.

Por otra parte, Eduardo Silva¹⁶ plantea que *“en definitiva, el pragmatismo subyacente al arbitraje sugiere que – para salvaguardar la eficacia esencial de este mecanismo de resolución de desavenencias – la doctrina evite perderse en consideraciones técnicas formalistas y haga todo lo posible para asegurar que medidas cautelares adoptadas por un árbitro, a través de un laudo e incluso de una orden de procedimiento, puedan ser ejecutadas eficazmente”*.

Finalmente, dado el rechazo de la Corte Suprema a las solicitudes de Exequatur de esta naturaleza, sin perder de vista que las presentes convenciones no otorgan una solución viable para el problema que nos presenta la orgánica de nuestras normas nacionales, se hace menester que en el futuro se formule un mecanismo capaz de dar cauce en Chile a medidas precautorias dictadas por tribunales arbitrales extranjeros, pues, como lo concluye Rivera, *“Los tribunales judiciales han rechazado, en general, la posibilidad de ejecutar medidas cautelares o provisionales dictadas por tribunales arbitrales al amparo de la Convención de Nueva York. Por ello, la sanción de leyes de arbitraje que contemplen expresamente la posibilidad de reconocer y ejecutar medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede en otro país constituye un avance muy positivo tendiente a asegurar la eficacia del procedimiento arbitral”*¹⁷.

Se **requiere urgentemente** un cambio en esta materia, una reforma que permita a los tribunales arbitrales otorgar una correcta y oportuna tutela cautelar para el debido resguardo de las pretensiones en contienda, y una actualización a la actual ley de arbitraje comercial internacional en Chile.

¹⁴ RIVERA (2017) p. 2.

¹⁵ POUURET Y BESSÓN (2002) p.546.

¹⁶ SILVA (2007), p. 11.

¹⁷ RIVERA (2017) p. 3.

III. CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO

Desplazándonos fuera de Chile, a modo de ilustración, nos encontramos con una serie de otros países que han debido enfrentarse a la misma situación y han establecido soluciones diferentes, suficientes e insuficientes para nuestro caso, los cuales corresponde analizar a continuación, para luego entregar nuestro juicio de valor respecto de aquellos.

En primer lugar, consideramos que es importante hablar de la Unión Europea, entidad supranacional –creada originalmente por seis miembros, a la cual han podido acceder otros Estados que han cumplido con las condiciones estipuladas por la propia entidad– importante al caso pues se sustenta no sólo en tratados y ordenamientos jurídicos, sino en la voluntad de participación y colaboración por parte de sus miembros, por lo que se considera una figura no estatal que ejerce funciones estatales a través del ejercicio del poder público supranacional. Así, merecen mención:

1. Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y protocolo anejo, hecho en Bruselas el 27 de septiembre 1968, y el protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hecho en Luxemburgo el 3 de junio 1971.
2. Convenio de Lugano (del año 2007).
3. Council Regulation (N° 44 /2001).
4. Acuerdo entre la comunidad europea y el Reino de Dinamarca, relativo a la competencia judicial del reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil.

En la misma mano, existe el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, de Ginebra, el 21 de abril de 1961, el cual fue firmado por los Estado de la Unión producto de la reciente – en esa época – Convención de Nueva York del año 1958. Dicho Convenio tiene como fin complementar lo pactado en el Tratado de Nueva York, para, como dice específicamente la Convención: *“Y estando deseosos de contribuir a la expansión del comercio europeo y de evitar a este fin, en lo posible, ciertas dificultades que entorpecen la organización y el funcionamiento del arbitraje internacional en las relaciones entre personas físicas o jurídicas de diferentes países europeos; convienen las siguientes cláusulas...”*.

Todas estas convenciones se refieren a la convalidación o reconocimiento de resoluciones judiciales en los distintos Estados de la Unión Europea, pero, el gran problema de todas ellas radica en que hacen exclusión categórica a las resoluciones surgidas de los procedimientos arbitrales, por lo que, a pesar del fin de estas convenciones, tampoco vemos en los estados de la Unión Europea alguna norma sobre el reconocimiento de medidas cautelares dictadas en procedimientos arbitrales realizados en estados extranjeros; por lo tanto, también resultan insuficientes para los efectos de esta investigación, y, consecuentemente, descartamos dicho modelo como posible solución para Chile.

Teniendo en cuenta la desafortunada situación anterior, los estados miembros de la Unión han debido legislar y crear sus propias normas sobre arbitraje internacional comercial, incluyendo, acertadamente en algunas de ellas, normas que tratan la materia del reconocimiento de resoluciones de arbitrajes extranjeros, como son las medidas cautelares, y que tengan efecto en su propio Estado.

En una primera instancia, la situación de Suiza resulta bastante particular, ya que pareciera ser el Estado que da un mejor trato a el reconocimiento de las resoluciones dictadas en procedimientos arbitrales extranjeros, al menos, en la Unión Europea. La norma en que se basa para reconocer estos tipos de resoluciones es la *Federal Act on Private International Law* o PILA, del año 1987.

En su artículo 183, la Ley da la libertad a las partes para elegir si otorgar o no la facultad al árbitro de poder ordenar medidas provisionales o medidas conservativas, pero en el caso de que las partes nada digan, el árbitro tiene por presunción legal la facultad de ordenar estas medidas cautelares. En su norma no existe un artículo específico que verse sobre el reconocimiento de resoluciones en procedimientos de arbitrajes extranjeros, pero, la única forma para ejecutar una medida cautelar en este contexto corresponde a que aquella se efectúe por aquel tribunal o se solicite apoyo a la Corte de conformidad al artículo 183 (2) de la PILA. La mayoría de la doctrina suiza sostiene que una corte suiza puede ofrecer tal asistencia a la ejecución, siempre que las cortes tuvieran jurisdicción para conceder las medidas cautelares si aquella solicitud fuese hecha directamente ante ella, sin tener recurso el tribunal arbitral extranjero.

Únicamente, entonces, es posible reconocer y ejecutar, sin la necesidad de solicitar la medida previamente ante un tribunal suizo, si estas son calificadas como un “award” o sentencia, en razón de la Convención de Nueva York que Suiza ratificó. Sin embargo, como ya explicamos, tal Convención únicamente se refiere a los laudos. Por lo tanto, la regulación suiza tampoco resuelve a cabalidad el problema, sigue siendo aún un procedimiento engorroso, debilitando la rapidez y la eficacia del procedimiento arbitral y su sentencia, en relación a las medidas cautelares dictadas en él.

Por otra parte, en España, como país cuyo ordenamiento jurídico posee amplias similitudes con el nuestro, podemos observar su Ley de Arbitraje del año 2003, que, con su última modificación el año 2015, se asemeja bastante a nuestra actual Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Esta Ley tuvo el fin de la “*armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias.*”, teniendo como guía principal la Ley Modelo de UNCITRAL.

En su artículo 24 se faculta entonces a los árbitros a dictar medidas cautelares para asegurar la eficacia de la sentencia, como también la facultad de exigir caución suficiente para decretarlas, a menos que las partes acuerden lo contrario, y, por último, les hace aplicable las normas sobre ejecución forzosa y anulación de laudos. En relación al procedimiento de reconocimiento de resoluciones dictadas en procedimientos arbitrales extranjeros,

únicamente hace referencia en su artículo 46 al procedimiento de exequátur de laudos, pero deja de lado las medidas cautelares, lo que transforma a la ley en una que, a pesar de ser relativamente nueva, no cuestionó la forma de ejecución de medidas cautelares de arbitrajes extranjeros, algo esencial como ya lo hemos dicho, para la eficacia y la celeridad del procedimiento arbitral.

En Francia, como país sede de la Cámara Internacional de Comercio, en lo relativo a su legislación, nos encontramos con que el arbitraje se encuentra regulado en el Libro IV del *Code de Procédure Civile*. Esta legislación es particular pues, si bien tiene ciertas influencias de la Ley Modelo de la UNCITRAL, dado que corresponde a un compilado de principios generalmente aceptados respecto del arbitraje, no la ha adoptado integralmente como sí han hecho otras legislaciones.¹⁸ La jurisprudencia en este respecto también juega un rol muy importante, en palabras de Alexis Mourre: “*Both the Cour de Cassation (French Supreme Court) and the Paris Court of Appeal have, for many decades, strongly contributed to building a supportive and arbitration-friendly regime*”¹⁹.

La legislación francesa en el *Code* hace una distinción entre la legislación de arbitraje interna (la cual se encuentra regulada en sus artículos 1442 a 1503) y la legislación de arbitraje internacional (la cual se encuentra regulada en sus artículos 1504 a 1527). Dicha distinción, según lo dispuesto en el artículo 1504²⁰, se reduce a si existen o no intereses de carácter internacional. Esta distinción es relevante en tanto la normativa internacional es más liberal que la normativa nacional, por ejemplo, no existirían requisitos de forma en los acuerdos de arbitraje en disputas internacionales.

En cuanto a la aplicación de medidas provisionales, su admisibilidad se expresa en el artículo 1468 del *Code* (el cual, por disposición expresa del artículo 1506 del mismo cuerpo, se hace aplicable tanto al arbitraje nacional como internacional), y señala que “*Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée*”.

Lo anterior, implica que el tribunal arbitral puede decretar las medidas provisionales y conservativas que estime adecuadas, e incluso acompañar sanciones a dichas medidas para asegurar la eficacia de sus órdenes, sin embargo – y excluyéndolas así de la jurisdicción de los tribunales arbitrales- son las cortes quienes tienen la facultad para decretar embargos u otras medidas de seguridad.

¹⁸ Sin perjuicio de encontrarse suscrita a la Convención de Nueva York, ratificada el 26 de mayo de 1959; a la Convención Europea de Arbitraje Internacional del 21 de abril de 1961, ratificada el 21 de agosto de 1967; y a la Convención de Washington del 18 de marzo de 1965, ratificada el 16 de diciembre de 1966.

¹⁹ MOURRE (2012) p. 2.

²⁰ El artículo 1504 del *Code de Procédure Civile* establece que: “*Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*”.

Según señala además Mourre²¹, la jurisprudencia asentada por la Corte Suprema Francesa señala que pueden decretarse medidas provisionales por árbitros en forma de laudos, siempre y cuando la decisión del tribunal arbitral se refiera, en forma final, a todo o a parte del conflicto, para poder poner fin al procedimiento. En cuanto a la ejecución de los laudos, primero, debe realizarse el procedimiento de exequátur (el cual se encuentra reglamentado en los artículos 1514 a 1517 del *Code*), una vez obtenido el exequátur, es necesario realizar el procedimiento de ejecución. La apelación al exequátur tiene la función de suspender el procedimiento de ejecución, no obstante la posibilidad de decretar medidas provisionales.

Finalmente, de lo estudiado respecto de la legislación francesa desprendemos que, salvo en aquellos casos en que la medida provisional tenga el carácter de laudo según lo establecido por la jurisprudencia, la ejecución de las medidas provisionales queda en manos de los tribunales ordinarios.

Ahora, en relación a América Latina, la nación del Perú reguló el procedimiento arbitral en su Decreto Legislativo N°1071, emanado por el Poder Ejecutivo facultado por el Congreso de la República de Perú. El procedimiento que regula esta Ley es muy parecido al chileno en muchos ámbitos, pues ambos se basan principalmente en la Convención de Nueva York. En relación al reconocimiento de medidas cautelares pronunciadas en procedimientos arbitrales, la Ley peruana regula tal situación con el mismo procedimiento para el reconocimiento de laudos pronunciados en arbitrajes extranjeros, esto en virtud del artículo 48 número 4, que expresa: *“Toda medida cautelar ordenado 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.”*

En el caso peruano tenemos un punto nuevo, pues el conocimiento del procedimiento de reconocimiento de laudos o medidas cautelares por las Cortes Superiores de ese país no le otorga, como en el caso de Chile, competencia exclusiva a la Corte Suprema, pero aun así, mantiene el problema si nos referimos al caso de las medidas cautelares, ya que el procedimiento, tal como ya hemos mencionado, incluye dar traslado a la contraparte, por lo que se pierde el fin de la medida poniendo en peligro la eficacia del procedimiento y el laudo.

Finalmente, resulta menester tratar en la presente investigación las últimas innovaciones que ha hecho Argentina en su legislación arbitral. Recientemente, nuestro país vecino ha modernizado su legislación en torno al arbitraje internacional adoptando íntegramente la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL. Así, el mensaje presidencial establece y deja en claro la necesidad de actualizar la legislación que hasta hace poco reglaba dicha materia en distintos cuerpos normativos varios, y cuyas normas se perfilaban para la solución de controversias esencialmente domésticas. El proyecto de ley fue sancionado y aprobado por la Cámara de Senadores el 07 de agosto del 2017, mientras que la Cámara de Diputados la aprobó el día 04 de julio del año 2018.

²¹ MOURRE (2012) p. 10.

De este modo, la Ley 27.449, en sus artículos 56 a 61 trata expresamente del reconocimiento y ejecución de medidas cautelares. Dedicó un capítulo completo a las medidas cautelares, y establece que la ejecución de estas medidas será vinculante y que deberán ser ejecutadas por los tribunales de justicia, los cuales pueden exigir garantías en caso de que el tribunal arbitral no lo haya realizado, o bien para asegurar los derechos de terceras personas.

Sin embargo, se podrá denegar la ejecución de dichas medidas cuando a petición de la parte afectada una de las partes tenga alguna incapacidad o restricción a la capacidad; el acuerdo sea nulo según las leyes que se sometieron las partes; cuando la parte contraria no haya sido debidamente notificada y no ha podido valer sus derechos; cuando la medida cautelar ha excedido el ámbito de controversia del acuerdo arbitral; que el acuerdo arbitral no se haya efectuado de acuerdo a las normas del país al cual se somete; que el tribunal arbitral no se haya constituido o que el procedimiento no se haya llevado a cabo conforme al acuerdo arbitral o bien se podrá denegar la ejecución de una medida cautelar a petición de la parte afectada cuando no se haya cumplido con la garantía exigida, o cuando el tribunal arbitral o un tribunal del país, teniendo competencia para ello, revoque la medida.

En cambio, el tribunal podrá actuar sin petición de la parte afectada cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que la modifique a efectos de ajustarla a sus facultades y poder efectuarla; o bien la denegará cuando el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje por la ley argentina o contraria al orden público. En todo caso el tribunal al analizar alguna de las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de una medida cautelar deberá mirar a los fines de la misma y, por último, el tribunal por ningún motivo se podrá pronunciar sobre el fondo de las medidas cautelares decretadas por el tribunal arbitral.

Con todo, pareciera que la opción argentina sería aquella que podría adecuarse a la realidad chilena en un futuro medianamente cercano, pues vemos cómo se consagra expresamente el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares en el ordenamiento jurídico.

IV. CAPÍTULO III: CONCLUSIONES Y SOLUCIÓN DE LEGE FERENDA

Concluida la investigación y ponderado la utilidad de los modelos vistos anteriormente, hemos identificado una fuerte necesidad de actualizar nuestra Ley de Arbitraje Comercial Internacional de forma urgente, tanto para asegurar la celeridad de unos procedimientos conocidos por su rapidez como para asegurar que la pretensión de la actora no pasará a ser inocua. Por otra parte, identificamos asimismo una serie de problemas comunes a todo lo analizado previamente:

1. El conocimiento de estos procedimientos de reconocimiento y ejecución es exclusivo del tribunal superior del país, como sucede en Francia y en Chile, lo que constituye un problema a la eficacia y celeridad del procedimiento.
2. Sin perjuicio de que las medidas no siempre serán ex parte, se debe notificar necesariamente a la contraparte mientras se tramita la respectiva solicitud de reconocimiento, previo al otorgamiento de la medida cautelar, a pesar de la urgencia que suele implicar una medida de este tipo.
3. Necesariamente se debe permitir que el tribunal encargado del reconocimiento y ejecución de la medida cautelar actúe de oficio en determinadas situaciones, modificando la medida sin revisar el fondo de aquella, cuando las normas del país sean incompatibles con ella.

Consideramos entonces que, en virtud de la actual Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL, se debe realizar una reforma profunda, y actualizar completamente nuestra Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 2004 o Ley 19.971, basada en la antigua Ley Modelo de 1985, de modo que se adecúe de mejor manera a las disposiciones de la primera y sus enmiendas del año 2006, así como a las actuales tendencias en las distintas regulaciones sobre arbitraje internacional de los distintos países del globo, de un modo similar como hizo Argentina recientemente, por ejemplo.

Consideramos necesario hacer ciertas precisiones para llegar a una solución óptima y que se adapte a los tiempos actuales, por ende, estando a los problemas ya enunciados, podemos decir que en primer lugar, estimamos que la voluntad de las partes de permitir o no al árbitro dictar medidas cautelares, dentro de su convenio de arbitraje, efectivamente debe prevalecer sobre la ley, sin perjuicio de tener presente que el contenido de la medida, en virtud de tal convenio, sería de conocimiento exclusivo del tribunal arbitral, pues se impide a la justicia ordinaria de conocer el fondo de aquella. Así, la ley constituiría el piso mínimo a tener en consideración toda vez que, salvo acuerdo en contrario, se otorgue esta facultad al árbitro. Luego, si la ley nada dijere, entonces se aplicarán las normas al respecto del país en cuestión.

Por otra parte, estimamos también que los tribunales que se encargarán de conocer las materias relativas a reconocimiento y ejecución de medidas cautelares deben ser los tribunales ordinarios de primera instancia, atendiendo a que su labor corresponderá meramente a analizar los distintos aspectos de forma que se deben cumplir para efectivamente reconocer y ejecutar tales medidas, resultando perfectamente práctica y asimilable la norma del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que la

ejecución de la medida cautelar correspondiere al juez que hubiera conocido el litigio, según las normas de competencia, si es que este se hubiera incoado en Chile.

En cuanto a un posible régimen de recursos, la Ley Modelo no hace mención alguna sobre la posibilidad de impugnar la decisión del tribunal arbitral de conceder o no una medida cautelar, es más, se considera al recurso nulidad contra el laudo como recurso único previsto en la Ley Modelo. Con todo, sin perder de cuenta que las partes mismas podrían establecer y definir sus propios recursos en su convenio de arbitraje, se podría proponer la existencia de un eventual recurso de reposición para tal resolución, sin perjuicio de que, en los términos de la ley ya mencionada el tribunal arbitral debe necesariamente dar la oportunidad a la parte contra quien se dirige una orden preliminar para que aquella haga valer sus derechos a la brevedad, con lo que sería esperable que aquello se realizara a través de este mecanismo. Por otra parte, no consideramos la existencia de un recurso de apelación pues aquel procedería solamente en contra de sentencias.

Respecto a las causales de denegación de las solicitudes, nos parecen pertinentes aquellas mencionadas por la Ley Modelo de la UNCITRAL. Así, podríamos señalar que, finalmente, se podría denegar la ejecución de dichas medidas cuando, a petición de la parte afectada, una de aquellas tenga alguna incapacidad o restricción a la capacidad; que el acuerdo sea nulo según las leyes a las que se sometieron las partes; cuando la parte contraria no haya sido debidamente notificada y no ha podido valer sus derechos; cuando la medida exceda el ámbito de controversia del acuerdo arbitral; que el acuerdo arbitral no se haya efectuado de acuerdo a las normas del país al que se somete; que el tribunal arbitral no se haya constituido, o que el procedimiento no se haya llevado conforme al acuerdo arbitral; o bien, cuando no se haya cumplido con la garantía exigida²².

El tribunal encargado de la ejecución de la medida podrá actuar de oficio cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, salvo que aquel la modifique a efectos de ajustarla a aquellas facultades y pueda, finalmente, proceder a su reconocimiento y ejecución, sin importar necesariamente un cambio en su fondo o contenido. Del mismo modo, la denegará cuando el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje por la ley nacional, o porque sea contraria al orden público. En todo caso, el tribunal, al analizar las causales para denegar su reconocimiento y ejecución, deberá estar a los fines de la medida, y, por ningún motivo, podrá pronunciarse sobre el fondo de aquella.

Dicho lo anterior, consideramos, finalmente, que se debería integrar un capítulo especial dedicado a las medidas cautelares y su reconocimiento y ejecución a la ley previamente señalada, sin perjuicio de considerar la actualización total de la ley por la adopción de las disposiciones más recientes de la Ley Modelo de la UNCITRAL; de modo que esta solución no constituya un mero “parche” a la orgánica procesal del reconocimiento y

²² Originalmente en la Ley Modelo, su artículo 17 I, y en la ley argentina, existe una causal para rechazar el reconocimiento de la medida cautelar consistente en que, si al actuar a instancia de parte afectada por la medida, al tribunal le constase que la medida ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral, o, en caso de estar facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado donde se tramita el procedimiento de arbitraje. Consideramos que el tribunal nacional solo tiene facultad en torno a denegar o reconocer la medida cautelar, pero en ningún caso podría revocar o suspenderla, pues es un asunto exclusivo del tribunal arbitral en virtud del artículo 111 del COT, respecto de la regla de extensión de la competencia.

ejecución de las medidas cautelares y que, por el contrario, implique una reforma más o menos sustancial. Por ende, en virtud de la materia de la investigación, y basados en la tendencia actual vista por la adopción de la Ley Modelo por parte de Argentina, se propone integrar las siguientes disposiciones a continuación de las normas de la Ley 19.917:

“CAPÍTULO IX

MEDIDAS CAUTELARES Y ÓRDENES PRELIMINARES

Sección 1. Medidas cautelares.

Artículo 36.- 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 laudo²³, 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:
 - 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.
 - e) En los casos distintos a los ya señalados en el presente artículo, el tribunal arbitral podrá dictar medidas cautelares con los efectos que se requieran para asegurar la eficacia del laudo arbitral.²⁴

Artículo 37.- Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares.

- 1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b), c), o d) del párrafo 2) del artículo 36 deberá convencer al tribunal arbitral de que:
 - a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

²³ El carácter de laudo de las medidas cautelares es una característica ajena a nuestro sistema jurídico, utilizado mayormente en algunos sistemas comparados, por lo tanto, se incluye en la definición teniendo en cuenta que esta norma podría tener aplicación en países extranjeros.

²⁴ La razón para incluir esta la letra “e” es consagrar el carácter no taxativo de los casos mencionados en el artículo y la posibilidad de adoptar medidas cautelares.

- b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.
- 2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 36, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

Sección 2. Ordenes preliminares.

Artículo 38. Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento.

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.
- 2) **Las ordenes preliminares son, medidas excepcionales y accesorias a una medida cautelar, que tienen por finalidad, posibilitar la solicitud de una medida cautelar ex parte, con el fin de evitar su frustración.**²⁵
- 3) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.
- 4) Las condiciones definidas en el artículo 37 serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 37 sea el daño que probablemente resultará que se emita o no la orden.

Artículo 39. Régimen específico de las órdenes preliminares.

- 1) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello.
- 2) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.
- 3) El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.
- 4) Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá otorgar

²⁵ PERALES (2007).

una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

- 5) Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

Sección 3. Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares.

Artículo 40. Modificación, suspensión, revocación.

El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

Artículo 41. Exigencia de una garantía por el tribunal arbitral.

- 1) El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida.
- 2) El tribunal arbitral exigirá al peticionario de una orden preliminar que preste una garantía respecto de la orden, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

Artículo 42. Comunicación de información.

- 1) El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara u otorgara.
- 2) El peticionario de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que aquel vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden, y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte contra la que la orden haya sido pedida no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos, una vez notificada. A partir de dicho momento, será aplicable el párrafo 1) del presente artículo.

Artículo 43. Costas y daños y perjuicios.

El solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle, mediante resolución fundada y en cualquier momento del procedimiento, al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

El tribunal arbitral podrá condenar a la parte que ha incumplido con una orden preliminar y frustré la medida cautelar otorgada en favor de la contraparte, por los perjuicios que causare con motivo de aquella.

Sección 4. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares.

Artículo 44. Reconocimiento y ejecución.

- 1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal que hubiere sido competente para conocer del litigio en primera o única instancia, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 45.
- 2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar le informará sin demora de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida por parte del tribunal arbitral.
- 3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Artículo 45. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

- 1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:
 - a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que:
 - i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos mencionados para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral establecidos en el artículo 36 de la presente ley; o
 - ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral, así como de aquella garantía ordenada por el tribunal del estado; o
 - iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o
 - b) si el tribunal resuelve que:
 - i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que
 - ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en el párrafo 2 del artículo 36 de la presente son aplicables al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.
- 2) Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el

reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión alguna del contenido o fondo de la medida cautelar.

Sección 5. Medidas cautelares dictadas por el tribunal.

Artículo 46. Medidas cautelares dictadas por el tribunal.

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

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Aylwin Azócar, Patricio (1958). El juicio arbitral. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
2. Carbonneau, Thomas (2002). The Ballad of Transborder Litigation. Miami: Editorial JurisNet LLC. pp 773, 778.
3. Flores Toledo, Tamara (2018). Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de París, Gonzalo Fernández: “**Hay una fuerte tendencia al crecimiento del arbitraje internacional**”. La Tercera Pulso Online. Disponible en <https://www.latercera.com/pulso/noticia/miembro-la-corte-internacional-arbitraje-paris-gonzalo-fernandez-una-fuerte-tendencia-al-crecimiento-del-arbitraje-internacional/260248/>. [Fecha de consulta: 30 de julio de 2018].
4. Guzmán Latorre, Diego (1989). Tratado de Derecho Internacional Privado. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
5. Martínez Botos, Raúl (1990). “Medidas cautelares” Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires.
6. Mourre, Alexis (2012). The Paris Journal of International Arbitration. Paris: Editorial Lextenso Éditions.
7. Pallais, Bernard (2015). Los 40 años de la Convención de Panamá y su importancia para el empresariado. Disponible en <https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/aaff85b-2171-4121-9d09-fdb7d6547439.pdf>. [Consulta: 08 julio 2018].
8. Perales Viscasillas, Pilar (2007). Reformas sobre medidas cautelares de la CNUDMI. Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil n°16. Disponible en http://legal.legis.com.co/document?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7ff0404ce0430a010151404c. [Fecha de consulta: 31 de julio de 2018].
9. Poudret, Jean-François y Besson, Sébastien (2007). Comparative Law of International Arbitration. Londres: Editorial Sweet & Maxwell Ltd.

10. Repetto, José Luis y Espejo, Andrea (2017). La Convención de Nueva York: Antecedentes y objetivos. Disponible en <http://forseti.pe/revista/derecho-corporativo/articulo/la-convencion-de-nueva-york-antecedentes-y-objetivos>. [Consulta: 03 julio 2018].
11. Riobó Rojas, Fortunio (1940). De la ejecución de las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros, según el código de procedimiento civil y el código de Bustamante. Valparaíso: Memoria.
12. Rivera, Julio César (2017). La ejecución de medidas cautelares y provisionales en un país distinto al de la sede del arbitraje. TR La Ley. Disponible en http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/diario_14-2-17.pdf. [Consulta: 17 julio 2018]
13. Silva Romero, Eduardo (2007). Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro. II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje. España: Ponencia.

NORMAS CITADAS

1. Código Orgánico de Tribunales.
2. Código de Procedimiento Civil.
3. Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional. Diario Oficial, 29 de septiembre de 2004.
4. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Resoluciones 40/72, 11 de diciembre de 1985, y resolución 61/33, 4 de diciembre de 2006, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
5. Decreto 374, Código de Derecho Internacional Privado. Diario Oficial, 25 de abril de 1934.
6. Decreto 664, promulga convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Diario Oficial, 30 de octubre de 1975.
7. Decreto 364, promulga la convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. Diario Oficial, 12 de julio de 1976.
8. Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Diario Oficial de la Unión Europea, 31 de diciembre de 1972.
9. Protocolo relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, Diario Oficial de la Unión Europea, 1 de febrero de 1991.
10. Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano. Diario Oficial de la Unión Europea, 16 de septiembre de 1988.

11. Reglamento (CE) N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Diario Oficial de la Unión Europea, 22 de diciembre de 2000.
12. Acuerdo entre la comunidad europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial del reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil. Diario Oficial de la Unión Europea, 5 de mayo de 2006.
13. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961. España, Boletín Oficial del Estado, 4 de octubre de 1975.
14. Federal Act on Private International Law. Suiza, 18 de diciembre de 1987
15. Ley 60/2003 de Arbitraje. España, Diario Oficial, 26 de marzo de 2003
16. Code de Procédure Civile. Francia, boletín oficial, 30 de julio de 1976.
17. DL. n°1071, decreto legislativo que norma el arbitraje. Perú, 1 de septiembre de 2008.
18. Ley 27.449, ley de arbitraje comercial internacional. Argentina, Boletín Oficial, 26 de julio de 2018.

JURISPRUDENCIA CITADA

Western Technology Services Internacional Inc. con Cauchos Industriales S.A. (2010): Corte Suprema de Justicia, 11 de mayo de 2010 (solicitud de exequátur), Revista Ius et Praxis n°2 (2015), pp 523-552.