

Las condiciones habilitantes del árbitro de emergencia

Alberto J. Montezuma Chirinos[1]

El árbitro de emergencia, es una institución muy importante dentro del arbitraje, y esto se hace evidente ya que nos direcciona a dar solución a una situación de peligro o de apuro de manera inmediata, dentro del ámbito mismo del arbitraje, dentro del ámbito del convenio arbitral pactado por las partes para la solución de las disputas que puedan surgir en la dinámica de la relación jurídica que los vincula. Esta solución, por lo tanto se encuentra enmarcada dentro del espíritu de las partes que decidieron alcanzar la solución de las disputas sustrayéndose por propia voluntad de la justicia común. La institución del árbitro de emergencia es la instrumentalización de la solución temporal generada de la situación de peligro o apuro que ocasiona algunas veces el surgimiento de la divergencia en la relación contractual cubierta bajo el acuerdo arbitral.

El propósito de desarrollar el presente tema en este artículo, se hace necesaria debido al concepto y practica equivocada en que se puede incurrir y se incurre en algunos casos en el uso de la institución del árbitro de emergencia.

Para graficar el escenario me refiero por ejemplo al caso que tienen que ver cuando un convenio arbitral cuyo pacto define al proceso arbitral a seguirse como un proceso Ad-Hoc, y una de las partes acude a un Centro de Arbitraje, el cual regula en su reglamento esta figura del árbitro de emergencia a solicitar la intervención de un árbitro de emergencia, basado en el hecho que las partes han pactado una cláusula arbitral y la respuesta del Centro a la solicitud es aceptarla y dar trámite a este pedido y el árbitro designado como árbitro de emergencia dicta la medida solicitada para resolver la situación de peligro o apuro descrita por la peticionante. El otro claro ejemplo es cuando no obstante que el convenio arbitral se ha pactado un determinado Centro de Arbitraje, la parte acude a otro Centro de Arbitraje quien recibe la petición, designa al árbitro y finalmente este resuelve concediendo la medida en todos sus extremos e incluso fijando una contra cautela que no refleja el verdadero sentido de esta.

Luego de la lectura del párrafo precedente es muy fácil concluir que no solo no es posible incurrir en una práctica errada como la antes descrita, la cual puede estar inspirada en la intención que tienen las partes de sustraerse de la justicia común bajo el amparo que les confiere el convenio arbitral, sin distinguir que la utilización de esta institución arbitral en la forma señalada, no solo linda con la ilegalidad, sino que de darse, como es en ciertos casos, los efectos, que son ciertamente irregulares y abusivos, son por un lado contra la parte que sufre la decisión del indicado árbitro y deben ser de alguna forma sancionados desde el punto de vista contractual apelando a la relación que vincula a las partes contratantes del contrato que sostiene la relación obligacional del cual se genera la disputa amparada bajo el convenio arbitral. Por otro lado, lo es contra posibles terceros, quienes se ven involucrados por lo dispuesto en la decisión dictada.[2]

Frente a ello, es preciso no solo rechazar esta clase de prácticas, perniciosas para el sistema del arbitraje, sino también ofrecer una respuesta jurídica que solvente la posición, y no solo se sancione el acto desde un punto de vista ciertamente ético, como los usados para calificar un acto contrario a las normas morales que rigen la conducta de las personas.

Este planteamiento, hace pertinente que revisemos cual es el origen jurídico que tiene el árbitro de emergencia que determina su competencia habilitante, para comprender como es que se puede válidamente usar de esta institución, caso contrario estamos frente a una total irregularidad que afecta al sistema arbitral y por lo tanto los infractores deben ser sancionados, cuando menos por el mismo sistema arbitral.

El árbitro de emergencia es una respuesta que las instituciones arbitrales han dado a los usuarios del arbitraje para que estos puedan obtener medidas cautelares o decisiones precautelatorias antes de la formación del Tribunal Arbitral, y que son necesarias adoptar.

La Cámara de Comercio Internacional CCI , fue la primera institución en proponer esta alternativa dentro del ámbito de su reglamento y ese ejemplo normativo ha producido un eco importante dando lugar a que muchas instituciones arbitrales han adoptado esta figura. En esa línea tenemos que el origen de esta figura, está dentro del alcance de los reglamentos arbitrales que contienen la figura del árbitro de emergencia y por lo tanto permiten su utilización para los efectos antes indicados. Las partes al pactar un arbitraje administrado este proceso se regirá por el reglamento de arbitraje de la institución escogida y si esta tiene la figura del árbitro de emergencia , esta institución podrá ser utilizada por las partes.

Antes de la instauración del árbitro de emergencia por las instituciones arbitrales, las partes que habían pactado como modalidad de arbitraje el arbitraje administrado, tenían dos caminos: 1) esperar que el Tribunal Arbitral se constituya para poder promover la medida cautelar con las consecuencias que esto pueda representar para el derecho de la parte que se estima afectada o potencialmente afectada por su contra parte; o, 2) acudir a un juez para que este provea la medida cautelar antes de la constitución del Tribunal Arbitral y tratar de proteger la posible ejecución de un laudo favorable cuando este sea dictado por el Tribunal Arbitral que resuelva la disputa.

Es evidente que la opción planteada por las instituciones arbitrales es eminentemente “arbitralista”. Tal como lo hemos señalado, permite alejarse del ámbito de la justicia común a la que accede todo aquel que requiere de tutela judicial efectiva que no puede obtener pese a contar con un convenio arbitral, y le otorga a las partes que han optado por la modalidad del arbitraje institucional a poder accionar dentro del alcance del convenio arbitral pactado bajo el reglamento de la institución arbitral elegida.

Esta opción permite una decisión valida dentro de plazos cortos y precisos, brinda a las partes todas las seguridades necesarias para que la decisión sea efectiva en la cautela de los derechos afectados por condiciones con características que determinan el estado de emergencia que contiene un pedido cautelar.

La propuesta del árbitro de emergencia es eminentemente contractualista, y se enmarca dentro del alcance del convenio arbitral, que como contrato tiene el efecto de crear, regular, modificar o extinguir una relaciona jurídica patrimonial. Es claro que las partes pactan en el convenio arbitral, entre otras cosas como será realizado el proceso, administrado por una institución arbitral y por ende bajo sus reglamentos o por los árbitros cuando el arbitraje es ad-hoc.

Ahora bien, el pacto de las partes para que el arbitraje sea institucional les permite acceder al reglamento de la institución arbitral que regula esta figura del árbitro de emergencia. Y de esta forma beneficiarse con la actuación del árbitro de emergencia. Esto no sucede cuando el arbitraje es ad-hoc. En este caso, las partes tendrían que pactar la figura y generar toda la reglamentación necesaria para su instrumentalización, si acaso no existe una ley que lo reconozca y trate acerca de su utilización y el procedimiento correspondiente.

Ahora bien, lo antes mencionado nos lleva a señalar que las razones por las cuales el árbitro de emergencia que ejerce la jurisdicción, requiere que esta tenga la validez que da la condición habilitante para proceder a emitir una decisión que obligue a la parte contraria. Esta condición está dada 1) por el convenio arbitral que direcciona la decisión a que el arbitraje sea institucional; 2) al reglamento arbitral que determina la existencia del árbitro de emergencia y cómo se llevará a cabo el proceso en el ámbito de esta figura.

Los que practican el arbitraje tienen muy claro que el origen del arbitraje está en el convenio arbitral, así lo refiere el artículo 7 de la Ley Modelo CNUMI y también la ley lo ha tratado en el artículo 13 del Decreto Legislativo 1071[3], y es el convenio arbitral que da lugar a la participación de los árbitros quienes son los encargados de resolver la disputa sometida a su conocimiento. En dicho contexto tenemos que la participación del árbitro es la consecuencia de la existencia del convenio arbitral el cual se activa, cuando una de las partes observa la presencia de un conflicto en la relación jurídica que los vincula y que afecta dicha relación al menos desde su punto de vista, siendo necesario que este estado de cosas termine mediante una decisión vinculante, instaurándose un nuevo escenario jurídico, el cual regulará la relación jurídica con arreglo a la decisión tomada por los árbitros en el laudo.

De lo antes señalado, podemos afirmar que el origen del árbitro de emergencia y su viabilidad habilitante nace del convenio arbitral en el cual las partes hayan pactado el sometimiento de la solución de sus controversias a un arbitraje administrado o hayan pactado la forma de instrumentalizar la figura del árbitro de emergencia, situación esta última que resulta poco probable que suceda.

Las razones por las cuales el árbitro de emergencia que ejerce jurisdicción requiere que esta tenga la validez que da la condición habilitante para proceder a emitir una decisión que obligue a la parte contraria vinculada por el convenio arbitral.

Ahora bien, la Ley de Arbitraje regula la participación de los árbitros y esta se debe precisamente a la existencia de un acuerdo arbitral. El árbitro es el órgano jurisdiccional del arbitraje y su origen proviene del acuerdo arbitral, en consecuencia, el origen jurisdiccional del árbitro es el pacto contenido en el acuerdo arbitral al cual denominamos convenio arbitral.

De lo antes dicho, podemos rápidamente concluir que el árbitro de emergencia solo tiene participación si las partes pactan acerca de ello.

En mi opinión esto se puede dar de dos formas:

1) la extendida y probada que se da cuando las partes se acogen a un arbitraje institucional cuyo reglamento regula el arbitraje de emergencia; y

2) la otra forma cuando las partes pactan en el convenio arbitral un arbitraje ad-hoc con la posibilidad de acudir a un arbitraje de emergencia antes de la instauración del Tribunal arbitral que resolverá la disputa, cuidando que el principio de imparcialidad e independencia sea aplicable y también sea claramente comprobable y practicable. Puede también pactarse la posibilidad de un árbitro de emergencia haciendo referencia para este caso la sujeción a un reglamento arbitral de una institución que lo regule dentro de su reglamento.

Debo señalar que esto último es teorizar, pues no conozco un pacto de esta naturaleza en un convenio arbitral. Sin embargo, si este se diera deberá reglamentarse de modo tal que pueda ser eficaz y reúna todas las condiciones que lo puedan validar, como es regulado en los reglamentos arbitrales de las instituciones arbitrales o centro de arbitraje.

Ahora bien, si el pacto arbitral involucra la sumisión a un reglamento arbitral y este reglamento arbitral contiene la regulación del árbitro de emergencia, es ante esa institución arbitral ante la cual se debe seguir el procedimiento, pues como hemos señalado esta figura solo es posible poner en práctica si existe pacto que someta a la administración del proceso arbitral de acuerdo a su reglamento y que este reglamento tenga previsto la intervención de un árbitro de emergencia para las medidas cautelares, o que se de en cualquiera de la forma que hemos ya citado.

Debe quedar sumamente claro que la intervención del árbitro de emergencia es por acuerdo de partes, por ello cuando el convenio arbitral contiene el acuerdo que el arbitraje será ad-hoc, y no existe pacto alguno al respecto, no es posible recurrir a un árbitro de emergencia, a menos que esta figura haya sido expresamente pactada, como lo he señalado, con la salvedad referida a que lo dicho es teoría.

En suma, la jurisdicción habilitante para la participación de un árbitro de emergencia la confiere dos elementos: 1) el acuerdo de parte; y, 2) el reglamento correspondiente que permite al árbitro de emergencia intervenir.

Por ello toda intervención de un árbitro de emergencia, que no contenga estos dos elementos habilitantes, están dando lugar a actos nulos y la responsabilidad correspondiente de índole civil y penal tanto del árbitro que asume y participa en el proceso de emergencia, como de la institución que ha soslayado que el convenio arbitral no contiene un acuerdo acerca de su participación.

Es evidente que la medida cautelar es nula, y por lo tanto el actor fraudulento del pedido cautelar debe ser obligado a la reparación por el daño ocasionado por el acto nulo, dándose el caso que no hay como resarcirse inmediatamente por el daño causado. Esto afecta gravemente la buena fe con la cual las partes deben proceder en un proceso arbitral por lo que estos actos deben ser sancionados a fin de defender la institución del arbitraje.

Notas

[1] Abogado y Arbitro. Master en Arbitraje Internacional por la Universidad Internacional de La Rioja - UNIR. Actualmente se desempeña como Profesor de

Resolución de Conflictos - Arbitraje en la Universidad ESAN y Coach del Equipo de Arbitraje de la Universidad ESAN. También se ha desempeñado como coach invitado por la Universidad Nacional de Colombia, para las Competencias Internacionales de Arbitraje UBA-Rosario y Vis Moot Viena. Es CI Arb Member, miembro del Chartered Institute of Arbitrator - CI Arb- en Londres. Es miembro del American International Commercial Court AICAC en Delaware Estados Unidos de Norteamérica y Presidente del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima para el periodo 2022-2024.

[2] Los ejemplos descritos de modo general han sido detectados en la práctica en el Perú, si bien son hechos aislados, desde mi punto de vista resultan perniciosos y afectan la institucionalidad del arbitraje como medio alternativo para la solución de controversias el cual es reconocido como válido y eficiente.

[3] Ley de Arbitraje del Perú.