

# LAS MEDIDAS ANTI-PROCESO EN EL ARBITRAJE PERUANO

## ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN PERUVIAN ARBITRATION

**Mario Reggiardo Saavedra\***  
**Pontificia Universidad Católica del Perú**  
**Universidad del Pacífico**  
**Payet, Rey, Cauvi, Pérez**  
**Álvaro Cuba Horna\*\***  
**Payet, Rey, Cauvi, Pérez**

*The Peruvian Arbitration Law was inspired by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Both rules empower arbitration tribunals to issue anti-process or anti-suit injunctions. These measures classified as precautionary measures aim to protect the jurisdictional monopoly granted by the parties to the arbitral tribunal to address the risk of two parallel proceedings and two contradictory decisions being issued. However, despite appearing to be a useful remedy in arbitral material, it has certain questions that diminish its application.*

*In this article, the authors analyze such measures to address the questioning that limit its application to verify their efficiency and validity. It also assesses its requirements under international arbitration practice to corroborate whether they conform to the Peruvian regulatory framework.*

**KEYWORDS:** *Anti-suit injunctions; arbitral clause; jurisdictional monopoly; arbitration tribunal; parallel proceedings; triple identity test.*

*La Ley de Arbitraje se inspiró en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI. Ambas normas facultan a los tribunales arbitrales a dictar medidas anti-proceso o anti-suit injunctions. Estas medidas calificadas como medidas cautelares tienen como función la protección del monopolio jurisdiccional otorgado por las partes al tribunal arbitral para así, afrontar el riesgo de que existan dos procesos paralelos y se emitan dos decisiones contradictorias. Empero, a pesar de aparentar un remedio útil en material arbitral, posee ciertos cuestionamientos que disminuyen su aplicación.*

*En el presente artículo, los autores analizan este tipo de medidas para dar respuesta a los distintos cuestionamientos que limitan su aplicación con la finalidad de comprobar su eficiencia y validez. Asimismo, evalúan sus requisitos bajo la práctica arbitral internacional para corroborar si se ajustan o no al marco normativo peruano.*

**PALABRAS CLAVE:** *Medidas anti-proceso; cláusula arbitral; monopolio jurisdiccional; tribunal arbitral; procesos paralelos; test de triple identidad.*

\* Abogado. Master en Law and Economics (E.M.L.E.) por la Universität Hamburg. Profesor de las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico. Socio de Payet, Rey, Cauvi, Pérez (Lima, Perú). Contacto: mrs@prcp.com.pe

\*\* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente legal en Payet, Rey, Cauvi, Pérez (Lima, Perú). Contacto: ach@prcp.com.pe

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 5 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 26 de julio de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando las partes incluyen una cláusula arbitral en sus contratos, sus intenciones son que cualquier controversia relacionada al contrato sea resuelta en un arbitraje. Con este pacto, las partes excluyen cualquier intervención de las cortes judiciales (Baltag, 2016, p. 251)<sup>1</sup>, a menos que la ley aplicable los autorice a recurrir a dicha jurisdicción<sup>2</sup>.

Esta común intención de las partes confiere al tribunal arbitral no solo la posibilidad de ser los únicos que decidan su propia competencia<sup>3</sup> y la controversia de fondo, sino que, además, pueden impedir que una parte del arbitraje contravenga este acuerdo. Los árbitros, en cierta medida, tienen el poder de proteger el pacto de las partes plasmado en su cláusula arbitral. Para ello, los tribunales arbitrales tienen la facultad de dictar las medidas anti-proceso, conocidas también como *anti-suit injunctions*.

En este trabajo analizaremos este tipo de medidas, sus requisitos bajo la práctica arbitral internacional y si se ajustan al marco normativo peruano.

## II. ¿QUÉ ES UNA MEDIDA ANTI-PROCESO?

Las medidas anti-proceso son medidas dictadas por el tribunal arbitral y están dirigidas a una parte del arbitraje que incumple el convenio arbitral e inicia un proceso ante los jueces para discutir la misma controversia. Como indica Gary Born, esta medida “is typically requested (and ordered where one party seeks to pursue litigation outside the contractual arbitral forum, in violation of the par-

ties’ arbitration agreement” (2014, p. 2501)<sup>4</sup>. En la misma línea, Noussia indica que esta medida “is an order issued by a court or an arbitration tribunal enjoining a party from initiating or continuing proceedings **in another jurisdiction**” (2009, p. 311)<sup>5</sup> [el énfasis es nuestro].

Esta medida cumple tres objetivos: (i) respetar el acuerdo de arbitraje; (ii) prevenir las conductas procesales oportunistas; y, (iii) prevenir decisiones contradictorias entre dos jurisdicciones sobre una misma controversia.

Respecto al primer objetivo, la medida busca el respeto del acuerdo de arbitraje y la intención de las partes de que cualquier controversia relacionada al contrato sea resuelta por un tribunal arbitral. Desde un punto de vista contractual, dado su incumplimiento al recurrir a las cortes judiciales, la parte interesada solicita al tribunal arbitral que ordene a la otra parte el cumplimiento de la cláusula arbitral<sup>6</sup>, lo que significa que ordene a la otra parte a someter la controversia al foro arbitral.

Respecto al segundo objetivo, se busca prevenir conductas oportunistas de las partes. Existen muchas razones por las que las partes pueden optar por iniciar un proceso judicial antes que un arbitraje: por ejemplo, generar demoras innecesarias en el procedimiento arbitral o cuestionar de manera infundada la competencia del tribunal arbitral. En otras palabras, **tácticas de guerrillas**<sup>7</sup> que impactarán en el desarrollo normal del arbitraje. Frente a esa situación, las medidas anti-proceso buscan evitar que las conductas oportunistas impacten en el desarrollo del proceso arbitral. Como indica Gaillard,

<sup>1</sup> En palabras de Baltag, “al celebrar un acuerdo de arbitraje, las partes renuncian a su derecho de iniciar cualquier procedimiento judicial sobre el fondo de la disputa” (2016, p. 251).

<sup>2</sup> Por ejemplo, si bien las partes pueden haber firmado una cláusula arbitral, según la Ley de Arbitraje, ellas también cuentan con la opción de solicitar una medida cautelar ante la jurisdicción ordinaria. Así, de manera literal, el artículo 47.4 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje peruana, señala que [l]as medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho (2008).

<sup>3</sup> La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 41.1, indica lo siguiente: El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales (2008).

<sup>4</sup> “[G]eneralmente se solicita (y se ordena) cuando una de las partes busca entablar un litigio fuera del foro arbitral, en contravención al acuerdo de arbitraje de las partes” [traducción libre].

<sup>5</sup> “[O]rdena a una parte no continuar o iniciar los procedimientos en otra jurisdicción **distinta a la arbitral**” [traducción libre].

<sup>6</sup> Al respecto, el Código Civil peruano en su artículo 1150.1 señala que “[e]l incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1.- Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor [...]” (1984).

<sup>7</sup> Para mayor detalle sobre las tácticas de guerrillas, revisar Horvath y Wilske (2013, pp. 3-16).

Submission of the matters covered by an arbitration agreement to the domestic courts, or even the risk of such submission, constitutes a factor that may aggravate the dispute between the parties, and that may justify the issuance of an order addressed to the parties prohibiting such conduct (2007, p. 239)<sup>8</sup>.

En consecuencia, las partes deben abstenerse de realizar cualquier conducta dirigida a impactar en el desarrollo normal del arbitraje y, de esta forma, comportarse de buena fe durante el procedimiento, tal como señala el artículo 38 de la Ley de Arbitraje peruana<sup>9</sup>.

Respecto al tercer objetivo, como consecuencia de prevenir las conductas oportunistas, el tribunal arbitral tiene el deber de mitigar cualquier daño al procedimiento arbitral y, entre los más importantes, se encuentra la prevención de los procedimientos paralelos sobre una misma controversia. Como indican Stacher y Feit, uno de los objetivos de esta medida es “limit the dispute to one jurisdiction and prevent parallel proceedings” (2013, p. 1412)<sup>10</sup>.

Si una de las partes decide iniciar un procedimiento ante las cortes judiciales, se corre el riesgo de que un tribunal distinto al acordado por las partes decida en otro foro la misma controversia discutida en el arbitraje. Como indicaron los árbitros del caso *Paul Donin de Rosiere c. Irán*, el tribunal arbitral goza de un “inherent power to protect its own jurisdiction in cases where the risk of inconsistent decisions in parallel and duplicative proceedings instituted in other fora have rendered this necessary” (1986, párr. 13)<sup>11</sup>.

En principio, este riesgo no debería presentarse bajo el marco de la Ley de Arbitraje peruana. Si se remite una controversia cubierta por una cláusula arbitral a los tribunales judiciales, salvo que la cláusula arbitral fuese manifiestamente nula, a

pedido de parte, el juez no deberá admitir a trámite dicho reclamo<sup>12</sup> y no existirá un riesgo de que se presenten dos procesos paralelos. Este criterio tiene sustento normativo incluso bajo los términos de la Convención de Nueva York<sup>13</sup>.

Este escenario se presentó, a modo de ejemplo, en el caso *Paramedics c. G.E. Medical Systems*, en el que una corte estadounidense ordenó a la parte que recurrió a la corte judicial, discutir la controversia en el foro arbitral, dada la existencia de una cláusula arbitral (2004). Tratándose de un medio de defensa procesal, bajo la Ley de Arbitraje peruana, la excepción de convenio arbitral se realiza a pedido de parte y no puede ser declarada de oficio por las cortes judiciales.

Pero los casos, en la práctica, no suelen ser tan sencillos. En consecuencia, este riesgo puede darse en aquellas controversias derivadas de distintos contratos vinculados, que forman parte de un mismo proyecto económico como el **arbitraje multi-contratos** (Vishnevskaya, 2015, p. 174). A falta de cláusulas de solución de controversias uniformes en estos contratos, es posible que una parte decida recurrir al foro judicial para discutir la controversia de un contrato (que no recoja una cláusula arbitral), cuando posiblemente los otros contratos (que sí recogen una cláusula arbitral) están siendo discutidos en un procedimiento arbitral.

Si ello ocurre, ante la inexistencia de una cláusula arbitral, el juez tendrá incentivos para conocer y discutir el fondo de dicho contrato. Y razón no le faltará. Esto implicará que las partes incurran en gastos adicionales para discutir dicha controversia en un proceso paralelo, sin perjuicio del riesgo de que se dicten dos decisiones que resulten siendo contradictorias.

La medida anti-proceso no solo persigue proteger al arbitraje en abstracto, sino, sobre todo, proteger a la parte afectada con estos procesos paralelos. La

<sup>8</sup> “La presentación de los asuntos cubiertos por un acuerdo de arbitraje a las cortes nacionales, o incluso el riesgo de tal presentación, constituye un factor que puede agravar la disputa entre las partes y que puede justificar la emisión de una orden dirigida a las partes que prohíba dicha conducta” [traducción libre].

<sup>9</sup> “Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje” (Decreto Legislativo 1071, 2008).

<sup>10</sup> “[L]imitar la disputa a una jurisdicción y evitar procedimientos paralelos” [traducción libre].

<sup>11</sup> “[P]oder inherente para proteger su propia jurisdicción en casos donde el riesgo de decisiones inconsistentes en procedimientos paralelos y duplicados iniciados en otros foros lo han hecho necesario” [traducción libre].

<sup>12</sup> En la misma línea, lo señala el artículo 16.3 de la Ley de Arbitraje peruana, cuyo texto señala lo siguiente:

3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo (2008).

<sup>13</sup> La Convención de Nueva York de 1958 detalla, en su artículo II.3, que “[e]l tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable” (1958, art. II.3).

protección se da, principalmente, contra el gasto de recursos innecesarios generado como consecuencia de que se presenten dos litigios paralelos.

Las medidas anti-proceso suelen ser calificadas como medidas cautelares. Bajo los términos de la Ley Arbitraje peruana, atendiendo a sus similitudes con la redacción del artículo 17.2.b de la Ley Modelo CNUDMI<sup>14</sup>, la medida anti-proceso podría ser entendida como una medida cautelar. Se trataría de una medida temporal previa a la emisión del laudo final, y servirá para impedir a una de las partes generar algún daño al proceso arbitral<sup>15</sup>. Como indica Vishnevskaya, estas medidas “are usually characterized as a provisional relief, which corresponds to interim measures ordering a party to take some actions or to refrain from them” (2015, p. 177)<sup>16</sup>.

Este criterio fue reconocido por el Grupo de Trabajo de CNUDMI encargado de la redacción de la Ley Modelo, que posteriormente sirvió de base para la redacción de la Ley de Arbitraje peruana:

92. A question was raised whether the words “or prejudice to the arbitral process itself”, at the end of subparagraph (b), should be retained.

93. It was recalled that the purpose of those words was to clarify that an arbitral tribunal had the power to prevent obstruction or delay of the arbitral process, including by issuing anti-suit injunctions. It was also recalled that, in the Working Group, anti-suit injunctions had given rise to serious reservations on the part of many delegations.

[...]

95. After discussion, paragraph 2 was adopted in substance by the Commission without modification (2006, pp. 16-17, párrs. 92, 93 y 95)<sup>17</sup>.

Existen opiniones que cuestionan dicha naturaleza de las medidas anti-proceso. Entre ellas, la que más resalta se refiere a que esta medida no gozaría del requisito de temporalidad, dado que se trataría de una decisión definitiva del tribunal arbitral de impedir que una parte inicie o continúe sus reclamos en otra jurisdicción (Mosimann, 2010, p. 98).

Bajo la Ley de Arbitraje, que tiene un espectro más amplio que el judicial al respecto, las medidas anti-proceso se enmarcan en la categoría de las medidas cautelares. Estas medidas buscan proteger el desarrollo normal del arbitraje y los intereses de la parte afectada, descartando que la parte que recurre a otra jurisdicción pueda verse beneficiada de este escenario y obtenga una decisión contradictoria de esta otra jurisdicción. De esa manera, el tribunal está en capacidad de proteger además el **monopolio jurisdiccional** que le fue otorgado por las partes en su cláusula arbitral.

De otro lado, por el principio de flexibilidad del arbitraje, la medida anti-proceso califica como una medida cautelar genérica, pues busca impedir que se produzca un daño al arbitraje y, por tanto, que un laudo que declare fundadas las pretensiones pueda ser ejecutado.

La base legal de estas medidas cautelares se encuentra recogida en el artículo 47.2.b) de la Ley de Arbitraje peruana, puesto que se trata de una medida destinada a “impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral” (2008). Como indica Vishnevskaya,

[t]he arbitral tribunal’s authority to grant interim measures in most cases can be found in the lex arbitri or arbitration rules, which usually leave sufficient room for the issuance of anti-

<sup>14</sup> La Ley Modelo CNUDMI, en su artículo 17.2.b), señala lo siguiente:

Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que...b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral [...] (2006).

<sup>15</sup> La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 47.2.b), estipula lo siguiente:

Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes...b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral (2008).

<sup>16</sup> “[S]uelen caracterizarse como una medida cautelar, que corresponde a una medida provisional que ordena a una parte del arbitraje a tomar algunas medidas o abstenerse de ellas” [traducción libre].

<sup>17</sup> “92. Se planteó la cuestión de si las palabras o en menoscabo del procedimiento arbitral, al final del apartado b), deberían mantenerse.

93. Se recordó que el propósito de esas palabras era aclarar que un tribunal arbitral tenía el poder de evitar la obstrucción o la demora del procedimiento arbitral, incluso mediante la emisión de medidas anti-proceso. También se recordó que, en el Grupo de Trabajo, las medidas anti-proceso habían generado serias reservas por parte de muchas delegaciones.

[...]

95. Tras un debate, el párrafo 2 fue aprobado por la Comisión sin modificaciones” [traducción libre].

suit injunctions by defining the scope of provisional measures that can be ordered by the tribunal widely (2015, p. 183)<sup>18</sup>.

Conforme a los términos del artículo 47.2.b) de la Ley de Arbitraje peruana, se requiere que esta medida sea temporal, dado que el tribunal arbitral cuenta con la facultad de modificar, sustituir o dejar sin efecto dicha medida por cualquier motivo fundado<sup>19</sup>.

Además, esta medida sirve para proteger al procedimiento arbitral de cualquier intervención de las cortes judiciales. Si se discute si la controversia debe ser resuelta en el foro arbitral o judicial, esta cuestión será de competencia del tribunal arbitral<sup>20</sup> y, solo cuando el tribunal arbitral haya dictado su decisión, el juez tiene la posibilidad de confirmar su validez en el marco del proceso de anulación. Como indica González de Cossío, “**el árbitro decide primero; el juez decide en definitiva**” (2008, p. 208) [el énfasis es nuestro]. Esta regla de prelación debe ser respetada para dictar las medidas anti-proceso.

Finalmente, esta medida dictada por un tribunal arbitral no es una medida dirigida contra las

cortes nacionales para abstenerse de resolver un caso concreto. La orden del tribunal arbitral únicamente está dirigida a las partes. La medida anti-proceso, como indica Born, “is directed against a party to the arbitration, not technically against a national court” (2014, p. 2501)<sup>21</sup>. En ese sentido, la competencia del tribunal arbitral, que surge del acuerdo de arbitraje, solo se extiende a las partes que consintieron dicho acuerdo, mas no a la competencia de las cortes judiciales<sup>22</sup>.

### III. REQUISITOS PARA DICTAR UNA MEDIDA ANTI-PROCESO

La Ley de Arbitraje peruana no recoge los requisitos para dictar una medida cautelar. No obstante, asumiendo que ni el reglamento de arbitraje aplicable a un caso concreto los recogiese como en uno *ad hoc*<sup>23</sup> —atendiendo a la práctica arbitral internacional<sup>24</sup>— es posible identificar requisitos uniformes para el dictado de medidas cautelares. Esta práctica arbitral se encuentra reconocida en la Ley Modelo CNUDMI, que exige por regla general que la parte interesada pruebe (i) el balance de daños y (ii) la verosimilitud *prima facie* del derecho invocado<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> “[...] la base legal del tribunal arbitral para emitir medidas cautelares en la mayoría de los casos se encuentra en la lex arbitri o en el reglamento de arbitraje aplicable, que generalmente otorgan discrecionalidad para la emisión de medidas anti-proceso al definir el alcance de las medidas cautelares que pueden ser emitidas ampliamente por el tribunal arbitral” [traducción libre].

<sup>19</sup> La Ley de Arbitraje peruana, en el artículo artículo 47.6, señala lo siguiente:  
El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas (2008).

<sup>20</sup> La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 41.1, señala lo siguiente:  
El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales (2008).

<sup>21</sup> “[E]stá dirigida contra una del arbitraje, no técnicamente contra una corte nacional” [traducción libre].

<sup>22</sup> La Constitución Política del Perú, en el artículo 139.2, señala lo siguiente:  
Son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno (1993).

<sup>23</sup> Los reglamentos de arbitraje de algunos centros arbitrales nacionales recogen estos requisitos. Al respecto, revisar el artículo 34 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que recoge unos requisitos similares a los contenidos en el artículo 17A.1 de la Ley Modelo CNUDMI.

<sup>24</sup> Los reglamentos de arbitraje de algunos centros arbitrales nacionales recogen estos requisitos. Al respecto, revisar el artículo 34 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), que recoge unos requisitos similares a los contenidos en el artículo 17A.1 de la Ley Modelo CNUDMI.

<sup>25</sup> La Ley Modelo CNUDMI, en su artículo 17A.1, resalta expresamente que  
[E]l solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal (2006).

Primero, la parte interesada debe probar que, de no otorgarse la medida cautelar, es muy probable que se le cause un daño (no resarcible adecuadamente mediante una indemnización) notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada con la medida cautelar, de ser otorgada. Este requisito persigue que la medida cautelar busque proteger un daño real y cierto. Por ello, este daño debe ser mayor a aquel que sufriría la parte afectada con la medida cautelar.

Si bien la práctica arbitral internacional recogida en la Ley Modelo CNUDMI requiere a la parte interesada probar un daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización (daño irreparable), la propia Ley Modelo CNUDMI establece que dicho requisito solo será exigible “en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno” (2006, art. 17.A.2)<sup>26</sup>. El tribunal arbitral goza de amplia discrecionalidad para determinar los requisitos aplicables para el dictamen de una medida cautelar.

Como indica Born, en reemplazo de este requisito, la parte interesada debería probar única y exclusivamente la posibilidad de que se cause “a showing of grave, substantial or serious injury” (2014, p. 2470)<sup>27</sup>. Esta interpretación es coherente con la discrecionalidad que goza un tribunal arbitral y que la medida cautelar se pueda adoptar a cada circunstancia en particular. De lo contrario, una lectura literal de este requisito “would limit provisional measures principally to cases where one party was effectively insolvent or where enforce-

ment of a final award would be impossible” (Born, 2014, p. 2471)<sup>28</sup>.

Por ello, este requisito sería cumplido cuando, según Berger, “the delay in the adjudication of the main claim caused by the arbitral proceedings [...] would lead to a ‘substantial’ (but not necessarily ‘irreparable’) prejudice for the requesting party” (1993, p. 336)<sup>29</sup>. Esta idea responde a que, llevado al extremo, prácticamente todo daño es reparable monetariamente.

Empero, la cuestión no es determinar si el daño es o no irreparable con una indemnización, sino determinar si dicho daño es sustancial o afecta en gran medida el patrimonio de la parte interesada y que sea mayor al daño que se pueda causar a la parte afectada de la medida cautelar, en caso esta sea otorgada<sup>30</sup>.

La jurisprudencia arbitral internacional ha adoptado esta posición<sup>31</sup>. Este es el caso, por ejemplo, del Caso No. 8786 de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI), En dicha ocasión, el tribunal arbitral señaló que este requisito se cumple “if the delay in the adjudication of the main claim caused by the arbitral proceedings would lead to a ‘substantial’ (but not necessarily ‘irreparable’ as known in common law doctrine) prejudice for the requesting party” (1997, párr. 12)<sup>32</sup>.

En el caso de las medidas anti-proceso, dados los riesgos descritos en la sección II, no existe mayor discusión de que los daños que se causarían a la

<sup>26</sup> La Ley Modelo CNUDMI, en su artículo 17A.2, detalla lo siguiente:

En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo solo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno (2006).

<sup>27</sup> “[U]n daño grave o sustancial” [traducción libre].

<sup>28</sup> “[L]imitaría las medidas cautelares principalmente a los casos en los que una de las partes fue efectivamente insolvente o donde la ejecución de un laudo final sería imposible” [traducción libre].

<sup>29</sup> “[L]a demora en la decisión de los reclamos causada por el arbitraje [...] conduciría a un daño sustancial pero no necesariamente irreparable para la parte solicitante” [traducción libre].

<sup>30</sup> Para el análisis en conjunto de los requisitos del balance de daños y la verosimilitud del derecho, se ha propuesto emplear el criterio usado por el profesor Richard Posner en el caso *American Hospital Supply Corp. c. Hospital Products Ltd.* (1986). Analizando este caso, Posner propuso la siguiente fórmula para evaluar si dictar o no una medida cautelar:  $P \times Ds > (1-P) \times Dd$ .

En esta fórmula, los valores representan sucesivamente, P = Probabilidad de éxito del reclamo (verosimilitud del derecho), Ds = Daño que sufriría la parte solicitante de no dictarse la medida cautelar (balance de daños), (1-P) = Probabilidad de que el reclamo sea declarado infundado (inversa a la probabilidad de que sea declarado fundado) y Dd = Daño que sufriría la parte afectada de dictarse la medida cautelar (balance de daños).

En todo caso, la fórmula de Posner implica que, si la probabilidad de éxito del reclamo multiplicada por el daño que sufriría la parte solicitante de no dictarse la medida cautelar es mayor que la probabilidad de que el reclamo sea declarado infundado (que es inversa de la probabilidad de que sea fundada) multiplicada por el daño que sufriría la parte afectada de dictarse la medida cautelar, corresponde dictar la medida cautelar. A su vez, la fórmula de Posner es compartida, para el análisis de las medidas cautelares, por los profesores Francisco González de Cossío y Alfredo Bullard González. Sobre el particular, véase González de Cossío (2016).

<sup>31</sup> Consúltense Caso 8786 de 1996; *Caso Avena, México c. Estados Unidos* (2003); *Caso Relativo a los Ensayos Nucleares, Nueva Zelanda c. Francia* (1973).

<sup>32</sup> “[S]i la demora en la decisión sobre el reclamo causada por el arbitraje conduciría a un ‘daño sustancial’ (pero no necesariamente ‘irreparable’) para la parte solicitante” [traducción libre].

parte interesada serían (i) el impacto en el desarrollo normal del arbitraje; (ii) el riesgo de que se emitan dos decisiones contradictorias por dos tribunales; y (iii) los gastos ocasionados a la parte que solicita la medida anti-proceso para afrontar ambos procesos a la vez. Dichos daños serían mayores a los que sufriría la parte afectada de la medida cautelar, en caso se otorgue a quien ha sido la parte que ha contravenido la cláusula arbitral y la jurisdicción exclusiva del tribunal arbitral.

Por supuesto, estos daños desaparecerían si los jueces rechazan la admisión a trámite del reclamo por la existencia del convenio arbitral, en atención al artículo 16.3 de la Ley de Arbitraje peruana<sup>33</sup>. Por ello, se indica que “el riesgo de daños irreparables y la urgencia solo pueden establecerse si la parte solicitante ha planteado la excepción de convenio arbitral en los procedimientos judiciales y el juez ha confirmado su jurisdicción” (Vishnevskaya, 2015, p. 191).

El estándar de prueba de este requisito, con los daños indicados, ha sido reconocido en la jurisprudencia arbitral internacional. Por ejemplo, en el Caso No. 8307 de la CCI, un tribunal arbitral confirmó que se había acreditado el riesgo de decisiones contradictorias y que las partes interesadas incurrirían en gastos adicionales como consecuencia de los procedimientos paralelos (2001). En la misma línea, en el Caso No. 3896 de la CCI, un tribunal arbitral señaló lo siguiente:

Le Tribunal estime qu’il existe des risques indéniables d’aggravation ou d’augmentation du litige qui lui est soumis et que les Parties devraient, dans l’esprit de bonne volonté qu’elles ont déjà manifesté en signant l’Acte de Mission, s’abstenir de tout acte susceptible d’iténdre ou d’aggraver le différend, de compliquer la tâche du Tribunal arbitral, voire même de rendre plus difficile, d’une manière ou d’une autre, l’exécution d’une éventuelle sentence (1982, p. 918)<sup>34</sup>.

De igual forma, en el caso *Plama Consortium c. Bulgaria*, un tribunal arbitral del CIADI indicó que

45. The proceedings underway in Bulgaria may well, in a general sense, aggravate the dispute between the parties. However, the Tribunal considers that the right to nonaggravation of the dispute refers to actions which would make resolution of the dispute by the Tribunal more difficult. It is a right to maintenance of the status quo, when a change of circumstances threatens the ability of the Arbitral Tribunal to grant the relief which a party seeks and the capability of giving effect to the relief (2005, párr. 45)<sup>35</sup>.

Segundo, se debe probar una verosimilitud *prima facie* del derecho invocado. Como establece el artículo 17A de la Ley Modelo CNUDMI, este requisito exige que haya “una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere” (2006, art. 17.A.1).

Como señala Born, el estándar de evaluación de este requisito consiste en que “the party requesting provisional measures must demonstrate a prima facie case on the merits of its claim” (2014, p. 2478)<sup>36</sup>. Por ello, este requisito “no requiere la prueba terminante y plena del mismo, sino la posibilidad razonable de que ese derecho exista” (Betchakdjian *et al.*, 1999, pp. 7-8). En otras palabras, se requiere demostrar la existencia de reclamos razonables en el fondo del litigio. Si la parte interesada no demuestra la existencia de reclamos razonables, este requisito no se cumplirá y la medida cautelar será rechazada.

En este caso, dado el incumplimiento al acuerdo de arbitraje y para mitigar que se den dos procesos paralelos que discutan una misma controversia, la verosimilitud del derecho invocado debe ser analizada al determinar si ambas controversias son similares (Erk, 2014, p. 16). Para ello, en principio, se suele usar como referencia el test de triple

<sup>33</sup> “La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo” (2008).

<sup>34</sup> “El tribunal considera que existe, sin lugar a duda, el riesgo de que la disputa se agrave o empeore, y que las partes deben, con el mismo espíritu de buena voluntad que ya han demostrado al firmar los Términos de Referencia, abstenerse de cualquier acción que pueda ampliar o agravar la disputa, o complicar la tarea o incluso dificultar, de una forma u otra, la ejecutabilidad del laudo arbitral final” [traducción libre].

<sup>35</sup> “Los procedimientos en curso en Bulgaria pueden, en un sentido general, agravar la disputa entre las partes. Sin embargo, el Tribunal considera que el derecho a la no agravación de la disputa se refiere a acciones que dificultarían la resolución de la disputa por parte de este Tribunal. Es un derecho al mantenimiento del statu quo, cuando un cambio de las circunstancias amenaza la capacidad de este Tribunal Arbitral de otorgar la reparación que una parte busca y la capacidad de otorgar dicha reparación” [traducción libre].

<sup>36</sup> “[L]a parte que solicita medidas cautelares debe demostrar una presunción prima facie sobre el fondo de su reclamación” [traducción libre].

identidad de la litispendencia, que significa que los procesos paralelos tengan a las mismas partes, los mismos reclamos y la misma *causa petendi* (Cremades Sanz-Pastor & Madalena, 2008, p. 511). Si bien el test de triple identidad suele ser un estándar, se discute si el estándar de identidad entre ambos procesos debe ser alto o flexible.

Desde un criterio restrictivo, se exige una identidad de los tres elementos, conservando la necesidad de que la identidad sea plena (Vishnevskaya, 2015, p. 185). Por ejemplo, este criterio exigiría que las pretensiones en ambos procesos sean exactamente idénticas o que las partes en ambos procesos tengan las mismas posiciones (como demandante y demandado).

Desde un criterio más flexible, que es el que compartimos, la triple identidad podrá cumplirse aun cuando no sea plena. El principio de flexibilidad del arbitraje refuerza nuestra posición. Es posible que existan ciertas diferencias en los tres elementos, pero, si la discusión en ambos procesos es la misma, la triple identidad superará cualquier diferencia formal o no sustancial. En esta línea, las Recomendaciones de Litispendencia y Cosa Juzgada en el Arbitraje Comercial Internacional redactadas por la Asociación Internacional de Derecho definen a los procedimientos paralelos como: “proceedings in which the parties and one or more of the issues are the same or substantially the same as the ones in the Parallel Proceedings” (Kremslehner, 2007, p. 148)<sup>37</sup>.

Este criterio flexible ha sido reconocido por la jurisprudencia arbitral internacional. Por ejemplo, en el Caso CCI No. 8307, el árbitro único determinó que “the court proceedings concerned the same legal relationship prevailed over formal identity” (Vishnevskaya, 2015, p. 187)<sup>38</sup>.

Este criterio flexible se traslada al hecho de que no es necesario que las partes o los reclamos involucrados sean plenamente idénticos. Si, por ejemplo, los reclamos de ambos procesos conciernen a la misma discusión de fondo, es razonable que se concluya que se ha cumplido esta identidad. No es necesario, por ejemplo, que los reclamos de

ambos procesos contengan exactamente el mismo petitorio. Si los reclamos apuntan a una misma *causa petendi*, y plantean las mismas discusiones de fondo, la triple identidad se habrá cumplido.

Además, sobre la base de este criterio, tampoco será necesario que las partes en ambos procesos tengan la misma posición (como demandante y demandado). Como indican Cremades y Madalena, en el marco del cumplimiento de la triple identidad, “la primera de las condiciones —la identidad de sujetos— existe incluso cuando las partes del primer proceso adopten posiciones invertidas en el segundo” (2008, p. 8).

Sin perjuicio de que el fin de las medidas anti-proceso sea evitar la existencia de procesos paralelos, y un estándar razonable para evaluar ello sea el test de **triple identidad**, a nuestro juicio, las medidas anti-proceso también pueden servir para evitar que una parte inicie un litigio ante las cortes judiciales, pese a que la controversia esté cubierta en una cláusula arbitral y el arbitraje no se haya iniciado.

Si bien la primera opción es plantear una excepción de convenio arbitral<sup>39</sup>, existe una probabilidad (por más baja que sea) de que el juez rechace la excepción. Entonces, la segunda opción sería plantear una medida anti-proceso.

Esta segunda opción solo podría darse, de manera eficiente, si la cláusula arbitral somete el arbitraje a una institución arbitral que recoja el procedimiento de arbitraje de emergencia<sup>40</sup>. En ese procedimiento, la parte interesada podría plantear la medida anti-proceso al árbitro de emergencia para ordenar a la otra parte que no continúe el litigio judicial. Esto, debido a que, si se espera a la constitución del tribunal arbitral, para pedir dicha medida cautelar, la demora en la constitución podría convertir en ineficiente a la medida.

#### IV. CUESTIONAMIENTOS A LAS MEDIDAS ANTI-PROCESO

Las medidas anti-proceso sirven para proteger el **monopolio jurisdiccional** otorgado por las partes al tribunal arbitral. Pese a ello, estas medidas

<sup>37</sup> “[P]rocedimientos pendientes ante una corte local u otro tribunal arbitral en el que las partes y uno o más de los asuntos son iguales o sustancialmente iguales a los sometidos ante el tribunal arbitral del actual arbitraje” [traducción libre].

<sup>38</sup> “[E]l procedimiento judicial relacionado con la misma relación legal prevalecía sobre la identidad formal” [traducción libre].

<sup>39</sup> La Ley de Arbitraje peruana, en el artículo 16.1, detalla lo siguiente:

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje (2008).

<sup>40</sup> En el ámbito internacional, la principal institución arbitral que recoge este procedimiento es la Cámara de Comercio Internacional. En Perú, dicho procedimiento es recogido por la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.



cuentan con algunos cuestionamientos que, en la práctica, la convierten en un remedio que pocos tribunales arbitrales se atreven a otorgar. A continuación, describiremos algunos de los principales cuestionamientos a las medidas anti-proceso:

#### A. ¿El tribunal arbitral tiene el poder de determinar la competencia de un juez?

Con la emisión de una medida anti-proceso, se cuestiona que los tribunales arbitrales determinen la competencia del juez. Así como el tribunal arbitral goza del *compétence-compétence*, y es el **único** con la atribución para determinar su propia competencia, los jueces también cuentan con este poder. Como indica Pierre Karrer,

[...] it is highly doubtful whether an arbitral tribunal should be allowed to tell another arbitral tribunal or a state court what to do, or whether it should be allowed to interfere indirectly with the workings of another arbitral tribunal by ordering one of the parties what to do in the other arbitration or litigation (2001, p. 97)<sup>41</sup>.

En la misma línea, Schneider indica que

[a]nti-suit injunctions are said to infringe this principle [competence-competence de las cortes judiciales], because the authority granting them essentially recognizes the absence of the jurisdiction of another forum. It thus prevents the other authority from exercising its jurisdiction to determine whether it has jurisdiction (2005, pp. 41-42)<sup>42</sup>.

Este criterio fue recogido en el caso *Allianz SpA c. West Tankers*, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó que

[i]t is incompatible with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or conti-

nuing proceedings before the courts of another Member State on the ground that such proceedings would be contrary to an arbitration agreement (2009, párr. 19)<sup>43</sup>.

Finalmente, en un caso administrado por la CCI, un tribunal arbitral indicó que

[t]he Arbitral Tribunal would, however, had had serious reservations about ruling on the lack of jurisdiction of a state Court and issuing a decision, which could purport to deny a party access to justice before such a state Court. It is a fundamental principle that each Court and Arbitral Tribunal has jurisdiction to rule on its own jurisdiction or, in other words, has Kompetenz-Kompetenz (Lévy, 2005, p. 117)<sup>44</sup>.

A nuestro juicio, este enfoque es equivocado. Si un tribunal arbitral decide dictar una medida anti-proceso, el tribunal arbitral no está desconociendo el poder del juez para decidir su competencia. Este es un asunto de prelación. Como señala Herrmann, en el marco de la **Teoría de los Disparos** entre el juez y el árbitro, “la primera determinación sobre la validez del acuerdo arbitral (**el primer tiro**) le corresponde al árbitro, mientras que el segundo (**y final**) le corresponde al juez competente” (González de Cossío, 2008, p. 208). De ahí que, el árbitro decida primero y luego lo confirme el juez, en caso alguna parte decida recurrir al procedimiento de anulación. Este criterio es seguido por Gaillard, quien indica que

[r]ecognizing the arbitrators’ power of first determination of their jurisdiction by no means suggests that domestic courts relinquish their power to review the existence and validity of an arbitration agreement or that the parties lose any fundamental right in that respect. The acceptance by the national legal systems —by way of rules incorporated in arbitration statutes or in international conventions— that the courts refer the parties to arbitration simply means that the courts, when making a prima

<sup>41</sup> “[...] es muy discutible si un tribunal arbitral debería estar autorizado a decir a otro tribunal o un juez qué hacer, o si debería permitirse interferir indirectamente con el funcionamiento de otro tribunal arbitral ordenando a una de las partes qué hacer en el otro arbitraje o proceso judicial” [traducción libre].

<sup>42</sup> Transcripción realizada por Vishnevskaya (2015, p.153). “[...] las medidas anti-proceso vulneran este principio [de que el juez determine su propia competencia] porque el tribunal arbitral reconoce esencialmente la ausencia de jurisdicción del juez. Por lo tanto, evita que la otra autoridad ejerza su jurisdicción para determinar si es que la tiene” [traducción libre].

<sup>43</sup> “Es incompatible [...] el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para que una corte de un Estado miembro ordene que una persona no comience o continúe procedimientos ante los tribunales de otro Estado miembro por considerar que dichos procedimientos serían contrarios a un acuerdo de arbitraje” [traducción libre].

<sup>44</sup> “[E]l Tribunal Arbitral, sin embargo, habría tenido serias reservas sobre la decisión sobre la falta de jurisdicción de una corte nacional y la emisión de una decisión, que podría pretender negar a una parte el acceso a la justicia ante dicha corte nacional. Es un principio fundamental que cada corte y tribunal arbitral tiene jurisdicción para decidir sobre su propia jurisdicción o, en otras palabras, tiene Kompetenz-Kompetenz” [traducción libre].

facie determination that there exists an arbitration agreement and that it is valid, leave it to the arbitrators to rule on the question and recover their power of full scrutiny at the end of the arbitral process, after the award is rendered by the arbitral tribunal. Under this rule, known as the negative effect of the rule of competence-competence, the arbitrators must be the first (as opposed to the sole) judges of their own jurisdiction and the courts' control is postponed to the stage of any action to enforce or to set aside the arbitral award rendered on the basis of the arbitration agreement (2007, p. 242)<sup>45</sup>.

Entonces, una medida anti-proceso no infringe el poder de los jueces para determinar su competencia. Cuando el tribunal arbitral determine *prima facie* si la controversia está cubierta por el acuerdo de arbitraje, este es el primer disparo (*first shot*). No obstante, esta determinación no es definitiva y, si la otra parte decide recurrir al proceso de anulación, el juez podrá emplear el segundo disparo (*second shot*) y definitivo (Gonzales de Cossío, 2007, p. 208) para determinar si efectivamente la controversia estaba o no cubierta por el acuerdo de arbitraje<sup>46</sup>.

#### B. ¿Las medidas anti-proceso deniegan el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción ordinaria?

Se cuestiona que las medidas anti-proceso infringen el derecho fundamental de cualquier agente de recurrir a las cortes locales. Como indica Laurent Lévy, "arbitrators must ensure that these

measures do not violate a party's fundamental right of seeking relief before national courts" (2005, p. 123)<sup>47</sup>.

Este derecho fundamental se encuentra reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución Política peruana<sup>48</sup>, que impide que una persona sea desviada de la jurisdicción predeterminada por ley. Incluso, pese a que se reconozca la capacidad de las partes de someter exclusivamente cualquier controversia al foro arbitral tras la celebración de una cláusula arbitral, la Ley de Arbitraje peruana no desconoce en algunos escenarios el derecho de las partes de recurrir a las cortes judiciales. Esta es la línea seguida por el artículo 47 de la Ley, referida al dictamen de medidas cautelares en el marco de un arbitraje nacional e internacional:

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

[...]

9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes (2008).

<sup>45</sup> "[R]econocer el poder de los árbitros de la primera determinación de su jurisdicción de ninguna manera sugiere que las cortes nacionales renuncien a su poder para revisar la existencia y validez de un acuerdo de arbitraje o que las partes pierdan cualquier derecho fundamental a ese respecto. La aceptación por parte de los sistemas legales nacionales, por medio de reglas incorporadas en las leyes de arbitraje o en los tratados internacionales, de que los tribunales remiten a las partes al arbitraje simplemente significa que las cortes, al hacer una determinación *prima facie* de que existe un acuerdo de arbitraje y que es válido, deja que los árbitros se pronuncien sobre la cuestión y recuperen su poder de revisión al final del proceso arbitral, después de que el tribunal arbitral dicte el laudo. Bajo esta regla, conocida como el efecto negativo de la regla de competencia-competencia, los árbitros deben ser los primeros (en lugar de los únicos) jueces de su propia jurisdicción y el control de las cortes se pospone a la etapa de cualquier acción para hacer cumplir o para anular el laudo arbitral emitido sobre la base del acuerdo de arbitraje [...]" [traducción libre].

<sup>46</sup> La Ley de Arbitraje, en su artículo 63.1, señala que [e]l laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. c. Que la composición del tribunal o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo (2008).

<sup>47</sup> "[L]os árbitros deben asegurarse de que estas medidas no vulneren el derecho fundamental de una parte de buscar reparación ante las cortes nacionales" [traducción libre].

<sup>48</sup> La Constitución Política del Perú, en su artículo 139.3, señala que Son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (1993).

Este derecho puede cobrar especial importancia en aquellos escenarios en los que el procedimiento judicial involucra a agentes que no son partes del arbitraje y que, en principio, no se les extiende el convenio arbitral. Este escenario se presentó en el Caso CCI 16240 (*Ciment francais c. Sibirskiy Cement*, 2012). La parte demandante solicitó al tribunal arbitral dictar una medida anti-proceso contra la parte demandada para que su accionista (propietaria del 100% de acciones) no continúe el proceso judicial iniciado contra la parte demandante, referido a la misma disputa sometida al arbitraje (reclamo de daños). El tribunal arbitral rechazó la solicitud de medida anti-proceso de la parte demandante.

Como indica Vishnevskaya, en este tipo de casos, esto es, de afectación de derechos de terceros, “it seems that an anti-suit injunction should not be acceptable, since it affects third parties’ rights and amounts to an intrusion of the court’s power to determine conditions of access to its judicial branch” (2015, p. 197)<sup>49</sup>.

En principio, como será explicado en la acápite V, si la medida cautelar afecta derechos de terceros y la controversia sometida es la misma, siempre que el tercero esté vinculado o sometido a control por parte de alguna de las partes del arbitraje, será razonable que un tribunal arbitral dicte una medida anti-proceso para ordenar a la parte que el tercero no tramite la misma controversia en el foro judicial. No obstante, por regla general, este cuestionamiento es incorrecto. Por ello, como indica Gaillard,

[t]hese views overlook the fact that, other than in relation to the right to seek interim measures for which jurisdiction remains vested in the State courts, the parties who enter into an arbitration agreement accept, by definition, to waive their right to resort to domestic courts for the settlement of their dispute. By entering into the arbitration agreement, the

parties undertake to submit to arbitration any disputes covered by their agreement, thereby renouncing to have recourse to the courts of a given country for the settlement of the same disputes, the corollary principle being that such courts are prohibited from hearing such disputes and that, if seized of a matter covered by the arbitration agreement, they will be required, under the applicable rules, to refer the parties to arbitration (2007, p. 241)<sup>50</sup>.

No obstante, si los procesos paralelos no cumplen el test de triple identidad, es discutible si la solicitud de una medida anti-proceso debe ser declarada fundada. Estos casos deben ser analizados caso por caso.

En el Caso No. 16240 de la CCI antes descrito, si la accionista de la parte demandada no era parte del arbitraje y ninguna parte había solicitado su incorporación (como parte no signataria<sup>51</sup>) ni existían pruebas de que ello fuese posible, no existe mayor discusión de que el tribunal arbitral carecería de competencia para emitir una medida anti-proceso contra dicha accionista. Pero el análisis podría variar si se encuentra en discusión su incorporación como parte no signataria del arbitraje, a raíz de que no firmó la cláusula arbitral. Si este escenario se presentase, a nuestro criterio, lo que corresponde determinar no es si la accionista es o no parte del arbitraje, conforme al test de la **triple identidad**, sino determinar si el tribunal arbitral cuenta con una jurisdicción *prima facie* sobre la accionista para dictar la medida anti-proceso.

Al respecto, Born indica que el estándar de jurisdicción de un tribunal arbitral para dictar una medida cautelar es *prima facie*

Importantly, the jurisdictional analysis in a request for provisional measures is limited to a prima facie inquiry. The arbitral tribunal does not make a final jurisdictional ruling, but instead considers only whether there is a prima

<sup>49</sup> “[L]a medida cautelar no debería ser aceptada, dado que afecta derechos de terceros y constituye una intrusión del poder de las cortes nacionales para determinar las condiciones de acceso a la jurisdicción ordinaria” [traducción libre].

<sup>50</sup> “[E]stos puntos de vista pasan por alto el hecho de que, además del derecho a solicitar medidas cautelares para las cuales la jurisdicción permanece conferida a las cortes nacionales, las partes que suscriben un acuerdo de arbitraje aceptan, por definición, renunciar a su derecho a recurrir a las cortes nacionales para la solución de su controversia. Al suscribir el acuerdo de arbitraje, las partes se comprometen a someter a arbitraje cualquier disputa cubierta por su acuerdo de arbitraje, renunciando así a recurrir a las cortes nacionales para la solución de las controversias, por lo que el principio corolario es que dichas cortes están prohibidas de conocer tales disputas y, si se ocupan de un asunto cubierto por el acuerdo de arbitraje, se les exigirá, de conformidad con las reglas aplicables, que remitan a las partes al arbitraje” [traducción libre].

<sup>51</sup> La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 14 señala que [e]l convenio arbitral se extiende a aquel, los cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos (2008).

facie or reasonable argument that jurisdiction exists. The point is that if there is little or no chance that a tribunal will have jurisdiction, it would serve little purpose, and be inequitable, for it to grant provisional measures. However, given the urgency associated with the need for provisional measures, a tribunal should not delay a provisional measures decision by undertaking a full jurisdictional analysis which, by definition, cannot occur on a time scale consistent with appropriately dealing with a request for interim relief (2014, p. 2483)<sup>52</sup>.

En la misma línea, Shihata y Parra indican que “an international tribunal may decide on provisional measures prior to establishing its jurisdiction over the dispute if it appears that there is, prima facie, a basis for asserting such jurisdiction” (1999, p. 326)<sup>53</sup>. Igualmente, Caron y Caplan señalan que “although the tribunal may not order interim measures in the absence of jurisdiction over the merits of the case, considerations of urgency dictate that a prima facie showing of jurisdiction is sufficient at the stage that interim measures are requested” (2013, p. 331)<sup>54</sup>.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos*, ha establecido al respecto que

[o]n a request for provisional measures, the Court need not, before deciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, or, as the case may be, that an objection taken to jurisdiction is well-founded, yet it ought not to

indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded (1984, párr. 24)<sup>55</sup>.

En la misma línea, en el caso *Perenco c. Ecuador*, un tribunal arbitral concluyó que “[w]hile the Tribunal need not satisfy itself that it has jurisdiction to determine the merits of this case for the purposes of ruling on the application for provisional measures, it will not order such measures unless there is at least a prima facie basis upon which such jurisdiction might be established” (2009, párr. 39)<sup>56</sup>.

Dado el estándar *prima facie*, si se discute la incorporación como parte no signataria de un tercero que inició el proceso judicial paralelo ante las cortes judiciales, el tribunal arbitral deberá determinar si cuenta con jurisdicción luego de un análisis preliminar y, de esa forma, podrá ordenar a dicho tercero una medida anti-proceso. No deberá determinar definitivamente si cuenta con jurisdicción sobre dicho agente, sino tan solo una aproximación *prima facie*; en otras palabras, si se trata de un análisis preliminar y no de una parte no signataria.

Este escenario resulta especialmente relevante pues, en principio, si se remite una controversia de una parte que no ha firmado una cláusula arbitral, el juez tendrá fuertes incentivos para conocer y resolver dicha controversia<sup>57</sup>. Para frenar este incentivo, y si cuenta con una jurisdicción *prima facie*, el tribunal arbitral tendrá el poder de dictar una medida anti-proceso contra el agente que no ha firmado la cláusula arbitral.

<sup>52</sup> “Es importante destacar que el análisis jurisdiccional en una solicitud de medida cautelar se limita a un análisis prima facie. El tribunal arbitral no dicta una decisión de jurisdicción final, sino que solo considera si existe un argumento prima facie o razonable de que existe jurisdicción. El punto es que si hay poca o ninguna posibilidad de que un tribunal tenga jurisdicción, serviría de poco y sería injusto de que otorgue medidas cautelares. Sin embargo, dada la urgencia asociada con la necesidad de medidas provisionales, un tribunal no debe retrasar una decisión de medidas cautelares al emprender un análisis jurisdiccional completo que, por definición, no puede ocurrir en una escala de tiempo consistente con el manejo apropiado de una solicitud de medidas cautelares” [traducción libre].

<sup>53</sup> “[E]l tribunal arbitral puede decidir sobre las medidas cautelares antes de establecer su jurisdicción sobre la disputa si se prueba que, prima facie, existe una base para afirmar dicha jurisdicción” [traducción libre].

<sup>54</sup> “[A]unque el tribunal arbitral no puede ordenar medidas cautelares en ausencia de jurisdicción sobre el fondo del caso, las consideraciones de urgencia establecen que una demostración prima facie de jurisdicción es suficiente en la etapa en que se solicitan las medidas cautelares” [traducción libre].

<sup>55</sup> “En una solicitud de medidas cautelares, la Corte no necesita, antes de decidir si las dicta o no, finalmente asegurarse de que tiene jurisdicción sobre el fondo del caso o, según sea el caso, que una objeción de jurisdicción sea fundada, pero no debe dictar tales medidas a menos que las disposiciones invocadas por el solicitante parezcan, prima facie, proporcionar una base sobre la cual podría basarse la jurisdicción de la Corte” [traducción libre].

<sup>56</sup> “[N]o necesita asegurarse de que tiene jurisdicción para pronunciarse sobre el fondo del caso a efectos de dictar una medida cautelar, sino que tan solo no ordenará dicha medida a menos que haya al menos una base prima facie sobre la cual se pueda establecer dicha jurisdicción” [traducción libre].

<sup>57</sup> La Ley de Arbitraje, en el artículo 16.1, señala que, “[s]i se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje” (2008).

### C. ¿Un árbitro de emergencia puede emitir una medida anti-proceso para impedir el trámite de una solicitud cautelar en el foro judicial?

De acuerdo con el artículo 47.4 de la Ley de Arbitraje peruana, hasta antes de la constitución del tribunal arbitral, una parte tiene derecho a recurrir a las cortes judiciales para solicitar una medida cautelar<sup>58</sup>. Una vez constituido, cualquiera de las partes podrá comunicarlo a la autoridad judicial, que estará obligada a remitir el expediente del procedimiento cautelar al tribunal arbitral, bajo sanción de responsabilidad<sup>59</sup>. El tribunal arbitral tiene la facultad de modificar, sustituir o dejar sin efecto las medidas cautelares dictadas por la autoridad judicial<sup>60</sup>.

Cabe resaltar que, desde hace algunos años distintos reglamentos de arbitraje han implementado el procedimiento de arbitraje de emergencia, cuyo objetivo es que los árbitros de emergencia sean “nombrados antes de la constitución del tribunal arbitral y solo son competentes para pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares” (Cavalleros & Kim, 2018, p. 280). En reemplazo de que las partes interesadas acudan a las cortes judiciales para obtener una medida cautelar hasta antes de la constitución del tribunal arbitral, dichas partes cuentan con la posibilidad de que un árbitro (distinto a los que conformarán el tribunal arbitral) resuelva la solicitud de medida cautelar.

Los problemas que buscan proteger las medidas anti-proceso no solo están latentes en el marco de la discusión de fondo de un arbitraje, sino además en el marco de las solicitudes de medidas

cautelares ante los árbitros de emergencia. Existen muchas razones por las que una parte decide iniciar la misma controversia sometida a arbitraje ante las cortes judiciales. Este escenario impactará usualmente en el desarrollo normal del arbitraje y el riesgo de que se emitan dos decisiones contradictorias por dos tribunales distintos. Si este proceso se presenta en el marco de una solicitud de medida cautelar ordinaria y convencional, ello no impactará en el desarrollo normal del arbitraje ni existirá el riesgo de decisiones contradictorias.

Por ejemplo, imaginemos que una parte solicita una medida cautelar de embargo de bienes en un arbitraje y la otra parte solicita a la autoridad judicial que ordene una medida cautelar de no innovar (para impedir que se afecten los bienes involucrados en el conflicto), como medida cautelar fuera del proceso arbitral. Si se le informa al juez que ya existe un tribunal arbitral constituido, la autoridad judicial debería rechazar liminarmente la solicitud de medida cautelar, por lo que el juez está obligado a remitir el expediente del proceso cautelar, bajo sanción de responsabilidad (2008, art. 47.6).

¿Qué ocurre en el marco de un arbitraje de emergencia? A diferencia del escenario anterior, pese a que una parte puede haber solicitado a un árbitro de emergencia una medida de embargo de bienes, en este escenario las partes tienen mayores incentivos para recurrir a las cortes locales con el propósito de obtener una medida cautelar de no innovar, dado que la Ley de Arbitraje lo autoriza expresamente ante la falta de constitución del tribunal arbitral<sup>61</sup>. Incluso, las disposiciones de algunos reglamentos de arbitraje autorizan expresamente lo anterior en el marco de un arbitraje

<sup>58</sup> La Ley de Arbitraje, en su artículo 47.4, detalla lo siguiente:

Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho (2008).

<sup>59</sup> La Ley peruana de arbitraje, en su artículo 47.5, menciona que

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

<sup>60</sup> La Ley de Arbitraje, en su artículo 47.6, señala que

[e]l tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas (2008).

<sup>61</sup> La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 47.4, establece que

[l]as medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho (2008).

de emergencia<sup>62</sup>. Además, el árbitro de emergencia no goza de un poder similar al tribunal arbitral para solicitar a la autoridad judicial, bajo sanción de responsabilidad, que se le remita el expediente cautelar y que asuma competencia exclusiva.

Si el escenario antes descrito se da en el marco de un arbitraje de emergencia y la otra parte solicita en paralelo una medida cautelar ante una autoridad judicial, con el objetivo de iniciar un litigio judicial paralelo, existe la posibilidad de que se dicten dos decisiones contradictorias respecto a una medida cautelar (dictadas por el árbitro de emergencia y el juez), lo que acreditaría el requisito de balance de daños.

En principio, la parte interesada podrá solicitar al árbitro de emergencia una medida anti-proceso y que ordene a la otra parte (no al juez) que retire su solicitud cautelar en el foro judicial, a raíz de que se presente el riesgo de decisiones contradictorias y gastos adicionales a la parte afectada, además con la finalidad de que haga respetar el acuerdo arbitral suscrito entre las partes. Es un derroche de recursos tener que esperar a que se presente luego la demanda judicial y que el demandado sea emplazado, para que recién ahí presente su excepción de convenio arbitral y eventual excepción de litispendencia.

Si un árbitro de emergencia se enfrenta a este escenario, a nuestro juicio, su fallo tendría que acreditar que (i) la parte interesada sufriría un daño sustancial o grave, de no dictarse la medida anti-proceso, y que sea mayor al que sufriría la otra parte, de dictarse la medida anti-proceso; y (ii) que dicho daño mantendría su gravedad, aun cuando el tribunal arbitral constituido pueda modificar o dejar sin efecto la medida cautelar del juez (2008, art. 47.6). Este segundo aspecto es importante, ya que debe atenderse a cada circunstancia en concreto y analizar si el riesgo de decisiones contradictorias y de gastos adicionales puede constituir un daño grave o sustancial que dure hasta que el tribunal arbitral esté constituido. Así, solo si este requisito es cumplido, a nuestro juicio, el árbitro de emergencia podría dictar

una medida anti-proceso y ordenar a una parte a no continuar el trámite de su medida cautelar ante la autoridad judicial.

Si bien la Ley de Arbitraje peruana<sup>63</sup> y algunos reglamentos de arbitraje reconocen este derecho de recurrir a las cortes locales para obtener una medida cautelar, hasta antes de la constitución del tribunal arbitral, este derecho debe ser analizado conforme a las circunstancias de cada caso. Si este derecho genera un daño grave o sustancial a una de las partes del arbitraje, a raíz del riesgo de decisiones contradictorias de dos tribunales y los gastos adicionales (requisito estándar para dictar una medida anti-proceso), el árbitro de emergencia podría ordenar una medida anti-proceso, en atención a que las partes deben abstenerse de realizar cualquier conducta dirigida a impactar en el desarrollo normal del arbitraje y comportarse de buena fe durante el arbitraje, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Arbitraje<sup>64</sup>.

Imaginemos que el mismo escenario se da en el marco de un arbitraje de emergencia, y se solicita en paralelo una medida cautelar ante una autoridad judicial, con el objetivo de iniciar un litigio arbitral paralelo. Si bien existe el riesgo de decisiones contradictorias, se estaría respetando el acuerdo arbitral y actuando conforme a la autorización expresa de la Ley de Arbitraje de acudir a las autoridades judiciales antes de la constitución del tribunal arbitral.

Dado esto último, a nuestro juicio, la medida anti-proceso sería improcedente. Y, ante el riesgo de dos eventuales medidas cautelares contradictorias, debe prevalecer la primera medida cautelar que sea ejecutada. Esta es una regla prelación en el tiempo que debe ser respetada. Incluso, pese a que no puede aplicarse supletoria o analógicamente, el Código Procesal Civil ofrece una coherente solución ante dos medidas cautelares que afectan un mismo bien, lo que demuestra un criterio de solución que puede ser observado por los tribunales arbitrales, ante la ausencia de norma expresa en la Ley de Arbitraje acerca de dos medidas cautelares contradictorias<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Tómese como muestra, del artículo 35.4 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el artículo 29.7 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>63</sup> La Ley de Arbitraje, en su artículo 47.4, establece que [e]l tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara (2008).

<sup>64</sup> El artículo 38 de la Ley peruana de arbitraje señala que, “[l]as partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje” (2008).

<sup>65</sup> Al respecto, el Código Procesal Civil, en su artículo 639, señala lo siguiente: Cuando dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión (1992).

#### D. A la inversa: ¿un juez puede ordenar a una parte que no inicie un arbitraje? Breves apuntes del caso *AABE c. Cencosud*

Así como los árbitros están en capacidad de dictar medidas anti-proceso, un sector de la doctrina y jurisprudencia sugiere que los jueces también están en capacidad de dictar medidas anti-arbitraje y, de esa forma, ordenar a una parte a no iniciar ni continuar un proceso arbitral<sup>66</sup>. Estas medidas son cuestionables, principalmente, pues atentan contra el orden de prelación de los árbitros y su *compétence-compétence*. Como indica Vishnevskaya, estas medidas “should be avoided for breaching the principle of competence-competence of the arbitral tribunal” (2015, p. 194)<sup>67</sup>.

Un caso reciente en Latinoamérica ha reabierto esta discusión. En abril del 2019, una corte judicial argentina ordenó a una empresa a no iniciar un arbitraje de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) contra la República de Argentina en base al tratado entre Argentina<sup>68</sup> y Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, TBI Argentina–Chile). Este caso se trata de un reclamo iniciado por la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE), una entidad pública argentina, contra la empresa Cencosud por el incumplimiento de un contrato referido a las inversiones en saneamiento y urbanización a cargo de esta última.

En respuesta al reclamo de AABE, Cencosud indicó que “any arbitrary violation of its rights could trigger a claim of its shareholders before ICSID, since they were protected under the BIT” (Kaufman, 2019)<sup>69</sup>. Frente a ello, AABE solicitó a una corte judicial argentina que emita una medida cautelar ordenando al CIADI que no registre la solicitud de arbitraje que presente Cencosud, o cualquiera de sus accionistas, contra la República Argentina re-

lacionado a la disputa sometida en el foro judicial. La corte argentina otorgó la medida cautelar, pero restringió sus alcances, ordenando “Cencosud refrains from filing an arbitration before ICSID” (Kaufman, 2019)<sup>70</sup>, sin que ordene al CIADI a no registrar la solicitud de arbitraje.

Entre otros argumentos, la corte argentina indicó que las partes habían optado por someter su disputa a las cortes nacionales argentinas. En atención a que el TBI Argentina–Chile recogía una disposición *fork in the road*<sup>71</sup>, la elección de la corte argentina como autoridad competente impediría en definitiva a Cencosud recurrir al CIADI para someter dicha disputa.

Con la información que tenemos, consideramos que la medida anti-arbitraje dictada por la corte argentina carece de base legal, debido a que la corte interfirió con el principio *compétence-compétence* inherente al tribunal arbitral, reconocido en el artículo 41.1 del Convenio CIADI<sup>72</sup>. Por ende, la discusión sobre si la disputa se encuentra o no bajo los alcances de una cláusula *fork in the road*, debe ser resuelta por el tribunal arbitral y no por una autoridad judicial. Si el tribunal arbitral estuvo equivocado, un comité de anulación *ad hoc* del CIADI podrá anular dicho fallo<sup>73</sup>. Incluso si optó por recurrir a las cortes nacionales, dicha elección no significa en definitiva que no se pueda acudir a otro mecanismo de resolución de controversias previsto, en este caso, en el TBI Argentina-Chile.

La tendencia mayoritaria de los tribunales CIADI<sup>74</sup> es que un arbitraje ante esta institución puede seguir su curso de forma paralela a los procedimientos iniciados ante las cortes nacionales del Estado receptor de la inversión, a menos que ambos procesos tengan (i) las mismas partes; (ii) el mismo fundamento; y (iii) el mismo objeto. Solo cuando se cumplan dichos elementos (**test de triple identidad**), un tribunal arbitral CIADI tendrá fuertes

<sup>66</sup> Para una crítica a esta postura, revisar Corte de primera instancia de Ginebra May. 2, 2005, C/1043/2005-15SP (Suiza).

<sup>67</sup> “[D]eben evitarse pues vulneran el principio de competence-competence del tribunal arbitral” [traducción libre].

<sup>68</sup> Sobre el particular, revisar Kaufman (2019).

<sup>69</sup> “[C]ualquier violación arbitraria de sus derechos podría desencadenar en un reclamo de sus accionistas ante el CIADI, dado que estaban protegidos por el TBI Argentina–Chile” [traducción libre].

<sup>70</sup> “[Q]ue Cencosud se abstenga de iniciar un arbitraje ante el CIADI” [traducción libre].

<sup>71</sup> El artículo X.2 de los Tratados Bilaterales de Inversión Argentina – Chile (TBI) señala que, “[u]na vez que un nacional o sociedad haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva” (1991).

<sup>72</sup> El artículo 41.1 del Convenio CIADI señala que, “[e]l Tribunal resolverá sobre su propia competencia” (1966).

<sup>73</sup> El artículo 52.1.b del Convenio CIADI señala que, “[c]ualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas [...] (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades” (1966).

<sup>74</sup> Ver, a manera de ejemplo, el caso *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Libano* (2009).

argumentos para declarar la terminación del arbitraje y que la controversia sea resuelta definitivamente ante las cortes locales.

En el caso concreto, a modo de ejemplo, en el proceso judicial ante la corte argentina, la discusión estaba referida a un incumplimiento contractual. No obstante, si la accionista chilena de Cencosud optaba por recurrir al CIADI<sup>75</sup>, el test de triple identidad no se hubiera cumplido. Ni las partes ni los fundamentos eran los mismos, a raíz de que (i) en el arbitraje CIADI, hubiese participado una empresa ajena al proceso judicial (accionista chilena de Cencosud); y, (ii) en el arbitraje CIADI, se hubiese reclamado una infracción a una garantía de inversión recogida en el TBI Argentina–Chile, mientras que en el proceso judicial el reclamo era de naturaleza contractual.

Las medidas anti-arbitraje gozan de mayores cuestionamientos que las medidas anti-proceso a favor del arbitraje. Infringen el orden de prelación en la revisión de las decisiones de los árbitros y el *compétence-compétence*. El tribunal arbitral es el único que puede determinar su propia competencia, en un primer momento. Si, posteriormente, alguna parte cuestiona la decisión del tribunal arbitral referida a su competencia, el juez tendrá la oportunidad de revisar dicha decisión y decidir en definitiva la competencia del tribunal arbitral.

## V. ¿LA MEDIDA ANTI-PROCESO ES UNA DEFENSA ADECUADA BAJO LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA?

En esta sección, analizaremos si la medida anti-proceso es una defensa adecuada contra un reclamo planteado ante las cortes judiciales por la misma controversia sometida a arbitraje, bajo los parámetros de la Ley de Arbitraje peruana. Para ello, nuestro análisis se dividirá en dos escenarios, que son (i) cuando el proceso judicial involucra a terceros que no son partes del arbitraje y (ii) cuando el proceso judicial involucra a terceros que son partes del arbitraje.

### A. Escenario 1: el proceso judicial paralelo involucra a terceros

Si una vez iniciado el arbitraje, un tercero decide recurrir a las cortes judiciales para discutir la misma controversia sometida a arbitraje, la medida anti-proceso sería una medida eficaz para detener

ese litigio judicial, siempre que el tercero esté vinculado o sujeto a un control por una de las partes del arbitraje. La medida anti-proceso tendría utilidad práctica y podría ordenar a la parte del arbitraje a que detenga el litigio judicial iniciado por una empresa que está bajo su control.

En este escenario, es imposible que la parte del arbitraje interesada plantee una excepción de convenio arbitral, pues el tercero no ha firmado una cláusula arbitral, por lo que las cortes judiciales no verificarán la existencia del acuerdo y rechazarán la excepción de convenio arbitral. En ese sentido, dado que la materia controvertida es la misma y el tercero está sujeto a un control o cierto tipo de vinculación con una parte del arbitraje, la medida anti-proceso tendría por finalidad evitar el riesgo de decisiones contradictorias.

En el marco del proceso judicial que involucre a terceros, a falta de la excepción de convenio arbitral, tampoco sería posible plantear una excepción de litispendencia, pues el requisito de triple identidad no se cumpliría. Las partes no son las mismas en ambos procesos. Por ello, el único medio de defensa disponible para la parte interesada bajo la Ley de Arbitraje sería la medida anti-proceso como una medida cautelar. Este escenario se presentó en el Caso 16240 de la CCI, en el que la demandante solicitó al tribunal arbitral dictar una medida anti-proceso contra la demandada para que su accionista (propietaria del 100% de acciones) no continúe el proceso judicial iniciado contra la parte demandante, referido a la misma disputa sometida al arbitraje (reclamo de indemnización por daños). A falta de las defensas de excepción de convenio arbitral y la excepción de litispendencia, la medida anti-proceso tendría cierta utilidad práctica para paralizar los litigios judiciales paralelos.

A falta de otro medio de defensa, el daño se vuelve grave o sustancial. Por ello, se indica que “the risk of irreparable harm, and the urgency can only be established if the requesting party had raised the arbitration defence in the court proceedings and the court had ruled positively on its jurisdiction” (Vishnevskaya, 2015, p. 191)<sup>76</sup>. La medida anti-proceso, bajo los términos explicados, cumpliría todos los requisitos para que sea aceptado por el tribunal arbitral.

Esta medida podría resultar eficaz si el tercero se tratara de un agente al que se quiere incorporar

<sup>75</sup> Se desconoce actualmente si se ha iniciado un arbitraje ante el CIADI por parte de Cencosud ante la República de Argentina.

<sup>76</sup> “[E]l riesgo de daños irreparables y la urgencia solo pueden establecerse si la parte solicitante ha planteado la excepción de convenio arbitral en los procedimientos judiciales y el juez ha confirmado su jurisdicción” [traducción libre].



al arbitraje como parte no signataria. A falta de cláusula arbitral, el juez tendría fuertes incentivos para conocer la discusión planteada por dicho tercero en el foro judicial. Para frenar este escenario, la medida anti-proceso sería una medida con utilidad práctica. Si el tribunal arbitral cuenta con jurisdicción *prima facie* sobre el tercero que pretende ser atraído como parte no signataria, el tribunal arbitral podrá ordenar contra dicho tercero una medida anti-proceso y paralizar el litigio ante las cortes judiciales.

Finalmente, si el tercero no tiene ningún tipo de relación con una de las partes del arbitraje, la medida anti-proceso carecería de cualquier utilidad práctica. No existiría ningún mecanismo de presión contra dicho tercero para paralizar sus acciones ante las cortes judiciales, pues no ha celebrado la cláusula arbitral ni tiene ningún tipo de relación con el arbitraje.

#### B. Escenario 2: El proceso judicial paralelo involucre a las mismas partes

Si una vez iniciado el arbitraje, una parte del arbitraje decide recurrir a las cortes judiciales para discutir la misma controversia sometida a arbitraje, existen dos posibilidades.

Si la parte afectada obtiene conocimiento de la intención del inicio del proceso judicial de la otra parte, la medida anti-proceso es procedente y tiene utilidad práctica. Por ejemplo, la parte afectada puede conocer dicha intención a través de una carta notarial, un correo electrónico o una solicitud de conciliación extrajudicial, que tiene carácter obligatorio en Perú para determinadas materias previo al inicio de un proceso judicial<sup>77</sup>.

Sin embargo, la parte afectada no puede plantear una excepción de convenio arbitral o de litispendencia, ante la ausencia de una demanda planteada en el foro judicial<sup>78</sup>. Por ello, para que dicho intento de inicio de un litigio judicial no impacte en el desarrollo normal del arbitraje, una medida anti-proceso tendrá utilidad práctica para que las partes y el mismo Poder Judicial no incurran en gastos adicionales por un innecesario proceso paralelo, que igual acabará cuando se ejerza la excepción de convenio arbitral.

Esta idea tiene como propósito reducir el costo social del proceso. Como indican Cooter y Ulen, el objetivo económico de las normas procesales es minimizar el costo social del proceso, que está determinado por la suma de los costos administrativos y los costos de los errores (2008, p. 477). La medida anti-proceso permitiría reducir los costos administrativos y evitar que un reclamo, cubierto por una cláusula arbitral, no genere un costo adicional a las cortes judiciales y eleve innecesariamente la carga procesal.

Además, la medida anti-proceso serviría para dar un uso adecuado de los recursos y reducir las conductas oportunistas de aquellos litigantes que pretendan iniciar procesos paralelos, pese a la existencia de una cláusula arbitral. El efecto de la medida anti-proceso también reduce el costo de error generado por eventuales decisiones opuestas y paralelas.

Si la parte afectada obtiene conocimiento del litigio judicial con la notificación de la demanda judicial, la Ley de Arbitraje peruana otorga la posibilidad de plantear una excepción de convenio arbitral para evitar el riesgo de decisiones contradictorias y procesos paralelos. Una medida anti-proceso sería improcedente, pues en ese escenario la defensa procesal correspondiente es la excepción de convenio arbitral.

Si pese a la existencia de la cláusula arbitral, el juez decide rechazar la excepción de convenio arbitral y asume competencia de la controversia cubierta por la cláusula arbitral, y sometida ya previamente a otro arbitraje en paralelo, la medida anti-proceso tendría utilidad práctica para detener el litigio judicial paralelo y evitar el riesgo de decisiones contradictorias. Si bien la parte afectada cuenta con el derecho de apelar ante la instancia judicial superior la decisión sobre su excepción de convenio arbitral, la medida anti-proceso podría resultar útil en aquellos escenarios en los que, pese a que la cláusula no sea manifiestamente nula, el juez ampare la excepción de convenio arbitral<sup>79</sup>. La medida anti-proceso permitirá, entonces, reducir los costos de error de las instancias superiores judiciales y los costos administrativos de las cortes judiciales para revisar un caso que, a todas luces, debe ser tramitado en el foro arbitral.

<sup>77</sup> La Ley 26872, Ley de Conciliación, señala en su artículo 6 que, “[e]l procedimiento conciliatorio es un requisito de admisibilidad para los procesos a que se refiere el Artículo 9” (1997).

<sup>78</sup> El artículo 16.1 de la Ley peruana de arbitraje señala que, “[s]i se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral cuando no se hubiera iniciado el arbitraje” (2008).

<sup>79</sup> El artículo 16.3 de la Ley peruana de arbitraje indica que “[l]a excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo” (2008).

Empero, esta orden no va dirigida al juez, sino a la parte que inició innecesariamente el proceso judicial en paralelo al arbitraje previo. Si la parte incumple la orden anti-proceso, su conducta podría ser tomada en cuenta en la asignación final de costos en el laudo o, incluso, generar un eventual derecho indemnizatorio. Como indica Born, “tribunals often take a party’s procedural conduct into account in allocations of the costs of the arbitration” (2014, p. 2305)<sup>80</sup>. El Informe de control y de costos de la CCI añade que un comportamiento irrazonable de una parte, como el incumplimiento de una orden dictada por el tribunal arbitral, es un argumento válido para que un tribunal condene a dicha parte al pago de una mayor proporción de los costos arbitrales (2018, p. 15).

Finalmente, si la parte interesada no plantea dentro del plazo establecido la excepción de convenio arbitral en el litigio judicial, no sería posible que plantee posteriormente una medida anti-proceso en el arbitraje para paralizar el litigio judicial. Si no se planteó oportunamente la excepción de convenio arbitral, la parte interesada renunció a ejercer el **único** medio defensa que la Ley de Arbitraje peruana le otorga en estos escenarios. Plantear una medida anti-proceso en este contexto significaría pasar por alto la extemporaneidad en el ejercicio de la excepción del convenio arbitral.

En definitiva, la finalidad de la medida anti-proceso es evitar el riesgo de emisión de decisiones contradictorias en dos procesos paralelos. Si dicho riesgo puede ser mitigado a través de una excepción de convenio arbitral, pero la parte interesada no la plantea oportunamente, sería improcedente que posteriormente plantee una medida anti-proceso para obtener el resultado que no obtuvo al no deducir la excepción. No se trata de un remedio subsidiario a la excepción de convenio arbitral.

A falta de defensas procesales de las partes, las cortes judiciales deberían rechazar la demanda judicial pues dicha materia ya está sometida a arbitraje. Tras obtener conocimiento de un proceso arbitral iniciado con anterioridad y paralelo con la misma materia controvertida, la corte judicial

debería estar impedida de discutir la misma materia e interferir en la competencia del tribunal arbitral<sup>81</sup>. Por ello, si bien la parte interesada no tendría la facultad de solicitar una medida anti-proceso, la corte judicial debería archivar el proceso sin pronunciamiento sobre el fondo, pues la materia en controversia ya estaba siendo discutida en la jurisdicción arbitral.

## VI. CONCLUSIONES

La medida anti-proceso permite afrontar el riesgo de que existan dos procesos paralelos y que se emitan dos decisiones contradictorias respecto a una misma materia en controversia.

Los requisitos que se deben cumplir para obtener una medida anti-proceso son principalmente (i) la existencia de dos procesos paralelos que versen sobre una misma controversia (y los potenciales graves daños que se causarían si ambos siguen en curso); y, (ii) el cumplimiento del test de triple identidad, bajo un criterio flexible y en el que se debe analizar principalmente si los reclamos de ambos procesos conciernen a la misma discusión de fondo.

La naturaleza de la medida anti-proceso, además, se ajusta perfectamente al derecho peruano, dado que (i) no es una orden dirigida contra el juez, lo que no significaría una vulneración a la competencia de las cortes judiciales; (ii) no infringe el derecho fundamental de acceso a la justicia ordinaria; y (iii) un árbitro de emergencia puede, bajo determinadas circunstancias, emitir una medida anti-proceso para el trámite de una solicitud cautelar en el foro judicial.

Finalmente, la medida anti-proceso opera en el derecho peruano, y es eficiente, solo en determinados contextos. La Ley de Arbitraje peruana otorga a las partes interesadas la posibilidad de evitar un proceso judicial con la excepción de convenio arbitral. En otros términos, solo si este medio de defensa no está disponible para la parte interesada, en los escenarios antes explicados, es razonable que los tribunales arbitrales otorguen una medi-

<sup>80</sup> “[L]os tribunales a menudo tienen en cuenta la conducta procesal de una parte en la asignación de los costos del arbitraje” [traducción libre].

<sup>81</sup> Al respecto, el artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú prescribe lo siguiente:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno (1993).

da anti-proceso. En consecuencia, la medida anti-proceso no será una medida válida en caso la parte interesada no haya planteado oportunamente la excepción de convenio arbitral. 🗑️

## REFERENCIAS

- Baltag, C. (2016). Anti-Suit Injunctions and Other Means of Indirect Enforcement of an Arbitration Agreement. En Brekoulakis, S.L., Lew, J.D.M., y L.A. Mistelis (Eds.), *The Evolution and Future of International Arbitration* (Vol. 37, pp. 251-268). Kluwer Law International.
- Berger, K. (1993). *International Economic Arbitration*. Kluwer Law Arbitration.
- Betchakdjian, S., Romero, A., & Verdaguer, A. (1999). Medidas Cautelares. En Arazi, R. (dir.), *Medidas Cautelares* (2da ed.). Editorial Astrea.
- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration* (2da ed., Vol. 3). Kluwer Law International.
- Cámara Internacional de Comercio (2018). *ICC Commission Report: Controlling Time and Costs in Arbitration*. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-english-version.pdf>
- Caron, D. & Caplan, L. (2013). *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (2da ed.). Oxford University Press.
- Cavalieros, P. & Kim, J. (2018). Emergency Arbitrators Versus the Courts: From Concurrent Jurisdiction to Practical Considerations. *Journal of International Arbitration*, 35(3), 275-306.
- Cooter, R. & Ulen, T. (2008). *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica.
- Cremades Sanz-Pastor, B. & Madalena, I. (2008). Parallel Proceedings in International Arbitration. *Arbitration International*, 24(4), 507-540. <https://doi.org/10.1093/arbitration/24.4.507>.
- Erk, N. (2014). *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*. Kluwer Law International.
- Gaillard, E. (2007). Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. En Van Den Berg, A. J., *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Vol.13, pp. 235-265). Kluwer Law International.
- González de Cossío, F. (2008). La ironía de Compétence-Compétence. *Lima Arbitration*, (3), 194-212.
- (2016). Estándar de emisión de medidas precautorias: cuestionando un paradigma desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. *Lima Arbitration*, (7), 205-223.
- Horvath, G.J., & Wilske, S. (2013). Categories of Guerrilla Tactics. En Horvath, G. J., & Wilske, S. (Eds.), *Guerrilla Tactics in International Arbitration* (Vol. 28, pp. 3-16). Kluwer Law International.
- Karrer, P.A. (2001). Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please. En Van den Berg, A.J. (Ed.), *International Arbitration and National Courts: The Never-Ending Story* (pp. 97-110). ICCA Publications.
- Kaufman, E. (5 de junio de 2019). An Argentine Court Orders a Corporation Not to Initiate Arbitration Before ICSID: Should Investors be Worried? [Kluwer Arbitration Blog]. [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/05/an-argentine-court-orders-a-corporation-not-to-initiate-arbitration-before-icsid-should-investors-be-worried/?doing\\_wp\\_cron=1597035885.0029840469360351562500](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/05/an-argentine-court-orders-a-corporation-not-to-initiate-arbitration-before-icsid-should-investors-be-worried/?doing_wp_cron=1597035885.0029840469360351562500).
- Kremslehner, F. (2007). "Lis Pendens" and "Res Judicata" in International Commercial Arbitration: How to Deal with Parallel Proceedings: How to Determine the Conclusive and Preclusive Effects of Arbitral Awards. En Klaugegger, C. (Ed.), *Australian Arbitration Yearbook* (pp. 127-162). Kluwer Law International.
- Lévy, L. (2005) Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. En Gaillard, E. (ed), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration* (pp.115-131). IAI Series on International Arbitration.
- Mosimann, O.L. (2010). Anti-suit Injunctions in International Commercial Arbitration (vol. 5). Eleven International Publishing.
- Noussia, K. (2009). Antisuit Injunctions and Arbitration Proceedings: What does the Future Hold? *Journal of International Arbitration*, 26(3), 311-336.
- Schneider, M. (2005). Court Actions in Defence against Anti-Suit Injunctions. En Gaillard, E. (ed.), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration* (pp. 41-65). IAI Series on International Arbitration.
- Shibata, I.F.I., & Parra, A.R. (1999). The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 14(2), 299-361. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/14.2.299>.

Stacher, M., & Feit, M. (2013). Chapter 18, Part VI: Parallel Proceedings and Lis Pendens. En Arroyo, M. (Ed.). *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (2da ed., pp. 2633-2644). Kluwer Law International.

Vishnevskaya, O. (2015). Anti-suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration: A Necessary Evil? *Journal of International Arbitration*, 32(2), 113-260.

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

American Hospital Supply Corp. c. Hospital Products Ltd, 780 F.2d 589 (7th Circ., 1986).

Caso Avena, Estados Unidos Mexicanos c. Estados Unidos de América, Orden sobre medida cautelar, 2003 I.C.J. Rep. 77 (5 Feb.).

Caso C-185/07, Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers, 2009 E.C.R. I-663.

Caso No. 3896 de 1982, 110 J.D.I. 914 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Caso No. 8786 de 1996, 11 ICC Bull. 83 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Caso No. 8307 de 2001, 22 ICC Bull. Sup. 13 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua. c. Estados Unidos), Orden de protección cautelar, 1984 C.I.J. Rep. 169, 23 I.L.M. 468 (10 Jun. 1984).

Caso Relativo a los Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. República Francesa), Orden, 1973 CIJ Rep. 135 (22 Jun.)

Ciment Francais c. Open Joint Stock Company Sibirskiy Cement Holding Company, Caso No. 16240 de 2012 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Código Procesal Civil [Cod. Proc. Civ], Resolución Ministerial 10-93-JUS, Diario Oficial El Peruano, 23 de abril de 1993 (Perú).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.08.V.4 (2008). [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.

Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, 4 I.L.M. 524.

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Corte de primera instancia, Ginebra. May. 2, 2005, C/1043/2005-15SP (Suiza).

Decreto Legislativo 295. Código Civil. Diario Oficial El Peruano, 25 de julio de 1984.

Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de setiembre de 2008.

Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones, Doc. N.U. A/61/17 (2006).

Ley 26872, Ley de Conciliación, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de noviembre de 1997.

Plama Consortium Limited c. Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, orden sobre medida cautelar urgente (6 Sep. 2005), IIC 190 (2005).

Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. c. GE Medical Systems Information Technologies, Inc., 369 F.3d 645 (2d Cir. 2004).

Paul Donin de Rosiere c. Irán, 13 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 193 (1986).

Perenco Ecuador LTD c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre solicitud cautelar (8 May. 2009), IIC 375 (2009).

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima [CCL], del 1 de enero de 2017.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [CCI], del 1 de enero de 1998.

Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Arg.-Chile, 2 de agosto de 1991.

Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. República de Líbano, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre jurisdicción (11 Sep. 2009), IIC 391 (2009).