

LA INCORPORACIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Daniel Christian Vega Espinoza¹ - daniel.vega@pucp.pe

Resumen:

El autor nos explica la relevancia que tiene actualmente en distintas Instituciones y Cortes de Arbitraje la figura del árbitro de emergencia y la utilidad práctica que implicaría regular esta institución en nuestra legislación. Sin embargo, para lograr la eficacia de su aplicación no solo se debe tomar en cuenta las experiencias internacionales, sino que se debe analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales. Asimismo, señala que gran parte del éxito de esta figura, dependerá de la forma de regulación de los Centros e Instituciones acerca de la posibilidad de acceder al inicio del procedimiento, el cuidado de la confidencialidad de las medidas, y la experiencia e imparcialidad de los árbitros designados.

Palabras Claves:

Arbitraje, árbitro de emergencia, medidas cautelares.

I. El árbitro de emergencia

Actualmente la figura del árbitro de emergencia se ha convertido en una necesidad potencial dentro del arbitraje. Debido a que las Cortes de Arbitraje e Instituciones más relevantes han modificado o introducido en sus reglamentos esta figura (Miró 2012:38), por ejemplo:

- Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo – CCE art. 32 y Anexo II.
- Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – CCI art. 29.
- The London Court of International Arbitration- LCIA de 2014 art. 9. B.
- Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional – Reglamento Suizo art. 43.
- Reglamento de arbitraje de OMPI 2014 (WIPO) art. 49.
- Reglamento de arbitraje internacional del International Centre For Dispute Resolution 2014 – ICDR art. 6.
- Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur – Normas SIAC art. 26.2, Anexo 1.
- Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid del 2015 art. 37.
- Reglamento de arbitraje del Centro Empresaria de Conciliación y Arbitraje – CEDCA art 36.2.

El procedimiento del árbitro de emergencia lo entenderemos como la expresión de lo que Fernando Estavillo llama “*medidas de urgencia*”. Para este autor el árbitro de emergencia fue concebido con el objeto de que la parte que requiere una medida cautelar urgente, no espere la constitución del tribunal arbitral, sino que pueda solicitarla incluso antes de esta en sede arbitral (2013:4).

En ese sentido, el árbitro de emergencia es

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Candidato a magister en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia de los cursos Derecho de las Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretario Arbitral en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

aquel que actúa para resolver una petición de medida cautelar urgente, siempre y cuando se solicite antes del inicio del proceso arbitral o iniciado este, aun no se haya constituido el tribunal.

Consideramos que las definiciones realizadas por la doctrina arbitral sobre el árbitro de emergencia, reforzó la intención de las instituciones arbitrales para regular esta figura dentro de sus reglamentos, pese haber tenido una primera experiencia con el procedimiento pre-arbitral regulado en 1990 por la CCI.

Asimismo, coincidimos con Gonzalo Biggs cuando al analizar la legislación arbitral de Chile, propone la introducción de esta figura. Para este autor, los resultados positivos de las instituciones arbitrales que han regulado esta figura en sus reglamentos, justifican plenamente la adopción del árbitro de emergencia, proponiendo solo una introducción en la regulación, evitando así la modificación legal (por el trámite burocrático que conlleva esto) (2011:23).

No obstante, consideramos que la introducción del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, no solo debe estar respaldado por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales internacionales; sino que debemos analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales; dado que en principio bastaría que el reglamento de una institución nacional lo regule, para que las partes acepten la aplicación de esta figura en su proceso arbitral.

Empero, ¿Realmente será provechoso la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento? O tal vez, caigamos en el error del legislador al copiar normas extranjeras sin tener claro la función práctica del mismo – haciendo que el arbitraje pierda sus beneficios, y termine pareciéndose a un proceso judicial - (lo que es útil para otros, puede terminar siendo no tan útil para nosotros).

1.1 Antecedentes.

1.1.1 Proceso pre-arbitral.

Los primeros indicios de la regulación del árbitro de emergencia, los podemos encontrar en el Reglamento del Procedimiento Pre-Arbitral de la CCI de 1990, el cual consta de solo siete artículos, en donde se desarrolla el proceso a seguir, para que las partes puedan adoptar medidas cautelares de forma inmediata.

Este procedimiento, está diseñado para que un tercero pueda dictar medidas cautelares en un lapso rápido; asimismo, una de las justificaciones de este procedimiento, es que no usurpa la jurisdicción de los tribunales estatales e incluso del propio tribunal arbitral, el cual es competente para resolver la controversia².

El procedimiento pre-arbitral, contempla la posibilidad de acudir al referee, para solicitar la adopción de una medida cautelar; para ello, se debe presentar una solicitud³, la cual se pondrá en conocimiento de su contraparte por el plazo de ocho días⁴ (mediante el uso del método de comunicación más rápido⁵); y si no hay acuerdo⁶ respecto a que persona actuará

² Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.
Artículo 1 – definiciones

Estas reglas se refieren a un procedimiento denominado “Procedimiento Pre-Arbitral”, que prevé la designación inmediata de una persona (el “Referee”) que tiene el poder de dictar medidas precautorias antes de que el tribunal arbitral o el juez nacional competente para tratar el caso (la “autoridad competente”) esté instalado. (...)

³ Artículo 3.1 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

⁴ Artículo 3.4 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

⁵ Artículo 3.4 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

⁶ Artículo 4.1 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

como referee, el presidente⁷ de la Corte del CCI lo designará.

El plazo para que el referee, dicte la medida cautelar es de treinta días, a partir de la fecha en que recibe el proceso pre-arbitral⁸; asimismo, está impedido de realizar algún prejuzgamiento sobre la controversia del fondo⁹.

No obstante, una de las razones por las que el procedimiento pre-arbitral no logró tener la acogida que se esperaba – aun contando con un proceso independiente – era la necesidad de que las partes pacten expresamente, el sometimiento – además de las reglas arbitrales de la CCI –, a las reglas del procedimiento pre-arbitral.

Por ello, actualmente el CCI al regular el procedimiento del Árbitro de Emergencia, optó por corregir este problema, pasando de un sistema opt-in a un sistema de exclusión (Grierson; Van Hooft 2012: 71).

Un reporte estadístico de la CCI sobre el procedimiento pre-arbitral, estableció que desde 1990 solo se utilizó aproximadamente 10 veces; y que el primer proceso pre-arbitral se inició en el año 2001¹⁰.

Finalmente, es necesario señalar que la introducción del Árbitro de Emergencia en el reglamento de la CCI, no condujo a la abolición del procedimiento pre-arbitral – decisión muy difícil de tomar –; puesto que la Cámara desconocía el número de contratos que introdujeron el procedimiento pre-arbitral, coexistiendo conjuntamente ambas regulaciones hasta la fecha (2012: 71).

II. Incorporación del árbitro de emergencia en los reglamentos arbitrales

Para empezar, debemos establecer que no hay sistema arbitral, que garantice la constitución inmediata del tribunal – ni aun tratándose de un arbitraje ad hoc – porque se requerirá del concurso de ambas partes para designar a los árbitros, o de ser el caso de la institución arbitral o justicia ordinaria; proceso que podría tomar semanas, perjudicando a la futura demandante en obtener un resultado satisfactorio (Bordachar 2015: 84).

Frente a este dilema, el arbitraje optó por utilizar el proceso cautelar prejudicial, para adoptar medidas cautelares antes del inicio del proceso; sin embargo, la realidad demostró que ello no era suficiente, puesto que los reglamentos arbitrales comenzaron a introducir procedimientos de emergencia con carácter pre arbitral (2015:85).

El reglamento de la CCI del 2012 (artículo 29°), introdujo la figura del árbitro de emergencia bajo el sistema de exclusión – salvo pacto en contrario, se aplicará a las partes del proceso – produciendo un efecto positivo en su aplicación, pues según la estadística realizada por Calevaris y Feris (2014:28-29), en los primeros dos años se otorgaron 10 medidas cautelares por el árbitro de emergencia, comprendiendo un total de 34 partes de 15 nacionalidades diferentes; y hasta principios de noviembre de 2015, se han admitido a trámite un total de 23 solicitudes (Bordachar 2015: 86).

Por su parte el reglamento de arbitraje de la ICDR del 2014 (artículo 6°), también introdujo la figura del árbitro de emergencia, estableciendo que cualquier parte podrá

⁷ Artículo 4.2 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

⁸ Artículo 6.2 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

⁹ Artículo 6.3 – Rules for a Pre-arbitral Referee Procedure - ICC 1990.

¹⁰ <http://globalarbitrationreview.com/news/article/28980/van-houtte-acts-emergency-referee/> (Revisado el 15 de marzo de 2017).

solicitar una medida cautelar urgente previo a la constitución del tribunal arbitral, señalando la naturaleza de la medida solicitada, las razones por las que es requerida con carácter de urgencia y las razones por las que acredite que tiene el derecho a esa medida.

De igual forma, The London Court of International Arbitration - LCIA de 2014 (artículo 9.B°) dispone que, en cualquier momento hasta antes de la formación del tribunal, cualquiera de las partes podrán solicitar a la Corte el nombramiento temporal de un árbitro de emergencia para el otorgamiento de una medida cautelar.

Con relación a los derechos de la propiedad intelectual, la velocidad y la urgencia, fueron dos elementos preponderantes para que el reglamento de arbitraje de la OMPI, introduzca en su texto al árbitro de emergencia (artículo 49°); puesto que a menudo los comerciantes se enfrentan a situaciones, en los que sus derechos pueden verse afectados y si no se tutelan inmediatamente, estos derechos pueden perder su valor.

En España, el reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid del 2015 (artículo 37°), introdujo la figura del árbitro de emergencia, y dispuesto que las partes podrán solicitar medidas cautelares antes de constituido el Tribunal Arbitral. Antes de la modificación del reglamento, las medidas cautelares previo a la constituido el Tribunal, solo podían adoptarse por los tribunales estatales (Fernández 2012: 837).

En nuestra región, podemos mencionar que en Venezuela, el reglamento de arbitraje del Centro Empresaria de Conciliación y Arbitraje – CEDCA del 2013 (artículo 36.2°), ha incorporado la figura del árbitro de emergencia en su texto; asimismo, es necesario hacer

mención que la administración del Centro ha contribuido para el desarrollo de esta figura, debido a que hasta la fecha se han registrado 46 medidas cautelares otorgadas por el árbitro de emergencia, y en ninguna de ellas se han presentado recusaciones contra el árbitro¹¹.

Consideramos que la experiencia internacional respecto a la introducción del árbitro de emergencia, ha tenido resultados diferentes; no obstante, hay una marcada orientación por los reglamentos institucionales, en contar con esta figura en sus textos, dado por las ventajas que otorga el procedimiento de emergencia al arbitraje.

III. Incorporación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento

Como indicamos anteriormente, la introducción del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, no solo debe estar respaldado por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales internacionales; sino que debemos analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales. Visto que la ausencia de este análisis, podría generar el fracaso del proceso de importación de la figura en mención.

En el Perú, según los datos estadísticos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP – Zona IX, en el año 2014 ¹² se ha inscrito 151 medidas cautelares; y en el año 2015 esta cifra aumentó a 175¹³ – en esta información se encuentran las medidas adoptadas en sede judicial y arbitral –; aun cuando las cifras antes señaladas no son muy estimulantes, incluso existiendo gran número de medidas que no se inscriben en SUNARP, nosotros consideramos todo lo contrario.

Recordemos que en nuestro entorno, existe la

¹¹ Comunicado del Centro Empresaria de Conciliación y Arbitraje – CEDCA, de fecha 30 de mayo de 2016.

¹² Oficio N° 2074-2016-SUNARP-Z.R.N°IX/UADM de fecha 14 de junio de 2016.

¹³ Oficio N° 2133-2016-SUNARP-Z.R.N°IX/UADM de fecha 17 de junio de 2016

idea equivocada que los árbitros no pueden dictar y ejecutar medidas cautelares – porque carecen del *ius imperium*, es decir el poder coercitivo –; sin embargo, como se aprecia en la información presentada, SUNARP ha inscrito medidas cautelares dictadas en sede arbitral. Si bien es conocido, que el solo hecho de procurar la inscripción de una medida cautelar, conlleva a un procedimiento compuesto, poco a poco la idea primigenia ha cambiado.

De acuerdo a esto, consideramos que desde el aspecto legislativo, no existiría problema alguno para introducir al árbitro de emergencia – más aun cuando el propio legislador ha adecuado las leyes y reglamentos –. Tomando en cuenta, que el árbitro de emergencia tendría similares facultades que el tribunal, para adoptar medidas cautelares y de considerarlo conveniente, requerir la asistencia de la fuerza pública o autorizar la ejecución judicial; con cargo de identificar en que situaciones el árbitro deberá requerir la asistencia judicial.

Por otro lado, la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales, es un aspecto importante a tomar; puesto que el éxito de la aplicación de esta figura en los reglamentos internacionales, se haya en el factor tiempo.

¿Por qué este análisis podría ser importante? La respuesta no es compleja. Es evidente la diferencia de la forma de administración del arbitraje en sede nacional, con los Centros internacionales¹⁴; pese a ello, consideramos que incorporar al árbitro de emergencia ayudaría a la eficiencia del arbitraje, todo esto porque, puede darse situaciones especiales que compliquen el proceso – recusación,

prórroga de la audiencia de ilustración o renuncia del árbitro – generándose una dilación del tiempo que puede afectar los intereses del demandante.

Finalmente, creemos que lo trascendental no es solo la incorporación de la figura del árbitro de emergencia en nuestros reglamentos; visto a que, si no es aplicada correctamente, podemos encontrarnos con un panorama negativo sin utilidad para el arbitraje. Gran parte del éxito de esta figura dependerá de la forma de regulación de los Centros de institucionales, la posibilidad de acceder al inicio del procedimiento – el costo que demandará para activarlo –, el cuidado de la confidencialidad de las medidas y la experiencia e imparcialidad de los árbitros designados.

3.1 Urgencia y Velocidad.

De alguna manera, los principales reglamentos arbitrales establecen presupuestos y requisitos similares, siendo los requisitos universalmente aceptados en el derecho comparado, para la adopción de medidas cautelares; el *periculum in mora* y *fumus boni juris*, y en caso no estén regulados en los reglamentos, son naturales a todas las medidas cautelares (Miró 2013: 41).

No cabe duda, que la legislación y los reglamentos de arbitraje dejan a la discrecionalidad de los árbitros el análisis del cumplimiento de estos requisitos y que de igual forma, sucede en el procedimiento de emergencia. Incluso se añade un elemento particular – la urgencia –, que no se trata de una circunstancia típica de urgencia, sino que tiene que ser “excepcional”; en la medida que, el elemento de urgencia, más el carácter excepcional, justifican el inicio y la adopción

¹⁴ Como ejemplo podemos tomar el proceso de arbitraje llevado por la CCI, una vez entregado el expediente al tribunal arbitral este tendrá la competencia para adoptar las medidas cautelares que considere convenientes; no obstante, previo a esta entrega la Secretaría Arbitral tramita y traslado la demanda (por 30 días) y contestación de demanda (si se presenta reconvencción se otorga 30 días) – prorrogables de ser el caso –, luego de la entrega del expediente, el tribunal elaborará la acta de misión (lo que para nosotros podemos asemejarlo con el acta de fijación de puntos controvertidos).

de las medidas cautelares por el árbitro de emergencia, debido a que, podríamos estar frente a un irreparable (2013:42).

Consideramos que, el inicio del procedimiento de emergencia debe estar previsto del elemento urgencia, una urgencia que no pueda esperar a la constitución del tribunal arbitral¹⁵ – sin menoscabo del aseguramiento de laudo –; por tanto, al ser un elemento especial, debe acreditarse para que el árbitro de emergencia pueda motivar su decisión, caso contrario no se dictará la medida (2013:43).

Con relación a la velocidad, el campo de los derechos de la propiedad intelectual, nos pueden aclarar el uso de este elemento.

Recordemos que los derechos de propiedad intelectual, como las patentes, marcas, diseños, fórmulas, registros, etc., son otorgados por las autoridades nacionales; y al ser derechos de partes de distintas jurisdicciones, susceptibles de someterse a arbitraje, a menudo los comerciantes se enfrentan a situaciones, en los que sus derechos pueden verse afectados y si no se tutelan inmediatamente, estos derechos pueden perder su valor.

En ese sentido, tal como lo expreso Francis Gurry¹⁶ – al criticar que el procedimiento Pre-arbitral de la CCI de 1990, porque se tardaba hasta siete días para designar al árbitro – la velocidad y la urgencia, son dos elementos preponderantes para la adopción de las medidas cautelares; tomando en cuenta que, de no tratarse la urgencia de forma rápida, podríamos encontrarnos en una situación en donde el derecho de la parte ya no pueda ser restaurado, produciéndose un daño irreparable.

Estos aportes, incentivaron a que el reglamento de arbitraje de la OMPI, introduzca en su texto al árbitro de emergencia; a fin de hacer más eficiente los procesos arbitrales llevados por la institución.

Finalmente, dada la velocidad con la que el árbitro de emergencia deberá tomar la decisión, el tribunal arbitral una vez constituido, tendrá la facultad de realizar una segunda mirada a las medidas adoptadas; puesto que, al estar en un procedimiento rápido, el árbitro de emergencia pasará menos tiempo analizando la medida que el tribunal (Grierson 2012: 69).

3.2 Requisitos.

Los requisitos generales que las partes deben cumplir, para el inicio del procedimiento de emergencia son:

- Nombre y dirección de cada una de las partes.
- La descripción de las circunstancias que dio origen a la petición.
- La medida cautelar solicitada.
- Los fundamentos por los que se requiere la adopción de las medidas cautelares.
- El convenio o acuerdo de arbitraje.
- El comprobante de pago, por concepto de tasa del procedimiento.

Por otro lado, consideramos necesario incluir un requisito importante, que ayudará a evitar futuros problemas:

- Declaración jurada por el solicitante, mediante el cual se comprometa a no presentar una solicitud cautelar en

¹⁵ Reglamento de arbitraje de la CCE art. 32 y Anexo II.

Reglamento de arbitraje de la CCI art. 29.1.

Reglamento de arbitraje de la LCIA de 2014 art. 9. B.

Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional – Reglamento Suizo art. 43.1.

Reglamento de arbitraje ICDR art. 37.

¹⁶ Francis Gurry – “The Need For Speed”. Conferencia Biennial IFCAI del 24 de octubre de 1997, Ginebra, Suiza. Haciendo la precisión que en 1997, todavía se encontraba vigente el Procedimiento Pre-Arbitral de la CCI de 1990. <http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1997/october/gurry.html> (revisado el 30 de marzo de 2017).

otra jurisdicción en forma paralela; caso contrario se dejará sin efecto el inicio del proceso de emergencia. Y en caso otorgado la medida cautelar, el árbitro de emergencia dispondrá la cancelación de esta.

Con cargo a desarrollarlo de manera más amplia, aunque varios reglamentos sostienen que no son incompatibles¹⁷, el propósito de esta declaración, es evitar la presentación de la misma solicitud de medida cautelar en jurisdicciones distintas; y que de no solucionarse en esta etapa, se podría generar una controversia de jurisdicciones.

IV. Conclusiones.

- Actualmente la institución del árbitro de emergencia se ha vuelto en una necesidad potencial dentro del arbitraje, debido a que las Cortes de Arbitraje e Instituciones más relevantes han modificado o introducido en sus reglamentos esta figura. No obstante, consideramos que la introducción del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, no solo debe estar respaldado por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales internacionales; sino que debemos analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales; puesto que podemos caer en el error del legislador al copiar normas extranjeras sin tener claro la función práctica del mismo.
- Creemos que lo trascendental no es solo la incorporación de la figura del árbitro de emergencia en nuestros reglamentos; dado que, si no es aplicado correctamente, podemos encontrarnos con un panorama negativo sin utilidad para el arbitraje. Gran parte del éxito de esta figura, dependerá de la forma de regulación de los Centros de institucionales, la posibilidad de acceder

al inicio del procedimiento – el costo que demandará para activarlo –, el cuidado de la confidencialidad de las medidas, y la experiencia e imparcialidad de los árbitros designados.

Bibliografía.

- BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo.
2015 - *“Medidas cautelares en el arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”*. Derecho y Ciencias Sociales N° 13. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/49960/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1.pdf (Revisado el 25 de febrero de 2017).
- BIGGS BRUNA, Gonzalo.
2011 - *“Arbitraje de emergencia. Soluciones rápidas y eficientes”*. Revista de Abogado. Santiago, número 52/ Año 15, pp. 22-24.
- CARLEVARIS, Andrea; FERIS, José Ricardo
2014 - *“Running in the ICC emergency arbitrator rules the first ten cases”*. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Paris, número 25, pp. 25-38.
- FERNÁNDEZ AGUADO, Juan Ignacio.
2012 - *“Arbitration in Spain”*. En CMS. CMS guide to arbitration. Fourth Edition.
- GRIERSON, Jacob; VAN HOOFT, Annet.
2012 - *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*. Kluwer Law International.
- MIRÓ GILI, Màrius
2013- *“La decisión del árbitro de emergencia. Su contenido, ejecutabilidad y ejecución”*. Revista del Club Español. Madrid, número 16, pp. 37-57.

¹⁷ Esta regulación en los reglamentos internacionales, es dada en forma general; dependerá del caso en concreto, las circunstancias y la valoración que los árbitros realicen, para dar una solución.