



**Universidad del
Rosario**

**Manual de Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional con Sede en
Colombia**

**Autor
Valentina Salazar de Greiff**

**Trabajo presentado como requisito para optar por el
título de abogada**

**Director
Antonio Agustín Aljure Salame**

**Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario**

**Bogotá D.C. - Colombia
2020**

TABLA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	4
2. CAPITULO PRELIMINAR	7
2.1 LEY MODELO UNCITRAL	7
2.2 REFORMA DE LA LEY MODELO DE 2006	10
2.3 ORIGEN DE LA LEY 1563 DE 2012	12
2.4 LEY COLOMBIANA CON MODELO INTERNACIONAL	14
2.5 INTERPRETACIÓN MEDIDA CAUTELAR EN LA LEY MODELO UNCITRAL	15
3. MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1563 DE 2012	17
3.1 DEFINICIÓN Y OBJETIVO DE LA MEDIDA CAUTELAR	17
3.1.1 MANTENER O RESTABLECER EL <i>STATU QUO</i> DE LA CONTROVERSIA:	18
3.1.2 IMPEDIR UN DAÑO PRESENTE O INMINENTE, O EL ENTORPECIMIENTO DEL ARBITRAJE:	20
3.1.3 SALVAGUARDAR BIENES CUYA CONSERVACIÓN SE PERMITA EJECUTAR POR LAUDO	21
3.1.4 PRESERVAR ELEMENTOS DE PRUEBA PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA:	21
3.2 CONDICIONES PARA EL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES	22
3.2.1 CONDUCTENCIA	23
3.2.2 PERTINENCIA	23
3.2.3 RAZONABILIDAD	24
3.2.4 OPORTUNIDAD	24
3.3 DIFERENCIA ENTRE LA DEFINICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR INTERNACIONAL Y LA LEY COLOMBIANA	25
4. ANÁLISIS EN COLOMBIA	28
4.1 INTERPRETACIÓN DE LA LEY COLOMBIANA	28
4.1.1 CARÁCTER INTERNACIONAL	28
4.1.2 ARMONIZAR Y UNIFICAR	29
4.1.3 BUENA FE	30
5. ANÁLISIS CON LA ORDEN PRELIMINAR	32
5.1 TABLA DIFERENCIA ENTRE MEDIDA CAUTELAR Y ORDEN PRELIMINAR EN LA LEY 1563 DE 2012	35
6. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES	37
6.1. ANTICIPADAS	37
6.2. NOMINADAS	39
6.2.1 MEDIDAS CAUTELARES PARA FACILITAR LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA	40

6.2.2 MEDIDAS PARA CONSERVAR LA PRUEBA:	41
6.2.3 MEDIDAS CAUTELARES PARA FACILITAR LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL:	42
6.2.4 MEDIDAS CAUTELARES DE EMBARGO:	42
6.3 INNOMINADAS	43
6.4 INJUNCTION	45
6.5 ANTI SUIT INJUNCTION	48
7. DECRETO Y PRÁCTICA	56
7.1. JURISDICCIÓN CONCURRENTE	56
7.2 INTERVENCIÓN DEL JUEZ ES RESIDUAL	60
7.3 CAUCIÓN	62
7.3.1 CAUCIÓN Y EL JUEZ	64
7.3.2 CAUCIÓN Y ÁRBITRO	65
8. INTERVENCIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA	66
8.1. EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA	67
8.1. ÁRBITRO DE EMERGENCIA Y LA JURISDICCIÓN CONCURRENTE	69
8.2 CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CON ÁRBITROS DE EMERGENCIA	70
8.2.1 EL TRIBUNAL NO SE HA CONSTITUIDO:	70
8.2.2 HAYA UNA URGENCIA PARA EL DECRETO DE LA MEDIDA CAUTELAR:	71
8.3 REGLAMENTOS Y EL ARBITRO DE EMERGENCIA	71
9. RECONOCIMIENTO O EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	75
10. CAUSALES DE NO EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	80
10.1 ACUERDO DE ARBITRAJE NO EXISTE O NO ES VÁLIDO	82
10.2 FALTA DE NOTIFICACIÓN	83
10.3 LA DECISIÓN NO PREVISTA EN EL ACUERDO DE ARBITRAJE	84
10.4 LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL O EL PROCEDIMIENTO NO SE AJUSTÓ AL ACUERDO	85
10.5 NO SE HA CUMPLIDO CON LA CAUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DECRETADA	86
10.6 LA MEDIDA HAYA SIDO REVOCADA O SUSPENDIDA	86
10.7 EL OBJETO NO ES SUSCEPTIBLE DE ARBITRAJE	87
10.8 ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL	89
11. CONVENCION INTERAMERICANA PARA MEDIDAS CAUTELARES Y LEY 1563 DE 2012	95

12. CONCLUSIÓN	99
13. BIBLIOGRAFIA	104

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es un manual de entendimiento de las medidas cautelares y su análisis en el sistema colombiano en lo referente al arbitraje comercial internacional. Su importancia radica en que actualmente en Colombia no existe mucha investigación e indagación respecto de las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional con sede en Colombia, por lo cual se busca que el lector tenga un mayor entendimiento de cómo se desarrollan en la Ley 1563 de 2012 y cómo se deberían desarrollar, teniendo en cuenta que en otras jurisdicciones este concepto sí ha sido ampliamente expresado y analizado.

Por consiguiente, tiene como objetivo principal explicar, con base en la jurisprudencia internacional, la implementación de las distintas medidas cautelares en el sistema colombiano, al igual que analizar la relación existente entre el árbitro y el juez como autoridad judicial competente para decretar y ejecutar las medidas cautelares, así como hacer alusión a mecanismos como el árbitro de emergencia y la facultad que podría tener de decretar y ejecutar medidas cautelares bajo los distintos reglamentos internacionales de las respectivas instituciones arbitrales.

Adicionalmente, el Manual hace alusión a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil –de ahora en adelante UNCITRAL por sus siglas en inglés– sobre arbitraje comercial internacional, su reforma del 2006 y su relación con la Ley 1563 de 2012. Teniendo en cuenta que el objetivo de la medida cautelar es preservar lo que se espera resolver en la disputa arbitral, se hace un análisis y su correspondiente interpretación en el sistema internacional y nacional.

Por último, hace énfasis en el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares que han sido decretadas por el tribunal arbitral; al igual que sus causales de denegación. Las presentes causales de reconocimiento, ejecución y denegación se aplicarán, *mutatis mutandis*, conforme a las causales que se prevén para los laudos arbitrales. Como se indicó atrás se acudirá a la jurisprudencia internacional en relación con las medidas cautelares, teniendo en cuenta que Colombia no ofrece casi ejemplos y que la Ley 1563 de 2012 debe tener una interpretación uniforme de acuerdo con el sistema internacional.

En el presente manual de medidas cautelares se utiliza una metodología en donde se acude en primer lugar a dar una definición de todos los conceptos básicos en relación con las medidas cautelares traídos en la Ley Modelo y en la Ley 1563 de 2012 como Estatuto Arbitral en Colombia, al igual que la explicación y análisis por parte del Grupo de Trabajo de la UNCITRAL en la redacción de la Ley Modelo de la UNCITRAL –de ahora en adelante Ley Modelo–. Se introdujeron múltiples casos que han sido relevantes en el arbitraje comercial internacional para hablar de los distintos tipos de medidas cautelares al igual que figuras como el árbitro de emergencia.

De igual manera, se analizaron distintos Reglamentos de las Instituciones de Arbitraje para señalar cómo se deberían implementar algunas figuras en el caso colombiano en relación con las medidas cautelares. Así mismo, se hicieron múltiples comparaciones y análisis entre figuras relevantes en el arbitraje como el árbitro de emergencia, la autoridad judicial y el tribunal arbitral en relación con las medidas cautelares.

Este manual no busca hacer un análisis de derecho comparado. Tampoco busca explicar si un arbitraje es o no de carácter comercial internacional, toda vez que en ningún momento pretende explicar situaciones a nivel nacional o respecto al arbitraje comercial nacional, ya que está enfocado en el arbitraje comercial internacional, a pesar de utilizar como Sede a Colombia.

Este manual cuenta con diez capítulos explicativos: en el primero se analizará la Ley Modelo con su reforma del 2006 y su relación con el origen de la Ley 1563 de 2012; el segundo capítulo estudiará la medida cautelar en la Ley 1563 de 2012, su definición, las condiciones para el decreto y su diferencia con la Ley Modelo; el tercer capítulo hará alusión al análisis de la ley colombiana con la medida cautelar; el cuarto capítulo explicará la orden preliminar vista desde la perspectiva de la Ley Modelo y la Ley 1563 de 2012; el quinto capítulo expresará los distintos tipos de medidas cautelares, es decir las medidas anticipadas, nominadas, innominadas, *injunction* y *anti suit injunctions*; el sexto capítulo expondrá la caución como garantía de la medida cautelar; el séptimo capítulo analizará la intervención del árbitro de emergencia con la medida cautelar; seguido a ese,

los capítulos octavo y noveno harán alusión al reconocimiento, ejecución y causales de denegación de la medida cautelar; para finalizar con la Convención Interamericana para Medidas Cautelares y su relación con la Ley 1563 de 2012.

2. CAPITULO PRELIMINAR

Para comenzar el presente capítulo, vale explicar la noción que ha establecido el Proyecto del Grupo de Trabajo de la UNCITRAL acerca de las medidas cautelares. Esta Comisión explica que la medida cautelar es de carácter temporal, diseñada para proteger a una o a ambas partes en la disputa para evitar un posible daño en el procedimiento arbitral.¹ En este sentido, estas medidas intentan preservar una situación fáctica o legal con el fin de salvaguardar los derechos que se pretenden resolver en el fondo del arbitraje; así mismo, Gaillard y Fernández² concluyen que busca garantizar la efectividad de la decisión final del litigio.

2.1 LEY MODELO UNCITRAL

Hoy en día el mundo es más económicamente dependiente, por esta razón, el 17 de diciembre de 1966, mediante la Resolución 2205 (XXI), la Asamblea General de las Naciones Unidas crea la UNCITRAL para continuar con la armonización y modernización del derecho del comercio internacional, por medio de sistemas legislativos y no legislativos que traten áreas claves del derecho comercial, tales como la resolución de disputas, adquisición y venta de bienes, comercio electrónico, entre otros. Estos temas se discuten y negocian por medio de procesos que involucran a Estados Miembros de la UNCITRAL para ofrecer soluciones a los distintos países sin importar su desarrollo económico. En este sentido, desde su creación, la UNCITRAL se ha reconocido como el órgano jurídico prevalente en lo referente a temas concernientes al derecho comercial internacional. Teniendo en cuenta que la finalidad de la UNCITRAL es modernizar y armonizar las leyes del comercio internacional, para ello se utilizan técnicas que operan a través de Convenciones, Leyes Modelo, Guías legislativas y Recomendaciones.³

Con base en lo anterior, la UNCITRAL trabaja por medio de sesiones que se celebran anualmente en Nueva York y Viena, para la adopción de textos que los grupos de trabajo remiten

¹ “Provisional Measures in International Arbitration Law,” Law Explorer, 2012.

² Emmanuel Gaillard. and Diego P. Fernández, *Cuestiones Claves Del Arbitraje Internacional*, Primera Ed (Bogotá: Universidad del Rosario, 2013).

³ UNCITRAL, “A Guide to UNCITRAL: Basic Facts about the United Nations Commission on International Trade Law,” 2013, 1–66.

a dicha Comisión, para examinar informes de los proyectos que se están ejecutando, para el control del sistema de casos de UNCITRAL –CLOUT por sus siglas en inglés–, para la promoción de textos jurídicos, entre otros. Adicionalmente, existen grupos de trabajo conformados por Estados Miembros de la UNCITRAL, quienes se reúnen una o dos veces al año con el fin de realizar trabajos acerca de un tema asignado y cuyo objetivo principal es desarrollar las temáticas referentes al comercio internacional, para crear sistemas que armonicen y modernicen los distintos sistemas internos. Por último, existe la Secretaría cuyo trabajo es asistir a la Comisión y a los Grupos de Trabajo en la preparación de sus trabajos.

Como se dijo anteriormente, la UNCITRAL es el órgano legal de la Organización de las Naciones Unidas –de ahora en adelante ONU– encargado de los temas concernientes al derecho comercial internacional, cuyo propósito es armonizar las normas sobre los negocios internacionales de los diferentes países. Por esta razón, a través de Leyes Modelos se crean temas referentes a disputas del comercio internacional. En este sentido, el 11 de diciembre de 1985, la Secretaría General de la ONU envió a los Gobiernos por medio de la Resolución 40/7 una Ley Modelo referente al arbitraje comercial internacional, en la que se señalaba que “*todos los Estados den debida consideración a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, con el fin de dar una uniforme convivencia en la ley de arbitraje respecto del procedimiento y las necesidades de la práctica*”.⁴ En definitiva, esta Ley Modelo de UNCITRAL –de ahora en adelante la Ley Modelo– no se enfoca en los problemas que tiene el arbitraje doméstico en cada nación, antes bien, se encamina a las dificultades que surgen cuando de arbitraje internacional se trata, dejando un ámbito de libertad a los países para que determinen el contenido de su ley en los temas relativos a la conformación del tribunal, reglas de procedimientos, entre otros.

En la reunión para la creación de la Ley Modelo en lo referente a los temas de arbitraje comercial internacional, la UNCITRAL decidió de manera unánime que el arbitraje comercial internacional debería tener normas uniformes en lo relacionado a su procedimiento; por lo que la Ley Modelo sería el sistema más importante y apropiado para lograr esa uniformidad en las leyes

⁴ “Explanatory Note By The UNCITRAL Secretariat On The Model Law On International Commercial Arbitration,” United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration, n.d., <http://www.sice.oas.org/Dispute/Comarb/Uncitral/Icomarbe3.Asp>.

de los diferentes países. Adicionalmente, se estableció que si los distintos países aplicaran la Ley Modelo, mejoraría los diversos problemas que se tengan a nivel interno porque se implantarían estándares de equidad entre los países, evitaría dificultades en la aplicación e interpretación de acuerdos de arbitraje y, por último, eliminaría ciertas particularidades locales que se tienen en los ordenamientos internos.⁵

De la misma manera, el objetivo de la Ley Modelo es asistir a los Estados para reformar y modernizar sus leyes, teniendo en cuenta las necesidades y características de cada jurisdicción, con el fin de establecer una práctica internacional que se acepte en todos los Estados y regiones, sin importar el sistema legal o económico que tengan. Así mismo, la Ley Modelo busca cubrir todas las etapas del arbitraje: el acuerdo arbitral, la composición del tribunal arbitral, la jurisdicción que regiría los procedimientos arbitrales, la intervención de los jueces domésticos, las medidas cautelares dentro de los procedimientos arbitrales, al igual que el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral.

La flexibilidad que tiene la Ley Modelo ayuda a que los Estados adopten fácilmente los principios contenidos en el documento. En un comienzo, la UNCITRAL pensó preparar un protocolo para complementar y aclarar la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 –de ahora en adelante CNY–. Sin embargo, prefirió llevar a cabo el enfoque de la Ley Modelo para que sirviera de base a las leyes de arbitraje de cada país.⁶

Desde 1966 la UNCITRAL se estructura como piedra angular referente al arbitraje con el fin de establecer una ley que armonice e integre esta materia, consiguiendo que cerca de 60 jurisdicciones la adopten como pieza clave del arbitraje comercial internacional.⁷ Por esto es que en 1985 se crea la Ley Modelo referente a arbitraje comercial internacional con el propósito que

⁵ Howard M. Holtzmann and Joseph Neuhaus, “A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary,” *Kluwer Law International*, 2015, 1159–1237.

⁶ Mary McNerney and Carlos Esplugues, “International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law,” *Boston College International and Comparative Law Review* 9, no. 1 (1986): 47–71.

⁷ Pilar Perales Viscasillas, “Novedades Legislativas En El Arbitraje Comercial Internacional : Ley Modelo de La Uncitral y Convenio de Nueva York,” *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 1, no. 2 (2008): 363–401.

múltiples países incluyan esta ley en su legislación interna con la inclusión de unos principios básicos, tales como:

- La consagración del principio de la autonomía de la voluntad en relación con el Pacto arbitral y el proceso; (art. 19.1 Ley Modelo)
- Injerencia mínima del poder judicial en el arbitraje, sin embargo, la jurisdicción interna apoyará al arbitraje, pero no lo obstaculizará; (art 5 Ley Modelo)
- Libertad respecto a la elección de las normas aplicables en el arbitraje al permitir a las partes la elección de las normas de derecho. (art. 28.1 Ley Modelo)

Teniendo en cuenta lo establecido previamente, podría decirse que el principio más importante de la Ley Modelo es la libertad de las partes de acordar el funcionamiento, incluso deja acordar las reglas de sus instituciones o que sea un tercero quien escoja el procedimiento, teniendo en cuenta que en los casos de arbitraje internacional los tribunales arbitrales no están obligados a aplicar reglas de procedimiento internos. Sin embargo, la Ley Modelo por medio de su artículo 5 es enfática al establecer que existen unas circunstancias limitadas para el apoyo judicial en el proceso como en lo referente a las medidas cautelares.⁸

2.2 REFORMA DE LA LEY MODELO DE 2006

Sin duda alguna, el año 2006 fue importante en el mundo del arbitraje comercial internacional por los cambios que hubo en la Ley Modelo; desde su aprobación en 1985 no se había tenido ninguna modificación. El 4 de diciembre de 2006 la Asamblea General de la ONU por medio de la Resolución 61/33 aprobó las nuevas disposiciones que se hicieron respecto a la Ley Modelo, recomendando a los Estados dar una consideración favorable a la promulgación de los artículos. Sobre ello, revisaron disposiciones correspondientes al origen y principios generales; a la definición y forma del acuerdo de arbitraje; sobre las medidas cautelares y órdenes preliminares; y acerca del reconocimiento y de la ejecución de laudos arbitrales emitidos en otro país. En concreto, este nuevo régimen sobre medidas cautelares es tan importante como las decisiones de

⁸ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Second Edition (Kluwer Law International, 2014).

fondo del arbitraje, pues la existencia de un régimen uniforme se convierte en una parte esencial respecto al desarrollo y éxito del arbitraje.⁹

La revisión realizada en el 2006 a la Ley Modelo buscó facilitar la interpretación referente a los principios internacionales aceptados y promover la uniformidad de dicha Ley. Así mismo, fue importante respecto al acuerdo de arbitraje y las medidas cautelares. En lo relativo a las medidas cautelares, se hizo una revisión extensiva del artículo 17, ya que estaban siendo utilizadas cada vez más en la práctica del arbitraje comercial internacional. Una gran innovación en este acápite fue la definición genérica sobre medidas cautelares, las condiciones para la concesión y el régimen para el reconocimiento y ejecución de las mismas.¹⁰

Por otro lado, en un esfuerzo para modernizar la Ley Modelo con las prácticas internacionales, la UNCITRAL, a través del Grupo de Trabajo II, encontró como prioridad la aplicabilidad y el uso de las medidas cautelares, se tomó en consideración que las autoridades judiciales competentes pudieran ordenar medidas cautelares de cualquier tipo antes de la constitución del tribunal arbitral en apoyo del mismo. Respecto al desarrollo de las enmiendas a la Ley Modelo, este grupo se demoró más de 6 años para concluir el tema de la materia de medidas cautelares por tratarse de un régimen muy novedoso que incluye conceptos como las órdenes preliminares y la facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares.¹¹ Las partes tenían la potestad de solicitar medidas cautelares ante las autoridades judiciales de cada país, así pues, estas enmiendas de la Ley Modelo hicieron que el arbitraje tuviera una relación entre el árbitro y el juez, para evitar más costos y retrasos.¹²

Continuando con lo anterior, con la reforma de la Ley Modelo de 2006 se adicionó el artículo 17 J sobre medidas cautelares ordenadas por las autoridades judiciales como apoyo al arbitraje, en donde se establece que la autoridad judicial tendrá el mismo poder de emitir medidas cautelares

⁹ Pilar Perales Viscasillas, “Reforma Sobre Medidas Cautelares En La ‘Ley Modelo De Arbitraje’ De La CNUDMI,” *Revista Foro Derecho Mercantil* 2, no. 3 (2007): 1–14.

¹⁰ UNCITRAL, “Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 2006” 4, no. 87 (2007): 14 <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.

¹¹ Perales Viscasillas, “Reforma Sobre Medidas Cautelares En La ‘Ley Modelo De Arbitraje’ De La CNUDMI.”

¹² Dana Renée Bucy, “How To Best Protect Party Rights: The Future Of Interim Relief In International Commercial Arbitration Under The Amended Uncitral Model Law,” *American University International Law Review*, 2010.

en relación con el procedimiento arbitral que un tribunal arbitral, independiente del territorio. Con esto se deja por sentado que el apoyo de la autoridad judicial en lo referente al decreto y práctica de las medidas cautelares no viola el acuerdo de arbitraje.¹³

Ahora bien, el artículo 9 de la Ley Modelo establece que puede existir una co-relación entre el tribunal arbitral y la autoridad judicial en las medidas cautelares, sin que ello sea violatorio del acuerdo de arbitraje ni que se esté renunciando a ello. Esta disposición nos trae a colación la importancia de las autoridades judiciales de cualquier Estado, en donde se les faculta a emitir medidas cautelares independientemente del lugar del arbitraje.¹⁴

El último gran avance de la reforma de 2006 en lo referente a las medidas cautelares fue respecto de las órdenes preliminares como medio para preservar el *statu quo* de la medida cautelar solicitada, la cual busca ser una divulgación previa a la solicitud de la medida cautelar para que la parte contraria no frustre la finalidad que tiene la medida. Los avances referentes a la orden preliminar son la notificación inmediata de la solicitud y una mayor brevedad en el procedimiento; así mismo, no se encuentra sujeta a una ejecución judicial y no constituye laudo, no obstante, esto no significa que no sea vinculante para las partes.¹⁵

2.3 ORIGEN DE LA LEY 1563 DE 2012

En Colombia la Ley 315 de 1996, como anterior estatuto arbitral, estuvo en vigencia durante 16 años con el fin de regular el arbitraje internacional y otras disposiciones. De la misma manera, el Decreto 1818 de 1998 duró en vigencia por 14 años, mediante el cual se expidió el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos que contemplaba la regulación del arbitraje nacional e internacional. Sin embargo, el 12 de julio de 2012, el Congreso de la República expidió la Ley 1563 de 2012 para promover el desarrollo y la utilización del arbitraje como método opcional. Con la aprobación de dicha ley se defirió expresamente todas las disposiciones del Decreto previamente mencionado, así como los de la Ley 315 de 1996. Se buscaba adaptar una

¹³ UNCITRAL, “Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 20061.”

¹⁴ UNCITRAL.

¹⁵ UNCITRAL.

nueva legislación arbitral basada en un régimen dualista, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985 para el arbitraje comercial internacional y respecto al arbitraje nacional, en la que se plantea un proceso arbitral distinto.¹⁶ Por ende, con la promulgación de la Ley 1563 de 2012 se acepta y se transmite el poder de regular lo referente al arbitraje nacional e internacional, toda vez que se defiere al nuevo Estatuto de Arbitraje la facultad de regular la materia.

En este orden de ideas, en el arbitraje Colombia se ha reconocido como un país con un sistema dualista puesto que ha adoptado conjuntos normativos separados e independientes para regular el arbitraje nacional e internacional. En la exposición de motivos de la Ley 1563 de 2012 se manifestó que Colombia es un sistema dualista puesto que diferencia el arbitraje nacional del internacional. En el primero, recurre a la Ley 1563 de 2012 y como norma supletiva al Código General del Proceso en temas referentes a la admisión de la demanda, a las pruebas y a las medidas cautelares; mientras que en el arbitraje internacional busca seguir los preceptos de la Ley Modelo y normas internacionales, en el entendido que las partes tengan autonomía procesal, sin acudir en primera medida a las reglas procesales. Al ser un método alternativo, permite a las partes en el arbitraje internacional definir el procedimiento y que los árbitros dirijan el trámite como consideren apropiado bajo el concepto del debido proceso.¹⁷

En este sentido, Colombia adopta el sistema dualista del arbitraje a través de una sola ley que regula la materia; en la primera sección regula temas referentes al arbitraje nacional mientras que en la tercera trata temas del arbitraje comercial internacional con unas pequeñas modificaciones a la Ley Modelo. El fin de hacer esta división en un esquema dualista fue la practicidad, ya que busca que el arbitraje nacional y el internacional no sufran ningún tipo de contaminación entre sus normas. El dualismo es distinguir dos órdenes jurídicos distintos como el derecho constitucional

¹⁶ Marcela Rodríguez Mejía, “Una Aproximación Al Régimen Del Arbitraje Nacional Del Nuevo Estatuto Del Arbitraje En Colombia, Ley 1563 de 2012,” *Revista de Derecho Privado* (Bogotá, 2012).

¹⁷ Nathalia Ahydee Polanco Donado, “Análisis Del Sistema Arbitral Dualista Acogido En Colombia: ¿Es Posible Una Legislación Monista En Nuestro País?,” *Universidad Externado de Colombia* 53, no. 9 (2019): 107, <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.

y el derecho internacional, sin tener intersección, por esta razón es que supone dos esferas independientes y autónomas.¹⁸

En síntesis, el objetivo de la promulgación de la Ley 1563 de 2012 era regular el arbitraje comercial nacional e internacional, al igual que mejorar algunos aspectos como la armonización y coherencia con el sistema colombiano. En efecto, esta ley busca que las partes difieran a los árbitros una controversia, basados en los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.¹⁹

2.4 LEY COLOMBIANA CON MODELO INTERNACIONAL

La Ley 1563 de 2012 pretende contar con una regulación completa y avanzada en materia de arbitraje internacional, la cual esté adaptada y siga los lineamientos contenidos en la Ley Modelo como la normatividad aceptada a nivel mundial, cuyo fin es seguir los criterios y rasgos de uniformidad en el arbitraje con los demás Estados. La materia de las medidas cautelares fue uno de los temas más esenciales en la nueva regulación, debido a que en su artículo 80 se incorporó la facultad de que los tribunales arbitrales adoptaran y decretaran medidas cautelares. Este artículo está basado en lo establecido en el artículo 17 de la Ley Modelo, donde se reafirma la competencia concurrente que tienen los jueces y árbitros para adoptar medidas cautelares en los procesos de arbitraje.

Así pues, la Ley Modelo fue un gran parámetro para la adopción de la Ley 1563 de 2012 en lo referente a las medidas cautelares, como elementos esenciales de la nueva regulación. El artículo 80 de la Ley colombiana, retoma el artículo 17 de la Ley Modelo y establece la posibilidad que los tribunales arbitrales adopten medidas cautelares, salvo estipulación en contrario de las partes. En ambas leyes, la medida cautelar busca mantener o restablecer del *statu quo*, o ejercer las acciones

¹⁸ Daniel Rivas Ramirez, “El Vicio Surrealista Del Monismo y El Dualismo Ante La Metamorfosis Del Derecho Internacional Público,” *Research Gate*, n.d.

¹⁹ Jimmy Antonio Pérez Solano, “El Concepto y La Naturaleza Del Arbitraje Comercial En El Ordenamiento Jurídico Colombiano,” *Justicia* 22, no. 32 (2017): 259–82, <https://doi.org/10.17081/just.22.32.2917>.

necesarias para prevenir un daño en el proceso arbitral, e incluso evitar un posible daño que pueda dilucidar la controversia.²⁰

Otro desarrollo que trajo el Estatuto Arbitral fue la implementación de la orden preliminar, el artículo 82 de la Ley 1563 de 2012, tomado de la Ley Modelo en su artículo 17 B como parte de la reforma hecha por la UNCITRAL en el 2006, establece que cualquiera de las partes podrá solicitar una orden preliminar al tribunal arbitral para que la contra parte cumpla la medida cautelar y la misma no sea frustrada.

2.5 INTERPRETACIÓN MEDIDA CAUTELAR EN LA LEY MODELO UNCITRAL

El artículo 17 de la Ley Modelo acerca de la medida cautelar podrá analizarse conforme a las reglas de interpretación que se establece en el artículo 2 A, el cual prevé que dicha ley se interpretará de acuerdo a su origen internacional, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe; en caso que no se sepa cómo resolver, se dirimirá acorde con los principios generales en la que se basa la presente Ley.

El ámbito de aplicación de la Ley Modelo se limita al arbitraje comercial internacional, diferente al arbitraje en general; dado que involucra relaciones contractuales y no contractuales, proporciona una lista no exhaustiva de transacciones comerciales, para mayor facilidad acerca de qué se entiende por arbitraje comercial internacional, el Grupo de Trabajo señaló una lista ilustrativa de transacciones comerciales con la inclusión de una lista de ejemplos para que los tribunales pudieran interpretarla, sin embargo, no es taxativa dado que faltaban transacciones importantes.²¹

Continuando con lo anterior, en el año 2006 por medio de la Sesión 39 del Grupo de Trabajo II de la Ley Modelo, estipuló que las autoridades judiciales y los árbitros debían interpretar la ley

²⁰ Hector Camilo Sabogal Campoverde, “El Arbitraje Internacional En Colombia: Ventajas y Desventajas Con La Vigencia de La Ley 1563 de 2012,” *Universidad Libre de Colombia*, 2017, 1–19.

²¹ Peter Binder, “Article 1: Scope of Application of Application,” in *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, ed. Peter Binder (Kluwer Law International, 2019), 30–48, <https://doi.org/10.5771/9783845276564-1184>.

más allá de las jurisdicción local y aplicar la ley a través del mundo.²² Es decir que la interpretación deberá ser uniforme con los países que también han adoptado la Ley Modelo.

A partir de las enmiendas adoptadas a la Ley Modelo en el año 2006, se estipuló que la interpretación se haría con base en el origen internacional, bajo la necesidad de promover la uniformidad en la aplicación de la Ley y la buena fe. Así mismo, las cuestiones que no estén resueltas expresamente en la ley, se dirimirán de conformidad con los principios generales de la presente ley. De igual forma, las autoridades judiciales y los árbitros al ceñirse por lo contenido en la Ley Modelo, se guiarán por los principios de la internacionalidad y la uniformidad. No obstante, en caso de ausencia de principios generales que den solución a posibles controversias de la interpretación, se aplicarán los principios internacionales del comercio internacional en materia de arbitraje.²³

En conclusión, la Ley Modelo prevé como principio más importante el de la autonomía, en el entendido que las partes pueden decidir el procedimiento y la ley sustancial del arbitraje. Plantea que su interpretación sea uniforme en el sentido que llama la atención de los tribunales arbitrales y de las autoridades judiciales a aplicar las disposiciones de la ley internacional para garantizar que se interprete conforme con los principios internacionales de los distintos países.²⁴ Por último, se busca que la interpretación sea autosuficiente, es decir que esté desligada de los conceptos para que se disminuya el riesgo, frustraciones o dificultades respecto al arbitraje y sus acuerdos, ya que actúa por sí mismo sin necesidad de acudir a los procedimientos de las autoridades judiciales.²⁵

²² Howard M. Holtzmann et al., *A Guide To The 2006 Amendments To The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Kluwer Law International, 2015).

²³ Perales Viscasillas, “Novedades Legislativas En El Arbitraje Comercial Internacional : Ley Modelo de La Uncitral y Convenio de Nueva York.”

²⁴ Peter Binder, “Article 2 : Interpretation,” *Kluwer Law International*, no. 4 (2018): 569–72.

²⁵ Eric. van Ginkel, “The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation,” *Journal of International Arbitration* 21, no. 1 (2004): 1–65.

3. MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 1563 DE 2012

3.1 DEFINICIÓN Y OBJETIVO DE LA MEDIDA CAUTELAR

En el capítulo anterior se explicó la definición de la medida cautelar en el ámbito internacional, la Ley 1563 de 2012 como Estatuto Arbitral en Colombia en su artículo 80 trae una definición similar a la expuesta en el artículo 17 de la Ley Modelo, este artículo nos define la medida cautelar como *“toda medida temporal, decretada 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...”*.

La noción de la medida cautelar en el arbitraje internacional se entiende como órdenes que se solicitan ante un tribunal arbitral o autoridad judicial cuyo propósito es proteger a la parte para que las pruebas no se pierdan en el procedimiento arbitral y se pueda ejecutar el laudo futuro, además de preservar una situación legal y salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita al tribunal arbitral en cuanto al fondo de la controversia.²⁶

En la Gaceta No. 270 de 2012 del Congreso de la República en la cual se buscaba aprobar la Ley 1563 de 2012, los congresistas establecieron que era necesario incluir las medidas cautelares en la nueva normatividad, para que de esta manera los arbitrajes *“no se queden como saludos a la bandera, simplemente como un mecanismo eunuco, un mecanismo inecaz (SIC) y hemos adoptado la estructura de medidas cautelares a tomarse muy modernas, muy proactivas, que permitan garantizar que el Laudo finalmente va a tener eficacia y se va a cumplir”*.

Seguido de esto, el Estatuto Arbitral nos indica que el objetivo de la medida cautelar por parte del tribunal arbitral es mantener o restablecer el *statu quo* de la controversia; impedir un daño presente o inminente, o el entorpecimiento del arbitraje; salvaguardar bienes cuya conservación se permita ejecutar por laudo; o preservar elementos de prueba para resolver la controversia.

²⁶ Gary B. Born, “Chapter 11: Provisional Measures in International Arbitration,” in *International Arbitration: Law and Practice*, Second Ed (Kluwer Law International, 2015), 209–26.

En la práctica del arbitraje internacional estas medidas cautelares están dirigidas a mantener el *statu quo*; tomar acción para evitar un daño; preservar los bienes; preservar la evidencia o la propiedad; prevenir que la disputa se agrave; cumplir con las obligaciones contractuales; y proporcionar seguridad en las reclamaciones.²⁷ Sin embargo, estas medidas cautelares se han otorgado sólo en algunas circunstancias y dependiendo de la disputa, en la cual puede ver que puede ser difícil de conceder, imposible de reparar, pueden ser consideradas por la contraparte como una forma ofensiva para que se dé el cumplimiento del procedimiento arbitral tras la presión de la parte.

3.1.1 MANTENER O RESTABLECER EL *STATU QUO* DE LA CONTROVERSIA:

Al señalar que el objetivo de la medida cautelar es mantener o restablecer el *statu quo* significa que se busca preservar la disputa fáctica o legal, con el fin de restaurar el estado de las cosas al estado anterior o tomar nuevas medidas. Entre muchos ejemplos, un tribunal puede ordenarle a una de las partes que no tome medidas que alteren el *statu quo* contractual, rescindir un acuerdo, revelar secretos comerciales, solicitar una carta de crédito, entre otros, a la espera de una decisión sobre el fondo.²⁸

Preservar el *statu quo* es un elemento crítico para que el procedimiento arbitral sea efectivo, los casos más frecuentes según Fouchard, Gaillard y Goldman²⁹ son los escenarios en donde se exige a un fabricante que continúe con los suministros de una distribución o también se puede ver ante la negativa de un subcontratista a continuar trabajando en un proyecto de construcción. Estos ejemplos muestran que mantener el *statu quo* pueden ser discutibles, ya que solicitar la medida cautelar impone mantener obligaciones positivas a una parte, al igual que continuar con la relación comercial, contractual o jurídica hasta que se dé un resultado.³⁰

²⁷ Born.

²⁸ Gary B. Born. 2014. "Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration." In *International Commercial Arbitration*, Second Edi, 2424–2563. Kluwer Law International.

²⁹ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, and Berthold Goldman, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, ed. Emmanuel Gaillard and John Savage (THE HAGUE / BOSTON / LONDON: Kluwer Law International, 1999).

³⁰ En el caso '*Industria y Distribuidora Industrial S.A. v. SAP Andina y del Caribe C.A. Colombia. Tribunal Superior de Bogotá, 21 de mayo 2011.*', el Tribunal Superior de Bogotá, el 21 de mayo de 2011 estableció que el fin de la medida cautelar es preservar el *statu quo* y prevenir daños eminentes en la controversia, razón por la cual la autoridad

Es importante analizar tres casos que se llevaron ante autoridades judiciales con el fin de mantener el *statu quo* de la controversia. En el primero de ellos, *Cape Lambert Resources Ltd & Mt Anketell Pty Ltd. v. MCC Australia Sanjin Mining Pty Ltd, MCC Mining (Western Australia) Pty Ltd & Metallurgical Corporation of China Ltd*³¹ la Corte Suprema del Oeste de Australia analizó si procedía la medida cautelar que solicitó el demandante para que el demandado *MCC Mining* pague el monto en disputa y se consigne en una cuenta corriente, toda vez que la controversia fue provocada por no haberse pagado la garantía en el tiempo razonable. La ley de arbitraje de Hong Kong, como ley de la sede, establece que se pueden emitir medidas cautelares que se consideren apropiadas en relación con cualquier propiedad cuyo propósito sea preservar los derechos de las partes. El juez indicó que sólo decretaría una medida cautelar con el fin de preservar los derechos de las partes, lo cual supone prevalecer el *statu quo* durante la resolución de la controversia.

El segundo caso referente a preservar el *statu quo* fue *Company A and Others v. Company B and Others*³², el Juez Chan J decretó una medida cautelar haciendo alusión al Reglamento de arbitraje en Hong Kong, e indicó que quien otorgue una medida cautelar, sin importar si es la autoridad judicial o el tribunal arbitral, lo hará en relación con el procedimiento arbitral con el fin de mantener o restablecer el *statu quo* de la disputa y tomar medidas que busquen impedir o se abstenga de tomar medidas que le causen un daño inminente o perjudicial en el proceso arbitral.

El tercer caso relevante es *Pearl Petroleum Company Limited, Dana Gas PJSC and Crescent Petroleum Company International Limited v. The Kurdistan Regional Government of Iraq*³³ en donde los demandantes solicitaron una medida cautelar al tribunal arbitral basada en el Reglamento del London Court of International Arbitration –de ahora en adelante, LCIA– para que se decretara

judicial puede intervenir para adoptar medidas cautelares hasta que se conforme y se nombre al tribunal arbitral. El Tribunal Superior determinó que se podía decretar medidas cautelares para el pago referente al contrato principal. Este caso se resolvía conforme a la sede Bogotá, Colombia, de conformidad a las reglas de arbitraje de la AAA, las partes eran quienes nombraban a los árbitros conforme a la ley aplicable.

³¹ *Cape Lambert Resources Ltd & Mt Anketell Pty Ltd. v. MCC Australia Sanjin Mining Pty Ltd, MCC Mining (Western Australia) Pty Ltd & Metallurgical Corporation of China Ltd.*, CACV 98 (2012). Supreme Court of Western Australia (Court of Appeal).

³² *Company A and Others v. Company B and Others*, 3575 HKCU (2018).

³³ *Pearl Petroleum Company Limited, Dana Gas PJSC and Crescent Petroleum Company International Limited v. The Kurdistan Regional Government of Iraq*. LCIA Case No. 132527 (2015).

el pago de dinero o la disposición de bienes entre las partes, esto con el fin de que el demandado reanudara los pagos por el producto retirado, la justificación de la solicitud de esta medida era mantener el *statu quo* de la disputa y el daño financiero grave a los demandantes. El tribunal arbitral estableció que la medida cautelar buscaba restablecer el *statu quo* y evitar una mayor escala en la disputa en el arbitraje, por ende, KRG estaba obligado por el contrato y a mantener el *statu quo*, lo cual implica realizar pagos que estaban condensados desde julio 2013.

3.1.2 IMPEDIR UN DAÑO PRESENTE O INMINENTE, O EL ENTORPECIMIENTO DEL ARBITRAJE:

El segundo objetivo de la medida cautelar hace alusión a impedir un daño presente o inminente o el entorpecimiento del arbitraje, el cual se puede asegurar y lograr otorgando una medida cautelar que salvaguarde la disputa, protegiendo daños irreparables o graves. En la mayoría de los casos, los tribunales arbitrales exigen que se demuestre que hay un riesgo de un daño grave o irreparable para el demandante, una urgencia y que la presente medida no prejuzgue la decisión de la medida cautelar. Como ejemplos a estos daños que son irreparables podemos evidenciar: la pérdida de una obra de arte invaluable o única; un negocio que se vuelve insolvente, la pérdida de una prueba esencial; la pérdida de una oportunidad comercial, como la celebración de un contrato; y el daño causado a la reputación de una empresa como resultado de una infracción de una marca registrada. Este daño irreparable debe ser entendido como el daño potencial que se da y que no puede ser reparado por medio de una compensación monetaria.³⁴

En el caso *SVM Holding, S.A. v. NEXUS Maritime Service GMBH*³⁵ se estipuló que el tribunal arbitral, la autoridad judicial e incluso los árbitros de emergencia tienen una amplia facultad y discrecionalidad para analizar los méritos de la medida cautelar, las cuales tendrán éxito si la solicitud tiene una apariencia de buen derecho e igualmente hay una urgencia. No obstante, si la

³⁴ Clyde Croft, Christopher Kee, and Jeff Waincymer, *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules, A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), <https://doi.org/10.1017/cbo9781139018135>.

³⁵ *SVM Holding, S.A. v. NEXUS Maritime Service GMBH*, 4:15-cv-02581 US District Court for the Southern District of Texas (2015).

medida cautelar no se otorga de inmediato, se podría generar un daño irreparable o un daño que no pueda resarcirse por medio de indemnización.

3.1.3 SALVAGUARDAR BIENES CUYA CONSERVACIÓN SE PERMITA EJECUTAR POR LAUDO

El tercer objetivo de la medida cautelar es salvaguardar los bienes cuya conservación se permita ejecutar por laudo, lo cual quiere decir que se proporcione la medida cautelar como medio para preservar los bienes de los cuales no se puede satisfacer por una adjudicación posterior. En este caso, el Grupo de Trabajo en la redacción de este fragmento se refirió a bienes pero no se limita sólo a ello porque se pueden entender activos, garantías, entre otros. El Grupo de Trabajo hizo énfasis en que la ejecución de la medida cautelar podía ser tan importante en la práctica como el laudo final.

Para este objetivo, el caso *SVM Holding, S.A. v. NEXUS Maritime Service GMBH*³⁶ previamente nombrado, evidencia los árbitros al ordenar la medida cautelar buscan que se preserven los bienes de los cuales se va a satisfacer el laudo posterior. En esta ocasión, el tribunal arbitral con sede en Suiza tenía el poder de otorgar medidas cautelares con el fin de salvaguardar los bienes para que puedan ser usados en una posterior ejecución del laudo.

3.1.4 PRESERVAR ELEMENTOS DE PRUEBA PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA:

El cuarto y último objetivo que trae la Ley 1563 de 2012 sobre la medida cautelar es decretar y ejecutar una medida cautelar para preservar evidencia relevante, para que con ello se preserve la prueba, cualquiera que sea y sin estar atada a algún medio de prueba en específico para que con ello se logre resolver la controversia. La ley otorga a los tribunales arbitrales la discreción de exigir un análisis sobre los méritos según sea apropiado en relación con la medida cautelar para preservar la evidencia. La proposición general es que las medidas que se buscan preservar en el

³⁶ SVM Holding, S.A. v. NEXUS Maritime Service GMBH, 4:15-cv-02581 US District Court for the Southern District of Texas (2015).

procedimiento, como la protección de un testigo o evitar la destrucción de documentos. Las pruebas son un elemento fundamental en la mayoría de los procedimientos arbitrales, por esta razón es que el tribunal arbitral está facultado para emitir órdenes y medidas cautelares que preserven la evidencia de la controversia y salvaguarde este ingrediente primordial.³⁷

En el caso *Cetelem S.A. v. Roust Holdings Limited*³⁸ las partes en la disputa deseaban proteger sus derechos y su propiedad por medio de la aplicación de medidas cautelares, para evitar que en la presente existiera un riesgo en la desaparición de pruebas importantes entre el inicio del procedimiento y la audiencia. Por esta razón es que se le solicitaba al tribunal arbitral estas medidas cautelares como un método útil e importante para preservar la situación fáctica o legal, con el objetivo de salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita respecto al procedimiento arbitral. En conclusión, en este asunto en cuestión fue importante solicitar de manera urgente la medida cautelar para salvaguardar la prueba, incluso recurriendo a la autoridad judicial cuando el tribunal arbitral no se ha constituido.

3.2 CONDICIONES PARA EL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES

Para comenzar, el artículo 81 de la Ley 1563 de 2012 establece que sobre las condiciones para el decreto de las medidas cautelares, el solicitante deberá demostrar al tribunal arbitral la conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad de la medida cautelar. Adicionalmente, decretar una medida cautelar no implica prejuzgamiento³⁹ en la determinación posterior de lo que se pueda adoptar, es decir que la decisión que toma el tribunal arbitral sobre la medida cautelar no afectará la discreción al tomar cualquier determinación posterior.⁴⁰

³⁷ Croft, Kee, and Waincymer, *A Guid. to UNCITRAL Arbitr. Rules*.

³⁸ *Cetelem S.A. v. Roust Holdings Limited*, Civ 618 EWCA (2005).

³⁹ En el caso *Licensor (Luxembourg) v. Licensee (UAE)*, *Interim Award. ICC Case No. 1719 (2012)*, el tribunal arbitral decidió denegar la solicitud del demandante de emitir una medida cautelar, teniendo en cuenta que la medida cautelar se refería a los pagos de un acuerdo de licencias marcarias entre las partes. La medida cautelar era admisible bajo la ley procesal de Luxemburgo, sin embargo, en ocasión de otorgarse la medida cautelar prejuzgaría los méritos del caso, ya que presupondría una conclusión de que el acuerdo de licencia había sido rescindido. Adicionalmente, otorgar la medida cautelar ocasionaría un daño que no pudiese repararse adecuadamente mediante una indemnización por daños y perjuicios.

⁴⁰ Jose F Sanchez, “Applying the Model Law’s Standard for Interim Measures in International Arbitration,” *Journal of International Arbitration* 37, no. 1 (2020): 49–86.

Seguido a lo explicado previamente, las causales para el decreto de las medidas cautelares en la Ley 1563 de 2012 y la Ley Modelo son diferentes. La Ley 1563 de 2012 en este artículo no siguió lo establecido en la Ley Modelo. La Ley Modelo en el artículo 17A establece que en la primera causal, el solicitante de una medida cautelar deberá señalar que de no otorgarse la medida cautelar se produciría un daño, no resarcible mediante indemnización, cuyo daño será más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida; y la segunda causal es que exista una posibilidad razonable de que la demanda sobre el fondo prospere, sin que esto genere un prejuzgamiento.

Conforme a lo anterior, la Ley 1563 de 2012 indica cuatro condiciones para el decreto de la medida cautelar, teniendo en cuenta que esta debe ser: conducente, pertinente, razonable y oportuna. En los debates en la Cámara de Representantes y en el Senado en el Congreso de la República para la aprobación de la Ley 1563 de 2012, según las Gacetas, el artículo referente a las condiciones para no sufrió cambios en ningún momento y fueron implementadas estas cuatro condiciones desde el comienzo.

3.2.1 CONDUCCENCIA

Como primer requisito para el decreto de la medida cautelar, la conducencia hace alusión a que la solicitud de la misma debe ceñirse al asunto del proceso, so pena de que el árbitro, tribunal arbitral o autoridad judicial las rechace por considerar que son ineficaces. Por esta razón es que la medida cautelar solicitada debe estar relacionada con los hechos. Los árbitros tienen una discreción para que analicen si la medida cautelar es apropiada, necesaria y conducente con el proceso arbitral.⁴¹

3.2.2 PERTINENCIA

El segundo requisito del decreto de la medida cautelar es la pertinencia, el cual hace referencia a que la medida cautelar solicitada debe ser la adecuada y estar directa o indirectamente

⁴¹ Kaj Hober, "Interim Measures by Arbitrators," in *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, 2007, 721–50.

relacionada a los hechos o circunstancias de la controversia. La ausencia de disposición legal expresa que le indique al árbitro la forma en que debe actuar, implica que en la práctica cada tribunal arbitral realice lo que considere más pertinente.⁴²

3.2.3 RAZONABILIDAD

El tercer requisito del decreto de la medida cautelar es que sea razonable, es decir que quien la solicita debe tener una posibilidad razonable de que tenga éxito sobre el fondo del reclamo. Según Scherer, Richman y Gerbay,⁴³ la justificación de la razonabilidad es que si el solicitante puede perder el arbitraje, no es razonable que se le otorgue ninguna medida cautelar en espera del laudo final. No obstante, en la práctica los tribunales arbitrales han variado su aplicación respecto a la razonabilidad puesto que esto puede llevar a prejuzgar sobre el fondo de la controversia.

Adicionalmente, las medidas cautelares se decretarán en relación al tema de la disputa, sin que ello implique una restricción al tribunal arbitral, toda vez que puede adoptar medidas que considere necesarias que tenga una relación con el tema de la disputa. Para que el tribunal arbitral decrete medidas cautelares se deberá presentar dentro de un tiempo razonable, ya sea en la sede del arbitraje o en el extranjero para su reconocimiento.⁴⁴

Según Ramos Romeu, al decir que las medidas cautelares deben ser proporcionales o razonable quiere decir que deben ser idóneas para proteger el derecho del demandante, al igual que necesarias, puesto que no existe ninguna otra medida para proteger el derecho del demandante o que sea menos onerosa para el demandado. Por último, debe ser proporcional en el sentido que debe ponderar los daños que va a evitar demandado y los que se causará al demandado.⁴⁵

3.2.4 OPORTUNIDAD

⁴² Maxi Scherer, Lisa Richman, and et al, “Chapter 17 Interim and Conservatory Measures,” in *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User’s Guide* (Kluwer Law International, 2015), 257–82.

⁴³ Scherer, Richman, and et al.

⁴⁴ Scherer, Richman, and et al.

⁴⁵ Rodríguez Mejía, Marcela. 2012. “Una Aproximación Al Régimen Del Arbitraje Nacional Del Nuevo Estatuto Del Arbitraje En Colombia, Ley 1563 de 2012.” *Revista de Derecho Privado*, 2012.

El cuarto y último requisito para el decreto de la medida cautelar es la oportunidad, esto quiere decir que la medida cautelar no puede esperar hasta la resolución final de la disputa, puesto que si el solicitante se espera a la resolución de la controversia sin que se otorgue la medida solicitada sufrirá un daño grave o irreparable. En esta ocasión lo importante será la posibilidad del riesgo del daño, razón por la cual la medida se hace necesaria y no se podrá esperar a la resolución de la disputa. Un ejemplo de esta necesidad será decretar la medida cautelar para conservar una prueba ante la posibilidad de su destrucción.⁴⁶

Hay una oportunidad para el decreto de la medida cautelar en el arbitraje, en cada caso el tribunal arbitral tratará a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas la oportunidad de hacer valer sus derechos. Como se ha venido explicado, existen momentos oportunos para el decreto de la medida cautelar: antes de la constitución del tribunal arbitral y una vez constituido el tribunal arbitral.⁴⁷

3.3 DIFERENCIA ENTRE LA DEFINICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR INTERNACIONAL Y LA LEY COLOMBIANA

En lo referente a la medida cautelar, la Ley colombiana implementó aspectos idénticos a lo establecido en la Ley de UNCITRAL en lo relacionado con la definición de medida cautelar.

Para comenzar, el artículo 80 de la Ley 1563 de 2012, en relación con el artículo 17 de la Ley Modelo, respecto a la facultad que tiene el tribunal arbitral para decretar medidas cautelares, el criterio entre la Ley colombiana y la Ley Modelo es la misma. En ella se estipula que el tribunal arbitral podrá otorgar medidas cautelares salvo acuerdo en contrario; adicionalmente, la medida puede ser entendida como temporal, en cualquier momento previo a la emisión del laudo en el que se dirima la controversia; así mismo, el decreto de la medida cautelar busca que el tribunal arbitral le ordene a una de las partes mantener o restablecer el *statu quo* de lo que se espera dirimir, adoptar medidas que impidan algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral,

⁴⁶ Scherer, Richman, and et al, “Chapter 17 Interim and Conservatory Measures.”

⁴⁷ Rodríguez Mejía, “Una Aproximación Al Régimen Del Arbitraje Nacional Del Nuevo Estatuto Del Arbitraje En Colombia, Ley 1563 de 2012.”

proporcionar algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo y preserve elementos de prueba que puedan ser relevantes y pertinentes en la controversia.

En relación con lo anteriormente mencionado, la definición y el objetivo de la medida cautelar tanto en la Ley Modelo como en la Ley 1563 de 2012 es exactamente igual. No obstante, ninguna de las dos leyes señala qué se debe hacer con el otorgamiento de la medida en caso de la existencia de un árbitro de emergencia y su relación con el laudo final, aspecto respecto del cuál será tratado en capítulos posteriores.

Ahora bien, en relación con las condiciones para el otorgamiento de las medidas cautelares, la Ley Modelo y la Ley 1563 de 2012 no establecen las mismas condiciones. Por un lado, el artículo 17 A de la Ley Modelo nos indica que el solicitante de una medida cautelar deberá convencer al tribunal arbitral que: de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca un daño, no resarcible mediante indemnización, dicho daño deberá ser notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida; y finalmente, la determinación del tribunal sobre la medida cautelar no prejuzgará la determinación sobre el fondo del litigio al que pueda llegar dicho tribunal. Por otro lado, la disposición del artículo 81 de la Ley 1563 de 2012 nos establece que el solicitante de una medida debe demostrar la conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad de la medida cautelar; adicionalmente, estipula que el tribunal al decidir sobre la medida cautelar no implicará prejuzgamiento para una decisión posterior.

En este sentido, las condiciones para el otorgamiento de la medida cautelar en la Ley Modelo, precepto establecido en el artículo 17A de la Ley Modelo, no fueron replicadas ni adoptadas en su literalidad por Colombia, ya que el artículo 81 de la Ley 1563 de 2012 nos dice que las condiciones para el decreto serán la conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad, los cuales fueron explicados anteriormente.

En este orden de ideas, la Ley colombiana en lo que correspondiente a las medidas cautelares no exige una demostración de la apariencia de buen derecho ni tampoco solicita que se exprese una probabilidad de ocurrencia del daño en caso de no concederse, que no pueda ser resarcible adecuadamente por medio de una indemnización económica; contrario a esto, la Ley Modelo sí

solicita acreditar que se va a generar un daño en caso de no generarse la medida cautelar y señalar que dicho daño que se generaría al no otorgarla podrá ser más grave que la medida previamente emitida, la cuál no podrá ser resarcible por medio de indemnización.

4. ANÁLISIS EN COLOMBIA

4.1 INTERPRETACIÓN DE LA LEY COLOMBIANA

La Ley Modelo y la Ley 1563 de 2012 establecen reglas similares acerca de la interpretación, el artículo 64 de la Ley colombiana, al igual que el artículo 2 A de la Ley Modelo, estipulan que la interpretación del arbitraje internacional deberá realizarse teniendo en cuenta el carácter internacional, la necesidad de promover la uniformidad en la aplicación y la observancia de la buena fe; concluye señalando que se acudirá a los principios generales que inspiran dichas leyes cuando las cuestiones del arbitraje internacional no estén expresamente resueltas en la ley.

4.1.1 CARÁCTER INTERNACIONAL

Para comenzar, se espera que la ley de arbitraje comercial internacional se interprete conforme a reglas similares en los temas concernientes con la resolución de conflictos en todo el mundo y como se ha interpretado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de forma que se realice de manera autónoma se analice conforme a los principios internacionales, sin la necesidad de acudir al ordenamiento jurídico interno de cada país, no acorde al significado y a los términos que puedan tener los sistemas jurídicos nacionales.⁴⁸

Al señalar que la interpretación deberá realizarse de acuerdo al carácter internacional, quiere decir que en este tipo de controversia debe mirarse en relación con las circunstancias que hace que nazca la disputa, al igual que el origen internacional de la controversia para la interpretación en la sede del arbitraje. Ahora bien, en la sede del arbitraje, los árbitros deberán interpretar y aplicar dicha ley acorde al campo comercial internacional y no a los criterios locales. El legislador colombiano quiso que la interpretación y aplicación del arbitraje comercial internacional se hiciera de manera uniforme a las reglas de las relaciones internacionales.⁴⁹

⁴⁸ Jorge Oviedo Albán, “El Carácter Internacional y La Interpretación Uniforme de La Convención de Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercadería,” *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 133 (2012): 253–82.

⁴⁹ Juan C. Pulido Riveros, “Secuelas de La Armonización En El Derecho Privado,” *Nueva Época*, no. 49 (2018): 37–82, https://doi.org/10.18041/0124-0013/nueva_epoca.49.2017.3632.

El carácter internacional se refiere al procedimiento, las reglas y el sometimiento de las partes a un sistema internacional y la voluntad de no regirse a los trámites nacionales, en este sentido no debería aplicarse el procedimiento nacional como en temas relacionados en las medidas cautelares.

Al hablar de los principios generales del Derecho que son aplicables al arbitraje hacemos referencia en el sentido amplio y de carácter ético y jurídico, cuando proporcionan elementos para mejorar la regulación. Dentro de estos principios encontramos el de la equivalencia jurisdiccional que goza el proceso arbitral, es decir que goza de una tutela judicial efectiva, por ende, hay un acceso al arbitraje, a la resolución sobre el fondo de la controversia, obtener la ejecución de un laudo; adicionalmente, la autonomía de la voluntad como principio más importante, en donde las partes pueden escoger el procedimiento al cual los árbitros han de ajustar las actuaciones y la elección del derecho aplicable al fondo de la controversia; de igual forma, la intervención mínima de los aparatos judiciales respecto del arbitraje.⁵⁰

4.1.2 ARMONIZAR Y UNIFICAR

Adicionalmente, la interpretación deberá estar basado en reglas que trasciendan fronteras cuyo fin sea armonizar y unificar determinada área en el derecho, por esta razón es que la aplicación de la Ley deberá estar regida por el arbitraje comercial e internacional, teniendo en cuenta que el objetivo principal del arbitraje es lograr la mayor uniformidad posible en este tipo de arbitraje, es decir que busquen promover el respeto al origen internacional de la Ley y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. En este sentido, los profesionales deben considerar que sus decisiones, bien sea de un tribunal arbitral o una autoridad judicial, se apliquen de una misma manera, para que las decisiones se vuelvan más reiteradas y consistentes posibles.⁵¹

Como se dijo anteriormente, el arbitraje internacional se fundamenta en la autonomía de la voluntad en donde las partes tienen la posibilidad de someter la controversia a arbitraje y

⁵⁰ Sixto Sánchez Lorenzo, “El Principio de Mínima Intervención Judicial En El Arbitraje Comercial Internacional,” *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* IX, no. 1 (2016): 13–44.

⁵¹ Sanchez, “Applying the Model Law’s Standard for Interim Measures in International Arbitration.”

determinen la forma de seleccionar los árbitros, los requisitos, al igual que el procedimiento a seguir y la norma sustancial aplicable; de igual manera se tiene en cuenta el criterio internacional. Por esta razón es que no es pertinente utilizar las reglas del Código General del Proceso ni tampoco las del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que el tribunal arbitral podrá dirigir el procedimiento que considere apropiado sin acudir a normas procesales de la sede del arbitraje, así como lo establece el artículo 92 de la Ley 1563 de 2012.

En síntesis, el Estatuto Arbitral colombiano no quiso que el carácter internacional se interpretara conforme a las normas y leyes nacionales sino que ante un vacío se interpretara acorde con los principios que la han inspirado. Sin embargo, el artículo 68 de la Ley 1563 de 2012 establece que la autoridad judicial es competente bajo unas causales para denegar el decreto de una medida cautelar, dicha función es exclusiva del Juez Civil del Circuito, o Administrativo en caso ser una entidad estatal; de igual manera, el artículo 90 establece que el juez es competente para decretar una medida cautelar dado que su propia ley procesal se lo permite, sin embargo, deberá tener en cuenta los elementos del arbitraje comercial internacional.⁵²

4.1.3 BUENA FE

La Ley 1563 de 2012 en lo referente a las medidas cautelares y órdenes preliminares siguen lo establecido en la Ley Modelo, en este orden de ideas, el artículo 81 impone condiciones para que el tribunal arbitral pueda otorgar medidas cautelares. En primer lugar, la Ley colombiana impone una obligación a las partes para que demuestren la buena fe al solicitar una medida cautelar u orden preliminar, siempre que señalen que ésta es conducente, pertinente, razonable y oportuna. En este sentido, bajo la buena fe, las partes brinden información relativa con la medida que ha sido otorgada o para que la orden preliminar sea revelada.

⁵² Juan Pablo Cárdenas Mejía, “Módulo Arbitraje Nacional e Internacional” (Bogotá: Confederación de Cámaras de Comercio, 2019).

Para concluir, cuando se habla de la buena fe se espera que se tenga un respeto por su observancia, en donde se deben tener en cuenta consideraciones equitativas y tratar de evitar decisiones que sean inequitativas.⁵³

⁵³ Sanchez, Jose F. 2020. “Applying the Model Law’s Standard for Interim Measures in International Arbitration.” *Journal of International Arbitration* 37 (1): 49–86.

5. ANÁLISIS CON LA ORDEN PRELIMINAR

La noción de la orden preliminar es un concepto nuevo que no se tenía en la Ley Modelo de 1985, sin embargo, la UNCITRAL a través del Grupo de Trabajo por medio de las revisiones de la Ley Modelo en el año 2006, trajeron a colación una nueva forma de medidas cautelares. La orden preliminar es un mecanismo que hace que se tenga una mayor velocidad en el arbitraje, en donde una parte, sin darle aviso a la otra, podrá presentar una solicitud de la medida cautelar junto con una solicitud de orden preliminar para que no se frustre el propósito de la medida cautelar requerida.⁵⁴

Es menester señalar que las medidas cautelares son diferentes a las órdenes preliminares, teniendo en cuenta que las primeras buscan ser un medio para preservar el *statu quo* y garantizar la efectividad de la decisión hasta el momento en que el tribunal arbitral emita la decisión final; mientras que las órdenes preliminares también buscan asegurar el *statu quo* pero de la medida cautelar.⁵⁵ Es decir que, según el artículo 82 de la Ley 1563 de 2012, la orden preliminar va dirigida a prevenir que se produzca un riesgo que frustre la medida cautelar solicitada.

Las condiciones para conceder las órdenes preliminares corresponden a las mismas que se tienen para la concesión de las medidas cautelares, no obstante, se adiciona que es una solicitud en donde una de las partes justifica su necesidad ante el tribunal arbitral basada en que de no otorgarse se corre el riesgo de frustrar la medida cautelar. El Grupo de Trabajo a través del artículo 17 E consideró apropiado que el tribunal arbitral pueda exigir al solicitante de la orden preliminar que preste una garantía o caución.⁵⁶

⁵⁴ Klaus Peter Berger, “Part III, 21st Scenario: Interim Measures of Protection,” in *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3rd editio (Kluwer Law International, 2015), 439–58.

⁵⁵ En el caso *CBF Indústria de Gusa S/A et al. v. AMCI Holdings, Inc. et al.*, 13 CV 2581 US SDNY (2017)., el Tribunal del Distrito de Brasil en un primer lugar otorgó la orden preliminar, argumentando que: “Aplazar la adopción de las medidas puede causarles de manera realista un daño grave, irreparable o difícilmente reparable, también teniendo en cuenta la incertidumbre con respecto a la situación económica actual”.

⁵⁶ Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, “UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A (Articles 17 – 17J) – as Amended. Interim Measures and Preliminary Orders,” in *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Kluwer Law International, 2015), 159–586.

Por otro lado, el artículo 17 C de la Ley Modelo al igual que el artículo 82 de la Ley 1563 de 2012, nos indica que el tribunal arbitral notificará a las partes de las comunicaciones que se tengan acerca de la solicitud presentada de la medida cautelar, al igual que la petición de la orden preliminar en caso de haberse otorgado.

El tribunal arbitral hace énfasis en el derecho de contradicción en donde se le da la posibilidad de defenderse en la mayor brevedad posible a la parte contra la cual va dirigida la orden preliminar, para que posteriormente el tribunal arbitral tenga la oportunidad de pronunciarse sobre las objeciones que se tengan. El término de ejercicio de la orden preliminar es un término corto: la Ley Modelo le da un término de 20 días a partir de la fecha en que el tribunal la haya emitido; no obstante, el término de ejercicio de la Ley 1563 de 2012, varía al de la Ley Modelo toda vez que la Ley colombiana establece que la orden preliminar caducará a los 30 días contados desde la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido; a pesar de lo anterior, el tribunal podrá decretar posteriormente una medida cautelar en la que se ratifique o modifique la orden preliminar, una vez haya habido la correspondiente notificación y oportunidad de hacer valer sus derechos.

La Ley Modelo y la Ley 1563 de 2012 suponen un sistema dual esto quiere decir que la parte debe presentar una doble petición ante el árbitro: por un lado una solicitud de la orden preliminar y por otro lado una solicitud de la medida cautelar. En esta ocasión, quien se vea afectado de la orden preliminar tendrá derecho a defenderse en relación con la petición solicitada. El tribunal arbitral tomará una decisión, ya sea terminando la orden preliminar, confirmando o modificando sus términos e incorporando esto en la medida cautelar.⁵⁷

Por ende, la gran distinción entre una orden preliminar y una medida cautelar es que ésta última puede ser ejecutable de manera judicial⁵⁸; mientras que la orden preliminar no puede llevarse ante

⁵⁷ Luis Enrique Graham, “Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View from the UNCITRAL Arbitration Regime),” *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference (Van Den Berg (Ed.); Jan 2009)*, no. 14 (2009): 539–69.

⁵⁸ En el caso *Party Y v. Party X*, ante el Segundo Tribunal Colegiado sobre Asuntos Civiles del Tercer Circuito de México, la Parte X solicitó al tribunal una orden preliminar y medida cautelar que consistía en la confiscación de los derechos fiduciarios, ordenando a la Parte Y que se abstenga de transferir, gravar, vender o modificar por cualquier medio, el estado legal actual del objeto inmobiliario de un fideicomiso. Posteriormente, la Parte X solicitó la ejecución de la medida ante los tribunales estatales de Jalisco, México, notificó a la Parte Y lo siguiente: (i) la orden preliminar otorgada por el tribunal arbitral; (ii) la ejecución de la medida ordenada por el mismo Quinto Juzgado Mercantil de Jalisco; y (iii) la notificación de las anotaciones preventivas hechas en el Registro Público de la Propiedad Inmobiliaria

una autoridad judicial para su cumplimiento, a pesar de ello, es una orden vinculante para las partes. La medida cautelar se concibe como el medio para garantizar la efectividad del fondo de lo que se discute en el arbitraje; contrario a lo que busca la orden preliminar cuyo fin es hacer efectiva la medida cautelar. La orden preliminar no constituye laudo, lo cual significa que la decisión del tribunal arbitral no estará sujeta a la ejecución de la autoridad judicial mientras la parte afectada no haya tenido la oportunidad de presentar su caso ante el tribunal arbitral.⁵⁹

En el caso *SVM Holding, S.A. v. NEXUS Maritime Service GMBH*, el árbitro de emergencia de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas decidió sobre las medidas cautelares de urgencia, las cuales están precedidas por una orden preliminar que busca decidir si la orden preliminar se mantendrá, modificará o retirará en las circunstancias. Según el árbitro de emergencia, se “*permite que el tribunal arbitral decida sobre una solicitud de medidas cautelares mediante una orden preliminar antes de que se escuche a la otra parte*”.⁶⁰ Si el demandante busca una orden preliminar, aún cuando el tribunal no se ha constituido, el árbitro de emergencia debe hacer un examen sumario de que existe un acuerdo de arbitraje válido entre las partes y que la solicitud se refiere a la disputa sometida a arbitraje.

Adicionalmente, en el caso *CBF Indústria de Gusa S/A et al. v. AMCI Holdings, Inc. et al.*, en este caso decidido por el Segundo Circuito del Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos decidió citar al Tribunal del Distrito de Brasil quien otorgó la orden preliminar, argumentando que: “*aplazar la adopción de las medidas puede causarles de manera realista un daño grave, irreparable o difícilmente reparable, también teniendo en cuenta la incertidumbre con respecto a la situación económica actual*”.⁶¹

para asegurar el estado legal del estado real. El fallo fue confirmado por el Segundo Tribunal Colegiado en Asuntos Civiles del Tercer Circuito en donde estableció que las medidas y ordenes implican actos para asegurar activos o pruebas, para mantener un estado fáctico o legal, para satisfacer necesidades urgentes o para garantizar la efectividad de un laudo.

Rueda, Cecilia Flores. 2012. “Party Y v. Party X, Enforcement of Interim Measures Ordered by the Arbitral Tribunal Inaudita et Altera Pars, Second Collegiate Court on Civil Matters of the Third Circuit, 13 July 2012’.” A Contribution by the ITA Board of Reporters, no. 1618: 1–71.

⁵⁹ Peter Binder, “Article 17C (2006 Version): Specific Regime for Preliminary Orders,” in *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 4th editio (Kluwer Law International, 2019), 301–4.

⁶⁰ *SVM Holding, S.A. v. NEXUS Maritime Service GMBH*, 4:15-cv-02581 US District Court for the Southern District of Texas (2015).

⁶¹ *CBF Indústria de Gusa S/A et al. v. AMCI Holdings, Inc. et al.*, 13 CV 2581 US SDNY (2017).

5.1 TABLA DIFERENCIA ENTRE MEDIDA CAUTELAR Y ORDEN PRELIMINAR EN LA LEY 1563 DE 2012

	Medida Cautelar	Orden Preliminar
Definición o propósito	<p>Toda medida temporal, decretada en forma o no de laudo, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia.</p> <p>Art. 80, Ley 1563 de 2012.</p>	<p>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 entrañaría el riesgo de que se frustre la medida solicitada.</p> <p>Art. 82, Ley 1563 de 2012.</p>
Condiciones para el decreto	<p>El solicitante deberá mostrar al tribunal arbitral la conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad.</p> <p>Art. 81, Ley 1563 de 2012.</p>	<p>El solicitante deberá mostrar al tribunal arbitral la conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad.</p> <p>Art. 81, Ley 1563 de 2012.</p>
Finalidad	<p>Mantener o restablecer el statu quo; impedir algún daño presente o inminente en el procedimiento arbitral; preservar bienes; preservar elementos de prueba.</p> <p>Art. 80, Ley 1563 de 2012.</p>	<p>Busca que una parte no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.</p> <p>Art. 82, Ley 1563 de 2012.</p>
Caducidad	<p>No tiene caducidad en especial</p>	<p>Caducará a los 30 días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido.</p> <p>Art. 83, Ley 1563 de 2012</p>
Oportunidad	<p>Se puede decretar previo a la constitución del tribunal arbitral o una vez constituido.</p> <p>Art. 80, Ley 1563 de 2012.</p>	<p>Después de haberse pronunciado sobre la orden preliminar, el tribunal notificará la medida cautelar.</p> <p>Art. 83, Ley 1563 de 2012</p>

Defensa	Se puede solicitar que se modifique, suspenda o revoque la medida cautelar. Art. 84, Ley 1563 de 2012.	El tribunal arbitral dará la oportunidad de defenderse y hacer valer sus derechos en la mayor brevedad posible. Art. 83, Ley 1563 de 2012.
Caución	El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar que preste caución adecuada respecto de la medida. Art. 85, Ley 1563 de 2012	El tribunal arbitral exigirá al peticionario de una orden preliminar que preste caución respecto de la orden, salvo que lo considere inapropiado o innecesario. Art. 85, Ley 1563 de 2012
Ejecución	Admite el reconocimiento y ejecución de la medida cautelar, al igual que su denegación. Art. 80, 88 y 89, Ley 1563 de 2012.	No constituye laudo ni es ejecutable judicialmente. Art. 83, Ley 1563 de 2012
Modificación, suspensión y revocación	El tribunal podrá revocar, suspender o modificar una medida cautelar decretada, ya sea por solicitud de las partes o bajo circunstancias excepcionales, con notificación a las partes. Art. 84, Ley 1563 de 2012	El tribunal podrá revocar, suspender o modificar una orden preliminar decretada, ya sea por solicitud de las partes o bajo circunstancias excepcionales, con notificación a las partes. Art. 84, Ley 1563 de 2012

6. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES

Teniendo en cuenta que las medidas cautelares son una herramienta fundamental para garantizar y asegurar el cumplimiento eventual del laudo, la Ley 1563 de 2012 incluyó diferentes tipos de medidas cautelares, tanto nominadas como innominadas, al igual que las anticipadas. Se previó la facultad de que los árbitros y las autoridades judiciales pudieran decretar y practicar medidas anticipadas como mecanismo idóneo en el arbitraje incluso antes de la constitución del tribunal arbitral con el fin de evitar que se le cause a la parte demandante un perjuicio grave o difícil de reparar.

6.1. ANTICIPADAS

Para comenzar, las medidas cautelares anticipadas son aquellas que se realizan con antelación al arbitraje teniendo en cuenta que buscan evitar un peligro actual o eventual, prevenir un daño inminente o una pérdida irreparable, salvaguardar derechos de alguna de las partes del proceso aún cuando el tribunal no se ha conformado.

En muchos procedimientos arbitrales es necesario tomar medidas urgentes para mantener el *statu quo* o evitar daños irreparables, razón por la cual se deberán otorgar en caso de emergencia medidas cautelares incluso cuando aún el tribunal arbitral no se ha constituido. Según Fouchard, Gaillard y Goldman⁶² las autoridades judiciales son las únicas capaces de tomar medidas urgentes e inmediatamente ejecutables en aquellos casos en los que el tribunal arbitral no se ha constituido. En ningún caso se podrá determinar que solicitar medidas urgentes ante autoridades judiciales se considerará una infracción o renuncia del acuerdo de arbitraje ni tampoco afectará los poderes que se le han otorgado al tribunal arbitral. Decretar estas medidas cautelares de carácter urgente no priva al tribunal arbitral de hacer un análisis ni de pronunciarse sobre estas medidas cautelares, puesto que el tribunal arbitral no está obligado a seguir el resultado de una autoridad judicial.

⁶² Fouchard, Gaillard, and Goldman, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*.

Las medidas cautelares anticipadas o pre arbitrales se utilizan antes del inicio de la actuación arbitral para asegurar derechos que pueden ser incumplidos por la contraparte si no se emiten aquellas de manera rápida y eficaz. En este sentido, el arbitraje establece la posibilidad de solicitar medidas cautelares en unos momentos procesales antes de la constitución del tribunal.⁶³

La Cámara de Comercio Internacional –de ahora en adelante CCI– en 1990 elaboró unas Reglas denominadas ‘*Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*’ con el fin de obtener soluciones en lo referente a las medidas cautelares urgentes solicitadas por las partes cuando existan dificultades en las relaciones contractuales. Este mecanismo permite la adopción de medidas cautelares de manera rápida cuando el tribunal arbitral todavía no se ha constituido a través de un tercero imparcial llamado ‘*Referee*’, quien tiene la potestad de ordenar medidas urgentes debido al problema que se tiene en el arbitraje. Las medidas otorgadas por el ‘*Referee*’ serán vinculantes hasta que el tribunal arbitral o autoridad judicial, en su caso decidan lo contrario.⁶⁴

De manera similar, la Asociación Americana de Arbitraje –de ahora en adelante AAA– por medio del ‘*Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*’ ha hecho mención a la figura de la medida cautelar anticipada. La Regla número 38 del documento mencionado nos indica que cuando una parte necesite una medida cautelar de emergencia antes de la constitución del tribunal arbitral, podrá notificar por escrito a la AAA para explicar las causales de ayuda y motivos para la emisión de una medida de emergencia.⁶⁵

En Colombia existe un vacío normativo en lo referente a las medidas cautelares anticipadas, toda vez que en la Ley 1563 de 2012 sólo presenta el esquema para que se otorguen medidas cautelares una vez el tribunal arbitral ya se ha instalado, pero ¿qué sucede si no se ha instalado? En ese caso, como la Ley no indica nada acerca de las medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, se podría acudir a figuras internacionales como los previamente mencionados

⁶³ Cindy Charlotte Reyes-Sinisterra, “Las Medidas Cautelares Anticipatorias e Innominadas En El Proceso Arbitral En Colombia,” *Vniversitas*, no. 132 (2016): 390–421, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.mcai>.

⁶⁴ International Chamber of Commerce, “Pre-Arbitral Referee Rules,” 1990.

⁶⁵ American Arbitration Association, “Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures,” 2013, www.adr.org.

en relación con los árbitros de emergencia o de urgencia, o a la figura residual del juez de cada Estado.

Haciendo una relación con las figuras previamente nombradas acerca de los árbitros de emergencia o de urgencia, algunos de los reglamentos de los Centros de Arbitraje más importantes de Colombia –Bogotá, Medellín y Cali– no estipulan nada acerca de la figura del árbitro de emergencia. Dichos reglamentos no hacen alusión a quién podrá decretar medidas cautelares, sin embargo, señala que las partes podrán solicitar medidas cautelares ante una autoridad judicial competente en casos en que el tribunal arbitral no esté todavía integrado.

Recientemente las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Cali aprobaron reformas al Reglamento Interno del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, en la cual se introdujeron distintas disposiciones como el reglamento de arbitraje exprés siendo éste un mecanismo para someter las controversias a arbitraje ante un árbitro único con un procedimiento más expedito. Sin embargo, en estas modificaciones de los reglamentos no se introdujo ni se añadió nada en lo relativo al arbitraje de emergencia ni su posible decreto de manera anticipada por medio de esta figura.

Un caso importante para analizar referente a la medida cautelar anticipada es el caso ‘*Yahoo! v. Microsoft*’⁶⁶ en donde Microsoft, conforme al contrato que tenía con Yahoo solicitó una medida cautelar anticipada ante el árbitro de emergencia con el fin de que cumpliera el contrato que se tenía. Dicho contrato tenía una cláusula arbitral ante la AAA, en donde se preveía y autorizaba a la parte a solicitar una medida cautelar anticipada como urgencia. El Tribunal del Distrito del Estado de Nueva York en Estados Unidos concluyó que el árbitro de emergencia no excedió su competencia teniendo en cuenta que el reglamento de la AAA permitía que éste otorgara medidas cautelares anticipadas, las cuales buscaban preservar el *statu quo*.

6.2. NOMINADAS

⁶⁶ Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation, 13 CV 7237 US SDNY (2013).

Concretamente el artículo 17 de la Ley Modelo y el artículo 80 de la Ley 1563 de 2012 facultan al tribunal arbitral a ordenar medidas cautelares de protección cuando las considere necesarias respecto al tema de controversia.

Bajo una figura proteccionista del arbitraje, los tribunales pueden emitir estas medidas para: proteger la propiedad en disputa; los bienes sean embargados y secuestrados en ciertas jurisdicciones; evitar que una parte elimine activos o dinero guardado; la conservación, custodia o venta de productos; la conservación de bienes en posesión de una parte referidos como secuestro de bienes en otra jurisdicción; la inspección de propiedad; entre otros.⁶⁷ Las órdenes de embargo son poderes dirigidos a activos que no son objeto de la disputa en sentido estricto sino que su fin es garantizar la ejecución del laudo.

Cabe agregar que en la situación en que haya bienes sujetos a la medida cautelar que no se encuentren en el mismo país de la sede del arbitraje, el tribunal arbitral deberá acudir al país en donde se localizan los bienes, para que sea la autoridad judicial quien ayude a ejecutar estas medidas cautelares decretadas. Por ello, el artículo 80 de la Ley 1563 de 2012 dispone que una medida cautelar emitida por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante ante una autoridad judicial competente, independientemente del país en el que se emitió. En pocas palabras, proporciona un elemento útil para mejorar la posibilidad de que las autoridades judiciales extranjeras apliquen este precepto.⁶⁸

A continuación se explicarán algunos tipos de medidas cautelares que puede decretar una autoridad judicial o un tribunal arbitral durante el arbitraje.

6.2.1 MEDIDAS CAUTELARES PARA FACILITAR LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

⁶⁷ Holtzmann and Neuhaus, “UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A (Articles 17 – 17J) – as Amended. Interim Measures and Preliminary Orders.”

⁶⁸ Rodríguez Mejía, “Una Aproximación Al Régimen Del Arbitraje Nacional Del Nuevo Estatuto Del Arbitraje En Colombia, Ley 1563 de 2012.”

Teniendo en cuenta el factor de que en muchos casos el árbitro no tiene el poder sobre ciertos actos, es necesario que se soliciten medidas cautelares ante las autoridades judiciales como en aquella situación en donde una prueba sea relevante para el procedimiento arbitral, razón por la cual deben ser solicitadas como medidas cautelares. Será entonces la autoridad judicial quien podrá obligar a una parte en el procedimiento o al tercero a presentar las pruebas que sean esenciales para completar el elemento probatorio. Por esta razón, es que en muchas legislaciones como la colombiana se permite la concurrencia de poderes entre el árbitro y el juez para que de manera conjunta asistan a obtener dicha evidencia. En este tipo de casos vemos una fuerte tradición de intervención judicial para que se obtenga la divulgación obligatoria de documentos en posesión de una parte o tercero, obtener un testimonio jurado o un testimonio, asistencia judicial para obtener pruebas.⁶⁹

6.2.2 MEDIDAS PARA CONSERVAR LA PRUEBA:

En muchos casos la preservación y conservación de la prueba requiere medidas de carácter urgentes, por lo cual los árbitros de emergencia o las autoridades judiciales son quienes tienen la jurisdicción para decidir sobre la orden de estas medidas. La existencia de un decreto sobre este tipo de medida cautelar por parte de la autoridad judicial no afectará el acuerdo arbitral, es decir que no alterará el acuerdo de arbitraje cuando la autoridad judicial quien conozca de esta medida cautelar para conservar la prueba.⁷⁰

Conforme se estableció en el caso *Cetelem S.A. v. Roust Holdings Limited*⁷¹, las partes tienen derecho a solicitar medidas cautelares para proteger sus derechos, como en aquella situación en la que se vea que existe un riesgo de que desaparezcan pruebas que son importantes en el procedimiento arbitral, entre el inicio y la audiencia. En este caso, para preservar la situación fáctica y legal, salvaguardar los derechos, el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales decretó una medida cautelar en apoyo del arbitraje ante la CCI. El Tribunal de Apelaciones ordenó de

⁶⁹ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, and Berthold Goldman. 1999.

⁷⁰ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, and Berthold Goldman. 1999.

⁷¹ *Cetelem S.A. v. Roust Holdings Limited*, Civ 618 EWCA (2005).

carácter urgente la medida cautelar para preservar la evidencia o bienes relevantes en el proceso arbitral.

6.2.3 MEDIDAS CAUTELARES PARA FACILITAR LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL:

El fin de esta medida cautelar es facilitar la ejecución de un laudo arbitral, en la cual las autoridades judiciales tienen la competencia exclusiva para otorgar este tipo de medidas coercitivas, sin que ello implique que su competencia para actuar se vea afectada por la existencia de un acuerdo arbitral ni tampoco por la existencia de procedimientos arbitrales pendientes.⁷²

Como vemos en el caso *Coppée-Lavalin SA/NV v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd. (in liquidation)*⁷³ en donde se solicitó una medida cautelar para preservar el *statu quo* hasta que se emita el correspondiente laudo arbitral, con el fin de evitar que una de las partes provoque un cambio o genere circunstancias adversas, es decir que se buscaba asegurar que el laudo tenga un efecto práctico. De manera similar en el caso *Samsung Electronics v. LLC Apstar Continental Ukraine*⁷⁴ el solicitante de la medida cautelar presentó una petición ante el Tribunal del Distrito de la Ración Pechersk de la Ciudad de Kiev para que se reconociera y ejecutara el laudo arbitral emitido por el Tribunal arbitral con sede en Londres. El solicitante pidió la incautación de fondos de activos como medida cautelar para garantizar la ejecución del laudo emitido en Londres. En esta ocasión, el Tribunal en Kiev confiscó todos los bienes muebles e inmuebles de propiedad del demandado para garantizar la ejecución del laudo arbitral.

6.2.4 MEDIDAS CAUTELARES DE EMBARGO:

Respecto a este tipo de medida cautelar, una autoridad judicial o tribunal arbitral podrá solicitar un embargo, el depósito bancario o una garantía para que se cumplan con las obligaciones

⁷² Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, and Berthold Goldman. 1999.

⁷³ SA Coppee Lavalin NV v. Ken-Ren Chemicals and Fertilisers Ltd (in liquidation in Kenya) and Voest-Alpine Aktiengesellschaft v Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd (in liquidation in Kenya), House of Lords (1994).

⁷⁴ Samsung Electronics v. LLC Apstar Continental Ukraine, Case No. 2-к-6/12 District Court of the Pechersk Raion of the City of Kiev (2012).

pecuniarias y se garantice la efectividad futura del laudo arbitral. No obstante, respecto a este punto, la doctrina francesa establece que las ordenes de embargo por parte del tribunal arbitral son parte del proceso de ejecución, las cuales recaen dentro de los poderes de las autoridades judiciales como potestad exclusiva. Hay legislaciones que no establecen taxativamente la potestad al tribunal arbitral de otorgar dichos embargos e ignoran que el tribunal tenga el poder de emitir las presentes órdenes;⁷⁵ sin embargo, el simple hecho de que el embargo sea una medida cautelar y esté establecido como facultades del tribunal arbitral para asegurar el *statu quo*, es razón suficiente para que sea un poder previsto en la ley para los árbitros.

En este orden de ideas, el tribunal arbitral puede solicitar la ejecución de la medida cautelar ante autoridades judiciales o su cumplimiento a las entidades privadas como bancos u oficinas de registro para que obedezcan la medida de embargo, con el fin de que inscriban la medida cautelar.

Conforme al caso *ContiChem LPG v. Parsons Shipping Co., Ltd. and others*,⁷⁶ ContiChem solicitó una orden de embargo sobre las cuentas bancarias de Parsons como garantía para su reclamo de arbitraje. El solicitante declaró que buscaba una transferencia bancaria de US \$722,145.09 por medio del banco Unibank S.A.. Adicionalmente, solicitó una *injunction* (explicado posteriormente) en la que se buscaba que Garnishee Unibank impidiera transferir los activos de Parsons fuera del distrito pendiente de arbitraje. Por su parte, Parsons y Den Norske solicitaron al Tribunal del Distrito que anulara la orden de embargo, sin embargo, el Tribunal consideró que si una orden de embargo o medida cautelar estaba permitida bajo la ley de Nueva York, se podría realizar. No obstante, en la presente ocasión no decretó la orden de embargo, adicionalmente el tribunal determinó que la controversia debía ser arbitrada en el Reino Unido y no en Nueva York.

6.3 INNOMINADAS

Por otro lado, las medidas cautelares innominadas hacen mención a que el solicitante podrá pedirle al tribunal arbitral cualquier tipo de medida que considere necesaria para la protección de

⁷⁵ Julian David Mathew Lew and Loukas A. Mistelis, “Interim and Conservatory Measures,” in *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2003), 585–625.

⁷⁶ *ContiChem LPG v. Parsons Shipping Co., Ltd. and others*, 229 F.3d 426 US 2d Cir (2000).

su derecho en el arbitraje, sin que esté atada a una medida en particular o expresamente prevista por el legislador. Los distintos instrumentos internacionales otorgan discrecionalidad absoluta a los árbitros para que dicten las medidas cautelares que consideren necesarias para la protección del derecho en el conflicto. En este sentido, las medidas cautelares innominadas otorgan un poder al árbitro para que pueda asegurar la efectividad del resultado procesal de lo que se espera resolver en el proceso.⁷⁷

En la Gaceta No. 321 de 2012 del 6 de junio de 2012 del Congreso de la República de Colombia como informe de ponencia del segundo debate del Proyecto de Ley del Estatuto Arbitral en Colombia, se estableció que la tendencia actual está encaminada a poder realizar medidas cautelares por medio de medidas innominadas para permitir la tutela anticipada de derechos.

En lo referente a las medidas cautelares innominadas, el artículo 28 de las Reglas de la CCI dice que: el tribunal arbitral podrá solicitar a una de las partes cumplir cualquier medida cautelar que considere apropiada, al igual que podrá concederlas dando las razones según lo considere apropiado.⁷⁸ De igual manera, el reglamento de la CCI en su artículo 23 establece que: tras haber sido enviada la petición por una de las partes, el tribunal puede ordenar cualquier tipo de medida cautelar que considere apropiada sin restringirse a una en particular.

En este mismo sentido, el reglamento de la AAA en su artículo 37 nos indica que: a solicitud de cualquier parte el tribunal podrá ordenar cualquier tipo de medidas cautelares que esta considere necesarias para garantizar el procedimiento arbitral, incluyendo medidas de protección de la propiedad o como bien indica preservar productos perecederos. Así pues, según el reglamento de la AAA, el solicitante de la medida cautelar puede pedir al tribunal arbitral cualquier tipo de medida cautelar sin que esté restringida a alguna medida en particular.⁷⁹

Por otro lado, el artículo 26 de las Reglas de la UNCITRAL otorgan a los árbitros el poder de conceder cualquier tipo de medida cautelar con respecto al tema de la disputa; a modo de ejemplo

⁷⁷ Reyes-Sinisterra, “Las Medidas Cautelares Anticipatorias e Innominadas En El Proceso Arbitral En Colombia.”

⁷⁸ International Chamber of Commerce, “ICC Rules of Arbitration,” 2017.

⁷⁹ American Arbitration Association, “Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures.”

podemos ver una medida cautelar con el fin de conservar bienes como elemento básico en las disputas comerciales en el arbitraje. No se podría pensar en hacer una limitación sobre casos taxativos acerca de qué tipo de medidas cautelares se puedan otorgar dado que establecer medidas cautelares limitadas no generaría confianza ni tampoco habría seguridad en el actuar del tribunal arbitral. Es por esta razón que se incluyó la potestad al tribunal arbitral o autoridad judicial pueda decretar cualquier tipo de medida cautelar que esté relacionada con la controversia arbitral.⁸⁰

En lo referente a los reglamentos en Colombia, el reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá el numeral 1 del artículo 3.17 señala que el tribunal arbitral podrá ordenar a cualquiera de las partes cualquier medida cautelar que considere apropiada en el objeto del litigio. En este sentido, este reglamento no nos señala qué tipo de medida cautelar se podrá otorgar sino que hace mención a cualquiera que busque mantener o restablecer el *statu quo* que se espera que se dirima en la controversia.

Para concluir, habiendo explicado y analizado las medidas cautelares innominadas, en el caso *Sonera Holding B.V. v. Cukurova Holding A.S.*⁸¹, el demandante solicitó una medida cautelar ante la CCI debido a la urgencia, para evitar la transferencia de acciones durante el procedimiento arbitral. El tribunal arbitral decretó la medida cautelar ordenando a los demandados no disponer de las acciones sujetas al arbitraje ni tomar otras medidas que pudieran afectar cualquier orden futura relacionada con la transferencia de estas acciones. El tribunal arbitral argumentó que estas medidas cautelares eran procedentes y podían decretarse sin que ello implicara un prejuzgamiento sobre el procedimiento arbitral.

6.4 INJUNCTION

La *injunction* originalmente fue un apremio o una garantía proveniente del derecho inglés de la jurisdicción del *equity*. El juez al considerar que la parte deudora y dueña de un bien podía ser contumaz en el proceso, le ordenaba el embargo de este bien con el fin de que ésta compareciera

⁸⁰ Jan Paulsson and Georgios Petrochilos, “UNCITRAL Arbitration Rules, Section III, Article 26 Interim Measures,” in *UNCITRAL Arbitration* (Kluwer Law International, 2017), 215–33.

⁸¹ *Sonera Holding B.V. v. Cukurova Holding A.S.*, Partial Award. ICC Case No. 13856 (2007).

al proceso. Esta orden estaba dirigida a la parte contumaz; en sí misma, no tenía que ver con el resultado del proceso ni con la sentencia, sino que era quizás el remedio equitativo más significativo e indispensable para hacer comparecer a la persona al proceso.

Con el paso del tiempo, la figura pasó a la jurisdicción del common law, en el famoso caso *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* en que actuó como magistrado ponente Lord Denning MR. Aunque cronológicamente Mareva fue el segundo caso del uso de la *injunctions* en la jurisdicción del common law, el caso Mareva fue el que alcanzó una gran resonancia internacional. En este, el juez inglés prohibió a Mareva que dispusiera de sus activos en el exterior para asegurar el cumplimiento de una sentencia eventual y futura en que podría ser condenado. Como puede apreciarse, la *injunction*, en su origen, era una orden impartida por el juez a una de las partes que litigaban ante él; en otras palabras, la orden no la impartía el juez inglés a una autoridad ejecutiva o judicial del exterior, sino a la propia parte. Hoy en día estas *injunctions* son llamadas las *freezing orders* u órdenes de congelación.⁸²

Históricamente, la *injunction* se vio relacionada con el caso *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA*,⁸³ el cual no surgió bajo un arbitraje internacional, originalmente se vio como una ayuda en el litigio comercial producto de un comercio internacional, sin embargo, los tribunales ingleses han sido bastante amigos de esta orden para ayudar en la ejecución de los laudos derivados de arbitrajes comerciales internacionales.

En el caso *Mareva*, los demandantes, Compañía Naviera S.A, eran propietarios de un buque el cual se dio mediante un contrato de fletamento a la sociedad *International Bulkcarriers S.A*; esta última había realizado un sub contrato de fletamento con el Gobierno de India. La sociedad pagó las primeras dos cuotas del contrato, sin embargo, incumplió la tercera, razón por la cual la Compañía Naviera S.A decidió resolver el contrato. El Gobierno indio había depositado los fletes

⁸² Raack, David W. 1986. "A History of Injunctions in England before 1700." *Indiana Law Journal* 61 (4): 539-92.

⁸³ *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA*, 1 All ER 213 Court Of Appeal, Civil Division (1980).

o cuotas en favor de la demandante, sin embargo, la Compañía Naviera S.A solicitó una *Injunction* para que se prohibiera disponer de estas cuotas o dineros.⁸⁴

El caso previamente nombrado fue importante en el sentido de que el acreedor tiene derecho a que le paguen lo adeudado, bajo la hipótesis de existir un peligro en relación con los activos que vaya a disponer el deudor antes de la sentencia, el tribunal tiene la jurisdicción para otorgar una orden interlocutoria llamada *injunction* para evitar que se disponga de estos activos. En la presente situación, los demandados tenían el control sobre una cuenta en el banco de Londres y sobre ello existía un posible riesgo de deshacerse de dichas pertenencias y sacarlos del país, en caso tal que dicha situación sucediese, los demandantes nunca tendrían su buque de vuelta al igual que su dinero. Ante este riesgo, el tribunal debería otorgar una orden judicial para evitar que los demandados dispongan de este dinero. Al final de cuentas, los 3 jueces estuvieron de acuerdo con la orden propuesta por Lord Denning MR, la cual buscaba que el acusado en el extranjero no retirara sus activos de la jurisdicción del tribunal inglés.⁸⁵

En el caso *GE Transportation (Sheyang) Co., Ltd. v. A-Power Energy Generation Systems, Ltd.*⁸⁶ el Tribunal del Distrito de los Estados Unidos para el Estado de Nueva York otorgó una *injunction* con el fin de impedir que los demandados en el proceso arbitral, que en este caso correspondía a *A-Power Energy Generation Systems* y sus filiales, transfirieran sus activos. El Tribunal del Distrito otorgó la *injunction* para que los demandados y los alegados Alter Egos congelaran sus activos. El demandante que busque una *injunction* deberá demostrar la necesidad, por ende señalar que a ella se le están generando los siguientes supuestos: primero, una lesión irreparable; segundo, unos daños monetarios; tercero, se justifica un remedio en equidad; por último, que el interés público no sería contrariado por medio de la *injunction*.

⁸⁴ Fernando Pombo, *Arbitration and Anti Suit Injunctions in the Case Law of the European Court of Justice*, ed. Miguel Angel Fernandez-Ballester and David Arias Lozano, Liber Amic (La Ley, 2010).

⁸⁵ Lawrence F. Ebb, "Flight of Assets from the Jurisdiction 'In the Twinkling of a Telex': Pre- and Post-Award Conservatory Relief in International Commercial Arbitrations," *Journal of International Arbitration* 7, no. 1 (1990): 9-36.

⁸⁶ *GE Transportation (Shenyang) Co., Ltd. v. A-Power Energy Generation Systems, Ltd.*, 15 CIV 6194 US SDNY (2016).

Otro caso importante sobre las *injunctions* o las *freezing orders*, es el caso *Front Carriers Ltd v. Atlantic & Orient Shipping Corp*⁸⁷ en donde el Tribunal Superior de Singapur otorgó una *Mareva injunction*, ante el riesgo que existía de transferencia de los activos por parte de *Atlantic & Orient Shipping Corp* con el fin de ayudar el procedimiento arbitral que se estaba desarrollando en Londres como sede del arbitraje. El Tribunal Superior indicó que para poder otorgar una *injunction* es necesario que se tengan los méritos y la competencia para poder realizar esta medida.

6.5 ANTI SUIT INJUNCTION

Este proceso de la *anti-suit injunctions* –de ahora en adelante *ASI*– es muy similar al explicado anteriormente con las *injunctions*, en donde la parte puede solicitarla ante un tribunal arbitral o una autoridad judicial para que la contraparte se abstenga de iniciar o continuar un proceso ante otra jurisdicción con el fin de que el trámite arbitral que se está desarrollando no sea burlado ni irrisorio y que con ello la sentencia o el laudo se pueda cumplir.

Esta orden judicial es utilizada principalmente en los países con sistema de *common law* en la que un tribunal arbitral o una autoridad judicial ordena a una parte, no al juez, que se abstenga de presentar una demanda ante los tribunales arbitrales o autoridades judiciales de otro Estado. A pesar de que en el origen de las *ASI* conforme al sistema del *common law*, se planteaba que ésta orden se dirigiera contra una parte y no contra una autoridad judicial para que se abstuviera de iniciar un proceso ante otra jurisdicción, en diversos casos (los cuales se analizarán a continuación) se ha reflejado que las *ASI* pueden estar dirigidas contra los tribunales arbitrales o autoridades judiciales. En caso tal que la parte haya presentado dicha demanda, se ordenará que se retire o suspenda el proceso, ya que esto busca evitar litigios ventajosos u opresivos en el extranjero.⁸⁸

Las *ASI* han sido utilizadas frecuentemente en los procesos arbitrales para evitar que otro tribunal arbitral conozca del caso o para que la autoridad judicial se abstenga de obstruir en la ejecución del laudo arbitral. Estas *ASI*, cuando se solicitan durante el curso del procedimiento

⁸⁷ *Front Carriers Ltd v. Atlantic & Orient Shipping Corp*, 421 EWHC (2007).

⁸⁸ Julian David Mathew Lew, “Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts,” in *International Arbitration 2006: Back to Basics*, Albert Jan, 2007, 185–220.

arbitral, se dirigen contra las partes con el fin de suspender o terminar el otro procedimiento arbitral o judicial. Sin embargo, también se pueden dirigir a los tribunales arbitrales o autoridades judiciales con el fin de que nieguen, explícita o implícitamente, el poder de pronunciarse sobre su propia jurisdicción.⁸⁹

Si la *ASI* emitida por el tribunal arbitral no sea aceptada por la parte, se podrá emitir una orden de desacato y una sanción por no seguir los lineamientos previamente manifestados. Según Emmanuel Gaillard,⁹⁰ el tribunal arbitral al otorgar daños y perjuicios por incumplimiento de un acuerdo de arbitraje actuaría dentro de los límites de su poder, derivado del acuerdo de arbitraje, para ordenar a las partes que no actúen de ninguna manera que ponga en peligro su jurisdicción.

Para la emisión de esta orden se requieren dos elementos: primero, las partes deben ser las mismas en ambos asuntos y segundo, la resolución ante el primer tribunal debe ser determinante. Previo a la emisión de la *ASI* deben analizarse unos elementos: la veracidad de los litigios extranjeros ante la otra corte, tribunal, foro o jurisdicción; la posibilidad que ese otro procedimiento frustre el arbitraje; una amenaza a la jurisdicción del tribunal emisor; y unos gastos, retrasos, inconsistencias que pueden crearse en el tribunal emisor y problemas que puedan generarse por llevar los procesos separados.⁹¹

En caso tal que un tribunal arbitral con sede en Colombia reciba una *ASI* por parte de una autoridad judicial de otro Estado, en la que se le solicite abstenerse de iniciar o continuar un proceso arbitral, ¿esta orden puede ser considerada como una medida cautelar? La definición de una *ASI* no cabría dentro de la definición que nos da la Ley 1563 de 2012 acerca de medidas cautelares, toda vez que las medidas cautelares buscan garantizar aquello que se espera del proceso arbitral; mientras que las *ASI* esperan preservar el mecanismo que las partes han acordado para la solución de las controversias, es decir, defender el mecanismo al restringir a una parte de intentar

⁸⁹ Emmanuel Gaillard, “Chapter 10: Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration,” in *Pervasive Problems in International Arbitration*, ed. Loukas A. Mistelis and Julian David Mathew Lew (Kluwer Law International, 2006), 201–13.

⁹⁰ Gaillard.

⁹¹ Pombo, *Arbitration and Anti Suit Injunctions in the Case Law of the European Court of Justice*.

aludir su promesa de arbitraje.⁹² Es decir, la *ASI* pretende que no se inicie o se termine un procedimiento arbitral o judicial.

La Ley Modelo ni la Ley 1563 de 2012 se ocupan específicamente de las órdenes judiciales contra demandas judiciales o arbitrajes. Sin embargo, bajo el entendido del artículo 5 y el 8 de la Ley Modelo; al igual que los artículos 69, 70 y 71 de la Ley 1563 de 2012 en los que se le da la facultad a las autoridades judiciales de asistir al proceso arbitral y de controlar la legalidad del mismo proceso. Estas ordenes judiciales contra el arbitraje o procesos judiciales buscan controlar la legalidad del proceso arbitral, sin importar a quién se dirige la orden judicial, bien sea a los árbitros, jueces o partes. Por esta razón la orden busca controlar la jurisdicción del tribunal arbitral y la legalidad del proceso arbitral.⁹³

Hay autores como Gary Born⁹⁴ que establecen que las *ASI* son coherentes a los deberes de los Estados, dado que su emisión es compatible con la CNY e imponen obligaciones negativas a las partes, en donde se deben abstener de realizar conductas que afecten los acuerdos de arbitraje internacional. La Ley Modelo no hace alusión a las *ASI*, sin embargo, el artículo 5 establece que en los asuntos de arbitraje no deberá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos que expresamente así lo disponga, casos en los cuales las autoridades judiciales intervendrán en asistencia del proceso arbitral o del control de legalidad.

Para comenzar, el primer caso relevante respecto las *ASI* es *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc*⁹⁵ en donde el buque de propiedad de *West Tankers*

⁹² Por medio de la sentencia de *BC Andaman Co Ltd and others v. Xie Ning Yun and another SGHC, 64 SGHC (2017)*, el Tribunal Superior of Singapur explicó que entre las partes existía un acuerdo de arbitraje y, por ende, aplicaría la *ASI*, con esto el Tribunal Superior protegió el acuerdo de arbitraje existente para evitar las conductas opresivas. En conclusión, el Tribunal otorgó una *ASI* permanente en contra del demandado en ayuda del arbitraje con Sede en Singapur, teniendo en cuenta los derechos que tienen las partes en el acuerdo de arbitraje y del laudo resultante. En este caso los demandantes solicitan una *ASI* contra el demandado para restringir de iniciar dos procedimientos ante el Tribunal Civil del Sur de Bangkok, Tailandia. Según el Tribunal, una *ASI* es una orden que busca impedir que una parte sujeta a un procedimiento ante un foro, proceda injustamente en una corte extranjera. En conclusión, el Tribunal otorgó una *ASI* para que los demandados evitaran comenzar el procedimiento en otra jurisdicción.

⁹³ Mathew Lew, “Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts.”

⁹⁴ Nadja Erk-Kubat, “Chapter 3: Jurisdictional Pleas and Actions with Parallel Proceedings before an Arbitral Tribunal and a National,” in *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective, International Arbitration Law Library, Volume 30* (Kluwer Law International, 2014), 71–246.

⁹⁵ *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, Case C 185/07 Court of Justice of the European Communities (2009).

y *Erg Petroli SpA* provocó daños contra un embarcadero, este contrato tenía cláusula arbitral con sede en Londres, *Erg Petroli SpA* acudió a sus aseguradoras Allianz y Generali e inició un procedimiento arbitral en contra de West Tankers. Posteriormente, Allianz y Generali interpusieron una demanda contra *West Tankers* ante el Tribunal de Siracusa en Italia para reclamar los daños causados. Paralelamente, *West Tankers* inició un procedimiento ante la Corte Suprema de Justicia en Inglaterra y Gales y ante el Queen's Bench Division como Corte Comercial del Reino Unido con el fin de solicitar que el litigio que se estaba desarrollando en Italia debía someterse a arbitraje acorde al acuerdo de arbitraje. West Tankers solicitó una *ASI* ante la Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y de Gales para que se prohibiera que Allianz y Generali instauraran un procedimiento que no fuera el de arbitraje.

Sin embargo, Allianz y Generali apelaron la *ASI* ante la Cámara de los Lores, en la cual se determinó que la *ASI* privaba a los tribunales de Italia a decidir acerca de su propia jurisdicción, según lo que establece el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, del Convenio de Bruselas I relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales.⁹⁶ Esta Cámara determinó que las *ASI* emitidas por los dos tribunales de la Unión Europea eran incompatibles con el Reglamento, dado que bajo ninguna circunstancia un Tribunal de la Unión Europea estaba en mejores circunstancias que la otra corte o tribunal. Por ende, los Tribunales de la Unión Europea, concretamente el de Inglaterra e Italia, ya no tenían derecho a hacer cumplir los acuerdos de arbitraje a través de las *ASI*, las cuales buscaban evitar que una parte iniciara o continuara con los procedimientos ante otra autoridad judicial.

El caso mencionado hace alusión al Convenio de Ginebra y su relación con las *ASI*. Este Convenio aplica para los países miembros de la Unión Europea. Si un tribunal de un Estado de la Unión Europea se inmiscuye en la competencia de otro Tribunal, iría en contra del principio de confianza mutua que deben implementar entre sí los tribunales de los Estados Miembros. En este sentido, el Tribunal de Justicia Europeo en diversas jurisprudencias ha establecido que las *ASI* restringirían los procedimientos en otros Estados de la Unión Europea, por ende, afectaría lo

⁹⁶ Este Reglamento hace alusión a que las decisiones tomadas por algún tribunal de justicia como autoridad judicial de algún país miembro de la Unión Europea tendrán y gozarán de fuerza ejecutiva en los demás Estados Miembros, sin necesidad de un proceso de declaración ante los otros países.

establecido en el Convenio y el principio de confianza mutua que deben tener los tribunales mismos de la Unión Europea. En el caso *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc*, previamente explicado, la Cámara de los Lores determinó que las *ASI* eran incompatibles con el Reglamento del Convenio de Bruselas, por ende, el Tribunal que era competente para resolver la controversia era el Tribunal ante el cual se estaba resolviendo el fondo del asunto. En este sentido, este caso fue hito al asumir que la comunidad de arbitraje internacional debían ser reconocidas, sin que una parte pudiera eludir el arbitraje al cual fue sometido.⁹⁷

En síntesis, la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea y los Reglamentos del Convenio de Bruselas, establecen que los tribunales de los Estados miembros no tendrán que ejecutar y adoptar las *ASI* que han sido dictadas por tribunales de otro Estado miembro de la Unión Europea, dado que el Reglamento del Convenio de Bruselas I no autoriza la competencia mutua de un tribunal de un Estado miembro con el tribunal de otro Estado, al igual, iría en contra del principio de confianza mutua.⁹⁸

El segundo caso relevante es *Hubco v. WAPDA*.⁹⁹ Hubco debía desarrollar una planta de energía en Pakistán y vender la producción a WAPDA. Bajo este contrato surgió una disputa fruto del Acuerdo de Compra de Energía en relación con un contrato de construcción de una central eléctrica en Pakistán, HUBCO activó la cláusula de arbitraje ante la CCI con sede en Londres. Tiempo después, WAPDA indicó que las enmiendas realizadas al contrato principal eran ilegales, fraudulentas y de mala fe, con el fin de causar una pérdida injustificada a WAPDA y al Gobierno de Pakistán, razón por la cual iniciaría un procedimiento judicial para resolver sobre ello. Bajo este argumento, Hubco presentó una orden ante el Tribunal de Sindh en Karach en busca de una *ASI* para que se impidiera que WAPDA busque la resolución de la disputa, toda vez que el conflicto estaba sometido a arbitraje en la CCI. Esta decisión respecto de la *ASI* fue apelada por parte de WAPDA, en donde la Corte Suprema sostuvo que los asuntos planteados no eran arbitrables por

⁹⁷ Marc Rich, “El Arbitraje y El Reglamento Bruselas I Refundido, Las Anti-Suit Injunction, y Ahora El Brexit,” Osborne Clarke LLP, 2012, <https://www.osborneclarke.com/wp-content/uploads/2016/11/El-Arbitraje-y-el-Reglamento-Bruselas-I-Refundido-las-Anti-Suit-Injunction-y-ahora...-el-Brexit.pdf>.

⁹⁸ Rich.

⁹⁹ *Hubco v. WAPDA*, SC 841 Supreme Court of Pakistan (2000).

involucrar asuntos de criminalidad, por ende la disputa debe continuar el reclamo ante los Tribunales de Pakistán.

El tercer caso es *Salini Costruttori S.p.A.v. la República Democrática Federal de Etiopía, la Autoridad de Agua y Alcantarillado de Addis Abeba*¹⁰⁰. La disputa surgió tras un contrato FIDIC entre la empresa Salini y el Estado de Etiopía, el cual contenía cláusula arbitral ante la CCI con sede en Addis Abeba. Salini inició el arbitraje y Etiopía se opuso a la jurisdicción del tribunal arbitral, razón por la cual Etiopía presentó una demanda ante los tribunales de Etiopía, en donde este tribunal otorgó una *ASI* dirigida contra el tribunal arbitral y otra contra el demandante para que suspendieran el procedimiento arbitral. El tribunal arbitral decidió que dichas órdenes no tenían relación con el procedimiento arbitral, además concluyó que su deber y competencia para decidir sobre el fondo se le debe a las partes y que haría todo lo posible para otorgar un laudo ejecutorio, y por último, que un Estado o entidad del Estado no puede recurrir a su autoridad judicial para frustrar el acuerdo de arbitraje.

El cuarto caso relevante hace alusión a las anti *ASI* (o *anti anti-suit injunction*), la cual es una orden contra una *ASI* otorgada por un tribunal o autoridad judicial en particular para detener a una de las partes que está solicitando una medida cautelar en esta corte. En el caso *KBC v. Pertamina*¹⁰¹ los tribunales de Indonesia y Estados Unidos ordenaron respectivamente una *ASI* y una *Anti ASI*.

El conflicto surgió entre la empresa de Indonesia, llamada Pertamina, y KBC, contratista de una planta geotérmica en Indonesia. En un primer lugar, la empresa KBC inició un procedimiento arbitral en Suiza de conformidad con la cláusula arbitral, el tribunal arbitral ordenó a Pertamina a pagar daños y perjuicios a KBC. Posteriormente, en el 2001, Pertamina presentó dos solicitudes: la primera referente a la anulación del laudo conforme a la CNY ante el Tribunal del Distrito Central de Yakarta; la segunda, una orden judicial que prohibía a KBC hacer cumplir el laudo en el extranjero. A su vez, KBC estaba solicitando el reconocimiento del laudo ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Texas.

¹⁰⁰ Salini Costruttori S.p.A. and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority, ICC Case No. 10623 (2001).

¹⁰¹ Gaillard, "Chapter 10: Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration."

Finalmente, el Tribunal de Yakarta anuló el laudo al considerar que era contrario a la CNY y a la ley de arbitraje de Indonesia y emitió una *ASI* en donde prohibía a KBC hacer cumplir el laudo en el extranjero. Ante esta situación, KBC solicitó una *anti ASI* ante los Tribunales de Estados Unidos para que Pertamina suspendiera y retirara la orden judicial solicitada ante los Tribunales de Indonesia.

Este caso fue de gran importancia toda vez que cada parte se enfrentó a una orden judicial en contra del laudo arbitral en distintas jurisdicciones como Estados Unidos para Pertamina y en Indonesia para KBC, al igual que sanciones pecuniarias como medida de desacato por parte del Tribunal de Distrito de Tesis para Pertamina y el Tribunal de Indonesia para KBC, al no haber ejecutado la orden judicial correspondiente. En esta ocasión, las *ASI* y *anti ASI* no fueron claras, como no se cumplieron dichas ordenes en contra de las demandas instauradas, los tribunales emitieron un desacato para cada una de las partes, toda vez que las solicitudes ante los Tribunales de Indonesia y Estados Unidos no tuvieron mucho efecto. A pesar de que el Tribunal de Indonesia actuó incorrectamente en su decisión de anular el Laudo, el Tribunal de Estados Unidos determinó que igual se puede ejecutar el laudo en el extranjero, razón por la cual el Tribunal determinó que la *ASI* era ilegítima.

El último caso relevante similar al anterior es *Hilton International Manage (Maldives) Pvt Ltd v. Sun Travels & Tours Pvt Ltd*¹⁰², el demandante solicitó al Tribunal de Singapur una *ASI* contra el demandado para que evitara iniciar una acción contra el demandante en los tribunales de Maldivas, teniendo en cuenta que el acuerdo es válido y vinculante para las partes y que iniciar acciones por parte del demandado es una violación del acuerdo de arbitraje. El Tribunal de Singapur estableció que comenzar una acción en Maldivas sería una violación del acuerdo de arbitraje, ya que el demandado tiene la obligación de no demandar en ningún otro foro o intentar dejar de lado o atacar el laudo en lugares que no sean la Sede del Arbitraje, es decir Singapur. Así mismo, se estableció que las *ASI* deben establecerse con prontitud y antes de que los procedimientos en el otro foro estén demasiado avanzados, en este caso se vio que el demandante

¹⁰² Hilton International Manage (Maldives) Pvt Ltd v. Sun Travels & Tours Pvt Ltd, 56 SGHC (2018).

se demoró en solicitar la *ASI* contra el demandado para impedir que éste continúe, el demandante debió haber iniciado la *ASI* en Singapur con mayor rapidez.

7. DECRETO Y PRÁCTICA

La Ley Modelo contempla la posibilidad y la competencia para decretar y/o ejecutar medidas cautelares por parte de árbitros y jueces. Los miembros del Grupo de Trabajo buscaron que los tribunales arbitrales tuvieran la misma facultad que tiene una autoridad judicial en un litigio en su jurisdicción para decretar medidas cautelares. Así pues, el Grupo de Trabajo concluyó que el tribunal arbitral puede tomar medidas que impidan causar perjuicios actuales o inminentes al proceso arbitral.¹⁰³

La facultad que tiene una autoridad judicial para ordenar medidas cautelares es una cuestión que depende de la *lex arbitri* y del reglamento de arbitraje. En general, el tribunal arbitral es el competente para decretar las medidas cautelares solicitadas por las partes, teniendo en cuenta que está en mejor posición. Sin embargo, no todos los tribunales están facultados para ordenar medidas cautelares conforme a la legislación nacional o lo acordado por las partes, razón por la cual se justifica que sea la autoridad judicial que decrete y ejecute medidas cautelares.¹⁰⁴

Adicionalmente, sucede que normalmente el tribunal arbitral carece de poder coercitivo, por esto es que las decisiones del tribunal se deben cumplir a través del sistema judicial, el tribunal arbitral deberá recurrir a la autoridad judicial para que reconozca y aplique la medida. Esto se ve reflejado cuando se solicita una medida cautelar antes de que se constituya el tribunal arbitral a través de una autoridad judicial, o incluso en determinadas circunstancias después de la constitución del tribunal. Las partes pueden solicitar la aplicación o ejecución de las medidas cautelares por una autoridad judicial, con esto es como se señala que la autoridad judicial y el tribunal arbitral tienen poderes concurrentes o jurisdicción concurrente.¹⁰⁵

7.1. JURISDICCIÓN CONCURRENTE

¹⁰³ Holtzmann and Neuhaus, “UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A (Articles 17 – 17J) – as Amended. Interim Measures and Preliminary Orders.”

¹⁰⁴ Wang Shengchang and Cao Lijun, “Chapter 8: The Role of National Courts and Lex Fori in International Commercial Arbitration,” in *Pervasive Problems in International Arbitration*, Loukas A. (Kluwer Law International, 2006), 155–83.

¹⁰⁵ Shengchang and Lijun.

El propósito del artículo 17 J de la Ley Modelo, al igual que el artículo 90 de la Ley 1563 de 2012, es señalar que la autoridad judicial tiene la facultad para emitir medidas cautelares en los procedimientos arbitrales pendientes, sin importar si el procedimiento se lleva a cabo en la sede del arbitraje o se está llevando en otro Estado. El Grupo de Trabajo en la realización de las enmiendas de la Ley Modelo en el 2006 señaló que había incertidumbre en muchas jurisdicciones acerca del cuestionamiento si las autoridades judiciales estaban o no autorizadas para emitir medidas cautelares en apoyo del arbitraje cuando había un acuerdo de arbitraje que era válido.¹⁰⁶

Solicitar una medida cautelar ante una autoridad judicial no implica que las partes renuncien a la cláusula de arbitraje, dado que el decreto y la práctica de las medidas cautelares no es un ejercicio exclusivo de un tribunal arbitral ni supone una negación al pacto arbitral,¹⁰⁷ así lo establece el artículo 9 de la Ley Modelo. En este mismo sentido, en muchos casos el acuerdo de arbitraje deja claro que la intervención por parte de la autoridad judicial no significa que se busque evitar el desarrollo del arbitraje. La Ley Modelo por medio del artículo 17 buscó señalar que las ordenes emitidas por parte de los tribunales arbitrales, se reconozcan como vinculantes ante una autoridad competente, independientemente del país en el que se emitió. En pocas palabras, proporciona un paso útil para mejorar la posibilidad de que las cortes extranjeras apliquen este precepto.¹⁰⁸

No obstante, en el acuerdo de arbitraje las partes pueden acordar la exclusión de la facultad dirigida al tribunal arbitral de decretar y practicar las medidas cautelares; y por el contrario entender que el poder de decretar las medidas cautelares sean exclusivamente de un solo foro o la autoridad judicial. Pese a esta estipulación, es inusual que en la práctica las partes excluyan al tribunal arbitral de la facultad de otorgar medidas cautelares, dado que las partes decidieron someter a arbitraje la controversia, lo que se podría discutir es que exista una jurisdicción concurrente para ordenar medidas cautelares entre la autoridad judicial y los tribunales arbitrales,

¹⁰⁶ Holtzmann and Neuhaus, “UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A (Articles 17 – 17J) – as Amended. Interim Measures and Preliminary Orders.”

¹⁰⁷ Mathew Lew and Mistelis, “Interim and Conservatory Measures.”

¹⁰⁸ Marcela Rodríguez Mejía, “Ejecución de La Decisión Cautelar,” in *Medidas Cautelares En El Proceso Arbitral* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 345–433, <https://doi.org/10.4000/books.uec.279>.

sin considerar una exclusión del poder del tribunal arbitral, a pesar de que se le dé la posibilidad a las partes de pactar libremente lo que ellos consideren necesario para el proceso arbitral.¹⁰⁹

Las medidas cautelares decretadas por parte de las autoridades judiciales competentes en ayuda del arbitraje suelen ser de urgencia; las cortes se ven en la obligación de decretarlas antes de haberse iniciado el proceso arbitral con el fin de evitar que el demandado pueda afectar lo que se espera resolver en el procedimiento arbitral y que sucedan eventos como congelar sus bienes o que disponga de ellos en estos momentos.¹¹⁰ En este sentido, las autoridades judiciales como órganos estatales se han visto en la necesidad de desarrollar una práctica de aceptación, alcance y efectos de este tipo de medidas con el fin de armonizar y aplicar las medidas entre las jurisdicciones nacionales y los árbitros.

Como se señaló anteriormente, hasta que el tribunal arbitral esté constituido, no habría lugar a obtener una medida cautelar por parte de los árbitros, razón por la cual las partes podrían acudir a mecanismos como el arbitraje de emergencia (explicado en el acápite 8) o ante autoridades judiciales, para que ayuden al arbitraje internacional.

Fuentes como la CNY (aunque no directamente), la Ley Modelo y la Ley 1563 de 2012 otorgan a las autoridades judiciales el poder concurrente para ordenar medidas cautelares. Esta jurisdicción concurrente es una excepción a los principios de la exclusividad del tribunal arbitraje y la no injerencia, sin que se entienda que hay una violación al acuerdo de arbitraje. Las medidas otorgadas por la autoridad judicial sirven para apoyar el proceso arbitral, no invadir los poderes de los árbitros, sino hacer más efectivo lo que se espera para resolver al fondo de la disputa.¹¹¹

Los problemas previamente planteados tienen solución, toda vez que los que decretan estas medidas cautelares buscan que el arbitraje internacional sea efectivo, por ende, antes de la

¹⁰⁹ Gary B. Born, “Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration,” in *International Commercial Arbitration*, Second Edi (Kluwer Law International, 2014), 2424–2563.

¹¹⁰ Alfonso-Luis Calvo Caravaca, “Medidas Cautelares y Arbitraje Privado Internacional,” *Foro de Derecho Mercantil*, no. 6 (2005): 1–20, http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fb9404ce0430a010151404c.

¹¹¹ Gary B. Born, “Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration.”

conformación de los tribunales arbitrajes se necesita apoyo de las autoridades nacionales tanto en la sede arbitral como en el extranjero para que se pueda cumplir el fin y objeto del arbitraje. Es por esta razón, que la Ley Modelo propone armonizar las leyes de las otras jurisdicciones y que con ello los demás países, al adoptarla en su legislación interna, se vean en una aplicación transfronteriza de órdenes judiciales y arbitrales similares para la aplicación de las medidas cautelares.¹¹²

Por medio de una decisión del caso *Blumenthal v. Merrill Lynch*¹¹³, el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos decidió que la autoridad judicial puede decretar medidas cautelares en ayuda del arbitraje con el fin de preservar la importancia del arbitraje y no obstruir su ejecución. La ayuda de una autoridad judicial respecto de las medidas cautelares no afectará el acuerdo de arbitraje, puesto que el acuerdo de las partes no aborda expresamente la disponibilidad de las medidas cautelares ordenadas por la autoridad judicial en ayuda del arbitraje. En este sentido, se rechazó el argumento de que una autoridad judicial sólo pueda actuar en el arbitraje respecto al decreto de las medidas cautelares cuando el contrato así lo estipule expresamente.

Adicionalmente, en el caso *Ku-Ring-Gai Council v. Ichor Constructions Pty Ltd* la Corte de Apelaciones de Nueva Gales del Sur señaló que como autoridad judicial tiene poderes conforme al artículo 17 J de la Ley Modelo adoptada por su país, en donde la autoridad judicial goza de las mismas competencias para dictar medidas cautelares que el tribunal arbitral. Adicionalmente, la facultad que tiene la autoridad judicial para decretar medidas cautelares busca prevenir daños y perjuicios actuales o inminentes en el proceso arbitral. La decisión realizada por la autoridad judicial se hizo “*en ayuda del proceso arbitral porque se relacionaba con el estado del árbitro*”.¹¹⁴ La Corte de Apelaciones concluyó que conforme a los trabajos preparatorios del Grupo de Trabajo de la Ley Modelo, el artículo 9 de la Ley Modelo tenía la intención de declarar la compatibilidad

¹¹² V V Veeder, *The Need for Cross-Border Enforcement of Interim Measures Ordered by a State Court In Support of the International Arbitral Process, New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Albert Jan, vol. 12 (Kluwer Law International, 2005).

¹¹³ *Blumenthal v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith* 910 F.2d 1049 (2d Cir. 1990).

¹¹⁴ *Ku-Ring-Gai Council v. Ichor Constructions Pty Ltd*, 110112 NSWCA (2019).

entre resolver una disputa a través de arbitraje y al mismo tiempo ayudar al tribunal para la protección del proceso por medio de medidas cautelares.

7.2 INTERVENCIÓN DEL JUEZ ES RESIDUAL

La intervención del juez es residual y deberá decretar o ejecutar la medida cautelar basada en el acuerdo de arbitraje que se tiene y en lo establecido en la ley. La autoridad judicial tiene injerencia en el proceso arbitral internacional en lo referente a las medidas cautelares, dado que en ciertos casos el decreto y la ejecución depende de la correspondiente autoridad judicial. No obstante, su intervención debe ser residual y se le debe dar la facultad al árbitro de resolver su competencia y sus facultades; los jueces de los diferentes Estados deben apoyar el arbitraje comercial internacional teniendo en cuenta la normativa internacional, sin necesidad de acudir a fuentes locales que no vienen a colación. Los tribunales arbitrales deben reconocer que su existencia es independiente de los jueces.¹¹⁵

Según Gary Born, esta jurisdicción concurrente entre la autoridad judicial y los tribunales arbitrales para ordenar medidas cautelares es inusual, toda vez que un acuerdo de arbitraje en principio busca despojar a la autoridad judicial de la competencia en la disputa entre las partes. No obstante, esta competencia de las autoridades judiciales con los tribunales arbitrales está profundamente arraigada en la actualidad y es necesario en la práctica de los arbitrajes comerciales internacionales.¹¹⁶

Las partes tienen el derecho a solicitar medidas cautelares ante autoridades judiciales, a pesar de la existencia de un acuerdo de arbitraje, por ende no deben ser privadas del beneficio de las medidas cautelares que se decretan de urgencia cuando el tribunal arbitral aún no ha sido constituido, razón por la cual se considera que las medidas cautelares presentadas de manera urgente ante una corte interna es un mecanismo más efectivo por la rapidez.¹¹⁷

¹¹⁵ Restrepo-Soto, Daniel. 2015.

¹¹⁶ Gary B. Born. 2014. "Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration." In *International Commercial Arbitration*, Second Edi, 2424–2563. Kluwer Law International.

¹¹⁷ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, and Berthold Goldman. 1999.

El artículo 5 de la Ley Modelo nos dice que ninguna autoridad judicial intervendrá en los aspectos que se rijan por la ley de arbitraje, salvo que se disponga lo contrario; de esta manera, esta Ley sí nos habla de circunstancias limitadas y residuales en las que puede intervenir y dar apoyo la autoridad judicial en el proceso arbitral.

Bajo el principio de autonomía de las partes, éstas pueden acordar que el tribunal arbitral no tenga facultades para ordenar medidas cautelares o que esta potestad será otorgada sólo bajo circunstancias específicas. En los acuerdos de arbitraje la posibilidad y facultad de los tribunales arbitrales de ordenar medidas cautelares es implícita, incluso cuando ésta se omite. No es común que se excluya de la facultad a los tribunales arbitrales de otorgar medidas cautelares en los acuerdos de arbitraje, ya que las partes al acudir al arbitraje están sometiendo su controversia a los árbitros y apartar la controversia de la autoridad judicial.¹¹⁸

El artículo 68 de la Ley 1563 de 2012 faculta a los jueces de la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo para participar dentro del proceso arbitral internacional, el juez civil del circuito será el competente para conocer y participar en procesos arbitrales en donde se traten temas referentes a personas naturales o jurídicas siempre y cuando éstas sean privadas; mientras que cuando se trate de arbitrajes referentes a controversias derivadas de contratos estatales será la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El Tribunal Supremo de Singapur en apelación en el caso *NCC International AB v. Alliance Concrete Singapore Pte Ltd*¹¹⁹ estableció que tiene jurisdicción concurrente con el tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares en los arbitrajes internacionales; el Tribunal Supremo, en caso de decretar una medida cautelar, evitará usurpar las funciones del tribunal arbitral y sólo ordenará las medidas cuando esto ayude, promueva y apoye el procedimiento arbitral. Sin importar cuál es el reglamento aplicado, la autoridad judicial intervendrá sólo con moderación y en circunstancias muy limitadas como en aquellos casos en que el tribunal arbitral no pueda constituirse lo suficientemente rápido, razón por la cual se requiere poderes coercitivos de la corte. El Tribunal

¹¹⁸ Gary B. Born. 2014. "The Principle of Judicial Non Interference in International Arbitral Proceedings." *Penn Law: Legal Scholarship Repository* 30 (4): 999–1033

¹¹⁹ *NCC International AB v. Alliance Concrete Singapore Pte Ltd*, 2 SLR(R) 565 (2008).

Supremo anotó que su intervención sería limitada por dos razones: primero, se da prioridad al tribunal arbitral para proporcionar medidas cautelares y el poder de la Corte es incidental al del tribunal, intervendrá sólo con moderación y en circunstancias limitadas, como cuando el tribunal no pueda constituirse lo suficientemente rápido para otorgar la medida cautelar solicitada; segundo, las funciones asignadas a la corte son meramente de apoyo.

De igual manera, en el *caso Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. v. Oceanlink Offshore III AS*¹²⁰ el Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela sostuvo que, si bien los tribunales arbitrales tienen el poder de decretar medidas cautelares conforme al acuerdo de arbitraje, la autoridad judicial también tiene la competencia para emitir las en apoyo del arbitraje, siempre y cuando el tribunal arbitral no pueda hacerlo, sin que ello implique una renuncia de manera tácita al acuerdo arbitral celebrado entre las partes. Sin embargo, el poder de la autoridad judicial se agota cuando el tribunal arbitral entra a conocer de la disputa, puesto que tendrá el poder de modificar o revocar las medidas previamente otorgadas por la autoridad judicial, dado que esta pudo haberlas emitido cuando el tribunal arbitral no se había constituido.

El último caso relevante es *Fisichella Motor Sport International S.p.a. v. Héctor*,¹²¹ en donde el Tribunal de Primera Instancia de Mollet de Vallés en España sostuvo que la autoridad judicial carecía de jurisdicción para ordenar medidas cautelares, ya que no tenía jurisdicción para conocer del fondo de la disputa. En el fallo del Tribunal de Apelaciones de Barcelona indicó que la existencia de un acuerdo de arbitraje no impide en ninguna medida que las partes soliciten una medida cautelar ante una autoridad judicial en ayuda del arbitraje, toda vez que esta solicitud se puede dar incluso antes del inicio del procedimiento. En conclusión, el Tribunal de Apelaciones concluyó que el poder de las autoridades judiciales es concurrente al del tribunal arbitral, el Tribunal de Mollet de Vallés tiene competencia para emitir medidas cautelares incluso si el procedimiento arbitral se desarrolla en Italia.

7.3 CAUCIÓN

¹²⁰ *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. v. Oceanlink Offshore III AS*, 09-0573 TC Ven (2010).

¹²¹ *Fisichella Motor Sport International SpA v. Héctor* (2010).

Las medidas cautelares pueden llegar a afectar los derechos de la contraparte¹²², es por esta razón que el tribunal arbitral puede pedirle al solicitante de la medida cautelar que otorgue una garantía como caución por los posibles daños y perjuicios que le puedan causar al demandado. La caución busca que si la medida cautelar resulta injustificada por quien la solicitó, se tendrá una indemnización para cubrir los posibles daños y perjuicios al afectado con la medida cautelar.¹²³

Con la caución como mecanismo de garantía en la medida cautelar se busca tener un sistema equitativo, equilibrado y conseguir una tutela judicial efectiva; en este sentido, quien se favorece con la medida cautelar debe prestar una caución a favor del demandado cautelar para cubrir los daños y perjuicios que se le causen en caso de que resulte vencedor.¹²⁴

Cada ordenamiento jurídico determinará cuánto es el monto de la caución y será la autoridad judicial competente de cada país la que fije lo que se pretende imponer para la medida cautelar, se hará un análisis de los eventuales daños y perjuicios, teniendo en cuenta los morales y patrimoniales. La caución supone una injerencia en el patrimonio jurídico de la persona sin que se haya producido una respuesta definitiva de lo que se espera en el proceso. El objetivo de la caución es de carácter indemnizatorio dado que busca reparar los daños que se llegaren a generar al demandado cautelar tras la adopción de la medida cautelar por parte del árbitro o juez. Esta caución buscará responder de manera rápida y efectiva los daños y perjuicios que se generen por la adopción de la medida cautelar que afectase el patrimonio del demandado.¹²⁵

La Ley Modelo y la Ley 1563 de 2012 otorgan poder discrecional al tribunal arbitral de solicitar una caución para las órdenes preliminares o medida cautelar. Respecto a la medida cautelar la solicitud de la caución es discrecional, teniendo en cuenta que el tribunal arbitral podrá solicitarla; mientras que frente a la orden preliminar es más enfática al señalar que exigirá al solicitante una caución, salvo que el tribunal señale que no es necesario. En consecuencia, la Ley Modelo y la

¹²² En el caso *ENRC Marketing AG v. OJSC 'Magnitogorsk Metallurgical Kombinat, 1371 FCA (2011)*, se estableció que bajo el poder inherente o implícito que le da la ley al tribunal arbitral para exigir una caución a la empresa en cuanto a los daños que se puedan ocasionar por las posibles órdenes o medidas cautelares.

¹²³ Ali Yesilirmak, "Chapter 5 - Arbitral Provisional Measures," in *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, vol. 12 (International Arbitration Law Library, 2005), 159–236, http://www.kluwerarbitration.com/book-toc.aspx?book=TOC_Yesilirmak_2005_V01.

¹²⁴ Rodríguez Mejía, "Ejecución de La Decisión Cautelar."

¹²⁵ Rodríguez Mejía.

Ley 1563 de 2012 en su redacción sugieren un enfoque más estricto para la orden preliminar que frente a la medida cautelar en lo referente a la caución que se ha de exigir.¹²⁶

Los reglamentos de arbitraje en Colombia, como el de la Cámara de Comercio de Bogotá en Artículo 3.17. numeral 6, le dan la potestad al tribunal arbitral de exigir del solicitante de la medida cautelar una respectiva caución respecto de la que se está otorgando. En caso tal de producirse un daño y perjuicio respecto a la medida cautelar que se otorgó, el solicitante será responsable de las costas y de los daños y perjuicios, siempre que el tribunal arbitral determine que la medida no debió haber sido otorgada.

7.3.1 CAUCIÓN Y EL JUEZ

La autoridad judicial está autorizada para considerar la concesión de una caución y quedará a discreción determinar el grado y nivel de garantía que considere apropiado en el caso en concreto. El Grupo de Trabajo pretendió que al generarse una caución sobre la medida cautelar se buscaba dar una garantía para cubrir los daños directos por imponer la medida cautelar en sí y los daños consecuentes que se pudiesen generar al afectado de la medida cautelar como resultado del decreto. En este sentido, en el 2006, el Grupo de Trabajo buscaba darle el mismo nivel de caución a las medidas cautelares como a las órdenes preliminares. Así pues, la respectiva caución puede ser una orden previa o posterior a la concesión de la medida cautelar u orden preliminar.¹²⁷

El artículo 88 de la Ley 1563 de 2012 hace una limitación respecto de cómo podrá ser la pronunciación de la autoridad judicial en lo referente a la caución de la medida cautelar u orden preliminar, en la cual sólo podrá pronunciarse sobre las cauciones cuando el tribunal arbitral en efecto no lo haya hecho, o cuando la caución sea necesaria para la protección de derechos de terceros respecto de los cuales el tribunal arbitral no haya hecho ningún pronunciamiento al respecto ni se haya tomado alguna decisión. En este mismo sentido, el artículo siguiente nos dice

¹²⁶ Luis Enrique Graham, “Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View from the UNCITRAL Arbitration Regime),” in *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference (Van Den Berg (Ed.); Jan 2009)*, Albert Jan (Kluwer Law International, 2009), 539–69.

¹²⁷ Holtzmann and Neuhaus, “UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A (Articles 17 – 17J) – as Amended. Interim Measures and Preliminary Orders.”

que es una causal para denegar las medidas cautelares por parte del tribunal arbitral cuando no se haya cumplido la decisión del tribunal sobre la prestación de la caución de la medida cautelar decretada.

La facultad de solicitar una garantía a la medida cautelar realmente no es totalmente exclusiva del tribunal arbitral, teniendo en cuenta que la autoridad judicial tiene la potestad de exigir al demandante de la medida cautelar una caución para evitar daños al demandado cautelar o a terceras personas que puedan resultar perjudicadas tras la concesión de la orden cautelar o preliminar. Para determinar si es procedente o no la orden de la respectiva caución, el tribunal deberá analizar y considerar la disponibilidad del demandante para responder a un reclamo de posibles daños y perjuicios por dicha lesión.¹²⁸

7.3.2 CAUCIÓN Y ÁRBITRO

Tanto la Ley Modelo como la Ley 1563 de 2012 estipulan la exigencia de una caución por parte del tribunal arbitral como mecanismo de garantía. Para comenzar, el artículo 17 E de la Ley Modelo establece que el tribunal arbitral podrá exigirle al demandante cautelar de la medida cautelar que preste una garantía respecto de la medida solicitada; de igual manera podrá solicitarle una caución al peticionario de una orden preliminar.

El Grupo de Trabajo no consideró que haya un tope o cuantía límite de la caución; en el desarrollo de las enmiendas de 2006 tuvo un cuestionamiento en lo referente en el caso en que se le impugne la competencia y jurisdicción del tribunal arbitral; ¿qué sucedería con la viabilidad y la caución de la medida cautelar?¹²⁹

¹²⁸ Holtzmann and Neuhaus.

¹²⁹ Veeder, *The Need for Cross-Border Enforcement of Interim Measures Ordered by a State Court In Support of the International Arbitral Process*.

8. INTERVENCIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA

El árbitro de emergencia es una figura que se utiliza en casos de urgencia específicamente para decretar medidas cautelares en aquellas circunstancias en donde las partes no pueden esperar a la constitución del tribunal arbitral, razón por la cual acuden a un árbitro de emergencia para que por medio de una orden rápida y expedita decida sobre la medida cautelar. Hay muchas instituciones que prevén la figura del árbitro de emergencia dentro de sus reglamentos, sin embargo, los más importantes son la Cámara de Comercio Internacional –ICC–, Netherlands Arbitration Institute –NAI–, Swiss Chambers’ Arbitration Institute –SCAI–, Stockholm Chamber of Commerce –SCC–, American Arbitration Association –AAA–, Hong Kong International Arbitration Centre –HKIAC–, Singapore International Arbitration Centre –SIAC– y UNCITRAL.

La aplicación de las medidas cautelares ordenadas por un árbitro de emergencia tiene plena eficacia puesto que es un árbitro con poderes temporales que sólo actúa en caso de urgencia. Como se ha establecido en capítulos anteriores, la decisión de un árbitro sobre las medidas cautelares puede estar reflejado en un laudo o no, por ende, las medidas cautelares realizadas por un árbitro de emergencia deben estar sujetas al reconocimiento y ejecución de la misma manera que las decisiones de un tribunal arbitral.¹³⁰

La figura del árbitro de emergencia ha sido presentada para evitar que una parte que necesita una medida cautelar de carácter urgente recurra a la autoridad judicial, sino que simplemente acuda a un árbitro de emergencia dentro de la misma institución para que decrete la medida.

No todas las autoridades judiciales están equipadas con jueces especializados para que conozcan de un tema para decretar y resolver de la solicitud de la medida cautelar, por ende, presentar una solicitud de una medida cautelar ante un juez que no es consciente de la importancia de cierta medida puede generar problemas, por esta razón es que las instituciones arbitrales han dado la posibilidad de un árbitro de emergencia especializado en el área de la disputa. Autores como Yesilirmak señalan que solicitar la medida cautelar a una autoridad judicial es pedirle a una

¹³⁰ Gary B. Born. 2014. “Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration.” In *International Commercial Arbitration*, Second Edi, 2424–2563. Kluwer Law International.

parte hacer algo que no quiere, toda vez que éstas han decidido someter su controversia a arbitraje por múltiples razones.¹³¹

Según Rania Alnaber, ver al árbitro de emergencia y a la autoridad judicial como autoridades idénticas es difícil, puesto que las facultades y funciones del árbitro de emergencia son similares a las que tiene un tribunal arbitral en relación con el decreto de las medidas cautelares, sin embargo, la función del árbitro de emergencia es apoyar de manera transitoria para la emisión de las medidas para lograr la efectividad del laudo final.¹³²

8.1. EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA

La exigibilidad de la decisión acerca de las medidas cautelares por parte de los árbitros de emergencia no está en duda, las medidas cautelares se pueden cumplir conforme a lo establecido en la Ley 1563 de 2012 y Ley Modelo para el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares (explicado en el acápite 9 y 10). La decisión del árbitro de emergencia no es final, sino provisional, dado que será posteriormente analizada por parte del tribunal arbitral.

La mayoría de las legislaciones no reconocen explícitamente la figura del árbitro de emergencia, ya que son los reglamentos de las distintas instituciones los que reconocen éste tipo de opción. A pesar de esto, esta figura del árbitro de emergencia puede aplicarse bajo el análisis de que las medidas cautelares dictadas por ellos tienen el mismo propósito que las dictadas por el tribunal arbitral.

En el caso *Avitel Post Studioz Ltd v. HSBC PI Holdings (Mauritius) Ltd*¹³³, HSBC PI Holding solicitó ante un árbitro de emergencia el decreto de unas medidas cautelares acorde al reglamento del SIAC en Singapur, en donde se ordenaba congelar las cuentas y activos de Avitel Post Studioz Ltd. El Tribunal Superior de Bombay buscó hacer cumplir la medida cautelar emitida por el árbitro

¹³¹ Alnaber, Rania. 2019. “Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement.” *Arbitration International* 35 (4): 419–39. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiz021>.

¹³² Alnaber, Rania. 2019. “Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement.” *Arbitration International* 35 (4): 419–39. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiz021>.

¹³³ *Avitel Post Studioz Ltd v. HSBC PI Holdings (Mauritius) Ltd*, 155 High Court Of Judicature At Bombay (2016)

de emergencia en favor de HSBC conforme al reglamento del SIAC en Singapur y que pueda ser ejecutada en otras partes del mundo.

Otro caso relevante fue *Chinmax Medical Systems Inc v. Alere San Diego*¹³⁴ en donde Chinmax era distribuidor de dispositivos médicos fabricados por Alere San Diego, en la presente ocasión, Alere San Diego afirmó que Chinmax había incumplido el acuerdo de distribución. Alere San Diego presentó ante un árbitro de emergencia una solicitud de medida cautelar ante un árbitro de emergencia de conformidad al Reglamento ICDR. Dicha medida cautelar ante el árbitro de emergencia buscaba garantizar que Chinmax renovara de manera oportuna el registro del producto, entregara un depósito de garantía, transmitir copias de las solicitudes del registro de los productos o la renovación de los mismos. En esta ocasión, Chinmax se opuso a la petición alegando que el árbitro de emergencia no tenía la jurisdicción para emitir una medida cautelar teniendo en cuenta que el acuerdo arbitral sólo facultaba al tribunal arbitral. El Tribunal de Distrito de Estados Unidos del Distrito de California negó la solicitud de Chinmax y aceptó la medida cautelar decretada por el árbitro de emergencia.

El último caso es el caso *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*¹³⁵ (explicado también en el acápite 6.1), en el cual en el 2009 Microsoft y Yahoo realizaron un acuerdo para juntar su capacidad de búsqueda internacional a través de internet con el fin de competir con Google. Las partes originalmente acordaron que en el 2011 comenzaría la implementación del acuerdo en Taiwán y Hong Kong, sin embargo, por problemas técnicos se produjeron múltiples retrasos. En el 2013 la transacción estaba lista para comenzar, no obstante, en septiembre de dicho año Yahoo! informó a Microsoft que la transacción no estaba siendo realizada puesto que tocaba esperar a la implementación en Taiwan y Hong Kong, la cual se realizaría a principios de 2014. Microsoft consideró que la actuación de Yahoo! con el programa de búsqueda era una violación al acuerdo entre las partes. Microsoft solicitó ante un árbitro de emergencia ante la AAA una medida cautelar en donde se le ordenaba a Yahoo! que hiciera todo lo posible para completar la transacción de Taiwán antes de noviembre 2013 y Hong Honk antes de noviembre del mismo año. En esta

¹³⁴ *Chinmax Medical Systems Inc v. Alere San Diego*, 10 CV 2467 WQH (NLS) (2010).

¹³⁵ *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*, 13 CV 7237 US SDNY (2013).

ocasión, el árbitro de emergencia decretó y concedió la solicitud de Microsoft de medidas cautelares, toda vez que Yahoo! había violado el acuerdo entre las partes.

8.1. ÁRBITRO DE EMERGENCIA Y LA JURISDICCIÓN CONCURRENTE

Como se explicó en capítulos anteriores, la jurisdicción concurrente hace alusión a la jurisdicción que tienen las autoridades judiciales en donde implícitamente pueden ordenar medidas cautelares, sin embargo, las partes en el acuerdo de arbitraje pueden excluir a los árbitros de la facultad de decretar medidas cautelares sin que esto implique violar el acuerdo arbitral. Una exclusión similar ocurre cuando las partes utilizan el mecanismo del árbitro de emergencia ante las instituciones de arbitraje.

Estas medidas cautelares con los árbitros de emergencia se realizan con el fin de tomar medidas necesarias que sean de carácter urgente, sin que delibere sobre los méritos de la disputa. En este caso, el árbitro será responsable de cualquier pérdida o daño causado tras la emisión de la medida cautelar. Según Fouchard, Gaillard y Goldman¹³⁶, cuando se establece una cláusula de arbitraje con un árbitro de emergencia, las partes renuncian a los derechos de solicitar medidas cautelares ante las autoridades judiciales en la jurisdicción que se encuentre el arbitraje o donde se encuentre el árbitro de emergencia. Esta estipulación es legítima y puede ser entendida como la intención de las partes de acudir a un árbitro para decretar las medidas cautelares según lo estipulado en las Reglas, toda vez que las partes han optado por acudir a procedimientos acelerados.

Conforme a lo visto anteriormente, los árbitros de emergencia tienen la autoridad para ordenar medidas cautelares teniendo en cuenta que están facultados por una cláusula de arbitraje, sin embargo, carecen de poderes coercitivos para obligar a las partes a cumplir con una decisión, razón por la cual se puede solicitar ante la autoridad judicial para que las ejecute. La exigibilidad de las medidas cautelares ordenadas por un árbitro de emergencia depende en gran medida de las leyes de arbitraje de la sede en que se solicita la ejecución. En la actualidad algunas autoridades

¹³⁶ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, and Berthold Goldman. 1999.

judiciales han aceptado los laudos provisionales de las medidas decretadas por el árbitro de emergencia, mientras que otros lo han negado toda vez que no son vinculantes.¹³⁷

8.2 CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES CON ÁRBITROS DE EMERGENCIA

En principio se pueden otorgar medidas cautelares urgentes con la existencia de dos condiciones específicas en el arbitraje: la primera es que el tribunal arbitral aún no se haya constituido y la segunda hace alusión a que debe existir una urgencia en la solicitud de esa medida.

8.2.1 EL TRIBUNAL NO SE HA CONSTITUIDO:

El árbitro de emergencia puede otorgar una medida cautelar de carácter urgente, a pesar de existir un acuerdo arbitral, siempre que el tribunal arbitral no se haya constituido. Sin embargo, la decisión sobre esta medida será restrictiva y no podría interpretarse como un permiso sobre todo el arbitraje. La condición de que el tribunal arbitral no se haya constituido es razón suficiente para justificar que sea el árbitro de emergencia quién bajo una decisión rápida expida la medida cautelar.¹³⁸

En el caso *SVM Holding, S.A. v. NEXUS Maritime Service GMBH*¹³⁹ el árbitro de emergencia, conforme a las reglas PILA de arbitraje con sede en Suiza, se pronunció sobre la solicitud por parte de *SVM Holding, S.A.* respecto a la orden preliminar al igual que la medida cautelar de carácter urgente. Bajo las reglas de arbitraje del PILA, los árbitros de emergencia pueden ordenar medidas cautelares que consideren apropiadas en relación con el procedimiento arbitral. Sin embargo, según el árbitro Dr. Diana Akikol, el poder del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares es limitado, toda vez que carece de competencia para decretar medidas contra bancos, registros de barcos, embargos a cuentas bancarias y no tiene poder coercitivo sobre terceros, ya que se limita

¹³⁷ Cavalieros, Philippe; Kim, Janet (Hyun Jeong). 2018. "Emergency Arbitrators Versus the Courts: From Concurrent Jurisdiction to Practical Considerations." *Journal of International Arbitration* 35 (3): 275–306.

¹³⁸ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, and Berthold Goldman. 1999.

¹³⁹ *SVM Holding, S.A. v. NEXUS Maritime Service GMBH*, 4:15-cv-02581 US District Court for the Southern District of Texas (2015).

a las partes del acuerdo arbitral; así mismo, la concesión de un embargo conforme a la ley suiza es una prerrogativa de carácter exclusiva de las autoridades judiciales. En conclusión, en este caso, el árbitro de emergencia no pudo decretar los embargos ni tampoco medidas contra los terceros.

8.2.2 HAYA UNA URGENCIA PARA EL DECRETO DE LA MEDIDA CAUTELAR:

El segundo criterio importante para que se pueda ordenar esta medida cautelar es que sea urgente su decreto, razón por la cual no se pueda esperar a la constitución del tribunal arbitral, sin que por la decisión sobre la urgencia de la medida implique que el correspondiente árbitro de emergencia tenga competencia para conocer sobre los méritos de la controversia. Ante una ausencia de urgencia, se podría solicitar e impedir que los árbitros de emergencia se pronuncien sobre su solicitud.¹⁴⁰

La mayoría de los árbitros de emergencia al analizar la urgencia de la medida cautelar, exigen que la parte que la solicita demuestre que existen los siguientes requisitos: un riesgo de un daño grave o irreparable para el solicitante; una urgencia, es decir que la parte no podrá esperar a la constitución del tribunal arbitral para su decreto; y que la misma no prejuzgue los méritos de lo que se espera resolver en la disputa arbitral.¹⁴¹ En este sentido, para que se otorguen medidas cautelares por parte de un árbitro de emergencia, las partes que solicitan la medida cautelar deberán demostrar que existe una urgencia que no puede esperar hasta la constitución del tribunal arbitral por los riesgos de daños irreparables o graves.¹⁴²

8.3 REGLAMENTOS Y EL ARBITRO DE EMERGENCIA

Como se estableció anteriormente, muchas instituciones arbitrales que han liderado a través del mundo al introducir procedimientos referentes al árbitro de emergencia en las reglas de arbitraje, los cuales buscan que se obtenga una medida urgente antes de la conformación del

¹⁴⁰ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, and Berthold Goldman. 1999.

¹⁴¹ Gary B. Born. 2014. "Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration." In *International Commercial Arbitration*, Second Edi, 2424–2563. Kluwer Law International.

¹⁴² Cavalieros, Philippe; Kim, Janet (Hyun Jeong). 2018. "Emergency Arbitrators Versus the Courts: From Concurrent Jurisdiction to Practical Considerations." *Journal of International Arbitration* 35 (3): 275–306.

tribunal arbitral. El árbitro de emergencia es designado por la respectiva institución ante la cual se va a desarrollar el procedimiento arbitral, para que decida las solicitudes de las partes sobre las medidas cautelares, ya que no pueden esperar a la constitución del tribunal arbitral.¹⁴³

Una de las primeras instituciones arbitrales en mejorar el concepto de árbitro de emergencia fue la *International Centre For Dispute Resolution* (la cual hace parte de la AAA) como parte de sus normas en el año 2006. Por medio de esta regulación se estableció que en ausencia de un acuerdo en contrario, una parte puede solicitar ante la respectiva institución el nombramiento de un árbitro de emergencia antes de la constitución del tribunal para que ordene o deniegue una medida cautelar de emergencia, la cual podrá estar sujeta a revisión del tribunal arbitral una vez constituido.

Posteriormente, en el 2012 la CCI adoptó un enfoque similar al establecido previamente, en donde las partes no pueden esperar a la constitución del tribunal arbitral para que adopten y decreten una medida cautelar, por esta razón se acude al árbitro de emergencia para que decrete las medidas; sin embargo, el tribunal arbitral una vez constituido puede dejar sin efecto o anular la orden hecha por el árbitro de emergencia.¹⁴⁴

En este sentido, el artículo 29 del Reglamento de la CCI señala la posibilidad de que el árbitro de emergencia adopte medidas cautelares de emergencia cuando sean urgentes y no se pueda esperar hasta la constitución del tribunal arbitral. Aun cuando esta decisión venga de un árbitro de emergencia, las partes se comprometen a aceptar dicha orden dictada por este árbitro. Así mismo, la solicitud de la medida cautelar se aceptará si es recibida por la Secretaría antes de la transmisión del archivo al tribunal arbitral, independientemente si ya se ha presentado la solicitud de arbitraje. No obstante lo anterior, una vez constituido el tribunal arbitral, éste tendrá la facultad de modificar, revocar o anular la orden de la medida cautelar que haya realizado el árbitro de emergencia; de

¹⁴³ Rogers, James, Harriet Jones-Fenleigh, and Adam Sanitt. 2018. "International Arbitration Report." *Norton Rose - International Arbitration Report*, no. 10: 17–19. <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/71e0aa1e/online-dispute-resolution-and-electronic-hearings>

¹⁴⁴ Gary B. Born, "Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration."

igual manera, la disposición del árbitro de emergencia para otorgar medidas cautelares no impide que la parte pueda solicitar medidas cautelares urgentes a una autoridad judicial.

En este mismo sentido, el artículo 38 del Reglamento de la AAA establece que la institución designará a un árbitro de emergencia para decidir sobre las solicitudes de emergencia como las medidas cautelares de urgencia. Sin embargo, una vez esté constituido el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia no tendrá el poder de actuar, dado que cualquier solicitud desde aquel momento estará dirigida al tribunal ya constituido.

En el caso *Rubis Caribbean Holdings Inc. v. BE TAG Holding, Limited*¹⁴⁵ se estipuló que el árbitro podría tomar las medidas cautelares que considere necesarias, cuyo fin sea la protección o conservación de la propiedad o de los productos perecederos. Adicionalmente, se estableció que una parte que necesite ayuda de emergencia antes de la constitución del tribunal arbitral, podrá notificar a la AAA para que designe un solo arbitro de emergencia y explique la necesidad de la medida cautelar ante una posible pérdida o daño inmediato e irreparable.

Por otro lado, las Reglas de Arbitraje del año 2014 del *London Court of International Arbitration* –LCIA– en su artículo 9.14 hacen referencia al árbitro de emergencia, en la que una parte antes de la formación del tribunal arbitral podrá solicitar a la institución la designación inmediata de un arbitro único temporal para el decreto de la medida cautelar. Dicha solicitud deberá realizarse tan pronto como sea posible pero la expedición de la medida cautelar por parte del árbitro de emergencia deberá realizarse a más tardar a los 14 días desde el nombramiento.

Así pues, los distintos reglamentos planteados anteriormente establecen la figura del árbitro de emergencia en las que se prevé que las partes no pueden esperar a la constitución de un tribunal arbitral para el decreto de la medida cautelar de carácter urgente, por esta razón es que acuden a las distintas instituciones que van a regir el arbitraje que ha sido pactado por las partes, para que se nombre un árbitro de emergencia que tenga la potestad de ordenar una medida cautelar mientras se da la constitución del tribunal arbitral. Sin embargo, la orden emitida por el árbitro de emergencia no limita la competencia del tribunal arbitral, ya que una vez el tribunal esté

¹⁴⁵ *Rubis Caribbean Holdings Inc. v. BE TAG Holding, Limited*, 15 CV 24369 US S.D. Fla. (2015).

constituido éste tendrá la competencia para analizar si modifica o anula la medida cautelar otorgada en aquel momento.

Haciendo una lectura a los distintos reglamentos de arbitraje comercial internacional, se ve que Colombia tiene un déficit en la figura del árbitro de emergencia para situaciones como la medida cautelar. A diferencia de reglamentos como el de la CCI, la Cámara de Comercio de Bogotá y otros reglamentos del país no estipulan la figura de árbitro de emergencia, en lo que se refleja que es una ventaja importante en los reglamentos internacionales. En este sentido, es importante que en la normativa colombiana se reglamenten preceptos concernientes al árbitro de emergencia. A modo de explicación, antes de la introducción de las Reglas de la CCI de 2012 en la que trae a colación las solicitudes pre arbitrales de las medidas cautelares, con esto se hace que las partes eviten acudir a los tribunales nacionales para resolver la respectiva solicitud. Con esta modificación de las Reglas de CCI se da la posibilidad de que sea el árbitro de emergencia quien otorgue la medida cautelar cuando el tribunal aún no se ha constituido. En este sentido, establecer este parámetro en los reglamentos de arbitraje en Colombia, ayudaría a que no se acuda a la autoridad judicial, sino que se acuda a la figura del árbitro de emergencia y se acida a la autoridad judicial de manera residual.

9. RECONOCIMIENTO O EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La Ley Modelo y la Ley 1563 de 2012 prevén la posibilidad de que las partes que busquen el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares que han sido decretadas por el tribunal arbitral, no tratando estas medidas como laudos arbitrales sino como un mecanismo de aplicación *sui generis*.

Para comenzar, vale la pena establecer la diferencia entre reconocimiento, ejecución, anulación y denegación de la medida cautelar. En la ley colombiana, anteriormente con el Código de Procedimiento Civil, se hablaba de exequátur el cual comprendía el reconocimiento y la ejecución; sin embargo, con el Código General del Proceso y la Ley 1563 de 2012 se habla de reconocimiento y ejecución.

Conforme lo anterior, el reconocimiento de la medida cautelar puede surtir efectos en Colombia sin necesidad de acudir al aparato judicial colombiano, en este sentido, la Ley 1563 de 2012 dice que toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será reconocida sin necesidad de un procedimiento alguno; mientras que en la ejecución, la misma ley establece que se requiere el uso del aparato judicial colombiano, por ende, se solicita la ejecución ante la autoridad judicial.

Por lo tanto, una medida cautelar ejecutada en Colombia necesariamente e implícitamente está reconocida con anterioridad, sin embargo, una medida puede estar reconocida pero no estar ejecutada dado que no se acudió al aparato judicial para ello. En este sentido, toda medida cautelar ejecutada está reconocida, no obstante, puede haber reconocimiento sin ejecución. Sobre el particular, el artículo 88 del Estatuto Arbitral dispone *“Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido decretada”*.

Por otro lado, nuestro Estatuto Arbitral no prevé la anulación de la medida cautelar, sino la anulación del laudo arbitral.

Por último, en la denegación, la autoridad judicial no reconoce los efectos ni ejecuta la medida cautelar que fue proferida en el extranjero.

Las enmiendas de la Ley Modelo en el 2006 adoptaron un régimen de ejecución de las medidas cautelares emitidas por los tribunales arbitrales, lo mismo lo estableció la Ley 1563 de 2012 en donde toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de un procedimiento de reconocimiento, salvo que se disponga otra cosa. La parte que solicite ante la autoridad judicial el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar deberá informar cualquier revocación, suspensión o modificación que ésta disponga al tribunal arbitral.¹⁴⁶

Conforme a los artículos de las medidas cautelares y órdenes preliminares de la Ley Modelo, se estableció que las medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral pueden ser sujetas de reconocimiento y ejecución por parte de una autoridad judicial, pero esto no sucede igual para las órdenes preliminares. El Grupo de Trabajo hizo énfasis en este precepto de la ejecución de la medida cautelar puesto que puede ser en la práctica tan importante sobre la ejecución de un laudo final que analiza el fondo de una disputa.¹⁴⁷

Como se explicó anteriormente, las enmiendas de 2006 de la Ley Modelo al igual que la Ley 1563 de 2012 prevén expresamente la aplicación de las medidas cautelares fuera de la sede de arbitraje. En este sentido, el artículo 35 de la Ley Modelo dice que una medida cautelar, *mutatis mutandis*, cualquiera sea el país en la que se haya dictado, será reconocida como vinculante, tras la presentación por escrito de la petición ante una autoridad judicial competente para que la ejecute de conformidad con la disposiciones de este artículo, siempre que no esté inmerso en alguna de las causales de denegación de las medidas cautelares.

Ahora bien, el artículo 88 de la Ley 1563 de 2012 establece que toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante sin necesidad de un procedimiento para su reconocimiento, salvo que se requiera la ejecución ante la autoridad judicial, en la que se procederá

¹⁴⁶ Gary B. Born. 2014. “Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration.” In *International Commercial Arbitration*, Second Edi, 2424–2563. Kluwer Law International.

¹⁴⁷ Gary B. Born, “Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration.”

a realizar la ejecución de la medida cautelar decretada pero no deberá ir en contra de las causales de denegación de las medidas cautelares (explicadas en el acápite 10). La parte que solicita la ejecución ante la autoridad judicial, deberá informar cualquier revocación, suspensión o modificación de la medida cautelar que disponga el tribunal arbitral, so pena de rechazo.

Los artículos 17 H y 17 I de la Ley Modelo hacen alusión al reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares al igual que su denegación, cuyos artículos se inspiraron en los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo; ya que, como se explicó anteriormente, los artículos de la medida cautelar se aplican *mutatis mutandis* a los de reconocimiento y anulación de laudo arbitral. Una medida cautelar puede ser reconocida y ejecutada en múltiples jurisdicciones. Respecto a la orden preliminar, son vinculantes para las partes pero no exigibles en un tribunal arbitral o autoridad judicial.¹⁴⁸

Una gran diferencia entre la orden preliminar y la medida cautelar es que sólo la segunda es sujeta de reconocimiento y ejecución por parte de una autoridad judicial, aún así, las ordenes preliminares son obligatorias y vinculantes para las partes pero no pueden llevarse ante una autoridad judicial para su cumplimiento. Como último aspecto a destacar, la Ley Modelo indica que la orden preliminar no constituye un laudo, por ende, esto asegura que la decisión del tribunal arbitral no está sujeta a la ejecución de una autoridad judicial.¹⁴⁹

La autoridad judicial en donde se esté solicitando el reconocimiento y la ejecución de la medida cautelar, al tomar una consideración, no deberá realizar una revisión sustancial de la medida cautelar ni mucho menos analizar el fondo de la controversia. Con ello se busca que en la etapa de ejecución de la medida cautelar, la competencia del tribunal o autoridad judicial que analiza esta

¹⁴⁸ Holtzmann, Howard M., and Joseph E. Neuhaus. 2015. "UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A (Articles 17 – 17J) – as Amended. Interim Measures and Preliminary Orders." In *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, 159–586. Kluwer Law International.

¹⁴⁹ Graham, Luis Enrique. 2009. "Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View from the UNCITRAL Arbitration Regime)." *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference (Van Den Berg (Ed.); Jan 2009)*, no. 14: 539–69.

medida cautelar no se extienda al fondo del asunto, ya que esto está dentro de la competencia del tribunal arbitral.¹⁵⁰

Algunas autoridades judiciales, como la Corte del Distrito de Connecticut en Estados Unidos en el caso *Pearl Seas Cruises, LLC v. Irving Shipbuilding, Inc.*¹⁵¹, sostienen que la revisión que se hace respecto del reconocimiento y ejecución de la medida cautelar deberá ser menos rigurosa que la de un laudo final.

En el mismo sentido, en el caso *Coal India Limited v. Canadian Commercial Corporation*,¹⁵² se analizó que hay operaciones extraterritoriales en donde se necesita una cooperación de otras jurisdicciones para el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares. Así pues, “*para que una orden sea efectiva, la parte que busca la ejecución de esta medida cautelar debe acercarse a la autoridad competente de un país que podría hacer que la medida cautelar sea real*”¹⁵³, la autoridad judicial competente a la que se debe recurrir por lo general es la del país en donde la otra parte tiene sus activos o el país en donde la contraparte tiene nexos con el desempeño del trabajo.

De igual manera, en el caso *Raffles Design International India Private Limited v. Educomp Professional Education Limited*¹⁵⁴ el Tribunal Superior de Delhi estableció que el tribunal arbitral tendrá el mismo poder de decretar medidas cautelares en relación con los procedimientos arbitrales, independientemente de la sede del procedimiento arbitral. Los procedimientos arbitrales se rigen normalmente por la ley aplicable en la sede del arbitraje, no obstante, este concepto se puede ampliar en caso que el tribunal arbitral emita una medida cautelar para ser ejecutada fuera del Estado en donde se está desarrollando el arbitraje. En este sentido, los tribunales arbitrales pueden emitir medidas cautelares para que se ejecuten fuera del Estado de la sede.

¹⁵⁰ Graham, Luis Enrique. 2009. “Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View from the UNCITRAL Arbitration Regime).” *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference (Van Den Berg (Ed.); Jan 2009)*, no. 14: 539–69.

¹⁵¹ *Pearl Seas Cruises, LLC v. Irving Shipbuilding, Inc.*, 11 CV 201 US D. Conn. (2011).

¹⁵² *Coal India Limited v. Canadian Commercial Corporation*, 172 High Court Of Judicature At Calcutta (2002).

¹⁵³ India No. 47, *Coal India Limited v. Canadian Commercial Corporation*, High Court of Calcutta (Kolkata), AP No. 172 of 2002, 20 March 2012. 2012 1–39.

¹⁵⁴ *Raffles Design International India Private Limited v. Educomp Professional Education Limited*, 234 DLT 349 (2016).

Por último, en *Company A and Others v. Company B and Others*¹⁵⁵, la parte A había solicitado una medida cautelar en el arbitraje con sede en Singapur, dicha medida cautelar hacía alusión a la prohibición de vender, prometer, cobrar o deshacerse de sus acciones. La parte afectada por la medida cautelar estableció que la Corte Suprema de Hong Kong no tenía competencia para ejecutar la medida cautelar decretada por el tribunal arbitral. La Corte Suprema de Hong Kong estableció que las medidas cautelares decretadas por el tribunal arbitral pueden ser ejecutadas en Hong Kong siempre y cuando la medida esté en relación con el procedimiento arbitral.

¹⁵⁵ *Company A and Others v. Company B and Others*, 3575 HKCU (2018).

10. CAUSALES DE NO EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 89 de la Ley 1563 de 2012 indica los motivos para denegar la ejecución de las medidas cautelares que hayan sido decretadas por el tribunal arbitral. La autoridad judicial sólo podrá denegar la ejecución de una medida cautelar en casos específicos estipulados taxativamente en el artículo mencionado; dichas causales, *mutatis mutandis*, son las mismas que las causales que establece la ley para la denegación del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. En este caso, la autoridad judicial sólo podrá pronunciarse respecto de los motivos enunciados en el artículo mencionado, es decir sólo se pronunciará sobre la existencia de las causales y no sobre el contenido de la medida cautelar.

Las causales de denegación de las medidas cautelares están en el artículo 89 de la Ley 1563 de 2012 y en el artículo 17 I de la Ley Modelo¹⁵⁶ en donde traen una enumeración de los motivos por los cuales una autoridad judicial sólo puede denegar o hacer cumplir una medida cautelar conforme a las causales ahí expuestas. Los motivos de denegación de las medidas cautelares están divididos en dos categorías: la primera, los motivos invocados por la parte; y la segunda, los motivos que puede conocer la autoridad judicial de oficio. Conforme al Grupo de Trabajo, las causales de denegación de medidas cautelares son las que se establecen ahí en la Ley con el objetivo de “*limitar el número de circunstancias en las que el tribunal puede negarse a aplicar una medida cautelar*”.¹⁵⁷

El Grupo de Trabajo al realizar las enmiendas de la Ley Modelo en el 2006 y analizar los motivos para denegar la ejecución de la medida cautelar emitida por el tribunal arbitral, observó que se buscaba acercarse a los motivos de los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo y del artículo V de

¹⁵⁶ En el caso *Cape Lambert Resources Ltd & Mt Anketell Pty Ltd. v. MCC Australia Sanjin Mining Pty Ltd, MCC Mining (Western Australia) Pty Ltd & Metallurgical Corporation of China Ltd., CACV 98 (2012)*. *Supreme Court of Western Australia (Court of Appeal)*, el Tribunal Supremo de Australia como Tribunal de Apelaciones estableció que se hace un análisis donde se señala que el poder concurrente entre el tribunal arbitral y la autoridad judicial no es incompatible con el acuerdo de arbitraje, la solicitud por una parte antes o durante un procedimiento arbitral para que una autoridad decreta u otorgue una medida cautelar u orden preliminar no es incompatible y se entenderá como vinculante, a menos que el tribunal arbitral disponga lo contrario, toda vez que éste puede negarse a reconocer o hacer cumplir la medida cautelar por los motivos expuestos en los artículos 17 I de la Ley Modelo, como causales de denegación de la medida cautelar.

¹⁵⁷ Holtzmann et al., *A Guide To The 2006 Amendments To The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*.

la CNY referente a laudos arbitrales. Se estableció que, en vez de volver a redactar los artículos de denegación de las medidas cautelares, era mejor dirigirse y aplicar los artículos de reconocimiento, ejecución y denegación de laudo arbitral para las medidas cautelares, toda vez que ofrecía una redacción más concisa, al igual que limitaba el riesgo. Sin embargo, es importante establecer que la diferencia entre la ejecución del laudo arbitral y la medida cautelar es que en ésta última el tribunal arbitral las emite sin apreciación completa de las circunstancias de la disputa, con el fin de proteger a la parte contra quien se ordenó la medida y para proteger lo que se espera resolver en la controversia arbitral.¹⁵⁸

Como se ha establecido anteriormente, las causales de denegación de las medidas cautelares se podrán interpretar *mutatis mutandis* con las causales establecidas para la denegación de laudos arbitrales. Por ende, a pesar de que la CNY ni la Convención de Panamá hablan de las causales para medidas cautelares, sí establecen unos estándares unificados de causales de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales sin importar el país de la sede. En este sentido, las causales ahí establecidas para reconocimiento o ejecución no podrán ser más rigurosas ni con costos más elevados a los que se establezcan en la respectiva convención.¹⁵⁹ Pueden existir circunstancias en las que el tribunal arbitral decreta medidas cautelares, sin embargo, las mismas sean contrarias a lo que dispone la sede de la ejecución, razón por la cual la autoridad judicial de ese foro deberá analizar las circunstancias para la denegación de dicha medida.¹⁶⁰

Las causales para denegar el reconocimiento o la ejecución de las medidas cautelares se dividen en dos categorías: la primera, los motivos a solicitud de parte, los cuales hacen referencia a que el acuerdo de arbitraje no existe o no es válido; falta de notificación; la decisión no está prevista en el acuerdo arbitral; la composición del tribunal arbitral o el procedimiento no se ajustó al acuerdo; no se ha cumplido con la caución de la medida cautelar decretada; o la medida haya sido revocada

¹⁵⁸ Holtzmann, Howard M., and Joseph E. Neuhaus. 2015. "UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A (Articles 17 – 17J) – as Amended. Interim Measures and Preliminary Orders." In *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, 159–586. Kluwer Law International.

¹⁵⁹ Lahlou, Yasmine, Andrew Poplinger, and Gretta Walters. 2018. "Chapter 10: Substantive Barriers to Recognition and Enforcement of Foreign Awards under Article V (2) of New York and Panama Conventions Bibliographic Reference." In *Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Judgments in New York*, edited by Kluwer Law International, 153–72. Kluwer Law International.

¹⁶⁰ Gary B. Born. 2014. "Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration." In *International Commercial Arbitration*, Second Ed., 2424–2563. Kluwer Law International.

o suspendida, en segundo lugar, están los motivos que de oficio la autoridad judicial puede conocer por sí solo: cuando el objeto o materia del proceso no es susceptible de arbitraje; o hay una violación al orden público internacional. En los próximos apartes se explicarán las distintas causales por las que una autoridad judicial puede denegar el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares.¹⁶¹

10.1 ACUERDO DE ARBITRAJE NO EXISTE O NO ES VÁLIDO

La primera causal de denegación de la medida cautelar conforme al artículo 89 de la Ley 1563 de 2012 y el artículo 17 I remitiéndose al artículo 36 referente a los motivos para denegar el reconocimiento de laudo arbitral, *mutatis mutandis*, nos dice que se podrá denegar la medida cautelar cuando el acuerdo de arbitraje esté afectado por una incapacidad; o no sea válido conforme a la ley a la que las partes lo han sometido, o en virtud de la ley del país en que se haya decretado la medida.

Conforme a lo anterior, la mayoría de los estatutos de arbitraje permiten que se deniegue el reconocimiento de medidas cautelares cuando no haya un acuerdo de arbitraje válido entre las partes en el arbitraje. Es elemental que en el arbitraje la cláusula arbitral conste por escrito; no habrá tribunal arbitral, a menos que las partes hayan acordado válidamente arbitrar una disputa.¹⁶²

Así pues, bajo la primera circunstancia para denegar el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar conforme al Artículo 36 (1)(a)(i), el Grupo de Trabajo concluyó que era mejor hacer referencia a los artículos de denegación de laudos arbitrales finales para que se interpretaran de manera uniforme. Al realizar los debates de la redacción de esta causal, se sugirió que debería eliminarse porque invita a la autoridad judicial a preguntar sobre la jurisdicción del tribunal arbitral, lo cual podría generar una decisión prematura respecto del acuerdo arbitral; no obstante, esta propuesta fue rechazada toda vez que la decisión del tribunal arbitral está basada en la

¹⁶¹ Holtzmann, Howard M., and Joseph Neuhaus. 2015. "A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary." *Kluwer Law International*, 1159–1237.

¹⁶² Born, Gary. 2014. "Chapter 26 : Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards." In *International Commercial Arbitration*, Second Edi, 3394–3731. Kluwer Law International.

prevención del riesgo y la decisión de la denegación por parte de la autoridad judicial bajo esta causal no resuelve finalmente la competencia del tribunal arbitral.¹⁶³

Los árbitros no pueden decretar medidas cautelares cuando no exista un acuerdo arbitral entre las partes puesto que no tendrían la facultad de actuar en un proceso arbitral y por ende, de decretar medidas cautelares. En este sentido, cuando no exista o no sea válido el acuerdo de arbitraje, el afectado con la medida cautelar podrá solicitar ante la autoridad judicial que se deniegue la misma, y por ende, que no se reconozca ni se ejecute. Un supuesto que podría darse es que exista pero no sea válido el pacto arbitral por la falta de capacidad de las partes, causa u objeto ilícito, falta de consentimiento; por lo tanto, si no hay validez del acuerdo de arbitraje, se podría solicitar la denegación de la medida cautelar.¹⁶⁴ Sobre este particular, la CNY de 1958 define lo relativo a la capacidad para la celebración del pacto arbitral a la ley aplicable a dicho pacto, según su literal a. del artículo V.

En el caso *Naumann - Maschinen Paletten Firm v. Bruma LLC*¹⁶⁵ el Tribunal de Apelaciones del Óblast de Volyn en Ucrania no confirmó el recurso interpuesto por el demandante. El Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Heilbronn y la Institución Alemana de Arbitraje emitieron un laudo provisional en donde otorgaron las medidas cautelares solicitadas por la empresa Naumann. La presente medida buscaba ser ejecutada, sin embargo, el Tribunal Superior de Kovelskyi en Ucrania rechazó la solicitud de la ejecución, bajo el argumento de la inexistencia de un acuerdo de arbitraje entre las partes. Igualmente bajo el argumento de que el demandado no fue debidamente informado sobre la audiencia arbitral.

10.2 FALTA DE NOTIFICACIÓN

La segunda causal de denegación de la medida cautelar hace referencia a la indebida notificación de la iniciación de la actuación arbitral. Como hemos analizado anteriormente, las

¹⁶³ Holtzmann, Howard M., and Joseph Neuhaus. 2015. "A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary." *Kluwer Law International*, 1159–1237.

¹⁶⁴ Rodríguez Mejía, Marcela. 2012. "Una Aproximación Al Régimen Del Arbitraje Nacional Del Nuevo Estatuto Del Arbitraje En Colombia, Ley 1563 de 2012." *Revista de Derecho Privado*, 2012.

¹⁶⁵ Yaroslav Petrov and Anna Tkachova, *Naumann - Maschinen Paletten Firm v. Bruma LLC* (2016).

causales de denegación del laudo arbitral aplica *mutatis mutandis* a las medidas cautelares, así pues, la parte que no fue notificada adecuadamente acerca del nombramiento del árbitro o de los procedimientos arbitrales o no pudo presentar su caso, podrá solicitar la denegación de la medida cautelar.¹⁶⁶ Por ende, se justifica la denegación de la medida cautelar por una violación del debido proceso cuando sea particularmente grave.¹⁶⁷

Esta causal hace referencia al derecho que tiene la parte de solicitar la denegación de la medida cautelar cuando no se haya podido hacer valer sus derechos y defenderse en el proceso arbitral, recoge también una indebida notificación en la designación de los árbitros o cualquier indebida notificación a las partes. Este derecho hace alusión a tener la oportunidad de una audiencia, contradicción y manifestación por escrito u oral, de las medidas que se están solicitando.¹⁶⁸

10.3 LA DECISIÓN NO PREVISTA EN EL ACUERDO DE ARBITRAJE

La tercera causal establecida en la Ley 1563 de 2012 como válida para denegar el reconocimiento de una medida cautelar por parte de la autoridad judicial que había sido decretada por un tribunal arbitral recae en que *“la decisión se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones de la providencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá decretar la ejecución de las primeras”*.

En este sentido, una parte podrá solicitar que se deniegue el reconocimiento y ejecución de una medida cautelar cuando se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o cuando excede sus términos. Cuando un tribunal arbitral dicte una medida cautelar que excede el ámbito del pacto, se está frente a un motivo particularmente común para impugnar la decisión arbitral. En este sentido, cuando el tribunal ha excedido el ámbito de competencia del pacto arbitral, la

¹⁶⁶ Bermann, George A. 2017. “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts.” In . https://doi.org/10.1007/978-3-319-50915-0_1.

¹⁶⁷ En el caso *Corporacion Transnacional de Inversiones, SA de CV v. STET International, SPA*, 45 OR (3d) 183 (1999), el Tribunal Canadiense para justificar el no reconocimiento o la no ejecución por motivos procesales estableció que esta violación está intrínsecamente relacionada con la violación de la causal de orden público internacional.

¹⁶⁸ Rodríguez Mejía, Marcela. 2012. “Una Aproximación Al Régimen Del Arbitraje Nacional Del Nuevo Estatuto Del Arbitraje En Colombia, Ley 1563 de 2012.” *Revista de Derecho Privado*, 2012.

autoridad judicial deberá analizar si se podrá denegar la medida cautelar decretada, toda vez que los árbitros han actuado con base a una amplia discreción para emitir este decreto y han excedido su competencia.¹⁶⁹

Bajo esta causal se deberá mirar que haya una congruencia entre la medida cautelar y el pacto arbitral, ya que si aquella desborda a éste, entonces carecerá de reconocimiento y ejecución la medida cautelar.

10.4 LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL O EL PROCEDIMIENTO NO SE AJUSTÓ AL ACUERDO

Esta causal hace referencia a que la designación del tribunal arbitral no se ha ajustado al pacto arbitral al que llegaron las partes; a que el procedimiento arbitral seguido desconoce lo establecido en el acuerdo arbitral convenido y a que la designación de los árbitros no se ajusta a lo dispuesto por las partes o a la ley.¹⁷⁰

Este motivo de denegación de las medidas cautelares refleja lo establecido en la Ley Modelo referente a la anulación de laudos arbitrales. Las partes pueden acordar un procedimiento o remitirse a otro ya señalado, por ende, quien solicita la denegación de la medida cautelar deberá fundamentar la petición en errores procesales cometidos durante el procedimiento inicial que serían sustento para la anulación de la medida cautelar; o alegar que bajo lo acordado por las partes el procedimiento que se dio respecto a la medida cautelar no se vio reflejado en el momento en que el tribunal arbitral decretó la medida cautelar.¹⁷¹ Sobre este particular, la orientación general de la jurisprudencia internacional es que el vicio o procedimiento alegado debe tener incidencia en la decisión final, o dicho de otra manera, los vicios u omisiones que no sean graves no pueden tener la envergadura suficiente para producir una denegación de la medida cautelar.

¹⁶⁹ Gary B. Born. 2014. “Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration.” In *International Commercial Arbitration*, Second Ed, 2424–2563. Kluwer Law International.

¹⁷⁰ Rodríguez Mejía, “Una Aproximación Al Régimen Del Arbitraje Nacional Del Nuevo Estatuto Del Arbitraje En Colombia, Ley 1563 de 2012.”

¹⁷¹ Rodríguez Mejía.

10.5 NO SE HA CUMPLIDO CON LA CAUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DECRETADA

Otra causal para la denegación de la medida cautelar decretada por el tribunal arbitral hace alusión a que una de las partes no prestó la caución sobre la medida cautelar decretada por el tribunal arbitral. En las revisiones de la Ley Modelo en el 2006, se establecieron los requisitos para la no aplicación de las medidas cautelares, haciendo alusión al artículo 36 para laudos arbitrales. En particular, el artículo 17 I establece la denegación de una orden cuando la parte que solicita la ejecución de la medida cautelar no cumplió o no ha cumplido con la caución a la que se obliga para la medida cautelar.¹⁷²

Por ende, el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar se podrá denegar si el tribunal arbitral ha establecido como necesaria la prestación de una caución para la medida cautelar como garantía, sin embargo la misma no se ha cumplido. Según un análisis de las enmiendas del 2006 de la Ley Modelo, un tribunal puede dar efecto inmediato a la medida cautelar y permitir a una parte a que en un periodo de tiempo proporcione una caución. El Grupo de Trabajo estableció que una autoridad judicial puede negarse a reconocer una medida cautelar si no se ha prestado la caución por el solicitante, independiente de si la decisión se tomó en forma de orden o laudo u cualquier otra forma.¹⁷³

10.6 LA MEDIDA HAYA SIDO REVOCADA O SUSPENDIDA

La sexta causal de denegación hace alusión a que la medida cautelar haya sido revocada o suspendida previamente por el tribunal arbitral, o cuando la autoridad judicial del Estado sede del arbitraje estando facultado para ello decidió revocar o suspenderla, teniendo en cuenta que estaba facultada para hacerlo.

¹⁷² Gary B. Born. 2014. “Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration.” In *International Commercial Arbitration*, Second Edi, 2424–2563. Kluwer Law International.

¹⁷³ Holtzmann, Howard M., and Joseph Neuhaus. 2015. “A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary.” *Kluwer Law International*, 1159–1237.

En síntesis, una medida cautelar podrá ser denegada si previamente el tribunal arbitral o autoridad judicial según el caso ha revocado o suspendido la medida. Por ende, se podrá denegar una medida cautelar puesto que si se suspendió o revocó no tendría sentido reconocerla posteriormente.¹⁷⁴

La tendencia general es que no se conceda el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral cuando ha sido anulado en el país de la sede. Sin embargo, hay que tener en cuenta que Francia acepta el reconocimiento y ejecución de laudos anulados en la sede, con base en dos criterios: el primero, que el arbitraje internacional no tiene sede ni arraigo en ningún país particular y en segundo lugar, que el artículo V de la CNY permite que la ley de un país sobre reconocimiento y ejecución sea más benévola o laxa que la propia CNY.

Solamente para ilustrar la controversia que hay sobre el punto, traemos el caso *Chromalloy Aeroservices v. República Árabe de Egipto*, una disputa que surgió entre Chromalloy Aeroservices como empresa estadounidense y Egipto ante la resolución de un contrato de suministro de Chromalloy a la fuerza aérea de Egipto. Chromalloy inició un arbitraje y obtuvo laudo a su favor el cual intentó hacer cumplir en Estados Unidos. Posteriormente, el Tribunal de Apelación de Egipto anuló el laudo ante la solicitud de Egipto. El Tribunal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Columbia reconoció el laudo dictado en Egipto e indicó que, conforme a la CNY, un Estado Contratante “puede” negarse a reconocer y ejecutar un laudo; así pues, ante la decisión de anulación del laudo en el país de origen, permitiría pero no exigiría, el reconocimiento y ejecución conforme a la CNY.¹⁷⁵

10.7 EL OBJETO NO ES SUSCEPTIBLE DE ARBITRAJE

Como se estableció previamente, esta es una de las causales por las cuales la autoridad judicial podrá denegar de oficio la medida cautelar decretada por el tribunal arbitral cuando el objeto no sea susceptible de arbitraje según la Ley 1563 de 2012. En el mismo sentido, la Ley Modelo, dice

¹⁷⁴ Holtzmann, Howard M., and Joseph Neuhaus. 2015. “A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary.” *Kluwer Law International*, 1159–1237.

¹⁷⁵ *Chromalloy Aeroservices v. The Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996)

que *mutatis mutandis*, el tribunal puede denegar de oficio una medida cautelar cuando compruebe que según la ley de ese Estado, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje.

La excepción de denegación de la medida cautelar por la causal de la no arbitrabilidad está intrínsecamente relacionada con la causal de orden público, pero conservando la independencia. Esta excepción hace alusión a que el objeto sometido a arbitraje, no puede ser resuelto mediante arbitraje de conformidad con la ley del país de la aplicación de la medida. La medida cautelar en un arbitraje con un reclamo no arbitrable, no puede ser aplicada y es inaplicable, por ende se puede solicitar la denegación de la misma.¹⁷⁶

En la Ley Modelo de 1985 el tribunal arbitral podía emitir medidas cautelares que consideraba necesarias respecto al tema de la controversia, lo cual imponía límites significativos a la autoridad de los árbitros para otorgar medidas cautelares. Razón por la cual el artículo 17 empezó a señalar que el tribunal puede emitir medidas cautelares que consideren necesarias con respecto al tema de la controversia, ya que busca preservar el *statu quo*.¹⁷⁷

Se puede denegar el reconocimiento y ejecución de una medida cautelar cuando el asunto sometido a arbitraje no es arbitrable. La arbitrabilidad puede ser objetiva y subjetiva. La primera hace alusión a la arbitrabilidad *ratione materiae* en la cual la materia misma no puede ser sometida a arbitraje; mientras que la segunda, la arbitrabilidad *ratione personae*, hace alusión a que un sujeto de derecho como persona no pueda someterse a deferir esa diferencia a arbitraje.

Este artículo de denegación de la medida cautelar por la arbitrabilidad objetiva y subjetiva fue muy discutido por el Grupo de Trabajo como causal para denegar la ejecución de la medida cautelar, toda vez que el tribunal no puede tener toda la información suficiente en el momento de la ejecución de la medida cautelar, sin embargo, prevaleció que la arbitrabilidad debía ser una causal clara como motivo de denegación porque cuando el tema de la controversia es claro respecto

¹⁷⁶ Born, Gary. 2001. "Part Three : Chapter 12 . Validity of International Arbitration Awards." In *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials (Second Edition)*, Second edi, 779–880. Kluwer Law International.

¹⁷⁷ Gary B. Born. 2014. "Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration." In *International Commercial Arbitration, Second Edi*, 2424–2563. Kluwer Law International.

a la arbitrabilidad según la ley del Estado de ejecución, sería incoherente que la autoridad judicial que busca ejecutar haga cumplir una medida cautelar que viole la arbitrabilidad objetiva.¹⁷⁸

10.8 ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

El orden público internacional es uno de los criterios por los cuales se puede denegar la ejecución de las medidas cautelares por parte de la autoridad judicial; el artículo 89 de la Ley 1563 de 2012 establece que la autoridad judicial podrá denegar de oficio el decreto de la medida cautelar cuando el reconocimiento y/o la ejecución de la medida vaya en contra del orden público internacional colombiano. En este mismo sentido, la Ley Modelo en su artículo 17 I nos indica que la autoridad judicial podrá denegar la medida cautelar cuando incurra en alguna de las causales establecidas en el artículo 36 de la presente ley, este mismo artículo bajo el principio *mutatis mutandis* busca unificar los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de laudos arbitrales y las causales de denegación de las medidas cautelares.

La doctrina, la jurisprudencia colombiana y los instrumentos internacionales como la UNCITRAL han determinado que se entenderá por orden público internacional lo que se estableció en los diversos tratados internacionales, el cual abarca principios fundamentales de la ley y la justicia en aspectos sustantivos y procesales. Por lo tanto, temas como la corrupción, el fraude a la ley, el soborno y casos similares constituirían motivos para denegar la medida cautelar.¹⁷⁹

Conforme a lo anterior, el Grupo de Trabajo de la UNCITRAL decidió hacer referencia en el artículo 36 de la Ley Modelo al orden público internacional en lo relativo a las medidas cautelares con el fin de unificar y aplicar de manera uniforme las causales para laudos arbitrales en su denegación y aplicación, en lugar de remitir a esas causales. La parte que desea reconocer y ejecutar esta medida cautelar deberá tener en cuenta que la misma no podrá quebrantar al orden público internacional del país en el que se desea aplicar. En este sentido, si la parte solicita la

¹⁷⁸ Holtzmann, Howard M., and Joseph Neuhaus. 2015. "A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary." Kluwer Law International, 1159–1237.

¹⁷⁹ Aron Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law (1990)*, Lise Bosma, vol. 11 (ICCA & Kluwer Law International, 2019).

ejecución de la medida cautelar en Colombia, deberá tener en cuenta que no puede ir en contra del orden público internacional colombiano.

La Ley Modelo ni la Ley 1563 de 2012 definen exactamente el concepto de orden público, no obstante, algunos tribunales arbitrales y autoridades judiciales han usado interpretaciones nacionales, internacionales e incluso transnacionales para entender el alcance de la excepción de orden público.¹⁸⁰

La diferencia entre el orden público internacional y el orden público interno es en relación con el grado y no en relación con la naturaleza, ya que se consideran más importantes las normas que integran el orden público interno. Para comenzar, toda norma de orden público internacional es de orden público en el derecho interno, pero no toda norma de orden público en el derecho interno es de orden público en derecho internacional.

El orden publico internacional es el mecanismo elaborado por derecho internacional privado para facilitar la circulación internacional de laudos extranjeros y medidas cautelares, porque de no ser así es muy probable que estas providencias contraríen normas de orden público a nivel interno y no puedan ser aplicadas. En otras palabras, el orden público en derecho internacional es un mecanismo que facilita el exequatur de providencias judiciales y la ejecución de medidas cautelares.

El orden público internacional atiende a los valores más importantes de ese país, sin que ello implique que haya un orden público internacional en el mundo, puesto que ese orden público internacional se analizará y se tendrá en cuenta a nivel interno. De hecho cada país tiene una consideración particular sobre su orden público interno y su orden público internacional, ya que lo que cambia es el grado en el que se observa el orden público en específico.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha establecido que el concepto de orden público internacional denota valores esenciales de un Estado, sin que puedan ser susceptibles de

¹⁸⁰ Margaret Moses, “Public Policy: National, International and Transnational,” *Kluwer Arbitration Blog* 3 (2018): 1–11.

negociación a nivel internacional, vinculadas a nociones mínimas de justicia y morales porque son valores del foro o propios de él; mientras que el nacional incluye todos los principios y reglas mínimas de funcionamiento de la sociedad. De esta manera, el concepto de orden público internacional comprende los derechos fundamentales, bienes jurídicos tutelados, el principio de buena fe, la prohibición del abuso del derecho y salvaguardar la moralidad de la sociedad, es decir, buscar cumplir con las nociones de la moralidad y justicia.¹⁸¹

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia colombiana por medio de la sentencia del M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo¹⁸² estableció que el orden público internacional comprende garantías procesales, como la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso, igualmente *“el desconocimiento de una norma imperativa propia del ‘foro’ del juez del exequátur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior”*.¹⁸³

Ahora bien, los tribunales de Nueva York han interpretado el orden público internacional de manera muy restringida en la cual se podría denegar la medida cautelar cuando se vea que la misma viola las nociones más elementales de moralidad y justicia. Adicionalmente, al hablar de una violación del orden público se debe entender desde la perspectiva internacional y no puramente interna. Así mismo, estos Tribunales han determinado que algunas de las causales se dan por razones como: el fraude u otros medios indebidos; sesgo o imparcialidad del árbitro; violación de una ley extranjera u orden judicial; o interés penal.¹⁸⁴

¹⁸¹ Corte Suprema de Justicia, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. SC001-2019. Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-03020-00. Bogotá, D.C., quince (15) de enero de dos mil diecinueve (2019).

¹⁸² Corte Suprema de Justicia, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. SC 9909-2017. Radicación n.º 11001-02-03-000-2014-01927-00, Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil diecisiete (2017).

¹⁸³ En esta sentencia, Corte Suprema de Justicia, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. SC 9909-2017. Radicación n.º 11001-02-03-000-2014-01927-00, Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil diecisiete (2017), el demandante Tampico Beverages Inc. Solicitó el reconocimiento del laudo que se llevó a cabo ante la CCI respecto de Productos Naturales de la Sabana S.A. Alquería. En el presente caso se estableció que se vulneró el orden público internacional, relacionado con el concepto de imparcialidad e independencia del árbitro como factor de contradicción al orden público internacional de Colombia. En el presente caso, el apoderado del demandante alegó que el laudo estaba *“en contra de los intereses de la parte representada., a quien incluso se le negaron las medidas cautelares solicitadas, decisión última que se prefirió antes del fallo emitido...”*

¹⁸⁴ Lahlou, Yasmine, Andrew Poplinger, and Gretta Walters. 2018.

Es importante distinguir el orden público internacional y el interno, teniendo en cuenta que son conceptos diferentes. El primero debe ser visto desde la perspectiva de los más importantes principios y valores del sistema jurídico interno; mientras que el segundo incluye las normas, las cuales también son imperativas, no obstante, no tienen la trascendencia o la importancia de los principios, valores y normas del orden público internacional. En este sentido, tanto el orden público internacional y el orden público interno son vistos desde el derecho interno, sólo que los parámetros del orden público internacional son más importantes que los parámetros del derecho interno.¹⁸⁵

El orden público internacional puede considerarse como un subconjunto del orden público interno, ya que se valora de manera más restringida e incluye solo las normas más fundamentales de ese orden público interno de un Estado. Este orden público internacional se debe mirar a partir de las fuentes internacionales y de manera más restringida. Según Margaret L. Moses, el orden público internacional es visto desde el lente de las leyes o estándares de un Estado para analizar un laudo extranjero.¹⁸⁶

Mientras que el orden público interno incluye todas las reglas y valores fundamentales que son consideradas valiosas y de suma importancia en el orden legal de un Estado.¹⁸⁷ El orden público interno colombiano supone que no podrán derogarse por voluntad de las partes ya que estas leyes están bajo la observancia del orden público y las buenas costumbres. Doctrinantes colombianos como Carlos Holguín Holguín establecen que el orden público interno se refiere a leyes imperativas en el derecho privado que no pueden ser desconocidas por los particulares.¹⁸⁸

Cuando se busca ejecutar una medida cautelar en otro foro, al analizar si la misma va en contra del orden público, lo que se analiza no es el orden público interno de ese país sino el orden público

¹⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. SC9909-2017. Radicación n.º 11001-02-03-000-2014-01927-00. Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil diecisiete (2017).

¹⁸⁶ Margaret Moses, "Chapter 11: Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational," in *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, ed. Katia Fach Gomez and Ana M. Lopez-Rodriguez (Kluwer Law International, 2019), 169–84.

¹⁸⁷ Moses.

¹⁸⁸ Juan Felipe Roldán Pardo, "El Estado Del Arte Del Concepto de Orden Público Internacional En El Ámbito Del Derecho Internacional Privado y El Arbitraje Internacional," *Revista de Derecho Privado No. 44*, 2010, 1–30.

internacional que se define como todos esos principios esenciales de la administración de justicia o el desempeño de obligaciones contractuales.

Por ende, el orden público internacional no es el mismo que el interno, ni tampoco se puede concluir que el orden público interno de todos los países es igual entre ellos, aunque sí hay preceptos similares. Dentro de los conceptos de orden público interno se puede entender que se encuentran la moral y de la justicia como principios básicos. Así pues, el orden público interno se deriva de reglas y valores que son de gran importancia y fundamentales, por lo cual, una violación al orden público interno implicaría una violación a la justicia de ese Estado.¹⁸⁹

En el caso *Trust C (Isle of Sark), US Corporation (US) and others v Latvian Group (Latvia), Latvian Finance Company (Latvia) and others*,¹⁹⁰ los demandantes alegaron que la medida cautelar era violatoria del orden público internacional, sin embargo, en este caso, el tribunal arbitral estableció que no había evidencia que pudiese probar que se estaba violando el orden público internacional francés en el presente caso, toda vez que la violación debía ser evidente, efectiva y concreta.

De manera similar, en el caso *Marex Schiffahrtsgesellschaft mbH, MS Wellington Express KG v. Maltese Sun Maritime Company Limited*,¹⁹¹ el demandante solicitó la restitución del buque por parte del demandado como medida cautelar ante los Tribunales de Valencia en España en ayuda de arbitraje en Londres, sin embargo el Tribunal denegó la solicitud de restitución del buque, cuya decisión fue afirmada por el Tribunal de Apelación de Valencia. El demandado, estableció que existía un procedimiento de medida cautelar en Valencia, paralelo al arbitraje, lo cual implicaba una violación al orden público internacional, puesto que la acción principal no era la restitución del buque sino la terminación del contrato de venta y compra del buque de conformidad con el alquiler sin tripulación con obligación de compra. En consecuencia, la autoridad judicial, es decir

¹⁸⁹ Margaret Moses, “Chapter 11: Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational,” in *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, ed. Katia Fach Gomez and Ana M. Lopez-Rodriguez (Kluwer Law International, 2019), 169–84.

¹⁹⁰ *Trust C (Isle of Sark), US Corporation (US) and others v Latvian Group (Latvia), Latvian Finance Company (Latvia) and others*, Interim Award, ICC Case No. 10973 (2001).

¹⁹¹ *Marex Schiffahrtsgesellschaft mbH, MS Wellington Express KG v. Maltese Sun Maritime Company Limited*, 77 Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (2012).

el Tribunal de Apelaciones de Valencia, concluyó que la medida cautelar buscaba garantizar la efectividad del arbitraje de Londres, señaló que los procedimientos judiciales en esta ocasión se relacionaban exclusivamente con una medida cautelar y, por lo tanto, fueron fundamentales para el procedimiento principal, el arbitraje de Londres, por ende, en ningún momento se estaba violando el orden público internacional.

11. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA MEDIDAS CAUTELARES Y LEY 1563 DE 2012

Para comenzar, la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares -de ahora en adelante la Convención- fue aprobada en Montevideo en 1979 en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Privado, se encuentra aprobada por Colombia por medio de la Ley 42 de 1986 y entró en vigor el 18 de septiembre de 1986. Su aplicación radica en el apoyo que busca tener una autoridad judicial de un Estado Parte cuando busca ejecutar una medida cautelar en otro Estado Parte de la Convención.

Como se explicó en los capítulos pasados del presente manual, el tribunal arbitral tiene la facultad de decretar medidas cautelares con el fin de asegurar el resultado del proceso arbitral; en este mismo sentido, la Convención busca que a través de la solicitud de la medida cautelar en cualquier tipo de proceso, se le proporcione a una parte esta medida como mecanismo de garantía respecto de cualquier tipo de obligación que se tenga, ya sea de dar, hacer o no hacer. Así pues, para asegurar el proceso arbitral, la Convención prevé que, la parte pueda acudir a las autoridades judiciales o tribunal arbitral y solicitar una medida cautelar con el fin de que se le provea esta medida cautelar como garantía de lo que se espera resolver en el procedimiento.

El artículo 1 de la Convención establece que se podrán solicitar medidas cautelares en los procesos civiles, comerciales, laborales y penales en lo referente a reparaciones civiles. Sin embargo, los Estados Parte podrán declarar que limitan solamente alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ellas; en esta ocasión, Colombia aprobó sin presentar reservas la Ley 42 de 1986 tal como estaba establecida en la Convención, sin establecer límites en ésta.

Ahora bien, respecto al alcance de la Convención en relación con el arbitraje comercial internacional, se podría decir que según el artículo 2, *“las autoridades jurisdiccionales de los Estados Parte darán cumplimiento a las medidas cautelares que, decretadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte, competentes en la esfera internacional, tengan por objeto: b. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como*

embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas”.

En el caso colombiano se podría aplicar la Convención toda vez que se aprobó a través de la Ley 42 de 1986 y la misma establece que una medida será procedente y se decretará conforme a las leyes y jueces del lugar del proceso, es decir que si la sede del arbitraje es Colombia, se podría decretar según los parámetros de este lugar, pero cuando se busque la ejecución de la misma en otro lugar, si este último es un Estado Parte de la Convención se pedirá que ayude al arbitraje comercial internacional y dé cumplimiento de la medida cautelar. Tanto la Convención como la Ley 1563 de 2012 buscan garantizar el resultado del proceso, por ende, la Convención es compatible con el objetivo final de la Ley 1563 de 2012, a pesar de que la convención es simplemente un mecanismo de ayuda entre Estados Parte para la ejecución y cumplimiento de medidas cautelares.

Las autoridades judiciales de los Estados Parte en la Convención ordenarán y ejecutarán las medidas cautelares, conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado del procedimiento. En relación con lo establecido en todo este manual, las autoridades judiciales de un Estado Parte de la Convención deberán reconocer y ejecutar la medida cautelar decretada por el tribunal arbitral, siempre y cuando no incurra en una de las causales de denegación de la medida cautelar, cuando se espera que los efectos de la medida se ejecuten en otra jurisdicción, en esta ocasión la ejecución de la medida cautelar en la jurisdicción del Estado Parte de la Convención es fundamental para el resultado de la disputa arbitral.

Cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decrete medidas cautelares, independientemente de si el proceso se adelanta en Colombia o en el exterior, con anterioridad al inicio del trámite arbitral o en curso del mismo. La autoridad judicial ejercerá dicha competencia conforme a su propia ley procesal pero aplicando los lineamientos del arbitraje comercial internacional. En este mismo sentido, el artículo 3 de la Convención establece que el decreto de las medidas cautelares se hará conforme a las leyes del lugar del proceso, pero la ejecución de la misma al igual que la caución se hará conforme a la ley del lugar donde se solicita el cumplimiento, es decir, conforme a las leyes de este último lugar.

Haciendo un análisis de lo previamente presentado, un tribunal arbitral de un Estado Parte podrá solicitarle a una autoridad judicial de otro Estado Parte que dé cumplimiento de las medidas cautelares necesarias para garantizar lo que se espera obtener del proceso. Es decir que, las autoridades judiciales colombianas, cumpliendo la Convención, están autorizadas para dar cumplimiento de una medida cautelar en apoyo de un proceso que se efectúa en el extranjero como foro principal, de un Estado Parte de la Convención.

De esta manera, la Ley 1563 de 2012 busca que las medidas cautelares decretadas por un tribunal arbitral sean vinculantes sin necesidad de un procedimiento de reconocimiento, y su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, sin importar cuál sea el Estado en donde haya sido decretada. La ejecución por parte de la autoridad judicial procederá de igual manera que para la ejecución de providencias ejecutoriadas por autoridades colombianas, en la cual según el artículo 89 sólo se podrán invocar excepciones, es decir la denegación, respecto de las causales excepcionales. Por esta razón es que es importante traer a colación la Convención con el fin de que haya una cooperación entre Estados Parte para que se ejecuten las medidas cautelares y éstas no sean ilusorias.

Por ende, es necesario tener un régimen uniforme entre Estados para que se puedan ejecutar las medidas cautelares en otra sede, sin que se tengan obstáculos y afecte el cumplimiento y la ejecución de las medidas cautelares decretadas por el tribunal arbitral de la sede. Esta cooperación entre Estados Parte se ve reflejada cuando un tribunal de un Estado, sede del arbitraje, requiere de otro Estado la ejecución de la medida cautelar ordenada, toda vez que ese tribunal arbitral no es el competente para ejercer funciones fuera de su jurisdicción cuando el tribunal es nacional, razón por la cual se ve obligada a acudir a agentes extranjeros para que pueda cumplir con la orden señalada y cumplir con el resultado esperado dentro de su jurisdicción.¹⁹²

¹⁹² Cruz Ospitia, Sandra Maritza, and Juan Segundo Gómez Torres. 2019. "Ejecución y Cumplimiento de Medidas Cautelares En El Arbitraje Comercial Internacional, En Conflictos de Compraventa Internacional de Mercaderías Bajo Control de La Jurisdicción Ordinaria Colombiana." *Universidad Cooperativa de Colombia* 1 (4): 1–112. https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/8044/1/2019_ejecucion_cumplimiento_medidas.pdf.

La Ley 1563 de 2012, como se analizó en el capítulo 10, estableció unas causales taxativas respecto de las cuales se podrá denegar una medida cautelar, es decir que se podrá negar una medida cautelar cuando haya una incapacidad o un acuerdo no válido en el pacto arbitral; una indebida notificación; la decisión excede los términos del acuerdo de arbitraje; no se ajustó al acuerdo la composición del tribunal; no se haya prestado caución de la medida cautelar decretada; la medida haya sido suspendida o revocada; la controversia sometida no sea susceptible de arbitraje; o la ejecución de la medida sea contraria al orden público internacional.

En el mismo sentido de lo establecido anteriormente por la Ley 1563 de 2012, la Convención en el artículo 12 establece que el Estado Parte como receptor de la medida cautelar podrá rehusar el cumplimiento de la medida cautelar cuando sea manifiestamente contraria al orden público. Esta Convención respecto de causales de negación de la medida cautelar sólo hace alusión al orden público y no señala nada al respecto de las otras causales de denegación que se mencionaron anteriormente.

En conclusión, frente a los mecanismos de cumplimiento, aplicación y ejecución de las medidas cautelares, el receptor de la medida cautelar deberá analizar el debido proceso y si ésta decisión afectará o no el orden público internacional. En este sentido, se debe buscar una colaboración internacional respecto a la ejecución de la medida cautelar decretada en la sede del arbitraje, sin embargo, la autoridad judicial receptora de la medida cautelar podrá rehusar el cumplimiento si es ostensiblemente contraria al orden público internacional o a algunas de las causales de denegación de la medida cautelar. Teniendo en cuenta que la Convención no es incompatible con la Ley 1563 de 2012 y además, el orden público internacional está contemplado en las normativas.

12.CONCLUSIÓN

En conclusión, este manual de medidas cautelares quiere que el lector entienda que el objetivo de la medida cautelar tanto en la Ley Modelo como en la Ley 1563 de 2012 es que los tribunales arbitrales decreten las medidas para mantener o restablecer el *statu quo* o prevenir que se genere un obstáculo para el cumplimiento del laudo, preservación de la prueba, impedir un daño presente o inminente y mantener el *statu quo*.

Adicionalmente, la Ley Modelo busca que los Estados tengan en consideración esta Ley para armonizar y modernizar el derecho comercial internacional. En este caso, Colombia adoptó la Ley Modelo como normativa con el fin de seguir los criterios y rasgos de uniformidad que contenían los demás Estados respecto al arbitraje comercial internacional.

En este sentido, la Ley 1563 de 2012 recogió lo establecido en la Ley Modelo. Por ende, respecto a la facultad del tribunal arbitral para decretar medidas cautelares en ambas leyes es la misma y el objetivo establecido en ella se plantea como una orden con el fin de mantener o restablecer el *statu quo* de lo que se espera dirimir, adoptar medidas que impidan algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral, proporcionar algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo y preserve elementos de prueba que puedan ser relevantes y pertinentes en la controversia.

Respecto a la medida cautelar, Colombia implementó muchos parámetros que tenía la Ley Modelo. En relación con la definición, ambas leyes establecen que es una medida de carácter temporal, la cual se podrá solicitar en cualquier momento previo a la emisión del laudo, toda vez que el objetivo de la medida cautelar es: mantener o restablecer el *statu quo* que se espera dirimir en la controversia; prevenir o impedir un daño actual o inminente del procedimiento arbitral; preservar bienes que permitan ejecutar el laudo futuro; o preservar elementos de prueba.

Sin embargo, las condiciones para el otorgamiento de las medidas cautelares en la Ley Modelo y la Ley 1563 de 2012 son diferentes. Colombia no adoptó las mismas condiciones que tiene la Ley Modelo, ya que ésta última establece que quien solicita el decreto de la medida cautelar deberá

convencer al tribunal arbitral que la misma es necesaria para evitar que se produzca un daño, no resarcible mediante indemnización; y una probabilidad de que la demanda sobre el fondo va a prosperar, sin que esto implique un prejuzgamiento. Por el contrario, la Ley 1563 de 2012 establece que el tribunal analizará si la medida es conducente, pertinente, razonable y oportuna.

En el sistema colombiano se estableció que las partes al someterse al arbitraje comercial internacional deberán interpretar las medidas cautelares conforme al origen internacional, la uniformidad en su aplicación, la buena fe y los principios que inspiraron dicha ley. Por esta razón es que las autoridades judiciales al momento de verse en la obligación de decretar o practicar una medida cautelar deberán tener en cuenta el carácter internacional sin hacer referencia concretamente a su propia ley procesal, sino que deberán mirar más allá de la jurisprudencia local y analizar las cuestiones de todo el mundo. Esta interpretación debe ser autosuficiente, desligada de los conceptos nacionales para que se evite frustraciones o dificultades en el arbitraje.

Por ende, no se deberá acudir a la ley nacional ante vacíos sobre la implementación de la medida cautelar en el arbitraje comercial internacional. Es decir, no es pertinente utilizar reglas del Código General del Proceso ni tampoco las del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que el tribunal arbitral deberá dirigir el procedimiento que considere apropiado sin acudir a normas procesales propias de la sede del arbitraje. El Estatuto Arbitral no quiso que el carácter internacional se interpretara conforme a las normas y leyes nacionales sino que ante un vacío se interpretara conforme a los principios que la han inspirado.

Las órdenes preliminares fueron un gran avance de las enmiendas de la Ley Modelo en el 2006, cuyo objetivo principal es preservar el *statu quo* de la medida cautelar, generar mayor velocidad en el arbitraje y evitar que el propósito de la medida cautelar se frustre. Esta orden preliminar es de carácter obligatoria para las partes, a pesar de no poder ser ejecutada ante una autoridad judicial como sí sucede con la medida cautelar.

La Ley Modelo y la Ley colombiana reconocen el poder concurrente entre las autoridades judiciales y los tribunales arbitrales para decretar medidas cautelares, sin que ello implique que ante el posible decreto, reconocimiento o ejecución de la medida por parte de una autoridad judicial

se genere una renuncia tácita del acuerdo de arbitraje, puesto que se debe tomar en cuenta que la intervención de la autoridad judicial es de carácter residual y sólo se deberá acudir a ella en determinadas circunstancias.

Ahora bien, la parte que está solicitando una medida cautelar en algunos casos puede verse obligada a prestar una caución, por solicitud de la autoridad judicial o el tribunal arbitral, con el fin de tener un sistema equitativo y equilibrado entre quien solicita y quien se afecta de la medida cautelar. Esta caución busca dar seguridad y cubrir los daños directos que se podrían generar por la imposición de la medida cautelar. Como se estableció anteriormente, la autoridad judicial podrá intervenir y solicitar que se preste una caución con el fin de evitar lesiones al afectado por la medida cautelar.

En este sentido, la intervención de la autoridad judicial deberá ser excepcional, sin embargo, hay otras figuras como el árbitro de emergencia, quien podrá intervenir antes de la conformación del tribunal arbitral para que decrete una medida cautelar de carácter urgente. En el caso colombiano, no se estipula nada acerca de la figura del árbitro de emergencia en las instituciones arbitrales, sus reglamentos ni la Ley 1563 de 2012. Por lo tanto, debería haber una introducción en este ordenamiento de esta figura, lo cual supondría una ayuda en el arbitraje y generaría más integración en el arbitraje, al igual que evitaría que las partes tengan que acudir al juez antes de la constitución del tribunal arbitral. Con todo, se estima que, ante una ausencia de norma legal, las partes puedan acudir al arbitro de emergencia.

Tras un análisis realizado durante todo el Manual de Medidas Cautelares, se pudo evidenciar que la tendencia en los diferentes casos analizados de la jurisprudencia internacional es que los tribunales arbitrales suelen decretar medidas cautelares en el arbitraje para garantizar el laudo futuro. Adicionalmente, se demostró que en muchas ocasiones los tribunales arbitrales no pueden decretar las medidas cautelares (como cuando se trata de las órdenes de embargo), razón por la cual se acude a la autoridad judicial como mecanismo subsidiario y residual para que colabore en el decreto y ejecución de la medida solicitada. Así mismo, muchos países han implementado la figura del árbitro de emergencia para que decrete medidas cautelares, teniendo en cuenta que las

partes quisieron acudir al arbitraje para someter su controversia evitar recurrir a la autoridad judicial para ello.

Adicionalmente, en el caso colombiano existe un vacío respecto a las medidas cautelares anticipadas, toda vez que la Ley 1563 de 2012 sólo hace énfasis a la situación en que el tribunal arbitral ya se ha integrado y constituido; sin embargo, en caso que no haya conformación del tribunal arbitral, la ley expresamente no señala qué se debe hacer, a pesar de señalar de la figura la cooperación entre el juez y el árbitro.

Por otro lado, la Ley 1563 de 2012, la Ley Modelo y los Reglamentos de las distintas instituciones internacionales como colombianas hacen mención a las medidas cautelares innominadas, en las que el tribunal arbitral puede decretar cualquier medida que considere necesaria para la protección de sus derechos, sin que esté expresamente limitada a una medida cautelar específica prevista por el legislador.

Otras medidas muy comunes en el plano mundial pero no en el colombiano como lo son las *injunctions*, en donde el árbitro puede decretar retener los activos del demandado que es contumaz como medida de garantía para hacerlo comparecer al juicio, al igual el juez le ordene a la parte que no se insolvente en el extranjero para que no haga inútil el laudo arbitral. Por otro lado, las *ASI* son una orden judicial en la que el tribunal arbitral o la autoridad judicial según el caso, ordenará a una parte que se abstenga de presentar una demanda ante la autoridad judicial de otro Estado, teniendo en cuenta que deben seguir lo establecido en el acuerdo arbitral. Ahora bien, no es claro si las *injunctions* y las *ASI* son medidas cautelares dado que su definición no es la misma que establece la Ley 1563 de 2012 para las medidas cautelares y su objetivo puede ser considerado como diferente.

Respecto a la denegación de las medidas cautelares se señaló que las causales que se aplicarán serán *mutatis mutandis* las que se tienen para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Se explicaron las causales de denegación en donde se establecen en dos categorías: la primera como los motivos que puede solicitar la parte a la autoridad judicial, siendo estas las siguientes seis causales: el acuerdo de arbitraje no existe o no es válido; falta de notificación; la decisión no

está prevista en el acuerdo arbitral; la composición del tribunal arbitral o el procedimiento no se ajustó al acuerdo; no se ha cumplido con la caución de la medida cautelar decretada; o la medida haya sido revocada o suspendida. En segundo lugar, están los motivos que de oficio la autoridad judicial puede conocer, siendo las siguientes dos causales: cuando el objeto no es susceptible de arbitraje; o haya una violación al orden público internacional, es decir violar los lineamiento del orden público internacional, por hacer alusión al ejercicio abusivo de derechos, la buena fe, imparcialidad, debido proceso.

Para finalizar, la Convención Interamericana para las Medidas Cautelares puede ser traída a colación en los procesos arbitrales para la ejecución, reconocimiento y denegación de éstas cuando se decreta o se busque ejecutar en otro Estado Parte de la presente Convención. Esta Convención busca ser un sistema de apoyo en los otros Estados Parte de la Convención para que las medidas cautelares no sean ilusorias y su resultado no se quede sin ejecutar. Es decir que la autoridad judicial del Estado donde se esperan ejecutar, reconocer o denegar las medidas cautelares, utilice la Convención como sistema subsidiario y de apoyo en caso tal que no pueda recurrir a ley de arbitraje.

13. BIBLIOGRAFIA

- Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc., Case C-185/07
Court of Justice of the European Communities (2009).
- American Arbitration Association. “Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures,”
2013. www.adr.org.
- Berger, Klaus Peter. “Part III, 21st Scenario: Interim Measures of Protection.” In *Private Dispute
Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3rd editio., 439–
58. Kluwer Law International, 2015.
- Binder, Peter. “Article 1: Scope of Application of Application.” In *International Commercial
Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, edited by Peter Binder,
30–48. Kluwer Law International, 2019. <https://doi.org/10.5771/9783845276564-1184>.
- . “Article 17C (2006 Version): Specific Regime for Preliminary Orders.” In
*International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law
Jurisdictions*, 4th editio., 301–4. Kluwer Law International, 2019.
- . “Article 2 : Interpretation.” *Kluwer Law International*, no. 4 (2018): 569–72.
- Born, Gary B. “Chapter 11: Provisional Measures in International Arbitration.” In *International
Arbitration: Law and Practice*, Second Edi., 209–26. Kluwer Law International, 2015.
- . *International Commercial Arbitration*. Second Edi. Kluwer Law International; 2014.
- Broches, Aron. *Commentary on the UNCITRAL Model Law (1990)*. Lise Bosma. Vol. 11. ICCA
& Kluwer Law International, 2019.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis. “Medidas Cautelares y Arbitraje Privado Internacional.” *Foro de
Derecho Mercantil*, no. 6 (2005): 1–20.
[http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752
a7fb9404ce0430a010151404c](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fb9404ce0430a010151404c).
- Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “Módulo Arbitraje Nacional e Internacional.” Bogotá:
Confederación de Cámaras de Comercio, 2019.
- Chromalloy Aeroservices v. The Arab Republic of Egypt, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996)
- Croft, Clyde, Christopher Kee, and Jeff Waincymer. *A Guide to the UNCITRAL Arbitration
Rules. A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*. Cambridge: Cambridge University
Press, 2013. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139018135>.
- Ebb, Lawrence F. “Flight of Assets from the Jurisdiction ‘In the Twinkling of a Telex’: Pre- and

- Post-Award Conservatory Relief in International Commercial Arbitrations.” *Journal of International Arbitration* 7, no. 1 (1990): 9–36.
- Erk-Kubat, Nadja. “Chapter 3: Jurisdictional Pleas and Actions with Parallel Proceedings before an Arbitral Tribunal and a National.” In *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, *International Arbitration Law Library, Volume 30*, 71–246. Kluwer Law International, 2014.
- “Explanatory Note By The UNCITRAL Secretariat On The Model Law On International Commercial Arbitration.” United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration, n.d.
<http://www.sice.oas.org/Dispute/Comarb/Uncitral/Icomarbe3.Asp>.
- Fisichella Motor Sport International SpA v. Héctor (2010).
- Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, and Berthold Goldman. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. THE HAGUE / BOSTON / LONDON: Kluwer Law International, 1999.
- Juan Felipe Roldán Pardo, “El Estado Del Arte Del Concepto de Orden Público Internacional En El Ámbito Del Derecho Internacional Privado y El Arbitraje Internacional,” *Revista de Derecho Privado No. 44*, 2010, 1–30.
- Gaillard., Emmanuel, and Diego P. Fernández. *Cuestiones Claves Del Arbitraje Internacional*. Primera Ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013.
- Gaillard, Emmanuel. “Chapter 10: Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration.” In *Pervasive Problems in International Arbitration*, edited by Loukas A. Mistelis and Julian David Mathew Lew, 201–13. Kluwer Law International, 2006.
- Gary B. Born. “Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration.” In *International Commercial Arbitration*, Second Edi., 2424–2563. Kluwer Law International, 2014.
- Ginkel, Eric. van. “The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation.” *Journal of International Arbitration* 21, no. 1 (2004): 1–65.
- Graham, Luis Enrique. “Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View from the UNCITRAL Arbitration Regime).” *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference (Van Den Berg (Ed.); Jan 2009)*, no. 14 (2009): 539–69.

- . “Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View from the UNCITRAL Arbitration Regime).” In *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference (Van Den Berg (Ed.); Jan 2009)*, Albert Jan., 539–69. Kluwer Law International, 2009.
- Hober, Kaj. “Interim Measures by Arbitrators.” In *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, 721–50, 2007.
- Holtzmann, Howard M., and Joseph Neuhaus. “A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary.” *Kluwer Law International*, 2015, 1159–1237.
- Holtzmann, Howard M., and Joseph E. Neuhaus. “UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A (Articles 17 – 17J) – as Amended. Interim Measures and Preliminary Orders.” In *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, 159–586. Kluwer Law International, 2015.
- Holtzmann, Howard M., Joseph E. Neuhaus, Edda Kristjansdottir, and Thomas Walsh. *A Guide To The 2006 Amendments To The UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Kluwer Law International, 2015.
- International Chamber of Commerce. “ICC Rules of Arbitration,” 2017.
- . “Pre-Arbitral Referee Rules,” 1990.
- Mathew Lew, Julian David. “Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts.” In *International Arbitration 2006: Back to Basics*, Albert Jan., 185–220, 2007.
- Mathew Lew, Julian David, and Loukas A. Mistelis. “Interim and Conservatory Measures.” In *Comparative International Commercial Arbitration*, 585–625. Kluwer Law International, 2003.
- McNerney, Mary, and Carlos Esplugues. “International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law.” *Boston College International and Comparative Law Review* 9, no. 1 (1986): 47–71.
- Moses, Margaret. “Chapter 11: Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational.” In *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, edited by Katia Fach Gomez and Ana M. Lopez-Rodriguez, 169–84. Kluwer Law International, 2019.

- . “Public Policy: National, International and Transnational.” *Kluwer Arbitration Blog* 3 (2018): 1–11.
- Oviedo Albán, Jorge. “El Carácter Internacional y La Interpretación Uniforme de La Convención de Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercadería.” *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 133 (2012): 253–82.
- Paulsson, Jan, and Georgios Petrochilos. “UNCITRAL Arbitration Rules, Section III, Article 26 Interim Measures.” In *UNCITRAL Arbitration*, 215–33. Kluwer Law International, 2017.
- Perales Viscasillas, Pilar. “Novedades Legislativas En El Arbitraje Comercial Internacional : Ley Modelo de La Uncitral y Convenio de Nueva York.” *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 1, no. 2 (2008): 363–401.
- . “Reforma Sobre Medidas Cautelares En La ‘Ley Modelo De Arbitraje’ De La CNUDMI.” *Revista Foro Derecho Mercantil* 2, no. 3 (2007): 1–14.
- Pérez Solano, Jimmy Antonio. “El Concepto y La Naturaleza Del Arbitraje Comercial En El Ordenamiento Jurídico Colombiano.” *Justicia* 22, no. 32 (2017): 259–82.
<https://doi.org/10.17081/just.22.32.2917>.
- Petrov, Yaroslav, and Anna Tkachova. *Naumann - Maschinen Paletten Firm v. Bruma LLC* (2016).
- Polanco Donado, Nathalia Ahydee. “Análisis Del Sistema Arbitral Dualista Acogido En Colombia: ¿Es Posible Una Legislación Monista En Nuestro País?” *Universidad Externado de Colombia* 53, no. 9 (2019): 107. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.
- Pombo, Fernando. *Arbitration and Anti Suit Injunctions in the Case Law of the European Court of Justice*. Edited by Miguel Angel Fernandez-Ballester and David Arias Lozano. Liber Amic. La Ley, 2010.
- “Provisional Measures in International Arbitrational Law.” *Law Explorer*, 2012.
- Pulido Riveros, Juan C. “Secuelas de La Armonización En El Derecho Privado.” *Nueva Época*, no. 49 (2018): 37–82. https://doi.org/10.18041/0124-0013/nueva_epoca.49.2017.3632.
- Renée Bucy, Dana. “How To Best Protect Party Rights: The Future Of Interim Relief In International Commercial Arbitration Under The Amended Uncitral Model Law.” *American University International Law Review*, 2010.
- Reyes-Sinisterra, Cindy Charlotte. “Las Medidas Cautelares Anticipatorias e Innominadas En El Proceso Arbitral En Colombia.” *Vniversitas*, no. 132 (2016): 390–421.

- <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.mcai>.
- Rich, Marc. “El Arbitraje y El Reglamento Bruselas I Refundido, Las Anti-Suit Injunction, y Ahora El Brexit.” Osborne Clarke LLP, 2012. <https://www.osborneclarke.com/wp-content/uploads/2016/11/El-Arbitraje-y-el-Reglamento-Bruselas-I-Refundido-las-Anti-Suit-Injunction-y-ahora...-el-Brexit.pdf>.
- Rivas Ramirez, Daniel. “El Vicio Surrealista Del Monismo y El Dualismo Ante La Metamorfosis Del Derecho Internacional Público.” *Research Gate*, n.d.
- Rodríguez Mejía, Marcela. “Ejecución de La Decisión Cautelar.” In *Medidas Cautelares En El Proceso Arbitral*, 345–433. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. <https://doi.org/10.4000/books.uec.279>.
- . “Una Aproximación Al Régimen Del Arbitraje Nacional Del Nuevo Estatuto Del Arbitraje En Colombia, Ley 1563 de 2012.” *Revista de Derecho Privado*. Bogotá, 2012.
- Sabogal Campoverde, Hector Camilo. “El Arbitraje Internacional En Colombia: Ventajas y Desventajas Con La Vigencia de La Ley 1563 de 2012.” *Universidad Libre de Colombia*, 2017, 1–19.
- Sanchez, Jose F. “Applying the Model Law’s Standard for Interim Measures in International Arbitration.” *Journal of International Arbitration* 37, no. 1 (2020): 49–86.
- Sánchez Lorenzo, Sixto. “El Principio de Mínima Intervención Judicial En El Arbitraje Comercial Internacional.” *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* IX, no. 1 (2016): 13–44.
- Scherer, Maxi, Lisa Richman, and et al. “Chapter 17 Interim and Conservatory Measures.” In *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User’s Guide*, 257–82. Kluwer Law International, 2015.
- Shengchang, Wang, and Cao Lijun. “Chapter 8: The Role of National Courts and Lex Fori in International Commercial Arbitration.” In *Pervasive Problems in International Arbitration*, Loukas A., 155–83. Kluwer Law International, 2006.
- UNCITRAL. “A Guide to UNCITRAL: Basic Facts about the United Nations Commission on International Trade Law,” 2013, 1–66.
- . “Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 20061” 4, no. 87 (2007): 14. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.

Veeder, V V. *The Need for Cross-Border Enforcement of Interim Measures Ordered by a State Court In Support of the International Arbitral Process. New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. Albert Jan. Vol. 12. Kluwer Law International, 2005.

Yesilirmak, Ali. "Chapter 5 - Arbitral Provisional Measures." In *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 12:159–236. International Arbitration Law Library, 2005. http://www.kluwerarbitration.com/book-toc.aspx?book=TOC_Yesilirmak_2005_V01.