

EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA: UNA FIGURA EN CRECIMIENTO

1. Introducción

Durante los últimos años, el *árbitro de emergencia* (en adelante "*AE*"), pasó de ser un concepto teórico, a ser un concepto importante desde el punto de vista práctico en el arbitraje internacional.

La posibilidad que tiene una parte de hacer efectiva de manera rápida y eficaz una medida cautelar que proteja sus derechos, hace que esta figura sea cada vez más atractiva no sólo para los involucrados en un trámite arbitral, sino también para las instituciones que administran este método alternativo de solución de controversias. El *AE* es una figura que abre la posibilidad que tiene una parte para proteger sus derechos antes de que se constituya un Tribunal Arbitral, siendo este tribunal su juez natural. Las medidas del *AE*, pueden ser entendidas como complementarias a las que el Tribunal Arbitral podrá dictar una vez se constituya.

Sin el *AE*, la parte que necesite medidas de cautelares de emergencia antes de la constitución del Tribunal, deberá presentar la solicitud de medidas al juez o Corte Nacional competente, para que sean ellas quienes las decreten. Lo anterior, no siempre es posible, o ser la mejor opción para la estrategia del demandante.

Los operadores de arbitrajes internacionales, están incluyendo la figura del *AE* en sus reglamentos, como una herramienta que permite la protección efectiva de los derechos que están siendo discutidos. La figura ha sido incluida por ejemplo, en los reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional ("ICC"), El Centro Internacional para la Resolución de Disputas ("ICDR" / "CIRD") y "Hong Kong International Arbitration Center" ("HKIAC").

Esta tendencia de incluir el *AE* fue acogida recientemente en el reglamento de "London Court International Arbitration" ("LCIA"). Este operador en su nuevo reglamento, publicado en su página de internet el 25 de julio de 2014, el cual entrará a regir a partir del 1 de octubre de 2014, incluyó en el artículo 9B la figura del *AE*. Estas nuevas reglas que reemplazan las que estaban vigentes desde 1998 y el *AE* constituye una de las innovaciones de las nuevas reglas de LCIA.

Presentamos aquí una reseña sobre lo que es el *AE*, en qué eventos ha sido utilizada la figura, el tipo de decisiones que profieren y la discusión que se ha presentado frente a la forma en que se hacen efectivas las decisiones que toma.

2. Aspectos generales

2.1. El árbitro de emergencia

Es un árbitro con todas sus cualidades, designado de manera sencilla y rápida, su intervención es provocada por la parte interesada, salvo que en el pacto arbitral se excluya la figura. El *AE* debe cumplir, entre otras, con las siguientes características: debe ser imparcial, independiente y preservar el debido proceso. Una característica especial para este tipo de árbitro, es la de la rapidez con la que tiene que tomar sus decisiones, dada la naturaleza de las mismas, es decir, la urgencia de la decisión, mientras se constituye el Tribunal Arbitral.

Teniendo en cuenta la naturaleza expedita de la figura, operadores como la CIRD, ICC y LCIA, establecen que sólo se designará un *AE* y que ese árbitro, solamente tendrá jurisdicción para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas. Es decir,

1. Abogada colombiana, actualmente se encuentra en Nueva York como "visiting attorney," en la firma Herbert Smith Freehills New York LLP, trabajando principalmente en asuntos de arbitraje internacional.

su competencia y jurisdicción está limitada a la labor que le ha sido delegada, esto es, decidir sobre las medidas cautelares "urgentes" que han sido solicitadas.

La intervención del *AE* tiene además sus propios costos, los cuales deben ser asumidos por quien presenta la solicitud de la medida, sin embargo, como en todos los arbitrajes, los gastos vinculados con el trámite tendrán ser pagados por la parte que pierde el arbitraje. Los costos asociados con el *AE* varían de operador a operador, de la siguiente manera: (i) de acuerdo con el reglamento de la ICC² la parte que solicite un *AE* debe pagar la suma de 40.000 US\$, dentro de los cuales se incluyen los gastos administrativos de la CCI, los honorarios y gastos del *AE*. (ii) Las disposiciones del reglamento de la LCIA, en su artículo 28 indica que los costos en los que incurran las partes son determinados por la Corte teniendo en cuenta un horario de costos (Schedule of cost³), que básicamente es una tarifa horaria. (iii) El reglamento de la CIDR, establece que la remuneración de los árbitros, será fijada por el Tribunal Arbitral.⁴

El *AE* profiere decisiones vinculantes para las partes, mientras éstas están vigentes, en forma de: (i) orden procesal, (ii) laudo provisional, interino o simplemente laudo. Estas decisiones pueden ser modificadas, terminadas o hasta anuladas, por el Tribunal Arbitral cuando se constituya el mismo, es decir, las decisiones del *AE* no son finales para el Tribunal Arbitral que decidirá el conflicto, pues el Tribunal Arbitral se puede apartar de ellas, modificándolas o terminándolas.

Las decisiones del *AE*, se toman antes de que el Tribunal Arbitral sea conformado, y de manera rápida. Cada reglamento establece el tiempo que tiene el *AE* para tomar su decisión, el cual, debería ser menor al que emplea un juez ordinario para decidir el mismo asunto.

La rapidez con la que el *AE* debe decidir, se encuentra reflejada en algunos reglamentos. En el de la CIRD⁵, la decisión se puede tomar hasta la constitución del Tribunal; de acuerdo al reglamento de la ICC⁶ el plazo es de 15 días, más la prórroga que pueda otorgar el Presidente. Bajo las reglas de LCIA⁷, el *AE* debe pronunciarse no más tarde de 14 días después de que el *AE* ha

sido designado, este límite puede extenderse por la Corte, pero sólo en circunstancias especiales. La celeridad en la toma de la decisión es una de las ventajas de esta figura.

La figura del *AE* es de difícil aplicación en arbitrajes independientes o *ad hoc*, pues requeriría un acuerdo con la parte que deberá soportar la medida, lo cual desde un punto práctico es casi imposible. En este tipo de trámites, la parte interesada deberá utilizar las herramientas que la legislación interna tiene para la práctica de medidas cautelares.

Previo a acudir al *AE*, existen interrogantes que deberían ser resueltos por la parte interesada en la figura, el primero de ellos, es el obvio: ¿Existe la figura de *AE* bajo las reglas que regulan el trámite y no fue excluida? ¿Es realmente necesaria? ¿Es posible esperar a la constitución del Tribunal? ¿Es necesario que la medida cautelar se practique sin notificación previa? ¿Se puede acudir al juez para obtenerla? ¿La parte está dispuesta a asumir los costos asociados con la misma? Las respuestas que se den a los interrogantes planteados, darán luces sobre la pertinencia de utilizar la figura.

2.2. Petición de medidas de emergencia

La parte que solicite la designación de un *AE*, debe presentar su petición ante la secretaria del respectivo Centro de Arbitraje en el cual la quiera realizar. Dicha solicitud debe tener un contenido mínimo que con razón los reglamentos de la ICC, CIDR y LCIA, han establecido de manera similar:

- Nombre y dirección de cada una de las partes.
- La descripción de la situación que dio origen a la petición de emergencia.
- La medida de emergencia solicitada.
- Los fundamentos por los cuales se necesita la medida urgente y que no se puede esperar a la constitución del Tribunal.
- Prueba que demuestre el pago de los costos del *AE*.

Como se puede notar, los requisitos no son rigurosos, pero el más importante de todos es la fundamentación de la situación que generó

2. Reglamento de Arbitraje y de ADR de la ICC. Apéndice V-Artículo 7 (1).

3. http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/schedule-of-costs-lcia-arbitration.aspx

4. Reglamento de Arbitraje Internacional de la CIDR. Artículo 34.

5. Reglamento de Arbitraje Internacional de la CIDR. Artículo 6 (5).

6. Reglamento de Arbitraje y de ADR de la ICC. Apéndice V-Artículo 6 (4).

7. Reglamento de Arbitraje de la LCIA. Artículo 9B (9.8).

la urgencia y la argumentación de que ésta sea de tal magnitud, que el peticionario no puede esperar hasta la constitución del Tribunal Arbitral. De confirmarse la urgencia de la situación por la magnitud de la misma, el *AE* intervendrá inmediatamente para evitar perjuicios irremediables, sin importar que suceda después de la constitución del Tribunal Arbitral, puesto que con posterioridad a la misma, la situación de emergencia que dio origen a la solicitud, pudo haber cesado o desaparecido, razón por la cual la orden del *AE* puede ser revocada, modificada o suprimida.

2.3. Elección del árbitro de emergencia

Dada la naturaleza de esta figura, la elección del *AE* es muy rápida, acorde con la "urgencia" de la solicitud presentada por las partes. Como se puede observar de los reglamentos de la ICC, CIRD y LCIA, el administrador o presidente de cada Centro de Arbitraje cuenta con períodos muy cortos para nombrar al *AE*.

En efecto, según el reglamento de la ICC⁸, una vez recibida la petición o solicitud por la Secretaría, el Presidente cuenta con un plazo de dos días para nombrar al *AE*. El reglamento de la CIRD⁹ establece que el administrador del centro cuenta con un día hábil para nombrar a un único árbitro una vez recibida la solicitud. Por su parte, el reglamento de la LCIA¹⁰ establece que la Corte cuenta con 3 días para nombrar el *AE* una vez revisada la solicitud, o de ser el caso, con un período inferior a éste.

Como se puede notar, se establecen períodos de tiempo muy cortos luego de presentada la solicitud, lo cual es consistente con la urgencia del caso. Sin embargo, ningún *AE* puede ser nombrado con posterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral, quien será el encargado de resolver de manera definitiva el conflicto, evitándose así una colisión de jurisdicción y competencia entre los árbitros.

2.4. Tipo de decisiones

Bajo el Reglamento de la ICC¹¹, la decisión del árbitro toma la forma de orden. Bajo el CIRD¹² se

denomina orden, laudo provisional o interino y de acuerdo con el nuevo reglamento del LCIA¹³, se denomina orden de emergencia y también laudo. La forma en que toma la decisión el *AE*, puede ser importante cuando la misma deba ejecutarse, como lo veremos más adelante.

Las decisiones que toman los *AE*, son motivadas y deben explicar la razón por la que se están decretando las medidas cautelares solicitadas y la razonabilidad de adelantar el trámite del *AE*, que a todas luces es excepcional. Es importante para las partes, con el fin de garantizar la validez de la decisión que toma el *AE* y la del laudo que resuelve la controversia, que se haya seguido el procedimiento establecido en el reglamento y sobre todo, una correcta evaluación de la urgencia de la medida cautelar, dado que ésta, insistimos, tiene que ser de tal magnitud, que no pueda esperar a la constitución del Tribunal Arbitral.

Las medidas cautelares que puede dictar un *AE*, implican la aplicación de poderes excepcionales en forma muy amplia y no se encuentran enlistadas en los reglamentos que consagran la figura, quedando al criterio de quien las decreta, el tipo de medidas que concede. Es importante que las medidas cautelares dictadas por el *AE*, busquen proteger la eficacia del laudo, que exista relación y proporcionalidad con la materia que está siendo discutida, que sean lo menos lesivas para la parte que las sufre, y que la decisión del *AE* no sea una decisión anticipada del litigio.

Las decisiones de los *AE* están limitadas en el tiempo. Por ejemplo, pueden estar vigentes hasta que el Tribunal Arbitral se constituya y esas órdenes emitidas por el *AE*, pueden ser revocadas o modificadas por el Tribunal Arbitral.

Para el decreto de las medidas, reglamentos como la ICC¹⁴ y CIRD¹⁵ permiten al *AE* solicitar la constitución de una caución, con el fin de garantizar los posibles perjuicios que se puedan ocasionar a la parte que las sufre.

Las medidas cautelares del *AE*, se toman notificando a la otra parte de dicha medida (*inter partes relief*). Esta característica evita el elemento sorpresa que logra en ciertos casos, que las medidas

8. Reglamento de Arbitraje y de ADR de la ICC. Apéndice V-Artículo 2 (1).

9. Reglamento de Arbitraje Internacional de la CIDR. Artículo 6 (2).

10. Reglamento de Arbitraje de la LCIA. Artículo 9B (9.6).

11. Reglamento de Arbitraje y de ADR de la ICC. Artículo 29. Apéndice V-Artículo 6 (1).

12. Reglamento de Arbitraje Internacional de la CIDR. Artículo 6 (4).

13. Reglamento de Arbitraje de la LCIA. Artículo 9B (9.8).

14. Reglamento de Arbitraje y de ADR de la ICC. Apéndice V-Artículo 6 (7).

15. Reglamento de Arbitraje Internacional de la CIDR. Artículo 6 (6).

cautelares sean más efectivas, dando en este caso, oportunidad a realizar maniobras que tienden a evitar los efectos de la protección que se busca.

Si las medidas cautelares dictadas por el *AE* no son cumplidas voluntariamente por la parte que las debe soportar, el interesado deberá encontrar la forma de apoyarse en las normas internas o tratados de cooperación para la protección de sus derechos, en el evento de que se consideren aplicables y por supuesto, informar al *AE* de esta situación, si todavía ejerce sus funciones.

2.5. Ejecución

Cuando la decisión del árbitro de emergencia se toma a través de una orden procesal y no a través de un laudo, se ha cuestionado si puede o no aplicarse la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 ("Convención"). Este tratado multilateral crea un marco que permite la incorporación de laudos extranjeros a los países que son parte del mismo. Es decir, el tratado establece como límite para su aplicación, que nos encontremos ante la presencia de laudos.

Una preocupación constante es si la Convención incluye los laudos dictados por los *AE* y adicionalmente, si se podría incluir bajo su aplicación las órdenes dictadas en desarrollo de la jurisdicción del *AE*, como mecanismo para forzar el cumplimiento de las medidas cautelares, cuando la parte que soporta la medida no la cumple de manera voluntaria.

La Convención define en su artículo primero, que ésta se aplica a "sentencias arbitrales", lo que equivale a los laudos, ¿qué pasa cuando lo que profiere un *AE* es una orden?, ¿Y aun si la decisión tiene la forma de laudo, aplicaría la Convención? Estos interrogantes deberán ser resueltos por las Cortes Nacionales que tendrán que pronunciarse sobre el reconocimiento de este tipo de decisiones. En este punto es importante recordar que la Convención tiene una tendencia clara en favor del arbitraje, pero que son los jueces los que a través de sus decisiones, quienes la aplican.

En algunas jurisdicciones pro-arbitraje como la de New York y Londres, las Cortes Nacionales han reconocido y hecho efectivas medidas cautelares proferidas mediante órdenes procesales, así como también por laudos. Pero no todas las jurisdicciones consideran que las medidas

cautelares son susceptibles de ser ejecutadas en sus cortes, especialmente cuando las medidas son emitidas en una orden en vez de un laudo.

2.6. Algunos aspectos de las decisiones del AE

Las decisiones que debe tomar el *AE*, tienen aspectos que son interesantes para tener en cuenta:

- 2.6.1. Celeridad: la decisión sobre las medidas cautelares puede tomar en promedio de una a dos semanas, después de que se presenta la solicitud, y dependerá de los términos que cada reglamento haya establecido. Tiempo mucho menor al que le tomaría al Tribunal Arbitral que decidirá la controversia o a los jueces ordinarios, decisión que ocasiones puede tomar meses. La celeridad con la que se tomen las decisiones está estrechamente relacionada con la disponibilidad, la diligencia y confiabilidad de los árbitros, criterios cruciales que deben ser tenidos en cuenta para la designación del *AE*.
- 2.6.2. Aplicación directa: dependiendo del tipo de medida solicitada y de la actitud de la parte contraria, la medida puede ser cumplida de manera directa y sin necesidad de solicitar apoyo a las Cortes Nacionales.
- 2.6.3. Protección: buscan entre otras, evitar que los perjuicios se agraven de manera irreparable, lo que claramente afecta el conflicto. Un aspecto muy importante, es que puede ser una herramienta para preservar la evidencia, cuando está en riesgo, para que luego pueda ser presentada y discutida ante el Tribunal Arbitral. Un aspecto práctico, es el de proteger los bienes con los que se cumplirá el laudo, evitando que el laudo sea inocuo o como se dice comúnmente, "de enmarcar".
- 2.6.4. Temporalidad: las medidas tienen una vigencia limitada y dependerán de la posición que el Tribunal Arbitral asuma frente a éstas una vez sea constituido, lo que resulta ser una garantía para las partes, en la medida que será su juez natural, quien decidirá si se mantienen, modifican, restringen o levantan.
- 2.6.5. No hay prejuzgamiento: la decisión del

AE constituye una decisión preliminar no relacionada con el fondo, siendo esta una labor reservada para el Tribunal Arbitral, de acuerdo con el pacto arbitral.

- 2.6.6. Costos: como lo mencionamos anteriormente, la intervención del *AE* tiene un costo para la parte que solicita su intervención, el cual debe ser evaluado con cuidado con el fin de establecer el beneficio de la intervención, frente al valor que hay que pagar por gastos y honorarios.

2.7. ¿Qué pasa una vez que las órdenes son decretadas por el *AE*?

Según el reglamento de la ICC¹⁶, una vez el *AE* toma una decisión frente a la medida cautelar "urgente" y una vez instalado el Tribunal Arbitral, las partes tienen la posibilidad de presentar solicitudes al Tribunal Arbitral vinculadas con el con el procedimiento adelantado, la medida decretada, los costos establecidos, para que sea éste el que tome una decisión definitiva sobre estos puntos.

Adicionalmente, se pueden presentar al Tribunal Arbitral solicitudes relacionadas con el cumplimiento o no de la medida decretada.

Una previsión similar se encuentra contenida en el artículo 9B numeral 9.11 del reglamento de la LCIA, agregando que el Tribunal de Arbitraje de oficio puede variar, confirmar, revocar en todo o en parte la orden del *AE*. De otro lado, el artículo 6 numeral 5 del reglamento de la CIDR también establece que el Tribunal Arbitral una vez constituido, puede reconsiderar, modificar o anular la orden de medida de urgencia o el laudo provisional dictado por el *AE*.

Lo anterior significa que la parte en desacuerdo con la orden decretada por el *AE*, tiene la posibilidad de que el Tribunal Arbitral se pronuncie después de un análisis y estudio riguroso de la misma, ya sea revocándola o confirmándola. Sin embargo, esta situación no puede ser considerada ni como un recurso o como una segunda instancia que tiene la parte en desacuerdo con la orden del *AE*.

3. Algunas ideas finales

El árbitro de emergencia (*AE*), es una figura que

surge de la necesidad de obtener medidas de protección de una manera rápida y efectiva, cuando haya circunstancias especiales que hagan imposible esperar la constitución del Tribunal Arbitral.

Una característica importante de esta figura, es la rapidez con la que se nombra y con la que el árbitro decreta las medidas. Los diferentes reglamentos de arbitraje han sido coherentes en crear un procedimiento sumario que permita resolver rápidamente, la solicitud presentada por la parte interesada.

Ahora bien, cuando la parte en contra de quien se decreta, no cumple de manera voluntaria la decisión y se debe acudir al cumplimiento forzado de la misma, se puede llegar a cuestionar la efectividad de la medida. Dicha efectividad se podría lograr, entre otras, a través de herramientas internacionales, como por ejemplo la Convención o a procedimientos internos como trámites de *exequatur* o auxilio judicial, siempre y cuando esto sea posible.

El mundo de los negocios, exige soluciones eficientes que permitan que los conflictos sean resueltos sin que se agraven por el paso del tiempo. El *AE* es una figura en evolución, cuya efectividad dependerá del cumplimiento de las partes frente a las decisiones que se tomen y del auxilio de las Cortes Nacionales, cuando se requiera su intervención, ya que éstas son las únicas que poseen el *ius imperium*.

El *AE* aumenta la importancia de los operadores de la figura del arbitraje emergencia. Es decir, por la figura del árbitro de emergencia se puede potenciar el éxito de los Centros de Arbitraje. Estas instituciones son las responsables de identificar y seleccionar árbitros que cumplan con los niveles de competencia, neutralidad y conocimientos necesarios y que además, se encuentren disponibles para atender sus deberes como *AE* en muy corto tiempo. Esta figura del *AE*, incrementa la necesidad de escoger correctamente, las reglas que regularán el trámite arbitral y la institución bajo la cual se desarrollará.

(*) Las opiniones expresadas en este artículo sólo comprometen a sus autores.

16. Reglamento de Arbitraje y de ADR. Artículo 29 # 4.