

El arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras*

Juan Eduardo Figueroa Valdés**

1. Introducción [\[arriba\]](#)

Hasta hace relativamente poco tiempo, cuando una controversia estaba sujeta a arbitraje, si una de las partes necesitaba de medidas cautelares de urgencia en la etapa pre-arbitral, sólo tenía dos alternativas: esperar a la constitución del tribunal arbitral, y correr el riesgo de que cualquier orden futura fuera ineficaz, o simplemente acudir al tribunal competente para obtener la medida conservativa.[1] Lógicamente, ninguna de estas opciones era la buscada por el interesado, por lo riesgos evidentes de la primera y porque lo que justamente se busca evitar mediante el acuerdo arbitral, es tener que acudir a la justicia ordinaria.

La posibilidad de hacer efectiva una medida cautelar o provisional antes de la constitución del tribunal arbitral, en forma rápida y eficaz, con el objeto de proteger los derechos de una parte, hace que la figura del árbitro de emergencia sea cada vez más atractiva tanto para los interesados, como para las instituciones que han incorporado este instituto.[2]

En este entendido, los diversos reglamentos institucionales, gradualmente han ido incorporando la posibilidad de que sean los propios árbitros quienes conozcan y resuelvan las solicitudes de medidas precautorias o cautelares pre-arbitrales; existiendo, en el último tiempo, una creciente utilización de este mecanismo.

Considerando la importancia y la vigencia del tema, abordaremos las siguientes materias: utilidad del arbitraje de emergencia y tipo de medidas que se pueden decretar; incorporación del árbitro de emergencia en los diversos reglamentos institucionales; utilización del mecanismo en los centros arbitrales desde el punto de vista cuantitativo; características comunes que presentan los procedimientos sobre arbitraje de emergencia en las instituciones que lo han incorporado; aplicación del arbitraje de emergencia en contratos de construcción FIDIC; problemas referentes a la exigibilidad de las decisiones tomadas por los árbitros de emergencia; y el rol que juegan los tribunales ordinarios y las Cortes en la materia.

2. Utilidad y ventajas del arbitraje de emergencia y tipo de medidas que se pueden otorgar [\[arriba\]](#)

2.1. Utilidad y ventajas de optar por un árbitro de emergencia

Antes de entrar a analizar otras temáticas relevantes referentes a la figura del árbitro de emergencia, es fundamental poder destacar las razones por las que es preferible este tipo de procedimiento por sobre otros.

Una de las principales características del procedimiento de arbitraje de emergencia es su celeridad. Tal como ha sostenido Jones, D., generalmente este procedimiento es eficiente y útil, al exigir que las instituciones arbitrales designen un árbitro con prontitud, se establezca inmediatamente un calendario procesal y se tome la decisión dentro de un plazo breve.[3] En efecto, como se verá en detalle más adelante, la mayor parte de los reglamentos institucionales que cuentan con la figura del árbitro de emergencia, disponen de plazos muy acotados

para su designación y para que éste pronuncie su decisión, lo que constituye una garantía de eficiencia para la parte que solicita la aplicación de la medida de urgencia. Este punto será especialmente importante cuando se trate de arbitrajes internacionales, en que se pueden ver involucradas dos o más jurisdicciones, constituyéndose en una herramienta muy eficaz en comparación a la autoridad judicial ordinaria.

Una segunda ventaja del arbitraje de emergencia, dice relación con la predictibilidad de la decisión. Por la singularidad de las materias y el nivel de especialización de los tribunales arbitrales, será más probable poder predecir una decisión favorable de un árbitro de emergencia que aquella que tome un tribunal ordinario de justicia.

Igualmente, acudir a una jurisdicción arbitral es, sin lugar a dudas, una garantía de confidencialidad. En efecto, si las partes no desean que su controversia sea de dominio público, el mejor camino es someter cualquier contienda a un tribunal arbitral y al árbitro de emergencia.

La velocidad, predictibilidad y confidencialidad del procedimiento de árbitro de emergencia, hacen de este mecanismo una alternativa muy útil y eficaz, que cuenta cada vez con más adeptos, sin perjuicio del rol que en muchos casos juega y seguirá jugando la justicia ordinaria.

2.2. Tipo de medidas que se pueden otorgar

En términos generales, las medidas provisionales buscan preservar el statu quo hasta que se adopte una decisión definitiva sobre el fondo de la controversia, de modo de asegurar que las partes sufran el menor daño posible durante la tramitación del procedimiento arbitral y hasta la dictación y cumplimiento de la sentencia definitiva. Buscan preservar una situación jurídica o fáctica, para salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento, aplicación y ejecución se solicita al tribunal.[4]

Se trata de decisiones de naturaleza temporal. En el caso del arbitraje de emergencia, como se revisará más adelante, la mayor parte de los centros de arbitraje que cuentan con este mecanismo establecen que la medida dictada por un árbitro de emergencia luego podrá ser revisada por el tribunal arbitral definitivo que conozca sobre el fondo.

Al respecto, Carlevaris, A. y Feris, J.R., realizaron un análisis sobre aspectos de forma y de fondo de los 10 primeros casos llevados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (ICC) en materia de arbitraje de emergencia que, tal como se verá a continuación, desde el año 2012 cuenta con la figura del árbitro de emergencia. Entre las cuestiones de fondo, se analizan las medidas provisionales solicitadas por las partes, las que fueron categorizadas en cuatro tipos: i) medidas destinadas a garantizar la ejecución del laudo, ii) medidas destinadas a preservar el status quo, iii) medidas cautelares y iv) órdenes de pago provisional.[5]

3. Incorporación del árbitro de emergencia en los diversos reglamentos institucionales [\[arriba\]](#)

3.1. Regulación del árbitro de emergencia en los principales centros de arbitraje a nivel mundial

Entre los primeros centros de arbitraje en establecer un mecanismo independiente de la justicia ordinaria, que diera solución a las necesidades urgentes de las partes, se encuentra la ICC, que desde el año 1990 cuenta con el Reglamento Especial del Procedimiento Precautorio Pre-arbitral. Este procedimiento no formaba parte integrante del Reglamento General, por lo que las partes debían pactar su sometimiento al mismo, lo que significó que se le diera un uso muy acotado -14 casos en total- entre los años 1990 y 2012.

Fue sólo en el 2012 cuando entró en vigor el nuevo Reglamento de Arbitraje de la ICC [6], que incorpora en su texto la figura del árbitro de emergencia propiamente tal y regula el procedimiento aplicable, en virtud del cual las partes pueden solicitar medidas cautelares urgentes al árbitro de emergencia. Este mecanismo es independiente de la facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares y provisionales a solicitud de parte, que establece el artículo 28 de dicho reglamento.[7] Tales disposiciones permanecerán sin cambios en la nueva versión del Reglamento de Arbitraje de la ICC, que entró en vigor en marzo de 2017.

De acuerdo con Estavillo Castro, el procedimiento de árbitro de emergencia de la ICC, “(...) fue concebido con el objeto que la parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral, pueda solicitar tales medidas ('Medidas de Emergencia') aun antes de la presentación de la solicitud de arbitraje (...)”.[8]

Otro de los pioneros en implementar un alivio a las necesidades urgentes de las partes fue la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), que desde el año 1999 regula la materia en el contexto del arbitraje nacional [9], incorporando en el año 2006 disposiciones sobre arbitraje de emergencia en los procedimientos internacionales de solución de controversias de su Centro Internacional de Resolución de Disputa (ICDR) de Nueva York. [10]

En cuanto al avance cronológico en el reconocimiento de la figura del árbitro de emergencia en el mundo, como antecedente cabe destacar la modificación del año 2006 a la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)[11], en que se dotó de mayor autonomía a los tribunales arbitrales respecto a la concesión de medidas cautelares. Esto significó un gran avance en la materia, atendido que muchas legislaciones estatales, inspiradas en esta “Ley Modelo”, siguieron esta tendencia. [12]

Continuando a nivel institucional, en los últimos años, los centros administradores de arbitraje más importantes del mundo han incorporado la figura del árbitro de emergencia, previo al inicio del arbitraje, con el objeto de conceder medidas cautelares que no pueden esperar a la constitución del tribunal. [13] Entre dichas instituciones encontramos al Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) y a la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) [15] [16] , que desde el año 2010 cuentan con disposiciones sobre árbitros de emergencia entre sus normas.

El año 2011 fueron enmendadas las reglas del Centro Australiano para el Arbitraje Comercial Internacional (ACICA)[17], estableciendo expresamente el nombramiento de árbitros de emergencia. Entre otras instituciones que han incorporado recientemente esta figura, se encuentran: el Centro de Arbitraje

Internacional de Hong Kong (HKIAC)[18], cuyas disposiciones entraron en vigor en noviembre de 2013; la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón (JCAA), que cuenta con una nueva regulación desde febrero de 2014.[19] También el año 2014 el Servicio de Mediación Judicial y Arbitraje (JAMS) de EEUU, incorporó disposiciones sobre un procedimiento de reparación de emergencia [20], las que se encuentran vigentes para el arbitraje internacional desde el 1° de septiembre de 2016.[21]

Por último, entre las modificaciones más recientes al conjunto de disposiciones sobre arbitraje de emergencia, se encuentra el nuevo Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA) [22], que entró en vigor en octubre de 2014 y el Reglamento de la Comisión Económica, Comercial e Internacional China de Arbitraje (CIETAC)[23], vigente desde enero de 2015.[24]

3.2. Regulación del árbitro de emergencia en centros de arbitraje de América Latina y el Caribe

A nivel Latinoamericano y del Caribe, es posible destacar algunos centros que han adoptado la figura del árbitro de emergencia entre sus disposiciones. En México, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CONACO) cuenta con un reglamento institucional que permite el otorgamiento de medidas de emergencia, adicionales al procedimiento de medidas provisionales, aplicables a los arbitrajes celebrados a partir de junio de 2008.[25] Por su parte, el Centro de Arbitraje de Derecho de la Construcción (CAIC) de México, en su artículo 50 establece expresamente la posibilidad de las partes de solicitar la aplicación de medidas urgentes, previo a la constitución del tribunal arbitral.

Asimismo, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de Venezuela, en su Reglamento del año 2013 contempla la posibilidad de designar un tribunal de urgencia, previo a la constitución del tribunal definitivo, para que conozca y resuelva las solicitudes de medidas cautelares.[26]

La Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CCBC) el año 2012 [27] incorporó la figura del árbitro de emergencia entre sus disposiciones. Por su parte, el Centro de Arbitraje de la Federación de Industrias del Estado de Sao Paulo (FIESP), en el artículo 13.1 de su Reglamento dispone que el tribunal arbitral tiene competencia para determinar las medidas cautelares, coercitivas y preventivas necesaria para el correcto desarrollo del procedimiento de arbitraje, sin embargo, no contempla expresamente la figura del árbitro de emergencia.

En Perú, la Cámara de Comercio de Lima (CCL), en su nuevo Reglamento, vigente desde el 1° de enero de 2017 [28], establece expresamente la figura del árbitro de emergencia, disponiendo que previo a la constitución del tribunal arbitral cualquiera de las partes que requiera de una medida urgente podrá solicitar que se inicie un procedimiento de árbitro de emergencia. Por su parte, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica de Lima, contempla únicamente la posibilidad de solicitar medidas cautelares una vez que se ha constituido el tribunal arbitral.

En Colombia, el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB), en su artículo 2.51, establece que las solicitudes de

medidas cautelares podrán ser resueltas por el tribunal desde el momento de su instalación.[29]

La Cámara de Comercio de San José de Costa Rica en el artículo 24 de su Reglamento establece que el tribunal arbitral podrá, a instancia de parte, otorgar medidas cautelares. En este mismo sentido, el Reglamento del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje (CICA) de la Cámara Costarricense Norteamericana de Comercio (AMCHAM), establece la posibilidad de solicitar medidas cautelares en los escritos de demanda, contestación o reconvencción, en conformidad a la ley.

El Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMAC) sólo contempla en su Reglamento la posibilidad de decretar medidas cautelares o provisionales en el contexto de un proceso arbitral, al igual que en Chile, donde el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), establece en su Reglamento que el tribunal está facultado para ordenar medidas cautelares en conformidad a la ley.

En definitiva, mientras varios de los centros arbitrales de países de Latino América y el Caribe sólo contemplan la posibilidad de que se otorguen medidas cautelares una vez constituido el juicio arbitral, los principales centros arbitrales del mundo, desde hace aproximadamente una década, han venido estableciendo progresivamente la figura del árbitro de emergencia en sus reglamentos institucionales.

A nivel latinoamericano existe una deuda importante en la materia, por lo que es de esperar que paulatinamente los diversos centros de arbitraje de esta región, empiecen a reconocer el importante rol que puede jugar el arbitraje de emergencia en el alivio de las necesidades urgentes de las partes y con ello, consecuentemente, le den cabida entre sus disposiciones.

4. La utilización por centros arbitrales: crecimiento del arbitraje de emergencia [\[arriba\]](#)

Tal como se sostuvo precedentemente, cada vez adquiere mayor importancia el arbitraje de emergencia y paulatinamente ha ido aumentando su uso por parte de los distintos interesados. Para graficar lo anterior, a continuación se expone un cuadro general que incluye a las principales instituciones arbitrales internacionales, señalando la fecha en que introdujeron el arbitraje en sus respectivos reglamentos y el número de pedidos recibidos: [30]

Conforme al reporte de la ICDR de diciembre de 2016, luego de 10 años desde el establecimiento del procedimiento sobre arbitraje de emergencia, han recibido más de 70 solicitudes, que abarcan una amplia gama de materias. En particular, desde el año 2006 hasta fines de 2016 se presentaron más de 60 solicitudes de medidas de protección, a lo que hay que sumar 10 casos en materia de arbitraje internacional presentadas entre 2013 y fines de 2016, luego que el año 2013 se agregara el arbitraje de emergencia al Reglamento de Arbitraje Comercial de la ICDR.

Por su parte, de acuerdo a las últimas estadísticas de la ICC de principios de 2016, la adopción del arbitraje de emergencia ha aumentado constantemente desde su introducción en el año 2012. En efecto, a finales de 2015 se habían recibido un

total de 24 solicitudes y a inicios de 2016 ya se habían presentado varias más. Estas peticiones de arbitraje de emergencia han tratado sobre diversas materias y han involucrado a partes de muy variadas culturas y países.

5. Características comunes del procedimiento de los árbitros de emergencia [\[arriba\]](#)

Entre las disposiciones sobre árbitros de emergencia adoptadas por las más reconocidas instituciones arbitrales internacionales del mundo, es posible reconocer ciertos elementos o características comunes. A continuación, se expondrá en términos generales el procedimiento adoptado por tales centros, según los aspectos comunes que se repiten en los distintos reglamentos institucionales.

5.1 Contenido mínimo de la solicitud, concepto de emergencia y estándares para conceder las medidas

Los procedimientos de árbitro de emergencia de los principales centros arbitrales del mundo disponen de plazos sumamente acotados, por lo que, en la mayoría de los casos, junto con la presentación de la solicitud -en la secretaria del centro respectivo-, se deben acompañar los fundamentos que justifican la concesión de la medida provisional. No obstante lo anterior, cada reglamento entiende de manera diversa qué constituye una situación de emergencia y cuáles son los requisitos para otorgar la medida solicitada.

De acuerdo a los reglamentos de la ICC, ICDR y la LCIA, en términos generales, la solicitud debe contener: i) el nombre y dirección de ambas partes, ii) la descripción de la situación que dio origen a la petición de emergencia, iii) la medida de emergencia que solicita aplicar, iv) los fundamentos que justifican la aplicación de la medida de forma urgente y en forma previa a la constitución del tribunal, y v) la prueba que demuestre el pago de los costos del árbitro de emergencia.[33] Los requisitos mencionados no son especialmente rigurosos y entre ellos el más relevante dicen relación con los fundamentos de la situación de urgencia que justifican la aplicación de la medida en forma prejudicial.

En la otra vereda, el Reglamento de la ACICA en su regla 3.5 del cronograma 2, para emitir una medida provisional de emergencia exige demostrar: (i) el daño irreparable que se busca evitar con la concesión de la medida, (ii) que tal daño sea sustancialmente superior al aquel que puede experimentar la parte afectada con el otorgamiento de la medida y (iii) que exista la posibilidad razonable que la parte solicitante tenga éxito sobre el fondo. Asimismo, según la regla 1.3 del cronograma 2, la parte solicitante debe dar detalles sobre: (i) la naturaleza de la medida que se busca aplicar, (ii) la razón por la cual dicha medida es necesaria en un contexto de un juicio de emergencia, y (iii) el motivo de porqué tiene derecho a que se le otorgue la medida.[34]

Como se observa, en este caso el nombramiento de un árbitro de emergencia y la emisión de una medida urgente sólo procede cuando nos enfrentamos a una situación considerablemente grave.

A nuestro entender, dentro de las regulaciones más adecuadas se encuentran las establecidas por la ICC, el ICDR y la LCIA. Así, por ejemplo, el artículo 3 del apéndice V del Reglamento de la ICC, en relación a los requisitos de fondo para

conceder la medida, exige lo siguiente: (i) que se realice una descripción de las circunstancias que dan lugar a la solicitud y a la controversia subyacente que será sometida a arbitraje (ii) el motivo o las razones por las cuales el peticionario necesita medidas provisionales o conservativas urgentes que no pueden esperar hasta la constitución del tribunal arbitral.

Al respecto, en el análisis realizado por Carlevaris, A. y Feris, J.R. sobre aspectos de fondo de los 10 primeros casos llevados por la ICC en materia de arbitraje de emergencia, se hace referencia a los criterios que se tomaron en consideración por los árbitros de emergencia a la hora de conceder las medidas solicitadas por las partes.[35] Entre dichos criterios, encontramos las directrices establecidas por la ICC -en las disposiciones citadas precedentemente-, pero también otros, como la ley que rige el contrato, en cuanto al fondo y la forma, o incluso hay algunos que recurrieron a estándares internacionales.

En efecto, Carlevaris, A. y Feris, J.R. en su investigación concluyen que en al menos tres casos los árbitros se apoyaron en la práctica arbitral internacional por sobre las disposiciones domésticas del país en que era aplicable la medida, para la concesión de la misma. Así, en el primero de ellos, el árbitro de emergencia determinó que la ley que regía el contrato no era aplicable, rigiéndose por la práctica arbitral internacional. En el segundo caso, el árbitro de emergencia consideró que no era aplicable ni la ley que regía el contrato ni aquella que determina el procedimiento judicial para la concesión de medidas cautelares en el lugar del procedimiento de arbitraje de urgencia, por lo que finalmente se basó en fuentes internacionales, tales como los laudos arbitrales dictados conforme a principios comunes del derecho. En el tercer caso, el árbitro también ignoró la ley que regía el contrato, notó que las partes no habían elegido una ley aplicable al procedimiento arbitral y concluyó que la ley de la sede no le obliga a tener en cuenta ninguna ley nacional; por consiguiente, recurrió a los antecedentes doctrinales y arbitrales y subrayó la importancia de las circunstancias fácticas del caso.[36]

5.2 En cuanto a la notificación de la solicitud

Una vez que se determina que las disposiciones sobre árbitro de emergencia son aplicables al caso concreto, en la mayoría de los reglamentos institucionales se establece el deber de notificar la solicitud a la parte demandada.

5.3. Sobre la designación del árbitro de emergencia y su nacionalidad

A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje internacional tradicional, donde las partes intervienen en la designación de los árbitros, y sólo si no hay acuerdo lo nombrará la institución, conforme al Reglamento de la ICC, las partes no participan en el nombramiento del árbitro de emergencia. En el mismo sentido el Reglamento de la IDCR en su artículo 6(2) dispone: “Dentro del día hábil siguiente a la recepción de la notificación que dispone el Artículo 6(1), el Administrador nombrará a un árbitro único de urgencia de entre un panel especial de árbitros de urgencia. Antes de aceptar su nombramiento, el candidato a árbitro de urgencia deberá informar al Administrador sobre cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas justificables en cuanto a su imparcialidad o independencia...”.

Por su parte, en materia de arbitraje internacional el árbitro no puede tener la misma nacionalidad que las partes, mientras que de acuerdo al Reglamento de la

ICC el árbitro de emergencia sí podría tener la misma nacionalidad que alguna de las partes.

5.4. Plazo para la designación del árbitro

En el caso de los reglamentos de la ICDR, ICC, LCIA, SIAC y HKIAC, dentro del plazo de uno o dos días hábiles desde que se recibe la solicitud, se debe designar un árbitro único para resolver la solicitud de emergencia.[37][1] Atendida la urgencia de la solicitud, en general se establecen plazos muy acotados para el nombramiento del árbitro de emergencia.

Corresponde hacer presente que ningún árbitro de emergencia podrá ser designado con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral definitivo que se pronuncie sobre el fondo del asunto. Con esto, se evita un conflicto de competencia entre estos dos árbitros.[38]

5.5. Procedimiento de emergencia

En términos generales, los reglamentos otorgan un amplio margen de acción y apreciación para la determinación del procedimiento del arbitraje de emergencia, el que siempre debe conservar la característica esencial de ser muy reducido en cuanto a los plazos.

5.6. Acerca de la naturaleza de la decisión del árbitro de emergencia

La decisión del árbitro de emergencia puede tener la forma de una orden o de un laudo, dependiente de las disposiciones de cada Reglamento. Las reglas de la ICC establecen expresamente que la decisión del árbitro de emergencia tomará forma de orden, la cual las partes deben cumplir por el hecho de haber convenido el procedimiento de árbitro de emergencia.[39] Por su parte, el Reglamento de la ICDR establece que la decisión puede denominarse orden o laudo provisional o interino.[40] En este mismo sentido los Reglamentos de la LCIA, la SIAC y el HKIAC, estipulan que la decisión puede ser un laudo o una orden. La forma que tome la decisión tiene consecuencias importantes respecto a su obligatoriedad, conforme se revisará más adelante.

5.7. Plazo para dictar la decisión

No todos los Reglamentos establecen un plazo dentro del cual el árbitro de emergencia debe dictar su decisión. Entre las que sí lo exigen, encontramos la ICC y el LCIA, con plazos que van desde los 5 a los 20 días, mientras que los reglamentos de la ICDR, SIAC y CANACO no establecen plazo alguno.[41]

5.8. Terminación anticipada del arbitraje y/o caducidad de la decisión

Los Reglamentos de la ICC, SCC, SIAC y HKIAC establecen la terminación del procedimiento y/o la caducidad automática de la decisión arbitral de emergencia en caso que no se presente la solicitud de arbitraje o si el tribunal arbitral no se constituye dentro de cierto periodo de tiempo. Bajo las normas de la LCIA la decisión no caducará automáticamente.

5.9. Modificación de la decisión una vez constituido el tribunal arbitral

Tan pronto como se constituya el tribunal arbitral definitivo, el árbitro de emergencia deja de desempeñar sus funciones. Junto con ello, en la mayor parte de los Reglamentos institucionales, sino en todos, se permite al tribunal arbitral pronunciarse sobre la decisión del árbitro de emergencia, ya sea para mantenerla, modificarla o anularla.

5.10. Árbitro de emergencia no puede ser el mismo que conozca sobre el fondo

Otra característica relevante que tienen en común los distintos Reglamentos que cuentan con esta figura, es que el árbitro de emergencia que se pronuncie sobre una solicitud de medida cautelar, no podrá ser designado luego como árbitro definitivo en ese mismo caso. En otras palabras, el árbitro que se pronuncie sobre la medida cautelar de emergencia, no podrá ser el mismo que conozca y se pronuncie sobre el fondo.

5.11. Respecto al opt-out

En la práctica arbitral se conoce como el opt-out la regla en cuya virtud la reglamentación del árbitro de emergencia operará por defecto en caso de convenirse arbitraje en un contrato, disposiciones que sólo serán inaplicables en el evento que las partes expresamente así lo establezcan. Pues bien, la mayor parte de los Reglamentos institucionales operan sobre la base del opt-out.

6. La opción por el árbitro de emergencia en los casos de contratos de construcción FIDIC [\[arriba\]](#)

Un tema controvertido en términos de arbitraje de emergencia es la aplicabilidad de las disposiciones de éstos cuando las partes han acordado otros procedimientos pre-arbitrales de resolución de disputas como por ejemplo, cláusulas escalonadas que contemplan Dispute Boards. En particular, se abordará someramente esta problemática desde la perspectiva de los contratos de construcción que han sido regulados según las disposiciones de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), en relación a las reglas sobre arbitraje de emergencia contenidas en el Reglamento de la ICC.

En términos generales, los contratos FIDIC cuentan con la característica de otorgar soluciones internacionalmente conocidas y aceptadas para la ejecución de distintos tipos de proyectos de construcción y sus disposiciones son compatibles con los ordenamientos jurídicos tanto del common law como del civil law.[42] La Subcláusula 20.4 del Libro Rojo de la FIDIC de 1999 establece que las partes pueden remitir su disputa a la Adjudication Dispute Boards (DAB), la cual tendrá 84 días para tomar una decisión. La cláusula 5 (g) de las Reglas de Procedimiento anexas a las Condiciones Generales del Contrato estipula que el DAB tiene el poder de "...decidir sobre cualquier medida provisional, como medidas provisionales o conservatorias...".[43]

El DAB constituye un mecanismo ágil, oportuno y de bajo costo para resolver los conflictos entre mandante y la empresa constructora, cuyas decisiones son obligatorias y definitivas para las partes, en la medida que no sean modificadas de común acuerdo por las propias partes o por una decisión arbitral posterior. En efecto, el DAB no es un tribunal, sino que un panel técnico, que puede resolver

disputas entre las partes, por lo que, la decisión que se tome al efecto, puede ser revisada por un tribunal arbitral o por la justicia ordinaria.

Por su parte, el Reglamento de la ICC en su artículo 29(6)(c) establece que las disposiciones sobre árbitro de emergencia no serán aplicables en caso de que las partes hayan acordado otro procedimiento pre-arbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares. Por lo tanto, si las partes han acordado cualquier otro procedimiento previo al arbitraje, que contempla la concesión de las medidas señaladas, se considera que han excluido la posibilidad de optar por el arbitraje de emergencia.

De este modo, en cuanto a la compatibilidad de tal mecanismo con el arbitraje de emergencia, la regla general es que si las partes establecieron un DAB en el contrato, y en la medida que este se encuentre efectivamente constituido y operando, atendido que éste tiene facultades para dictar medidas provisionales, las partes no podrán dirigirse a un árbitro de emergencia para que dicte una medida de carácter urgente. Por el contrario, si no contemplaron el DAB en el contrato de construcción, esta figura de solución de controversias no se entiende incorporada automáticamente, pudiendo optar en tal caso libremente por la designación de un árbitro de emergencia.

Se pueden dar otras hipótesis, como, por ejemplo, que las partes hayan establecido que el DAB no tendrá facultades para otorgar medidas provisionales o conservativas, por lo que podrán dirigir su solicitud directamente al árbitro de emergencia. También puede ocurrir que las partes hayan establecido una cláusula escalonada, donde, por ejemplo, primero deben acudir al DAB y luego al árbitro de emergencia, caso en el cual deberán estarse a lo establecido en el contrato, siempre y cuando no signifique un desmedro a los intereses y derechos de alguna de las partes.

En definitiva, la respuesta acerca del mecanismo al cual deben acudir las partes dependerá de lo que éstas hayan establecido en el contrato; en ciertas oportunidades corresponderá al árbitro dirimir sobre su competencia según las circunstancias particulares del caso. Sobre qué alternativa elegir, la verdad que tampoco hay una única respuesta, lo que si podemos sostener es que la mayor ventaja de optar por el arbitraje de emergencia es su celeridad. En efecto, tratándose de un contrato de construcción modelo FIDIC Libero Rojo, mientras el DAB tiene un plazo de 84 días para tomar una determinación, el árbitro de emergencia dispone de plazos significativamente más reducidos para pronunciarse sobre la solicitud de una medida provisional.

7. Exigibilidad de la decisión del árbitro de emergencia [\[arriba\]](#)

7.1. La Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la UNCITRAL

A pesar de su crecimiento, el arbitraje de emergencia puede tener ciertas limitaciones o “riesgos”, entre la que destaca la posibilidad de ejecutar la decisión del árbitro de emergencia, que tal como se adelantó, no es indiferente si tiene la naturaleza de orden o laudo a la hora de determinar su aplicabilidad.

La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, es un tratado multilateral ratificado por 156 países [44], en virtud del cual “(...) se crea un marco que permite la

incorporación de laudos extranjeros a los países que son parte del mismo.” [45] En palabras de Caivano, R.:

“(…) la propia Convención prevé, al definir su ámbito de aplicación, que ella se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales ‘dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias’”. [46]

La Convención en su artículo I.1 obliga a los países signatarios a otorgar el reconocimiento y a la ejecución a los laudos dictados en países extranjeros. El primer problema que surge de la disposición anterior, es que las decisiones de los árbitros de emergencia no siempre reciben la calificación de laudo o sentencia, como ocurre con el Reglamento de la ICC que las denomina “órdenes”.

Siguiendo a Caher, C. y McMillan, J., incluso cuando la decisión adopte la forma de un laudo, es posible que no sea aplicable por no ser definitiva o determinante, tal como ocurrió con el Tribunal Federal Suizo el año 2010[47], cuando sostuvo que una decisión arbitral sobre medidas provisionales no equivalía a un laudo, ya que, no resolvía en forma definitiva la disputa entre las partes. En el mismo sentido han fallado otros tribunales, argumentando que las medidas provisionales no son ejecutables, ya que, pueden ser modificadas posteriormente.[48]

Sobre este punto, recordamos que la decisión del árbitro de emergencia, según la mayor parte de los reglamentos arbitrales, puede ser dejada sin efecto o modificada por el tribunal arbitral definitivo. Asimismo, en algunos casos las decisiones pueden caducar si no se presenta la solicitud de arbitraje o no se constituye el tribunal arbitral dentro de determinado plazo.

Lo positivo, es que ésta no es la única tendencia en materia de ejecución las medidas cautelares, ya sea que emanen de ordenes o laudos, en efecto, “En algunas legislaciones pro-arbitraje como la New York y Londres, las Cortes Nacionales han reconocido y hecho efectivas medidas cautelares proferidas mediante ordenes procesales, así como también por laudos”. [49]

Al respecto, Caivano, R., en relación con las medidas cautelares dictadas por un árbitro, que es la figura que más se asemeja a una orden emanada de un árbitro de emergencia, se inclina por la teoría de que estas pueden ser consideradas “laudos” en el sentido de la Convención de Nueva York y agrega:

“Aun cuando ésta nada dice sobre la ejecución extraterritorial de las medidas cautelares, pensamos que el silencio no puede ser interpretado como una prohibición. No encontramos, ni en el texto ni en los antecedentes de la Convención, nada que se oponga a reconocer como laudo arbitral a una decisión cautelar adoptada por un tribunal arbitral en el ejercicio de las atribuciones que tiene para ello.” [50]

Aunque se argumente que se trata de una decisión provisional, atendido que luego el tribunal arbitral que se designe puede dejarla sin efecto, suspenderla, modificarla o incluso anularla, el mismo Caivano sostiene al respecto que la Convención no exige que sea tratada de una decisión definitiva o final, sino únicamente de una sentencia obligatoria que no haya sido suspendida o anulada.

Cabe hacer presente que el nuevo artículo 17 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, reformada el año 2006, reconoce expresamente que las medidas provisionales dictadas por un tribunal arbitral son vinculantes, estableciendo un procedimiento que regula dicho reconocimiento, así como la ejecución de las decisiones arbitrales referentes a medidas precautorias, independientemente de la sede del arbitraje. [51]

7.2. Exigibilidad establecida por algunas jurisdicciones

Teniendo en cuenta la Ley Modelo y atendida las dudas planteadas con respecto a la aplicación de la Convención de Nueva York, algunas jurisdicciones han promulgado leyes que reconocen las decisiones de los árbitros de emergencia y su ejecución, eliminando cualquier duda sobre su aplicabilidad. Ente dichas regulaciones destaca la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur, que el año 2012 modificó los conceptos de "tribunal arbitral" y "sentencia arbitral", incorporando a los árbitros de emergencia y las decisiones que éstos adopten. Por su parte, la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong enmendada en 2013, adoptó el mismo enfoque, al establecer expresamente que la decisión de emergencia podría - con la autorización del tribunal - ser ejecutada de la misma manera que una orden del tribunal. [52]

Varias otras jurisdicciones, entre ellas Australia y Nueva Zelanda, han actualizado su legislación para adaptarse a la enmiendas de la Ley Modelo de la UNCITRAL. Inglaterra, Gales, Alemania y Suiza también disponen de una legislación que prevé la aplicación de medidas provisionales arbitrales, no obstante, únicamente respecto de arbitrajes establecidos dentro de su jurisdicción. [53]

7.3. Disposiciones sobre Exigibilidad a nivel Reglamentario

Sin lugar a dudas, regulaciones legislativas como las de Hong Kong y Singapur, que contienen normas específicas sobre exigibilidad, permiten que el sistema opere bien desde un punto de vista práctico. Sin perjuicio de ello, resulta fundamental que los propios reglamentos establezcan "incentivos" para que las partes respeten las decisiones tomadas por el árbitro de emergencia y particularmente la parte en contra de la cual se dicte una medida precautoria o conservativa.

En este sentido, las reglas de la ICC, ACICA, SIAC, HKIAC y JCAA requieren que las partes se comprometan a cumplir sin demora cualquier medida cautelar emitida por un árbitro de emergencia. Yendo incluso más lejos, el Reglamento de la ICC permite a los tribunales arbitrales tomar en consideración cualquier incumplimiento de la decisión de un árbitro de emergencia a la hora de determinar las costas y los daños. [54]

En definitiva, un importante rol le corresponde a los tribunales ordinarios de justicia y a las Cortes Nacionales a la hora de pronunciarse sobre la exigibilidad de las medidas cautelares dictadas por un árbitro de emergencia, cuando las legislaciones estatales no regulen la obligatoriedad de tales órdenes o laudos. Sin perjuicio de ello, no podemos olvidar que por el hecho de haber convenido una cláusula de arbitraje -sin excluir el arbitraje emergencia que se aplica por defecto en la mayoría de los reglamentos-, las partes voluntariamente han aceptado someterse a la jurisdicción de emergencia y consecuentemente a cumplir cualquier decisión que corresponda.

Cabe recordar que la Convención de Nueva York tiene una clara tendencia a favor del arbitraje, pero entiende que son los jueces quienes -mediante sus decisiones- la aplican.[55]

7.4. Lo que ha demostrado la experiencia

Conforme al análisis realizado por Carlevaris, A. y Feris, J.R. de los 10 primeros casos llevados por la ICC en materia de arbitraje de emergencia, la práctica demuestra que independiente que sean exigibles o no las decisiones de los árbitros de emergencia, la mayor parte de las veces las partes cumplen o acatan las medidas provisionales sin necesidad de tener que acudir a un procedimiento coercitivo. Asimismo, concluyen que las partes no ignoran fácilmente una decisión provisional mientras está pendiente la decisión sobre el fondo.[8]

8. El rol de las Cortes [\[arriba\]](#)

La cuestión de la obligatoriedad de las decisiones de los árbitros de emergencia, es probable que se resuelva a medida que la legislación y la jurisprudencia se adapten al procedimiento. Sin embargo, ciertas características del proceso arbitral harán necesaria la intervención de la justicia ordinaria.

A continuación, conforme al análisis realizado por Jones, D. y Caher, C. y McMillan, J., exponemos las principales razones de porqué los tribunales seguirán, al menos por ahora, desempeñando un papel en materia de arbitraje de emergencia:

- En primer lugar, el arbitraje de emergencia sólo permite que se solicite una medida en contra de la otra parte del acuerdo de arbitraje. Si se solicita una reparación provisional contra un tercero, como, por ejemplo, una orden de embargo preventiva respecto de un banco, el tribunal de emergencia será incapaz de obligarlo, debiendo la parte recurrir necesariamente a la justicia ordinaria.

- En este mismo orden de ideas, el arbitraje de emergencia no permite que se solicite una medida ex parte[56], esto, conforme a la premisa subyacente de que el arbitraje es un proceso consensual. Tal como se expuso, los procedimientos de arbitraje de emergencia establecidos por los principales centros internacionales, generalmente requieren que se notifique a la parte contraria, lo que sin lugar a dudas destruye la búsqueda de obtener una reparación urgente. Por esta razón, es probable que una parte solicite un recurso ex parte a través de los tribunales, si existe el riesgo de que la notificación de la solicitud haga ineficaz la medida.

- En tercer lugar, las decisiones del árbitro de emergencia no son automáticamente vinculantes como sí lo son las órdenes judiciales. Incluso en una jurisdicción como Singapur o Hong Kong, en la que, tal como vimos, el reclamante podrá estar seguro de que la decisión del árbitro de urgencia se aplicará conforme al tenor de la legislación existente, sigue siendo necesario que se adopte una medida adicional para garantizar el cumplimiento de la decisión de un árbitro de emergencia. Por lo tanto, una parte que desee garantizar un cumplimiento inmediato decidirá solicitar ese alivio directamente ante la justicia ordinaria.

Teniendo en cuenta estos factores, no sorprende que los procedimientos de arbitraje de emergencia reconozcan el papel que desempeñan los tribunales ordinarios. En efecto, las principales instituciones en sus procedimientos estipulan que las partes tendrán derecho a optar entre solicitar la reparación ante los

tribunales nacionales o ante un árbitro de emergencia y, asimismo, disponen que no constituye un incumplimiento del acuerdo arbitral solicitar la medida urgente ante un tribunal ordinario y no a través del arbitraje de emergencia.

Es probable que las partes sigan buscando alivio en los tribunales ordinarios como alternativa al uso del arbitraje de emergencia. No obstante, el objetivo de las instituciones arbitrales y de los tribunales nacionales debe ser apoyar el arbitraje de emergencia de modo que sea menos necesario acudir a la justicia ordinaria. El arbitraje cumple el rol de descomprimir a la justicia ordinaria, al tiempo que otorga a las partes mayor libertad sobre la forma en que se llevan a cabo sus disputas.[57]

9. Consideraciones finales [\[arriba\]](#)

Cuando las partes requieren de medidas urgentes, sin lugar a dudas, la velocidad, predictibilidad y confidencialidad del procedimiento de árbitro de emergencia serán consideraciones fundamentales para escoger éste tipo de procedimiento. Las estadísticas confirman tal opción, atendido el progresivo uso que se está dando al arbitraje de emergencia desde su incorporación por los principales centros arbitrales del mundo.

Si bien la justicia ordinaria seguirá ejerciendo un rol en ciertos casos particulares, es importante no exagerar la importancia de la exigibilidad de las decisiones en la eficacia de las órdenes de los árbitros de emergencia. En efecto, la experiencia práctica apunta a que la mayoría de las veces las partes las acatan sin tener que recurrir a un procedimiento coercitivo. Asimismo, la experiencia también indica que la simple disponibilidad de procedimientos de arbitraje de emergencia puede contribuir a la solución amistosa de la controversia, e incluso facilitarla.

En definitiva, es posible prever que se siga intensificando el uso de este mecanismo, en la medida que es una herramienta útil, para satisfacer de forma rápida las necesidades urgentes de las partes. Asimismo, es de esperar que los diversos reglamentos institucionales sigan incorporando la posibilidad de que sean los propios árbitros quienes conozcan y resuelvan las solicitudes de medidas precautorias o cautelares pre-arbitrales.

Notas [\[arriba\]](#)

** Este trabajo fue preparado con la colaboración de la abogada María Elisa Illanes Sotta.*

*** Juan Eduardo Figueroa Valdés, profesor Universidad de los Andes, Santiago, Chile, abogado integrante Corte Suprema de Chile, Árbitro ICDR, Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, Árbitro de la Cámara de Comercio Brasil- Canadá, Fellow Clarb. Miembro del Grupo Latino Americano de Arbitraje de la ICC.*

[1] Véase Caher, Charlie y McMillan, John (2015). Emergency Arbitration: The Default Option for Pre-Arbitral Relief? The International Comparative Legal Guide

- to: International Arbitration 2015, 12th Edition, Chapter 1.
- [2] Véase Rivera, Irma (2014). El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento. Revista de Arbitraje PUCP, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos. Perú. Año IV, N° 4, pp. 163-167. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/>
- [3] Véase Jones, Doug (2016).
- [4] *Ibíd.*
- [5] Carlevaris, Andrea y Feris, José Ricardo (2014). P. 34.
- [6] Figura del árbitro de emergencia prevista en el artículo 29 del Reglamento de Arbitraje y de ADR de la ICC y regulada en el Apéndice V del mismo.
- [7] Véase Estavillo, Fernando (2013).
- [8] *Ibíd.*
- [9] ICDR/AAA Rules (2006) Art. 37.1.
- [10] Reglamento de ICDR actual entro en vigor el 1° de junio de 2014. Disposiciones sobre árbitro de urgencia contenidas en su artículo 6.
- [11] También conocida como CNUDMI por sus siglas en español.
- [12] Véase BORDACHAR URRUTIA, RODRIGO (2015). Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia. Derecho y Ciencias Sociales. N° 13, pp. 71-91. ISSN 1852-2971.
- [13] *Ibíd.*
- [14] SIAC Rules (2010) art. 26(2) and Sch. I.
- [15] También conocida como CCE por sus siglas en español.
- [16] SCC Rules (2010) Expedited Rules and Appendix II.
- [17] En la modificación del año 2011 se incorporó el arbitraje de emergencia al Reglamento de ACICA, sin perjuicio que el 1° de enero de 2016 entró en vigor el Reglamento por el que se rige actualmente, que mantiene el contenido de las disposiciones sobre árbitro de emergencia.
- [18] HKIAC Administered Arbitration Rules (2013), Anexo 4.
- [19] Véase Jones, Doug (2016).
- [20] JAMS Rules (2014). Rule 2.
- [21] JAMS International Arbitration Rules (2016), Article 3.
- [22] LCIA Rules (2014), Article 9B.
- [23] CIETAC Rules (2015), Appendix III.
- [24] Véase Jones, Doug (2016).
- [25] Artículo 50 Reglamento CONACO. Este artículo dispone en su numeral primero que: “1. Salvo pacto en contrario, las disposiciones del artículo 50 se aplicarán a los arbitrajes conducidos bajo los acuerdos de arbitraje celebrados a partir del 9 de junio de 2008.”
- [26] Artículo 36.2 Reglamento CEDCA.
- [27] Artículo 8 Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación dela CCBC.
- [28] Artículo 35 Reglamento CCL.
- [29] En Colombia a nivel legislativo, el Estatuto Nacional e Internacional de Arbitraje, Ley 1563 de 2012, en su artículo 32 establece únicamente la posibilidad de solicitar medidas cautelares únicamente dentro del contexto arbitral. Véase Reyes-Sinisterra, Cindy (2016). Las Medidas Cautelares Anticipatorias e Innominadas en el Proceso Arbitral en Colombia. 132 Vniversitas, pp. 389-422. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.mcai>
- [30] Fuente: Caher, Charlie Y McMillan, John (2015).
- [31] Información actualizada conforme al último reporte de la IDCR de diciembre de 2016.
- [32] Información actualizada conforme a las últimas estadísticas de la ICC de principios de 2016.
- [33] Véase Rivera, Irma (2014).
- [34] Véase Jones, Doug (2016).
- [35] Véase Carlevaris, Andrea y Feris, José Ricardo (2014). P. 35.

- [36] Véase Carlevaris, Andrea y Feris, José Ricardo (2014). P. 36.
- [37] Véase Caher, Charlie y McMillan, John (2015).
- [38] Véase Rivera, Irma (2014).
- [39] Artículo 29 (2) del Reglamento de la ICC y artículo 6 del apéndice V.
- [40] Artículo 6 (2) del Reglamento de la ICDR.
- [41] Véase Caher, Charlie Y McMillan, John (2015).
- [42] Véase Figueroa Valdés, Juan Eduardo (2013).
- [43] Véase Ehsani, Sara (2017).
- [44] A 2015 suman 156 países incluidos todos los países de América Latina.
- [45] Rivera, Irma (2014). P. 172.
- [46] CAIVANO, ROQUE J. (2011). Control Judicial en el arbitraje. 1era edición- Buenos Aires, AbeledoPerrot, P. 308.
- [47] Sentencia de 13 de abril de 2010, DFT 136 III 200.
- [48] Véase Caher, Charlie Y McMillan, John (2015). P. 2.
- [49] Rivera, Irma (2014). P. 172.
- [50] Caivano, Roque J. (2011). P. 303.
- [51] Véase Rivera, Irma (2014) y Jones, Doug (2016).
- [52] Véase Caher, Charlie Y McMillan, John (2015) y Jones, Doug (2016).
- [53] Véase Caher, Charlie y McMillan, John (2015).
- [54] Véase Jones, Doug (2016).
- [55] Véase Rivera, Irma (2014).
- [56] Carlevaris, Andrea y Feris, José Ricardo (2014). P. 37.
- [57] Las reglas Suizas son una excepción notable a esta regla.
- Carlevaris, Andrea y Feris, José Ricardo (2014). Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol 25/Number 1 - 2014.
 - Estavillo Castro, Fernando (2013). El árbitro de emergencia en el nuevo reglamento de arbitraje de la CCI. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional. No. 68 de Pauta.
 - Ehsani, Sara (2017). Quick Step: Emergency Arbitration v DAB. Newsletter of Corbett & Co International Construction Lawyers. Disponible en: <http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Quick-Step-KH-PDF-version-1.pdf>
 - Figueroa Valdés, Juan Eduardo (2013). Los Contratos de Construcción Fidic frente al Derecho Chileno. Gaceta Jurídica N° 394, pp. 7-24.
 - Jones, Doug (2016). Emergency Arbitrators and Court-Ordered Interim Measures. Revista: Defining Issues In International Arbitration. Oxford University, pp. 149-157.