

2013

DESARROLLOS EN MATERIA DE MEDIDAS PROVISIONALES EN ARBITRAJES INTERNACIONALES CON SEDE EN SUIZA

Miguel Oural
Edgardo Muñoz

Sumario

(Arbitraje internacional, medidas provisionales, Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, Reglamento Cámara de Comercio Internacional 2012, Tribunal Federal Suizo)

En este artículo se analizan los desarrollos jurídicos y prácticos de las medidas provisionales realizadas en los arbitrajes con sede en Suiza, así como la sentencia del Tribunal Federal Suizo del 13 de abril de 2010, la entrada en vigor del Código Federal de Enjuiciamiento Civil y la versión revisada del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional que entró a regir a partir de junio de 2012.

Abstract

(International arbitration, provisional measures, Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Chambers of Commerce, Rules of the International Chambers of Commerce 2012, Swiss Federal Court)

In this article the legal and practical developments of the provisional measures made to the arbitrations seated in Switzerland are analyzed, as well as the judgement of the Swiss Federal Court of April 13 of 2010, the entry into force of the Code of Civil Procedure and the revised version of the Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Chambers of Commerce that entered into force in June of 2012.

Desarrollos en materia de medidas provisionales en arbitrajes internacionales con sede en Suiza*

por Miguel Oural y Edgardo Muñoz

La elección frecuente de Suiza como sede de arbitrajes internacionales¹ se debe muchas veces a la neutralidad del país respecto de la nacionalidad de las partes e igualmente, a la existencia de un marco legal que garantiza la ejecución de los acuerdos y laudos arbitrales². La emisión de medidas provisionales juega un rol importante en lo anterior; pues es el instrumento disponible para asegurar el *status quo* o prevenir que los daños y perjuicios a una parte —que en ciertos

* El presente artículo es una versión actualizada del artículo “Medidas provisionales en arbitrajes internacionales con sede en Suiza”, publicado en *Spanish Arbitration Review* 2011/12, pp. 77-92.

1 Ver *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 22/1, 2011, p. 13: en la tabla sobre las ciudades comúnmente elegidas como sede del arbitraje se encuentran Ginebra en tercer lugar y Zúrich en cuarto lugar, lo que en su conjunto hace de Suiza el segundo lugar como sede de arbitrajes CCI según la tabla de países más elegidos; ver también *2010 International Arbitration Survey*, p. 17, *et seq.*: Ginebra se encuentra entre las cuatro más elegidas sedes de arbitraje en el mundo.

2 Refiriéndose al factor más importante para las cuatro sedes mundiales más elegidas, ver *2010 International Arbitration Survey*, p. 17, *et seq.*: “The most important factor is the ‘formal legal infrastructure’ at the seat —62%—, which includes the national arbitration law and also the track record in enforcing agreements to arbitrate and arbitral awards in that jurisdiction and its neutrality and impartiality”.

supuestos pueden ser irreparables— se incrementen a lo largo del procedimiento arbitral hasta la ejecución del laudo.

En este artículo, analizaremos los desarrollos en el derecho y la práctica de las medidas provisionales en arbitrajes con sede en Suiza. Dichos desarrollos incluyen la sentencia del Tribunal Federal Suizo del 13 de abril del 2010 que dejó en claro algunos de los puntos antes debatidos por la doctrina, la entrada en vigor del Código —Federal— de Enjuiciamiento Civil —en adelante: CPC— y la versión revisada del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional —en adelante Reglamento Suizo 2012—, que entró en vigor el 1.º de junio del 2012.

El CPC sustituyó a los 26 diferentes códigos cantonales en la materia. Las disposiciones relativas al arbitraje contenidas en la parte 3 del CPC³ aplican en principio a arbitrajes internos⁴, ya que el capítulo 12 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1989 —en adelante LDIP— regula el arbitraje internacional⁵. Un arbitraje con sede en Suiza se considera internacional si al momento de perfeccionamiento del acuerdo arbitral al menos una de las partes no tenía ni su sede ni domicilio ni residencia habitual en Suiza⁶. Sin embargo, desde el 1.º de enero del 2011, la LDIP contiene una disposición que permite a las partes excluir la aplicación de su capítulo 12 a favor de la parte 3 del CPC⁷. A su vez, el artículo

3 Artículos 353, *et seq* CPC.

4 Schweizer, ad. artículo 353, § 1, p. 1368.

5 Ver artículo 2.º, CPC *cum* artículo 1.º (d) CPC; Besson. *L'arbitrage interne et international en Suisse*, § 14, p. 16.

6 Ver artículo 176 (1) LDIP, el cual contiene un criterio objetivo basado en el domicilio que no toma en cuenta la naturaleza internacional de la transacción, que no obstante tiene la ventaja de la previsibilidad de las reglas aplicables al momento de la conclusión del acuerdo arbitral. Ver también Berti, § 2, p. 428 y Schweizer, ad. artículo 353, § 15, p. 1370.

7 Artículo 176 (2) LDIP.

353 (2) del CPC permite a las partes de un arbitraje interno excluir la aplicación de la parte 3 del CPC a favor del capítulo 12 LDIP. Se mantuvo un sistema dualista del arbitraje que no obstante otorga a las partes la posibilidad de elegir expresamente el conjunto de disposiciones —*lex arbitri*— aplicable a su disputa⁸.

Comenzaremos con la cuestión de quién tiene la facultad para ordenar medidas provisionales —*infra I*—. Continuaremos con el tipo de medidas disponibles —*infra II*—, sus requisitos —*infra III*— y los recursos contra las decisiones que las ordenan —*infra IV*—. Finalizaremos con el tema de la ejecución de las medidas provisionales ordenadas por un tribunal arbitral con sede en Suiza —*infra V*— y una breve conclusión —*infra VI*—.

1. COMPETENCIA PARA ORDENAR MEDIDAS PROVISIONALES Y LIMITACIÓN DE ESTA

En Suiza existe un principio general de facultad o competencia concurrente entre tribunales arbitrales y jueces estatales para ordenar medidas provisionales⁹. El artículo 183 (1) LDIP provee expresamente la facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas provisionales, a falta de acuerdo en contrario de las partes. Esta disposición no menciona expresamente la facultad de los jueces estatales pero la doctrina ha sostenido que tal disposición confiere una facultad concurrente a ambos jueces estatales y árbitros a lo largo del procedimiento desde la constitución del tribunal arbitral¹⁰, y aún antes de la constitución del tribunal arbitral en el caso de nombramiento de un

8 Mensaje del Consejo Federal, del 28 de junio del 2006, relativo al CPC —*Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse*—, Feuille fédérale 2006, p. 6999; Schweizer, ad. artículo 353, § 2, p. 1368; Poudret. *Présentation critique du Projet de réglementation de l'arbitrage interne —article 351 à 397 P-CPC—*, pp. 239-240.

9 Von Segerssler y Kurth, p. 84; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, §§ 561-564, pp. 366-367; Poudret y Besson, § 611, p. 525; Berti, § 5, p. 429; Besson, § 310, p. 192; von Segerssler y Jolles, p. 368; Knoepfler y Schweizer, p. 47. Otra doctrina internacional, ver Rubino-Sammartano, § 24.1.3, p. 622.

10 Tal postura se basa en el imperio de los jueces estatales a los cuales las partes tienen que poder acudir en busca de medidas ejecutables direc-

árbitro de emergencia conforme al reglamento de arbitraje aplicable¹¹.

El CPC en su artículo 374 (1) provee la facultad de un tribunal arbitral para ordenar medidas provisionales, la cual en arbitrajes internos estaba hasta ahora excluida¹². La competencia concurrente entre los tribunales estatales y arbitrales se menciona expresamente¹³. A pesar de que el artículo 374 del CPC no lo precise, el tribunal estatal competente para ordenar medidas provisionales es el juez ordinario, conforme al artículo

13 del CPC —especialmente cuando el tribunal arbitral no ha sido constituido— o alternatively el juez de apoyo conforme al artículo 356 (2) (c) del CPC¹⁴, es decir, el tribunal competente del cantón sede del tribunal arbitral.

El Reglamento suizo 2012 ahora expresamente dispone lo que la doctrina había postulado antes¹⁵: la posibilidad de las partes de acudir ante los jueces estatales en busca de medidas provisionales no significa una renuncia al derecho y obligación de resolver la disputa por la vía arbitral¹⁶.

Cont. 10 tamente por el órgano que las ordena, no obstante que el tribunal arbitral ya esté constituido. Ver von Segerssers y Kurth, p. 84; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, §§ 561-564, pp. 366-367; Poudret y Besson, § 611, p. 525; Berti, § 5, p. 429; von Segerssers y Jolles, p. 368; Oetiker, ad. artículo 26, § 33, p. 240. Otra doctrina internacional, ver Yesilirmak, § 3-20, nota al pie 79, p. 67, refiriéndose al artículo 183 LDIP.

11 Sobre las medidas provisionales emitidas por un árbitro de emergencia ver infra III, D.

12 Schweizer, ad. artículo 353, § 2, p. 1368.

13 Ibid., ad. artículo 374, § 10, p. 1440.

14 Ibid., ad. artículo 374, § 10, p. 1440.

15 Artículo 26 (5), Reglamento suizo 2012.

16 Poudret y Besson, § 612, p. 525; Knoepfler y Schweizer, p. 47. Otra doctrina internacional, ver Yesilirmak, § 3-21, p. 68; Gaillard y Fouchard, § 130, p. 715.

Tampoco significa que un juez estatal podrá negar la petición de medidas provisionales por el simple hecho de existir un acuerdo arbitral entre las partes¹⁷. A menos que una de las partes haya solicitado antes la misma medida en circunstancias idénticas al tribunal arbitral¹⁸.

El artículo 183 (1) LDIP establece expresamente que salvo acuerdo contrario, el tribunal arbitral podrá ordenar medidas provisionales a petición de parte¹⁹. Consecuentemente, las partes pueden privar a los árbitros de la facultad de ordenar medidas pro-

visionales. Ningún requisito de forma se establece para la validez de tal acuerdo²⁰ que no obstante tiene que ser explícito, ya sea a partir de la declaración expresa en la cláusula arbitral o el acuerdo arbitral póstumo²¹.

Respecto a la posibilidad de privar a los jueces estatales de la facultad concurrente de emitir medidas provisionales, la doctrina se ha pronunciado afirmativamente²². Los argumentos esgrimidos a favor de tal solución se basan en el interés legítimo de las partes de concentrar tal facultad en un ente único así como de

17 Von Segerssers y Kurth, pp. 85-86; Oetiker, ad. artículo 26, § 31, p. 239. Otra doctrina internacional, ver Yesilirmak, § 3-26, p. 76.

18 Besson, § 311, p. 192: con referencia a una sentencia de la Corte de Justicia —*Cour de justice*— de Ginebra en este sentido; Oetiker, ad. artículo 26, § 30, p. 239.

19 Artículo 183 (1) LDIP: "*Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d'une partie*".

20 Berti, § 3, p. 428.

21 Von Segerssers y Kurth, p. 70; Berti, § 3, p. 428; Oetiker, ad. artículo 26, § 28, p. 237. Otra doctrina internacional, ver Gaillard y Fouchard, § 1319, p. 718.

22 Von Segerssers y Kurth, p. 85; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 574, p. 381; Oetiker, ad. artículo 26, § 29, p. 239.

mantener el procedimiento arbitral confidencial²³.

El artículo 374 (1) del CPC aboga expresamente por una renuncia limitada a la facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales que no se extiende a los jueces estatales²⁴. Ese artículo no aplica directamente a arbitrajes regidos por la LDIP²⁵.

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional —en adelante Reglamen-

to CCI 2012—²⁶ apoya igualmente la competencia concurrente. Sin embargo, el artículo 28 (1) Reglamento CCI 2012 dispone que la facultad de los árbitros para ordenar cualquier medida provisional comienza desde el momento en que se le haya entregado el expediente, y no hasta que se haya emitido el acta de misión o el pago del anticipo de los costos del arbitraje²⁷. Antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, la parte que requiera medidas provisionales urgentes podrá solicitar tales medida según las reglas de

23 Von Segersser y Kurth, p. 85. Las partes que renuncien a la facultad de los tribunales estatales deberán tener en mente que en algunas ocasiones es más eficaz acudir directamente ante los últimos por razones de una ejecución más rápida de la orden. También tendrán que recordar que podrían necesitar medidas provisionales antes de la constitución del tribunal arbitral, en cuyo caso un juez estatal —no privado de tal facultad— podrá intervenir, a menos que una parte decida presentar una petición de procedimiento de emergencia conforme al reglamento aplicable, ver infra III, D.

24 Artículo 374 (1) CPC: "*L'autorité judiciaire ou, sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisionnelles, notamment aux fins de conserver des moyens de preuve*".

25 Ver artículo 2.º CPC *cum* artículo 1.º (d) CPC.

26 Reglamento de arbitraje de la CCI en vigor a partir del 1.º de enero del 2012.

27 Reglamento CCI 2012, artículo 28 (1): "El tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas".

árbitro de emergencia previstas en el artículo 29 y el apéndice V del Reglamento CCI 2012 o acudir al juez estatal. Sin embargo, el artículo 28 (2) Reglamento CCI 2012 limita la facultad de las partes de acudir al juez estatal después de la entrega del expediente al tribunal arbitral, ya que establece que solo pueden hacerlo en circunstancias apropiadas²⁸, es decir, en casos excepcionales de urgencia en que el tribunal arbitral sea incapaz de ordenar ciertas medidas²⁹.

El Reglamento suizo 2012 no impone por su parte límites al respecto. La regla contenida en su artículo 26 (1) reconoce la facultad concurrente del juez estatal en todo momento³⁰.

2. TIPO DE MEDIDAS PROVISIONALES DISPONIBLES

El artículo 183 LDIP no especifica el tipo de medidas provisionales que el tribunal arbitral puede ordenar³¹. Ninguna definición puede sustraerse de esta disposición, más que la característica de constituir medidas provisionales o conservatorias³², es decir, no son definitivas o, dicho de otra manera, tienen una naturaleza interina-temporal.

El artículo 374 (1) del CPC enuncia de igual forma la naturaleza temporal de las medidas provisionales pero ilustrándolas con un ejemplo que no se encuentra en el artículo 183 LDIP, es decir, medidas a los fines de

28 Reglamento CCI 2012, artículo 28 (2): "Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral y en circunstancias apropiadas aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares".

29 Derains y Schwartz, p. 300; Yesilirmak, §3-62, p. 95, con referencia a laudos CCI.

30 Oetiker, ad. artículos 26, §27, p. 238.

31 Von Segerssler y Kurth, p. 71.

32 La terminología francesa del artículo 183 LDIP es "*mesures provisionnelles*" y "*mesures conservatoires*".

conservar los medios de prueba³³. Cabe mencionar aquí que el CPC provee una lista no exhaustiva de medidas provisionales que un juez —estatal— puede ordenar —al margen de un procedimiento judicial— con el fin de prevenir o detener un daño susceptible de causarse durante el procedimiento³⁴, la cual incluye la

ejecución anticipada de la prestación litigiosa³⁵.

El Tribunal Federal Suizo se pronunció el 13 de abril del 2010 por primera vez sobre el contenido general de las medidas provisionales en el marco de un arbitraje internacional³⁶, definiéndolas como “las medidas que una

33 Artículo 374 (1), CPC: “*L'autorité judiciaire ou, sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisionnelles, notamment aux fins de conserver des moyens de preuve*”.

34 Artículo 262, CPC. En nuestra opinión, si bien la parte 3 del CPC es un sistema de derecho aplicable al arbitraje autónomo del resto de las partes del CPC, el contorno de la medidas provisionales que resulta del artículo 262 CPC, así como los principios aplicables a su ordenamiento —en particular esos contenidos en los artículos 261, 264, 265, 267 y 268 CPC, podrían ser extrapolables en el marco del artículo 374 (1), CPC. Ver Schweizer, ad. artículo 374, §§ 2 y 7, p. 1439, que parece abogar esa solución.

35 Artículo 262 (d), CPC.

36 Publicado en el boletín oficial del Tribunal Federal con la referencia BGE 136 III 200. La publicación oficial es un resumen de la sentencia que se encuentra de forma completa en www.bger.ch con la referencia 4A_582/2009. También publicado en el Boletín de la Asociación Suiza del Arbitraje: *Bull. ASA* 2010, p. 598. De acuerdo a los hechos relatados en la sentencia del Tribunal Federal Suizo, la disputa conocida por el árbitro único tuvo origen en la demanda de daños por la resolución injustificada de un contrato de licencia de marca. La parte demandada, licenciante de la marca, solicitó al árbitro único prohibiera a la parte actora, licenciataria de la marca, continuar confundiendo a la clientela rebautizando la marca con un nombre distinto, utilizar los canales de venta de internet que ofertaban los productos hasta en 70% de descuento, que ordenara a la parte actora la restitución de los nombres de dominio de su marca y le cediera o consignara el inventario no vendido durante la vigencia del contrato. A través de una medida provisional, llamada “laudo preliminar”, el árbitro único ordenó a la licenciataria la cesión de los saldos de inventario de la marca a un precio provisorio, reservándose expresamente la determinación del precio definitivo de tal saldo en el laudo definitivo sobre el fondo del

parte puede requerir para la protección provisional de su derecho durante el proceso de fondo y, en ciertos casos, aún antes de que el procedimiento sobre la sustancia haya iniciado”³⁷. También las clasifica en tres categorías:

—Las medidas cautelares —*mesures conservatoires*— que intentan mantener el objeto del litigio en el estado en que se encuentra durante el procedimiento arbitral;

—Las medidas de reglamentación —*mesures de réglementation*— que mantienen la relación de derecho entre las partes durante el procedimiento arbitral;

—Las medidas de ejecución anticipada provisionales —*les mesures d'exécution anticipée provisoires*— que pueden tener por objeto prestaciones en dinero, otras obligaciones de hacer o de no hacer, las cuales intentan obtener a título provisional, en todo o en parte, la ejecución de la pretensión objeto del litigio³⁸.

Sobre este último tipo, el Tribunal Federal Suizo dejó en claro que tales medidas son posibles ya que una modificación de la situación jurídica es muchas veces necesaria para la conservación de una situación de hecho³⁹. Cabe notar que el Tribunal Federal

Cont. 36 litigio. También ordenó a la licenciataria la transferencia de los nombres de dominio en su poder. Con esta medida el árbitro único implementó la ejecución anticipada y temporal del mecanismo de restitución previsto por el artículo 16 del contrato en caso de resolución y dispuso el riesgo de daño a la reputación y confusión resultado de la comercialización de la marca.

37 Ver BGE 136 III 200, c. 2.3.2: “*Les mesures provisionnelles ou provisoires —vorsorgliche Massnahmen ou einstweilige Verfügungen— sont les mesures qu’une partie peut requérir pour la protection provisoire de son droit pendant la durée du procès au fond et, dans certains cas, avant même l’ouverture de celui-ci*”.

38 Ver BGE 136 III 200, c. 2.3.2. Subrayamos que el Tribunal Federal Suizo menciona expresamente el artículo 262 (d) CPC cuando exponen este tipo de medida provisional.

39 Ver BGE 136 III 200, c. 2.3.2.

no criticó el ordenamiento de la medida provisional basada en la urgencia y en el principio de “balance de perjuicios” o “balance de intereses”⁴⁰.

La clasificación realizada por el Tribunal Federal Suizo respecto a las medidas provisionales disponibles en arbitrajes internacionales endosa expresamente la clasificación doctrinal que ya existía⁴¹.

3. REQUISITOS DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL MARCO ARBITRAL INTERNACIONAL

3.1. Generalidades

Los requisitos de las medidas provisionales derivan del acuerdo arbitral o del reglamento

de arbitraje al que las partes acordaron someter el procedimiento arbitral⁴². No obstante, la realidad es que las partes no entran en tales detalles al momento de concluir el convenio arbitral y los reglamentos de arbitraje más utilizados en la práctica contienen pocos detalles al respecto —salvo lo dispuesto por las disposiciones sobre el ordenamiento de medidas urgentes por el árbitro de emergencia conforme al Reglamento Suizo 2012 o el Reglamento CCI 2012—⁴³.

La doctrina ha postulado los requisitos necesarios para la obtención de medidas provisionales, que a grandes rasgos corresponden a aquellos previstos por el artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, enmen-

40 Ver la sentencia completa 4A_582/2009 en su parte relativa a los antecedentes B.b.

41 Von Segersser y Kurth, pp. 72-76; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 585, p. 386; Poudret y Besson, § 628, p. 538; Berti, §§ 10-12, pp. 430-431; Besson, § 444, p. 265; Briner y Patocchi, nota al pie 35, p. 26; Oetiker, ad. artículo 26, § 9, p. 233. Otra doctrina internacional, ver Yesilirmak, §§ 1 - 11 - 1 - 155, pp. 11-12; Lew, Mistelis y Kröll, § 23-35 *et seq.*, pp. 595-602; Rubino-Sammartano, § 24. 3, pp. 631-633.

42 Blessing, §§ 859, 860, p. 279.

43 Ver *Infra* III, D

dada en el año 2006 —en adelante Ley Modelo CNUDMI—⁴⁴. En base a esa doctrina, los tribunales arbitrales con sede en Suiza suelen considerar lo siguiente.

Primero: el tribunal deberá tener jurisdicción *prima facie* —*ratione personae et materiae*— para ordenar la medida provisional solicitada⁴⁵. Este requisito podrá verse afectado cuando por ejemplo, un juez estatal ya ha admitido la misma solicitud, por lo que conforme a los principios de la litispendencia o *res judicata*

el tribunal arbitral deberá abstenerse⁴⁶.

Segundo: la parte interesada en la medida provisional debe probar que existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere⁴⁷.

Tercero: la parte interesada en la medida debe convencer al tribunal arbitral que de no otorgarse la medida es probable que se produzca un daño que no podrá resarcirse adecuadamente mediante una indemnización posterior⁴⁸.

44 Ver von Segerssers y Kurth, p. 71; Blessing, § 857, p. 278; Poudret y Besson, § 626, p. 536; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 582, p. 384. Además la jurisprudencia de la CCI ha desarrollado ciertos requisitos que reflejan aquellos esgrimidos por la doctrina suiza, ver Yesilirmak, §§ 3 - 58 - 366, pp. 93-99.

45 Von Segerssers y Kurth, p. 71; Blessing, § 857, p. 278; Poudret y Besson, § 626, p. 536; Oetiker, ad. artículo 26, § 6, p. 231. Otra doctrina internacional, ver Yesilirmak, § 5- 26 *et seq.*, p. 175, refiriéndose a Blessing, § 857, p. 278.

46 Von Segerssers y Kurth, p. 86; Poudret y Besson, § 621, p. 533.

47 Von Segerssers y Kurth, p. 71; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 582, p. 384; Blessing, § 857, p. 279; Poudret y Besson, § 626, p. 536; Oetiker, ad. artículo 26, § 6, p. 232. Otra doctrina internacional, ver Yesilirmak, § 5-26 *et seq.*, p. 175, refiriéndose a Blessing, § 857, p. 279; Rubino-Sammartano, § 24.5, p. 644.

48 Von Segerssers y Kurth, p. 71; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 582, p. 384; Blessing, § 857, p. 278; Poudret y Besson, § 626, p. 536; Oetiker, ad. artículo 26, § 6, p. 231. Otra doctrina internacional, ver Yesilirmak, § 5-26 *et seq.*, p. 175, refiriéndose a Blessing, § 857, p. 278; Lew, Mistelis y Kröll, § 23-61 *et seq.*, p. 604; Rubino-Sammartano, § 24.5, p. 644.

3.2. Medidas provisionales *ex parte*

La doctrina mayoritaria concuerda en la facultad del tribunal arbitral de emitir medidas provisionales *ex parte*⁴⁹.

Dicha facultad se encuentra ahora expresamente provista por el Reglamento Suizo 2012⁵⁰. En circunstancias excepcionales, el tribunal arbitral podrá pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales por medio de una orden preliminar antes de que la solicitud sea comunicada a cualquiera otra parte⁵¹. Las medidas *ex parte* están sujetas al cumplimiento de la garantía de proceso justo. Dichas medidas deben comunicarse a la otra parte a más tardar en el momento de comunicarse la orden preliminar,

también se deberá brindar a la parte afectada la oportunidad de oponer argumentos en contra de la continuación de cualquier medida provisional *ex parte*⁵², a efecto de que el árbitro pueda adaptar o revocar su orden en base a lo esgrimido de manera póstuma⁵³.

Al respecto, el Reglamento suizo 2012 prevé la facultad expresa del tribunal arbitral, a petición de partes e igualmente por iniciativa propia, de modificar, de suspender o terminar cualquier medida provisional emitida, en circunstancias excepcionales y mediando comunicación a las partes⁵⁴.

En la práctica, las medidas *ex parte* comúnmente ordenadas tienen una naturaleza autoejecutorias. En otras palabras, mediante

49 Von Segerssers y Kurth, p. 78; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 584, p. 385; Blessing, § 863, p. 280; Poudret y Besson, § 626, p. 537; Berti, § 8, p. 430; Oetiker, ad. artículo 26, §§ 14, 16, pp. 234-235.

50 Reglamento suizo 2012, artículo 26 (3).

51 *Ibid.*, artículo 26 (3); Habegger, pp. 286-287.

52 *Ibid.*, artículo 26 (3); von Segerssers y Kurth, p. 78; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 584, p. 385; Poudret y Besson, § 626, p. 537; Berti, § 8, p. 430.

53 Blessing, § 866, p. 280; Poudret y Besson, § 627, p. 537.

54 Reglamento suizo 2012, artículo 26 (1).

ellas se suele reconocer a la parte solicitante el derecho de suspender la ejecución de una obligación o un estatuto o derecho dentro de cierta organización o relación contractual. Pocas veces se ordena la ejecución de obligaciones. Pues dado que el tribunal arbitral carece de imperio, cualquier orden de este último que no sea voluntariamente cumplida por la parte afectada pierde su carácter sorpresivo. Su ejecución debe realizarse con la ayuda del juez estatal competente conforme a lo establecido en el artículo 183 (2) LDIP⁵⁵.

3.3. Garantía

El artículo 183 (3) LDIP establece que el tribunal arbitral

puede —no debe— condicionar el otorgamiento de medidas provisionales a la constitución de una garantía apropiada por la parte interesada⁵⁶. El propósito de tal garantía es garantizar cualquier daño que la medida pueda causar a la parte afectada en el evento de que tal medida resultará ser injustificada⁵⁷. En este sentido, el tribunal arbitral se ve compelido a establecer la extensión de un posible daño futuro antes de pronunciarse sobre el monto de la garantía⁵⁸.

Ambos, el Reglamento de la CCI 2012 y el Reglamento suizo 2012 contemplan la facultad del tribunal arbitral de supeditar el otorgamiento de medidas provisionales a la constitución de una garantía⁵⁹.

55 Artículo 183 (2) LDIP. Ver sobre la falta de imperio y por tanto eficacia limitada de la facultad del tribunal arbitral, Müller, p. 175 citando la jurisprudencia suiza al respecto.

56 Artículo 183 (3), LDIP.

57 Von Segerssler y Kurth, p. 79; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 583, p. 385; Briner y Patocchi, nota al pie n.º 35, p. 26. Otra doctrina internacional en el mismo sentido, ver Yesilirmak, § 5-46, pp. 187-188; Born, p. 934.

58 Blessing, § 857, p. 279.

59 Reglamento CCI 2012, Artículo 28 (1): "El tribunal arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite". Reglamento suizo 2012, artículo 26 (2): "El tribunal arbitral tendrá la facultad de ordenar la constitución de garantía apropiada". Ver al respecto Oetiker, ad. artículo 26, § 23, p. 237.

El tema de discusión es, no obstante, si tal facultad puede ser ejercida por el tribunal arbitral *ex officio* o solo a petición de la parte afectada⁶⁰. La LDIP, el Reglamento CCI 2012, el Reglamento Suizo 2012 y la doctrina apuntan hacia una facultad discrecional del tribunal arbitral que no necesita ninguna petición de parte⁶¹. La misma solución prevalece en arbitraje interno conforme al artículo 374 (3) del CPC.

3.4. Medidas provisionales de urgencia conforme a procedimientos de emergencia

En años recientes los principales reglamentos de arbitraje

utilizados en procedimientos con sede en Suiza han incorporado disposiciones relativas a árbitros de emergencia —*Emergency Relief*—. Esta tendencia se ve reflejada en el Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo desde el año 2010⁶², el Reglamento CCI⁶³ y el Reglamento suizo,⁶⁴ ambos desde el año 2012.

En este apartado limitamos nuestro análisis a los requisitos previstos en procedimiento de emergencia del Reglamento suizo 2012, aplicable a todos los arbitrajes iniciados a partir del 1.º de junio del 2012, a menos que las partes acuerden lo contrario⁶⁵.

60 En la práctica, la parte afectada reaccionará casi siempre contra la medida provisional con una petición de garantía.

61 Von Segerssers y Kurth, p. 79; Berti, § 14, p. 431.

62 Anexo II Reglamento CCE.

63 Reglamento CCI 2012, artículo 29 y el apéndice V.

64 *Ibid.*, artículo 43.

65 Reglamento suizo 2012, artículos 1 (3) y 43 (1). Habegger, pp. 295-296; Ehle y Jähnel, p. 175. Contrario al artículo 29 (6) (a) del Reglamento CCI 2012 y al artículo 37 (1) del Reglamento AAA/ICDR, los cuales proveen que sus procedimientos de emergencia solo aplican a convenios de arbitraje concluidos después de la entrada en vigor de las disposiciones sobre procedimientos de emergencia, el Reglamento suizo 2012

El procedimiento de emergencia aplica cuando una parte busca una medida provisional urgente antes de que el tribunal arbitral se constituya, y aún, si es necesario, antes de que se presente la notificación del arbitraje⁶⁶. Una vez constituido el tribunal arbitral, las medidas provisionales solicitadas por las partes se rigen por el artículo 26 del Reglamento suizo 2012.

La parte interesada en la decisión de mediadas provisionales urgentes deberá presentar una petición de procedimiento de emergencia, la cual deberá contener, además de los elementos requeridos para la notificación del arbitraje⁶⁷, una descripción de la medida o medidas provisionales requeridas y su justificación,

especificando la razón de la pretendida urgencia —así como los comentarios necesarios sobre el idioma, la sede del arbitraje y el derecho aplicable—⁶⁸. En casos en que la sede del arbitraje no ha sido determinada en el acuerdo de arbitraje o si su designación es poco clara o incompleta, la Corte de Arbitraje de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas —en adelante la Corte— determinará la sede, sin perjuicio de la determinación subsecuente realizada por el tribunal arbitral de conformidad con el artículo 16 (1) del Reglamento suizo 2012⁶⁹. La Petición debe acompañarse de la confirmación del pago del arancel de registro y el anticipo de los honorarios y gastos del árbitro de emergencia. Si estos montos no son pagados,

Cont. 65 no contiene una regla transitoria. El procedimiento de emergencia está sujeto a la regla general contenida en el artículo 1 (3) del Reglamento suizo 2012 y por tanto aplica a todos los procedimientos de arbitrajes en los que la notificación del arbitraje fue presentada a partir del 1.º de junio del 2012, a menos que las partes acuerden lo contrario.

66 Habegger, p. 295.

67 Reglamento suizo 2012, artículo 3 (3) (b) a (e).

68 *Ibíd.*, Artículo 43 (1). El solicitante debe demostrar la urgencia de las medidas que deben tomarse —Reglamento suizo 2012, art. 43 (1) (a)—.

69 *Ibíd.*, artículo 43 (5).

la Corte no proseguirá con la petición⁷⁰.

El árbitro único nombrado por la Corte —“árbitro de emergencia”— está obligado por los mismos requisitos de independencia e imparcialidad de todo árbitro⁷¹. La Corte deberá verificar dos requisitos antes de remitir el expediente al árbitro de emergencia. En primer lugar, la Corte deberá verificar la existencia *prima facie* de un acuerdo de arbitraje que se refiera al Reglamento suizo —no se nombrará ningún árbitro de emergencia si manifiestamente no existe tal convenio de arbitraje—⁷². En segundo lugar, la Corte evaluará si es más pertinente proseguir con la constitución del tribunal arbitral o con el traslado de la petición de este⁷³. En otras palabras, la Corte está llamada a determinar si la urgencia es lo suficientemente importante como

para justificar la designación de un árbitro de emergencia. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro de emergencia no podrá actuar como árbitro en un arbitraje relacionado con la disputa para la que ha actuado como árbitro de emergencia⁷⁴.

La parte que presente una petición de procedimiento de emergencia antes de su notificación del arbitraje deberá presentar esta última dentro de los diez días siguientes —en circunstancias excepcionales, la Corte podrá extender dicho plazo—, pues de lo contrario la Corte dará por terminado el procedimiento de emergencia⁷⁵.

El árbitro de emergencia deberá dictar su decisión sobre la medida provisional solicitada dentro de los quince días siguientes a la fecha en que la secretaría

70 *Ibíd.*, artículo 43 (1) (c), anexo B, artículo 1.6.

71 *Ibíd.*, artículo 43 (4).

72 *Ibíd.*, artículo 43 (2) (a).

73 *Ibíd.*, artículo 43 (2) (b).

74 *Ibíd.*, artículo 43 (11).

75 *Ibíd.*, artículo 43 (3).

de la Corte le haya trasladado el expediente. Este plazo es prorrogable por el acuerdo de las partes o, en circunstancias pertinentes, por la Corte⁷⁶. El árbitro de emergencia deberá dirigir el procedimiento del modo que considere apropiado, tomando en cuenta la urgencia inherente a este procedimiento y asegurándose de que cada una de las partes tenga una oportunidad razonable de ser oída respecto de la petición⁷⁷.

La decisión del árbitro de emergencia tiene los mismos efectos que la decisión sobre medidas provisionales dictada por un tribunal arbitral según el artículo 26 del Reglamento suizo⁷⁸. La medida de urgencia puede ser modificada, suspendida o revocada por el árbitro de emergencia o por el tribunal arbitral una vez que se le haya transmitido el expediente⁷⁹.

Las medidas provisionales dictadas por el árbitro de emergencia dejan de tener efecto con la emisión del laudo final o la orden de terminación del procedimiento —o al terminarse el procedimiento de emergencia si la parte solicitante no presenta su notificación del arbitraje dentro del plazo de 10 días antes mencionado—, a menos que el tribunal arbitral decida lo contrario en su laudo⁸⁰.

3.5. La forma de las medidas provisionales

La LDIP no establece la forma que habrá de revestir la decisión sobre las medidas provisionales. El Reglamento CCI 2012 y el Reglamento suizo 2012 otorgan al tribunal arbitral la libertad para decidir si la medida provisional será emitida en la forma de una orden o de un laudo provisional⁸¹.

76 *Ibíd.*, artículo 43 (7).

77 *Ibíd.*, artículo 43 (6).

78 Habegger, p. 303.

79 Reglamento suizo 2012, artículo 43 (8).

80 *Ibíd.*, artículo 43 (10).

81 *Ibíd.*, artículo 28 (1): “Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante orden motivada o laudo, según el tribunal arbitral lo estime con-

El Tribunal Federal Suizo ha dejado claro que las órdenes que no resultan en una determinación final sobre el objeto litigioso, en todo o en parte, no serán consideradas laudos⁸². Confirmó así la opinión doctrinal que aboga que al decidir si una medida es de hecho una medida provisional en términos del artículo 183 LDIP o un laudo preliminar en el sentido del artículo 190 (3) LDIP, la sustancia prevalece sobre la forma⁸³. Por lo que el nombre o título dado por el tribunal arbitral a su medida provisional es irrelevante para tal objeto⁸⁴.

4. RECURSOS

El Tribunal Federal Suizo ha sostenido lo que la doctri-

na mayoritaria ya abogaba: no existe recurso en contra de una medida provisional ordenada por un tribunal arbitral conforme al artículo 183 (1) LDIP, independientemente de la forma o el título dado a esta al no calificar como laudo preliminar en el sentido del artículo 190 (3) LDIP⁸⁵. De acuerdo al artículo 190 (1) (2) LDIP, solo los laudos finales pueden ser recurridos y solo en supuestos particulares⁸⁶. No obstante, conforme al artículo 190 (3) LDIP, también los laudos preliminares pueden ser recurridos en anulación, pero solo en un par de supuestos: cuando (i) la nominación de un árbitro o la constitución del tribunal fue hecha de manera irregular o (ii) el tribunal arbitral se declaró

Cont. 81 veniente". Artículo 26 (2): "Las medidas provisionales podrán otorgarse en un laudo provisional".

82 Ver BGE 136 III 200, c. 2.3.4.1; Dutoit, p. 237, 238; De Werra, p. 662.

83 Von Segerssner y Kurth, p. 80.

84 Dutoit, pp. 237, 238; De Werra, p. 662.

85 Ver BGE 136 III 200 c. 2.3.5.; Dutoit, p. 237, 238 ; De Werra, p. 662; von Segerssner y Kurth, p. 86; Briner / Patocchi, nota al pie 35, p. 26; Oetiker, ad. artículo 26, § 22, p. 237.

86 Ver artículo 190 (1) y (2) LDIP. También ver Oetiker, ad. artículo 26, § 22, p. 237.

erróneamente incompetente o competente⁸⁷.

provisional u orden preliminar injustificado⁸⁹.

La parte afectada conserva sus derechos para recurrir en contra de medidas provisionales que al no ser cumplidas voluntariamente por ella han debido ser ejecutadas a través del juez —estatal— de apoyo⁸⁸ u ordenadas directamente por el juez estatal.

En todo caso, las partes que dirimen su controversia conforme a las disposiciones del Reglamento suizo 2012, confieren al tribunal arbitral la facultad de decidir sobre toda demanda de indemnización por daños y perjuicios causados por una medida

5. EJECUCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES ORDENADAS POR UN TRIBUNAL ARBITRAL CON SEDE EN SUIZA

Las medidas provisionales ordenadas en el marco de la competencia de un tribunal arbitral tienen una naturaleza contractualmente vinculante. Con excepción de las órdenes autoejecutorias⁹⁰, las medidas provisionales constituyen ley imperfecta pues el tribunal arbitral carece de imperio para imponer su cumplimiento⁹¹.

La práctica demuestra que existe un gran porcentaje de

87 Ver artículo 190 (3) LDIP.

88 Von Segerssler y Kurth, p. 86.

89 Reglamento suizo 2012, artículo 26 (4).

90 Blessing, § 871, p. 281 —traducción libre—: “hay muchas ordenes que no necesitan ser ejecutadas a través de una corte para ser cumplidas. Por ejemplo el tribunal arbitral podría autorizar retirar o hacer valer una garantía, o vender mercancías perecederas en su poder, etc.”; Berti, § 9, p. 430; Born, p. 972.

91 Von Segerssler y Kurth, p. 80; Blessing, § 869, p. 281; Poudret y Besson, § 630, p. 540; Berti, § 16, p. 431; Oetiker, ad. artículo 26, § 3, p. 231; Oetiker, ad. artículo 26, § 18, p. 235. Otra doctrina internacional en el mismo sentido, ver Born, p. 972.

medidas provisionales que son voluntariamente cumplidas por la parte afectada⁹², la cual es consciente de su obligación y de los beneficios futuros de mitigar daños⁹³, de la necesidad de no agravar al tribunal arbitral quien, por dicho comportamiento, podría posteriormente decidir de manera adversa⁹⁴ o de conservar una actitud que preserve en cierta medida la relación comercial, presente o futura, entre las partes en litigio.

Sin embargo, también existen muchas ocasiones en que, justificada o injustificadamente, la parte afectada rehusará cumplir con la medida provisional dictada por el tribunal arbitral. En tales casos, la asistencia del juez —estatal— competente es indispensable.

5.1. Ejecución en Suiza

El artículo 183 (2) LDIP menciona que el tribunal arbitral puede pedir la ayuda del juez —estatal— competente en caso de que una de las partes no se someta voluntariamente a su orden⁹⁵. La disposición no menciona la posibilidad de que la parte interesada se dirija por sí misma al juez competente. No obstante, la doctrina considera que tal actuar es permitido⁹⁶, aunque algunos opinan que lo pertinente es que se haga con la autorización del tribunal arbitral⁹⁷. Esta última condición está acorde a lo establecido por el CPC aplicable al arbitraje interno, que provee que cuando la petición es de parte, esta última deberá previamente obtener el acuerdo del tribunal arbitral⁹⁸.

92 Von Segerssers y Kurth, p. 80; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 586, p. 386; Blessing, §§ 869, 870, p. 281; Poudret y Besson, § 630, p. 540.

93 Von Segerssers y Kurth, nota al pie 54, p. 80; Born, p. 972.

94 Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 586, p. 386; Poudret y Besson, § 630, p. 540; Born, p. 972.

95 Artículo 183 (2) LDIP.

96 Berti, § 16, p. 431; contra Besson, § 511, p. 303, pero con referencias a autores a favor en nota al pie 1418.

97 Von Segerssers y Kurth, p. 81.

98 Artículo 374 (2) CPC *in fine*.

Somos de la opinión de que dicha condición no puede imponerse en el marco de un arbitraje internacional ya que las partes mantienen un interés en la celeridad de las actuaciones y deberían ser capaces de pedir el apoyo de las autoridades judiciales sin una previa autorización del tribunal arbitral.

El artículo 183 (2) LDIP hace referencia al juez competente sin especificar quién es el juez competente. Al respecto, la doctrina se inclina por la competencia del juez del lugar donde la medida provisional será ejecutada⁹⁹. Esta solución está conforme a lo dispuesto por el artículo

24 de la Convención de Lugano y el artículo 10 LDIP¹⁰⁰. Podría tratarse por ejemplo del lugar donde los bienes en litigio se encuentran, donde la parte afectada tiene su domicilio o mantiene bienes susceptibles de garantizar la ejecución futura del laudo¹⁰¹. Concretamente, sería el tribunal competente del cantón¹⁰² donde se encuentra uno de esos lugares¹⁰³. Una postura distinta apunta hacia la competencia del juez en el lugar sede del arbitraje¹⁰⁴.

Respecto del arbitraje interno, el artículo 374 (2) del CPC tampoco determina quién es el juez competente en la ejecución de las medidas provisionales. En

99 Favre-Bulle, p. 99; Von Segerssler y Kurth, p. 81; Berti, § 16, p. 431; Besson, § 512, p. 304; von Segerssler y Jolles, p. 368; Poudret, *Les mesures provisionnelles et l'arbitrage*, p. 244.

100 Kaufmann-Kohler y Rigozzi, §§ 569, 569b, pp. 368-369.

101 Ver Besson, § 512, p. 304; Müller, p. 175 citando la jurisprudencia suiza al respecto; Blessing, § 862, pp. 279-280.

102 Nota bene: en algunos cantones suizos existen diferentes jurisdicciones geográficas —i.e. varios distritos— lo que significa que hay también que determinar cual tribunal del cantón es *ratione loci* competente. Es el caso, por ejemplo, del cantón de Vaud. Al contrario, el cantón de Ginebra tiene una jurisdicción geográfica única.

103 Favre-Bulle, p. 99; Briner y Patocchi, nota al pie 35, p. 26.

104 Ver Müller, p. 175 citando la jurisprudencia suiza al respecto; Blessing, § 862, pp. 279-280; Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 569b, p. 569.

nuestra opinión, el juez competente es el juez de apoyo designado por el cantón de la sede del arbitraje conforme al artículo 356 (2) (c) del CPC, así como el juez competente conforme al artículo 13 del CPC que designa alternativamente el lugar de la acción principal y el lugar donde la medida provisional debe ser ejecutada¹⁰⁵.

El artículo 183 (2) LDIP establece que el juez requerido para la ejecución actuará conforme a su propio derecho.

Sobre este último punto, dos temas principales suelen discutirse. El primero concierne a la facultad del juez de apoyo de revisar la sustancia de la orden emitida por el tribunal arbitral. Mientras algunos autores señalan

que el juez de apoyo simplemente hará una revisión superficial sobre la validez del acuerdo arbitral y la constitución del tribunal arbitral y se asegurará además de que la medida misma no es contraria al derecho suizo o a su orden público¹⁰⁶, otros abogan la facultad del juez de apoyo de revisar la pertinencia de la orden en base a la eficacia y conveniencia de la medida provisional concreta¹⁰⁷. En nuestra opinión y en consideración de los principios de no intervención y apoyo que rigen la relaciones entre los tribunales arbitral y estatales en Suiza, la postura adecuada es aquella que garantiza la asistencia del juez en la ejecución sin entrar en la revisión de la orden, a menos que la medida parezca ser obviamente contraria al orden público¹⁰⁸. El segundo tema atañe la obligación del juez estatal de

105 Poudret, *Presentation critique du Projet de réglementation de l'arbitrage interne —article 351 à 397 P-CPC*, pp. 247-248, inclinándose además por la última opción. Poudret no menciona la competencia del juez de apoyo que resulta del artículo 356 (2) (c) CPC, a pesar que a nuestro parecer cae de peso que aplica también.

106 Von Segerssler y Kurth, p. 81; Blessing, § 862, p. 280; Berti, § 18, pp. 431-432; Besson, § 520, p. 309; Knoepfler y Schweizer, p. 46.

107 Doctrinistas abogando por tal facultad de revisión ver Besson, § 520, nota al pie 1460, p. 309.

108 En el mismo sentido, Besson, § 520, p. 310.

admitir la petición de apoyo en la ejecución de una medida provisional. No obstante, tal medida es desconocida por el derecho procesal suizo. Al respecto la doctrina señala que el juez de apoyo deberá en tal supuesto adaptar la medida que se intenta ejecutar a efecto de hacerla compatible con los principios de su foro¹⁰⁹. Solo en situaciones en que la medida es totalmente inadaptable el juez competente podrá negar el apoyo para su ejecución¹¹⁰.

Dado que la ejecución del juez de apoyo competente en el arbitraje interno e internacional

constituye en sí misma una decisión judicial, esta última podrá ser apelada conforme a lo previsto por el derecho procesal¹¹¹. Así, por ejemplo, cuando la orden de ejecución fue rendida por el tribunal de primera instancia del cantón de Ginebra —cuya competencia se basa en el artículo 86 (2) (a) o (d) de la Ley sobre la Organización Judicial (en adelante LOJ)¹¹²— esta podrá ser apelada como lo dispone el artículo 308 y siguientes del CPC ante la Cámara Civil de la Corte de Justicia del cantón de Ginebra¹¹³. Consideramos en efecto que la orden de ejecución es asimilable a una

109 Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 594, p. 389; Poudret y Besson, § 637, p. 545; Besson, § 518, p. 308.

110 Von Segersser y Kurth, pp. 81-82.

111 Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 569b, p. 369.

112 Ver Ley del cantón de Ginebra sobre la Organización Judicial en vigor desde el 1.º de enero del 2011 —*Loi sur l'organisation judiciaire*—.

113 LOJ, artículo 120 (1) (a). La vía de la apelación supone que el valor litigioso sea superior a CHF 10'000 —art. 308 (2) CPC—. Si no es el caso, la vía del recurso según los artículos 319 *et seq.* CPC estará abierta. La principal diferencia entre la vía de la apelación y la del recurso es que en esta última solo se reexaminan los hechos establecidos de manera manifiestamente inexacta —artículo 320 (b) CPC—, es decir, de manera arbitraria. Nota *bene*: las medidas provisionales se ordenan según un procedimiento sumario —*procédure sommaire*; CPC, art. 248 (d)—; no debería ser diferente en el marco de la ejecución de medidas provisionales ordenadas por un tribunal arbitral así que el plazo de apelación será de diez días —y no treinta— conforme al artículo 314 (1) CPC.

orden de medida provisional y por consiguiente apelable según el artículo 308 (1) (b) del CPC. La decisión de la Cámara civil de la Corte de justicia cantonal de la última instancia podría ser a su turno atacada ante el Tribunal Federal Suizo conforme al artículo 93 de la Ley del Tribunal Federal Suizo si la ejecución de la medida provisional causa a la parte afectada un daño irreparable¹¹⁴.

5.2. Ejecución en el extranjero

No es poco frecuente que una medida provisional ordenada por un tribunal arbitral con sede en Suiza tenga que ser ejecutada en el extranjero. No existe ningún instrumento internacional que regule la ejecución de medidas provisionales de un tribunal arbitral con sede en país distinto en el cual se busca la ejecución. Tam-

co existe un tratado bilateral del que Suiza sea parte.

La Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrajes Extranjeros —en adelante Convención de Nueva York— no debería ser utilizada para tales fines. Sin la intención de argumentar en contra de la doctrina que aboga por su aplicación en la ejecución de medidas provisionales¹¹⁵, nuestra opinión se funda en que además de no ser un tema expresamente tratado por la Convención de Nueva York, las medidas provisionales no deben formularse en forma de laudo parcial o provisional, ya que el mero título no las convertirá en un laudo¹¹⁶. Contrario a la naturaleza de las medidas provisionales antes expuesta, un laudo debe ser vinculante pero además definitivo¹¹⁷.

114 El recurso ante el Tribunal Federal Suizo está limitado a violaciones de derechos constitucionales —Ley del Tribunal Federal Suizo, art. 98—. Ver Kaufmann-Kohler y Rigozzi, § 569b, p. 369.

115 Ver algunos autores y jurisprudencia sobre este punto en Yesilirmak, § 5-54, notas al pie 138-139, p. 194.

116 Ver en el mismo sentido Poudret y Besson, § 639, p. 546.

117 De la misma opinión Blessing, § 874, p. 281; Poudret y Besson, §§ 633, 634, pp. 542-543; Oetiker, ad. artículo 26, § 19, p. 236. Ver igualmente otra doctrina internacional Yesilirmak, § 5-53, pp. 193-194.

La permisión expresa de la ejecución de medidas provisionales extranjeras podría ser provista por el derecho arbitral en el lugar de ejecución¹¹⁸. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje del Perú del 2008 en su artículo 48 (4), el mismo que adopta el artículo 17 (H) (I) de la Ley Modelo CNUDMI, expresamente dispone que toda medida provisional ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional en base a las disposiciones sobre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, y solo en supuestos limitados tal reconocimiento podrá negarse¹¹⁹. Una disposición en el mismo sentido la proporciona la Ley de Arbitraje de México¹²⁰.

En vista de la precariedad de normas expresas que regulen la ejecución de medidas provisionales de un tribunal arbitral

con sede en país distinto en el cual se busca la ejecución, la solución práctica es abordar al juez extranjero competente, quien dependiendo de sus principios procesales podría admitir la demanda de ejecución ya sea a petición de la parte interesada, del tribunal arbitral o partir del no siempre expedito mecanismo de cartas o exhortos rogatorios en vigor entre los jueces suizos y algunos países¹²¹.

6. CONCLUSIÓN

La sentencia del Tribunal Federal Suizo del 13 de abril del 2010 contribuirá al fortalecimiento y sobre todo a la previsibilidad de la institución de medidas provisionales en el marco de arbitrajes internacionales con sede en Suiza. De especial importancia también es el reconocimiento de la facultad discrecional de los árbitros para ordenar medidas

118 Oetiker, ad. artículo 26, § 20, p. 236 haciendo referencia al artículo 17 (H) (I) Ley Modelo CNUDMI.

119 Perú, Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje: Ley de Arbitraje del 2008.

120 Ver artículo 1479 del Código de Comercio de México, conforme a la reforma publicada el 27 de enero del 2011, en el Diario Oficial de la Federación.

121 Oetiker, ad. artículo 26, § 21, p. 237.

provisionales en base al principio de “balance de perjuicios” o “balance de intereses”.

Las disposiciones modernas de la parte 3 del CPC, que podrán aplicarse a arbitrajes de naturaleza internacional a elección expresa de las partes, darán origen a una nueva jurisprudencia y doctrina que en materia de medidas provisionales podría inspirar a los protagonistas en procedimientos arbitrales con sede en Suiza y así consolidar aún más la previsibilidad y eficacia de la institución.

Respecto al Reglamento suizo 2012, las enmiendas realizadas al artículo 26 y el nuevo procedimiento de emergencia —principal novedad—, están destinadas a reforzar los poderes del árbitro a efecto de hacer más eficiente y eficaz el procedimiento y otorgamiento de medidas provisionales. En este sentido, el Reglamento suizo 2012, será un instrumento exitoso que responderá a las necesidades concretas de la comunidad de los negocios en materia de medidas provisionales.

BIBLIOGRAFÍA

BESSON, S. *Arbitrage International et mesures provisoires - Etude de droit comparé*. Schulthess. Zurich: 1994.

— *L'arbitrage interne et international en Suisse : le nouveau CPC à l'aune du Concordat et du chapitre 12 de la LDIP*. En : Bonomi, A., Bochatay, D. —eds.—, *Arbitrage Interne et International*. Librairie Droz. Genève: 2010.

BERTI, S. V. *International Arbitration in Switzerland*. Kluwer Law International. The Hague: 2000.

BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A. y HUNTER, M. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 5th Ed. London: 2009.

BLESSING, M. *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*, Helbing & Lichtenhahn. Basel: 1999.

BORN, G. B. *International Commercial Arbitration - Commentary and Materials*. Kluwer Law International, 2nd Ed. New York: 2001.

BRINER, R. y PATOCCHI, P.M. *International Handbook on Commercial Arbitration*. Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands: 2008.

DE WERRA, J. *Liquidation d'un contrat de licence de marque et mesures provisionnelles: quelques observations à la lumière de l'ATF 136 III 200*. En: *Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence —sic!—*. Schulthess. Basel: 9/2010.

DERAINS, Y. y SCHWARTZ, E. *A Guide to the ICC rules of arbitration*. Kluwer Law International. The Hague: 2005.

DUTOIT, B. *Chronique - Droit International Privé*. En: *Journal des Tribunaux —JdT—*, 2011, II 231.

EHLE B. y JAHNEL, W. *Revision der Swiss Rules – erhöhte Effizienz und Flexibilität*. SchiedsVZ —German Arb. J.— 4/2012.

FAVRE-BULLE, X. *Les mesures provisionnelles*. En: Bonomi, A., Bochatay, D. —eds.—, *Arbitrage Interne et International*. Librairie Droz. Genève: 2010.

GAILLARD, E. y FOUCHARD, P. En: Gaillard, E. y Savage, J. —eds.—. *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*. Kluwer International Law. The Hague: 1999.

HABEGGER, Ph. *The Revised Swiss Rules of International Arbitration - An Overview of the Major Changes*, ASA Bulletin 2/2012.

KAUFMANN-KOHLER G. y RIGOZZI, A. *Arbitrage International - Droit et pratique à la lumière de la LDIP*. Weblaw, 2^e Ed. Berne: 2010.

KNOEPFLER, F. y SCHWEIZER P. *Arbitrage International - Jurisprudence Suisse commentée depuis l'entrée en vigueur de la LDIP*. Schulthess. Basel: 2003.

LEW, J. D.; MISTELIS, L. y KRÖLL, S. M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer International Law. The Hague: 2005.

MÜLLER, C. *Swiss Case Law in International Arbitration*. Schulthess, 2nd Ed. Basel: 2010.

OETIKER, C. *Swiss Rules of International Arbitration - Commentary*. Kluwer International Law - Schulthess. Basel: 2005.

POUDRET, J-F. y BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. Thomson, 2nd Ed. London: 2007.

POUDRET, François. “*Presentation critique du Projet de réglementation de l'arbitrage interne —article 351 à 397 P-CPC—*”. En: Lukic, Suzana. —ed.—. *Le Project de Code de procédure civile fédérale*. Ceditac. Lausanne: 2008, p. 239.

POUDRET, J-F. *Les mesures provisionnelles et l'arbitrage*. En: Knoepfler, F.; Wessner, P. y Bohnet, F. —eds.—. *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing & Lichtenhahn. Basel: 2005.

RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration - Law and Practice*. Kluwer Law International, 2nd Ed. The Hague: 2001.

SCHWEIZER, P. *Code de procédure civile commenté*. Helbing & Lichtenhahn. Basel: 2011.

VON SEGERSSER G. y KURTH C. *International Arbitration in Switzerland - A Handbook for Practitioners*. Kluwer Law International. The Hague: 2004.

VON SGERSSER G. y JOLLES, A. *Switzerland*. En: Rowley W. —ed.—. *Arbitration World*. The European Lawyer Reference, 2nd Ed. London: 2006.

YESILIRMAK, A. *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. The Hague: 2005.

2010 International Arbitration Survey. *Choices in International Arbitration*. White & Case. LLP. and Queen Mary University of London, http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf.

ICC, *International Court of Arbitration Bulletin*. Volume 22, n.º 1, 2011.