

EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA: UN ESTUDIO COMPARADO.

Luis Carlos Roncancio Martínez.

A. RESUMEN

A través de esta investigación se aborda la figura del Árbitro de Emergencia en los reglamentos de los Centros internacionales de arbitraje que la han incorporado y la forma como ha sido desarrollado, denotando los presupuestos teleológicos a los que responde y los elementos procedimentales que lo llevan a alcanzar este fin. Es pertinente señalar que esta herramienta es novedosa y de moderno desarrollo, así pues no existen aún abundantes pronunciamientos arbitrales, ni jurisprudenciales que demuestren su desarrollo a cabalidad, al igual que la doctrina no ha abordado con precisión y profundidad esta figura arbitral. A pesar de esta salvedad, se enuncia a lo largo de esta investigación los principales pronunciamientos doctrinales que se han referido al Árbitro de Emergencia, al igual que las decisiones jurisdiccionales que han evaluado sus efectos y delimitado cada uno de los elementos procedimentales que lo componen. De igual forma se analizan las repercusiones de la figura en el devenir del proceso arbitral tradicional y se ponen de presente las diversas similitudes y divergencias que ha tenido la figura en cada uno de los reglamentos de los Centros de arbitraje que incorporan al Árbitro de Emergencia.

B. INTRODUCCIÓN.

Como consecuencia del nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) se incorporaron nuevas instituciones en el universo arbitral, claro ejemplo de ello es la novedosa inclusión del artículo 7, referente a la incorporación al proceso de partes adicionales, el artículo 22 que versa sobre el manejo procedimental de los casos aún no adoptados y sin duda la más importante y sobre la cual versa esta investigación el artículo 29 y el apéndice V referentes al Árbitro de Emergencia y su procedimiento.

El procedimiento de Árbitro de Emergencia, responde a una necesidad recurrente de las partes en los múltiples litigios de naturaleza arbitral que se llevan a cabo en las diversas jurisdicciones a nivel global, dicha necesidad, ha sido la de poder solicitar a un árbitro o a un tribunal arbitral, la declaración de medidas cautelares que velen por los derechos de la parte solicitante y que propendan por mantener un status quo, desde el momento en que se presenta la solicitud de arbitraje, hasta el final de la decisión que resuelva la controversia de fondo. Intervalo de tiempo éste que comprende un periodo que significa especial vulnerabilidad para la parte solicitante, el cual se da desde el momento en que se presenta la solicitud de arbitraje hasta el nombramiento del Tribunal arbitral. En el cual el posible transgresor puede afectar las pruebas, insolventarse o asumir infinidad de conductas que afecten el status quo de la relación contractual.

Frente a este último intervalo de tiempo, el Tribunal aún no se ha constituido y por ende no puede proceder a decretar las medidas que sean égida de los derechos de la parte que las solicita, así pues la única alternativa que tenía la parte solicitante, antes de la entrada en vigencia de los reglamentos con la incorporación del Árbitro de Emergencia, para efectivamente salvaguardar sus derechos, era la de concurrir ante las Cortes internas, con las implicaciones de no confidencialidad, poca eficiencia, lentitud, rigidez, posible parcialidad a favor de las partes nacionales y carencia de especialización de los jueces y magistrados de la jurisdicción sobre los temas específicos de la controversia¹.

Es así como el Árbitro de Emergencia busca dar una alternativa real, efectiva, pronta, pertinente, imparcial, independiente, neutral, eficaz, económica, confidencial y con conocimiento, que propenda por los derechos de las partes desde el momento de la solicitud del arbitraje hasta el nombramiento del Tribunal arbitral que conocerá de fondo, evitándose así un abuso del derecho por parte del posible demandado que debe soportar la cautela y otorgando así una garantía para la efectiva ejecución del fallo. Todo esto aunado a los preceptos de laxitud que han hecho atractivo el arbitraje y la posibilidad de hacer reconocibles y ejecutables las sentencias arbitrales en diversas jurisdicciones, elemento este que va de la mano de empresas sumergidas en un entorno de globalización.

Por otra parte esta figura es novedosa y de moderna creación, dado que el primero en incorporar como parte de su reglamento la institución del Árbitro de Emergencia fue el Centro Internacional para la Solución de Controversias (CISC/ICDR), en el año 2006, con la salvedad de que previamente, en el año 1990, ya la CCI había proferido el primer reglamento que ofrecía una incursión para solventar los problemas anteriormente señalados, materializado en el procedimiento precautorio pre-arbitral.

Así pues, el objetivo de esta investigación es poner de presente una problemática actual en el arbitraje internacional y la forma como se ha abordado por los diversos Centros Arbitrales alrededor del mundo, entregando al lector las herramientas

¹ Esta tendencia no se ha suscitado exclusivamente en los centros de arbitraje, también existen ejemplos de jurisdicciones nacionales, como la enmienda que efectuó el Estado de Nueva York a la sección 7502(c) de las Leyes y Reglas Prácticas Civiles, llevadas a cabo en el año 2005.

que están vigentes y operantes y la manera como estas se usan y han sido empleadas en los diversos arbitrajes a nivel global.

Para alcanzar el mentado objetivo se hará referencia en primera medida al surgimiento y los antecedentes del Árbitro de emergencia, más específicamente al procedimiento precautorio pre-arbitral. Posteriormente se analizarán los diversos reglamentos de los Centros de arbitraje alrededor del mundo que tienen incorporada la figura del Árbitro de Emergencia, organizados conforme a la fecha de su expedición, iniciando por el del CISC y finalizando con el CAAIC. En una tercera instancia se estudiará el árbitro de Emergencia en el nuevo reglamento de la CCI, análisis que se llevará a cabo en acápite aparte en virtud de que es este el meollo de la investigación. Se continuará con los posibles problemas que se han reconocido al Árbitro de Emergencia. Para finalizar con una conclusión sucinta pero necesaria.

C. SURGIMIENTO Y ANTECEDENTES.

La primera institución que respondió a la necesidad de celeridad frente situaciones de emergencia fue desarrollada por la CCI y es conocida como el Procedimiento Precautorio Pre-arbitral, resulta pues necesario tener una aproximación del mismo.

II. EL PROCEDIMIENTO PRECAUTORIO PRE-ARBITRAL

Las reglas referentes al procedimiento precautorio pre-arbitral, entraron en vigencia a partir del 1 de enero de 1990, estas no se incorporaron al reglamento de arbitraje de la CCI como un conjunto único de disciplinas; por el contrario se suscitó una bifurcación gestándose así el procedimiento precautorio. De igual manera es importante señalar que fue este mecanismo la primera aproximación para solventar la necesidad de celeridad a la hora de decretar medidas cautelares en situaciones de emergencia previo a la constitución del Tribunal o al nombramiento del Árbitro. Resultando una figura novedosa, pero con evidentes restricciones que conllevaron una limitada aplicación, tan es así que el primer caso en el que se hizo uso de esta herramienta data del 2001² y en sus 20 años de vida, tan solo 12 casos se habían sometido a este procedimiento³. Por otra parte vale la pena precisar que a pesar de que la CCI incorporó en el año 2012 un nuevo reglamento, las disposiciones referentes al procedimiento pre-arbitral continúan vigentes y pueden ser usadas por las partes que así lo manifiesten en su contrato arbitral.

En cuanto a la perspectiva teleológica, surge este procedimiento con el propósito de abrir la posibilidad a las partes, que expresamente lo hayan manifestado, de recurrir ante un tercero para que decrete las medidas cautelares pertinentes⁴. Aun más, la CCI fue consciente en su momento de las circunstancias contractuales que reflejaban en mayor medida la necesidad de una herramienta de estas características señalando que “será de especial utilidad en aquellos contratos con operaciones de largo plazo y en los cuales no es factible esperar hasta la solución que puede proveer un Tribunal de arbitramento o un juez.”⁵

Una característica importante del procedimiento precautorio es que para poder recurrir a él es perentorio que las partes hayan aceptado de manera expresa, que las reglas allí contenidas van a aplicar a su arbitraje. Así pues las disposiciones referentes a este procedimiento surgieron como un instrumento para hacer efectivos los derechos de las partes, previo a la constitución del Tribunal, pero con la característica de ser netamente optativo. Sin embargo, esta última cualidad limitó el uso de esta herramienta considerablemente, toda vez que las partes optando por la simplicidad o por desconocimiento, restringían las reglas aplicables a una futura controversia única y exclusivamente a lo contenido en el reglamento arbitral de la CCI. Característica que como se verá en el estudio de los reglamentos de los diferentes Centros, fue abolida por su poca utilidad.

Por otra parte la doctrina reconoció las bondades de la figura pre-arbitral al señalar que “es un proceso contractual, particularmente apropiado donde medidas de urgencia son requeridas; este es rápido y las medidas que son ordenadas son obligatorias hasta que el tercero o la jurisdicción competente (Corte o Tribunal arbitral) decidan de otro modo.”⁶

Pero ¿cuales son las medidas que pueden ser adoptadas por el tercero? Para solventar este interrogante es preciso hacer referencia al reglamento precautorio pre-arbitral en su artículo 2.1⁷, el cual señala *las facultades del tercero*, allí establece

² Emmanuel Gaillard. ICC pre-arbitral referee: a Procedure into its Stride. New York Journal. Octubre 5 2006. P. 1.

³ Carlos de los Santos Lago & Víctor Bonnín. Emergency proceedings under the New ICC Rules. En Revista del club Español de arbitraje. Madrid.P 6

⁴ Reglamento de procedimiento precautorio pre-arbitral. Cámara de Comercio Internacional. 1 de Enero de 1990.

⁵ Ibídem.

⁶ “it is a contractual process, particularly appropriate where urgent measures are required; it is rapid and the measures which are ordered are binding until the referee or the competent jurisdiction (Court or arbitral tribunal) has decided otherwise” Yves Derains. El nuevo reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, Guía de arbitraje comercial internacional. **Traducción libre. Todas las traducciones de textos en inglés son realizadas por quien escribe.**

⁷ Artículo 2.1. del procedimiento precautorio pre-arbitral de la CCI: “Las facultades del Tercero son: a) ordenar cualesquiera medidas conservatorias o medidas restitutorias que sean urgentemente necesarias ya sea para evitar el daño inminente o la pérdida irreparable, y así salvaguardar cualquiera

que este podrá hacer uso de las medidas conservatorias o restitutorias que sean necesarias para velar por los derechos de las partes. Pero inmediatamente se inicia una lista de medidas que pueden ser adoptadas por el árbitro, como la orden de pago, medidas de conservación y constitución de pruebas y medidas adoptadas de conformidad con el contrato entre las partes. Aún más el artículo 2.1.1⁸ establece que las partes de común acuerdo pueden restringir las facultades del tercero. De lo anterior el primer interrogante que emerge es ¿si lo explícitamente consagrado en el artículo 2.1 deviene en una lista taxativa, de la cual el árbitro no puede apartarse en sus decisiones o si por el contrario el espectro para decretar sus medidas es más amplio y conforme a su criterio?

Una primera aproximación conduciría a la deducción de que es una lista restringida, en virtud de que la autonomía de las partes se vio materializada única y exclusivamente en la aceptación de lo incorporado en las disposiciones del acuerdo precautorio pre-arbitral.

Sin embargo tras una lectura más detallada, surge indubitable lo dispuesto en el literal a del artículo 2.1 conforme al cual si es factible que el árbitro determine la medida más apropiada para solventar los requerimientos de emergencia. Palmario de lo anterior los poderes de los que goza el árbitro de emergencia son vastos y amplios, y puede de contera decretar las medidas cautelares pertinentes que respondan de la mejor manera frente a los requerimientos de urgencia de la parte solicitante. Tal como lo ha establecido la doctrina al señalar “aunque el tercero no puede ir más allá de las medidas establecidas en el artículo 2.1 en la ausencia de un acuerdo de las partes, este artículo, que fue redactado ampliamente, no debe ser interpretado de manera restrictiva”⁹ aún mas “las reglas, redactadas, permiten a las partes obtener un amplio rango de remedios.”¹⁰

Entre las medidas cautelares que se pueden citar se encuentran la orden del tercero hacia una parte para que continuara con la ejecución de un contrato, el cual era materia de disputa, las partes en dicho caso eran la Republica del Congo y Total E&P (TEP) Congo, una empresa petrolera¹¹. Otra orden con características aún más llamativas fue el laudo que prohibía al demandado modificar las condiciones contractuales de ciertos contratos, dadas las implicaciones irreversibles que esto generaría en el demandante, aún si este último resultaba favorecido por el pronunciamiento de fondo¹².

Por otra parte la cuestión referente a la naturaleza de la decisión proferida por el tercero frente a las partes es algo crucial. Lo anterior en virtud de que la decisión que emita el tercero debe tener unos parámetros establecidos por la CNY para que sea reconocida y ejecutable en diversas jurisdicciones alrededor del mundo. Así pues es preciso dilucidar, si la decisión del tercero tiene la naturaleza de una sentencia arbitral o no.

Al respecto la Corte de apelaciones de Paris en decisión proferida el 29 de Abril de 2009, precisamente en el caso de TEP Congo vs. República del Congo, señaló que las decisiones proferidas por el tercero no constituyen una sentencia o laudo arbitral bajo el espectro de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, mejor conocida como la convención de Nueva York (CNY). Para sustentar esta aseveración, el alto Tribunal procedió en primera instancia a analizar la calidad del tercero, si efectivamente éste detentaba o no las cualidades de un árbitro, para posteriormente dilucidar si existía una sentencia bajo los estándares de la CNY.

De manera que al analizar la Corte el texto de la introducción destacó que el mismo señalaba “(...) recurrir rápidamente a una persona (llamado el Tercero) facultada para ordenar medidas tendientes a resolver un problema urgente(...)” (cursivas fuera del texto original). De forma tal que los redactores del reglamento se cuidaron de proscribir la inclusión en el texto la palabra *árbitro*, desnaturalizando así al tercero de las cualidades que detentan aquellos.

Así pues, “En la base de estos hallazgos, la Corte de Apelación de Paris concluyó que el tercero no estaba actuando con la capacidad de un árbitro, que por lo tanto sus decisiones no fueron sentencias arbitrales y, acordemente, que estas no podrían estar sujetas a una acción de anulación”¹³.

Fue esta decisión, la que contribuyó en parte a que la figura del tercero fuera eliminada de los posteriores reglamentos de los Centros de arbitraje para ser remplazada por la de *Árbitro de Emergencia*, como se evidenciará cuando se entre a analizar cada uno de los reglamentos.

de los derechos o bienes de una de las partes; b) ordenar a una de las partes que efectúe a otra de las partes o a cualquier otra persona, un pago que debiera ser efectuado; c) ordenar a una de las partes que tome cualquier medida que pudiere ser adoptada de conformidad con el contrato entre las partes, incluyendo la firma o entrega de cualquier documento o la intervención de una de las partes para procurar la firma o entrega de un documento; d) ordenar cualesquiera medidas que sean necesarias para conservar o constituir pruebas.”

⁸ Artículo 2.1.1 del procedimiento precautorio pre-arbitral de la CCI: “Estas facultades podrán ser modificadas mediante acuerdo expreso por escrito entre las partes.”

⁹ “although the referee cannot go beyond the measures provided by article 2.1 in the absence of an agreement of the parties, this article, which is broadly drafted, should not be interpreted in a restrictive manner”. Gaillard Emmanuel y Pinsolle Philippe. The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experience. P. 3.

¹⁰ “The Rules, as drafted, allowed the parties to obtain a wide range of remedies”. Ibidem. P 5.

¹¹ Ibidem. P. 5.

¹² Ibidem. P. 6.

¹³ “On the basis of these findings, the Court of Appeal of Paris concluded that the referee was not acting in the capacity of an arbitrator, that therefore his decisions were not arbitral awards and, accordingly, that they could not be subject to an action to set aside” Ibidem. P. 10.

Adicionalmente y quizás un criterio que demarca el derrotero tanto de la figura pre-arbitral como del proceso de Árbitro de Emergencia, es que las decisiones proferidas por ambos tienen la calidad de ser provisionales y de no resolver de manera alguna la controversia sustancial. Criterio este que se discutirá cuando se aborden los problemas de la figura Arbitral de Emergencia.

Finalmente la herramienta pre-arbitral cimienta las bases de muchos principios que rigen el procedimiento del Árbitro de Emergencia contenido en los reglamentos que se analizarán en esta investigación, claro ejemplo de ello son los principios de imparcialidad, independencia y no prejuzgamiento de la causa de fondo, consagrados en disposiciones del procedimiento pre-arbitral que consagran la imposibilidad de que el tercero conozca posteriormente como árbitro la controversia sustancial entre las partes, a menos que las mismas pacten en contrario.¹⁴ Pero también muchos de los procedimientos contenidos en el procedimiento pre-arbitral han sido eliminados o modificados por los nuevos reglamentos de Árbitro de Emergencia de los diversos Centros, como se demostrará a continuación. Lo cual evidencia que fue un experimento del cual se aprendió considerablemente.

D. FIGURAS AFINES.

En esta etapa se procederán a analizar las figuras similares al Árbitro de Emergencia de la CCI que han sido incorporados en los reglamentos de diversos Centros de arbitraje como el Centro Internacional para la Solución de Controversias; la Cámara de Comercio de Estocolmo; el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur y el Centro Australiano para Arbitraje Comercial Internacional, los cuales se encuentran ordenados conforme a su entrada en vigencia. Por otra parte existen otras herramientas que han abordado el problema de la celeridad en el nombramiento del Tribunal de arbitraje, como es el caso del procedimiento arbitral sumario del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos (IAH) o la formación expedita del Tribunal de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (CLAI) o el procedimiento expedito del CAIS o el proceso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión (CIADI). Estas últimas figuras no serán estudiadas toda vez que no configuran de manera expresa la noción del Árbitro de Emergencia dentro de sus reglamentos, con la excepción del CAIS¹⁵.

I. CENTRO INTERNACIONAL PARA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (CISC/ICDR)

El artículo 37 de las reglas de arbitraje internacional del CISC, hace referencia a la aplicación de medidas cautelares o provisionales en razón de circunstancias de emergencia. De manera que lo allí establecido es la solución que prevé el CISC frente a los requerimientos y necesidades de celeridad, eficiencia y confidencialidad que solicitan los usuarios del arbitraje. Así pues “el procedimiento permite a una parte solicitar medidas cautelares de emergencia previo al nombramiento de un árbitro o tribunal que juzgue el mérito de la disputa.”¹⁶

Adicionalmente y antes de la entrada en vigor del artículo 37, en Mayo 1 de 2006, la parte interesada en solicitar una medida, que velara efectivamente por sus derechos, previo a la constitución del Tribunal tenía dos alternativas. En la primera, la parte debía recurrir a la jurisdicción interna de las Cortes, esto con las implicaciones ya mentadas referentes a la posible parcialidad, falta de celeridad y confidencialidad.

La segunda alternativa se enfocaba en la solución que el CISC había ofrecido frente a esta necesidad. Conocida como *las reglas opcionales para medidas de emergencia de protección* que entraron en vigencia en 1999 y se adoptaron como parte de las reglas comerciales de la AAA, las “cuales proveen para el nombramiento de un árbitro especial para el propósito específico de decidir una solicitud de medidas provisionales previo a la constitución del tribunal de arbitramento”¹⁷, estas reglas no resultaban vinculantes para las partes a menos que las mismas así lo previeran, similar característica que compartían con el procedimiento precautorio pre-arbitral de la CCI. “esto derivó en que las Reglas Opcionales fueron poco usadas.”¹⁸

¹⁴ Artículo 2.3 del procedimiento precautorio pre-arbitral de la CCI: “A menos que las partes acuerden lo contrario por escrito, un Tercero nombrado de conformidad con este Reglamento no podrá actuar como árbitro en cualquier procedimiento subsiguiente entre las mismas partes o en cualquier procedimiento en que exista un problema o una cuestión que sea idéntica a o se relacione con cualquiera de las cuestiones que hayan surgido en el procedimiento seguido ante el Tercero.”

¹⁵ Para un breve acercamiento acerca de estas figuras no arbitrales de emergencia remitirse a: Hosking James, Valentine Erin y Lindsey David. *Emergency Measures of Protection: Creeping Consensus or a Passing Fancy?*. 2011 Spring Meeting-ABA Section of international Law “changing the Rules”. 2011.

¹⁶ “The procedure enables a party to apply for emergency interim relief before the appointment of an arbitrator or tribunal to adjudicate the merits of the dispute”. Guillaume Lemenez and Paul Quigley. *The ICDR’s Emergency Pre-arbitration Procedure in Action. Part I: A Look at the Empirical Data P. 2.*

¹⁷ “which provides for the appointment of a special arbitrator for the specific purpose of deciding a request for interim relief prior to the constitution of the arbitral Tribunal”. Contributing editors: Gerhard Wegen and Stephan Wilske. *Arbitration in 50 jurisdictions worldwide 2010.*

¹⁸ “It turned out that the Optional Rules were not frequently used”. Guillaume Lemenez and Paul Quigley. *The ICDR’s Emergency Pre-arbitration Procedure in Action. Part I: A Look at the Empirical Data P. 2*

En respuesta a la necesidad de una herramienta útil que ofreciera una alternativa real a los usuarios del arbitraje internacional, la CISC incorporó en el nuevo reglamento el artículo 37, el cual prevé todo lo referente al procedimiento de Árbitro de Emergencia.

Entre las características de este instrumento de emergencia, vale la pena resaltar una según la cual el mecanismo resulta aplicable de manera inmediata para las partes que han acordado someterse al reglamento de la CISC a partir o después del 1 de Mayo del año 2006¹⁹, a menos que las partes hayan estipulado en contrario, generando así una cláusula que la doctrina ha denominado *opt-out*.

Adicionalmente, en lo referente a la solicitud al Centro para el nombramiento de un Árbitro de Emergencia, resulta perentorio que se surtan dos presupuestos. El primero es que se haya presentado el requerimiento para nombrar al Árbitro de Emergencia de manera simultánea o subsecuentemente con la solicitud de conformar el Tribunal de arbitramento que analizará el caso de fondo. Y la segunda, por evidentes razones, es que la solicitud debe ser previa a la constitución del Tribunal²⁰. Aunado a este último presupuesto, las medidas provisionales que sean solicitadas de manera posterior a la constitución del Tribunal deberán ser abordadas por éste de conformidad al artículo 23 del reglamento del CISC.

Por otra parte en la solicitud que presente la parte interesada, deberá indicar la naturaleza de la medida provisional que se pretende, junto a las razones de emergencia que soportarían su decreto y las razones por las cuales le asiste el derecho de que sea decretada esa determinada medida provisional²¹.

Aún más, y a pesar de que no se plasma de manera textual, de lo dispuesto en el artículo 37.2, pareciera que se abre la posibilidad al administrador del CISC para que analice si efectivamente se cumplen con los requisitos de urgencia para proceder a determinar el nombramiento de un Árbitro que atienda la emergencia.

De igual forma el reglamento CISC consagra que el Árbitro debe proveer la posibilidad para que las partes involucradas en la disputa puedan presentar su caso y manifestar sus argumentos frente al decreto de las medidas cautelares. Obligación esta que no detenta formalismo alguno, toda vez que las partes pueden ser oídas a través de diversos medios como una llamada telefónica o a través de escritos²². Por otra parte, resulta desafortunado que la obligación que se le impone al Árbitro no prevea la posibilidad de que alguna de las partes no concurra a manifestar sus argumentos. Con relación a este punto podría darse una aplicación extensiva y analógica de lo contenido en el numeral 2 del artículo 23 del reglamento de la CISC²³. El cual prevé la señalada situación y ofrece como alternativa que el Árbitro continúe con el procedimiento si alguna de las partes no aparece.

Un elemento característico del procedimiento de Árbitro de Emergencia del CISC, es la posibilidad de que éste detente la competencia para determinar si tiene o no jurisdicción frente al caso que se pone en conocimiento, evitando de esta manera que el demandado evada las medidas provisionales que ordene el Árbitro por razones de jurisdicción, elemento este último que pone de presente los principios de autonomía y kompetenz-kompetenz²⁴ que rigen en el arbitraje.

En cuanto a los términos para proceder a nombrar al Árbitro de Emergencia, el reglamento señala que se tendrá para tal efecto un día corriente, desde la solicitud presentada a la secretaría del CISC y se proporcionará un día adicional para que las partes, si lo desean, puedan recurrir el nombramiento del Árbitro, periodo que se contabiliza desde que la secretaría notifique a las partes²⁵. Frente al tiempo para proferir la decisión será en promedio de 14 días²⁶, desde el momento que se dio el nombramiento del Árbitro de Emergencia.

En lo que respecta al término que se emplea para denominar al sujeto que resuelve la controversia, el reglamento toma las enseñanzas dejadas por el procedimiento precautorio pre-arbitral y procede a denominarlo *árbitro*. De contera pareciera que la consecuencia directa de este apelativo, a diferencia de lo que ocurre con el *tercero* del procedimiento de 1991 de la

¹⁹ Artículo 37.1 del reglamento del CISC: “A menos que las partes acuerden de otra manera, las provisiones de este Artículo 37 deben aplicar a arbitrajes conducidos bajo cláusulas o acuerdos arbitrales efectuados en o después de Mayo 1 de 2006.”

²⁰ Guillaume Lemenez and Paul Quigley. The ICDR’s Emergency Pre-arbitration Procedure in Action. Part I: A Look at the Empirical Data P. 3.

²¹ Artículo 37.1 del reglamento del CISC: “la parte en necesidad de soluciones de emergencia previo a la constitución de el Tribunal debe notificar al administrador y a todas las otras partes en escrito de la naturaleza de la medida buscada y las razones del por qué esa medida es requerida bajo las bases de emergencia. La solicitud debe también establecer las razones del porque la parte tiene derecho a esa medida. El escrito debe ser dado por email, facsímil u otros medios confiables, pero debe incluir una declaración certificando que todas las partes han sido notificadas o una explicación de los pasos tomados en Buena fe para notificar a las otras partes.”

²² Guillaume Lemenez and Paul Quigley. The ICDR’s Emergency Pre-arbitration Procedure in Action. Part I: A Look at the Empirical Data P 4.

²³ Artículo 23.2 del reglamento del CISC: “si una parte, debidamente notificada bajo estas reglas, no concurre a una audiencia sin presentar una causa para dicha inasistencia, según lo determinado por el Tribunal, el Tribunal podrá proceder con el arbitraje.”

²⁴ Por no ser materia central de la investigación no se aborda a profundidad sobre estos conceptos. Para tener una aproximación de la doctrina de la separación o autonomía del pacto arbitral y el principio de “Kompetenz-Kompetenz” remitirse a: Talero Rueda Santiago. Arbitraje comercial internacional instituciones básicas y derecho aplicable. Temis. 2008. Página 137-160. Y Silva Romero Eduardo y Mantilla Espinosa Fabricio. El Contrato de Arbitraje. Legis. Primera edición. 2005. Página 79-110.

²⁵ Artículo 37.3 del reglamento del CISC: “Con un día corriente desde la notificación contenida en el parágrafo 2 (37.2), el administrador deberá nombrar un único Árbitro de Emergencia. (...) Cualquier recusación a el nombramiento del Árbitro de Emergencia debe ser hecha con un día corriente desde la comunicación del administrador a las partes sobre el nombramiento del Árbitro de Emergencia y las circunstancias que lo sustenta.”

²⁶ Christina Ramberg. Emergency Arbitrator - An Examination of the SCC Solution. P 15.

CCI, es que la sentencia u orden que el Árbitro emita tiene el carácter de sentencia bajo los preceptos de la CNY y por ende es reconocible y ejecutable tanto por las Cortes locales, como por las Internacionales bajo los presupuestos de dicha convención.

En cuanto a los poderes que detenta el Árbitro para proferir la sentencia u orden, debe señalarse que son bastante amplios, toda vez que como lo establece el artículo 37 en su numeral 5²⁷ el Árbitro puede decretar las medidas u órdenes provisionales que considere necesarias. Es así como en algunos casos se han decretado medidas provisionales bastante peculiares pero del todo pertinentes para la disputa que se estaba abordando. Claro ejemplo de ello son la orden a una parte de disolver sus sociedades y los contratos que tengan éstas o la prohibición de remover ciertos bienes muebles de producción que se encuentran en un lugar que es objeto de la controversia, entre otras medidas²⁸.

De igual forma la idea de que la decisión que profiera el Árbitro pueda ser una sentencia provisional o una orden, tiene como propósito que las mismas sean susceptibles de ser cobijadas bajo los preceptos de la CNY y que su aplicación sea efectiva tanto a nivel de las Cortes locales como de las jurisdicciones internacionales.

Una disposición esencial contenida en el reglamento de la CISC señala que el Árbitro que ordenó la sentencia provisional o la orden, puede modificarla o eliminarle sus efectos, cuando las circunstancias así lo ameriten. Herramienta esta que resulta del todo útil, toda vez que abre la posibilidad de un análisis a posteriori más detallado por parte del Árbitro y previo a la constitución del Tribunal de arbitramento. Así pues se hace palpable la intensión pragmática de los redactores del reglamento, toda vez que son conscientes de que la primera aproximación del Árbitro frente al requerimiento de las medidas provisionales debe ser bajo los preceptos de la celeridad y la eficiente, eludiendo de esta manera el posible perjuicio que se le puede generar a la parte que solicita la medida cautelar.

En igual sentido, una vez el Tribunal de arbitraje ha sido constituido puede reconsiderar, modificar o dejar sin efectos la decisión adoptada por el Árbitro de Emergencia frente a las sentencias provisionales o las ordenes referentes a la urgencia.²⁹ Disposición esta coherente que provee mayor seguridad jurídica a la decisión referente a las medidas cautelares, toda vez que el Tribunal puede analizar de manera más pausada y detallada, cada uno de los elementos para determinar si existió o no una emergencia que requiere la aplicación de medidas cautelares.

Sin embargo, frente a estas dos últimas características, surge la discusión concerniente a la posibilidad de reconocimiento y ejecución de la sentencia u orden que es proferida bajo el espectro contenido en la CNY, este punto, el cual será abordado a cabalidad en el acápite referente a los problemas de la figura del Árbitro de Emergencia, es quizás el más relevante, por ahora es pertinente señalar que la esencia de las medidas cautelares no es en sí misma un fin, sino que por el contrario pretende garantizar un status quo que se resolverá posteriormente y por ende son susceptibles de modificación y pareciera que no son obligatorias bajo los términos de la CNY.

Una última cualidad sintetiza la posibilidad según la cual, la parte interesada en la aplicación de las medidas cautelares, puede recurrir a las Cortes de la jurisdicción interna para que sean estas las que determinen si efectivamente procede el decreto de las mismas en respuesta a las circunstancias de emergencia.

Finalmente en la práctica se plasma que la real utilidad del artículo 37 radica en situaciones en las que el Tribunal no se ha designado y una parte siente que los Cortes competentes no van a garantizar las medidas provisionales o estas no serán efectivas.

II. CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO (CCE/SCC)

Bajo las antiguas reglas de arbitraje de la CCE, vigentes desde el 2007 hasta inicios del 2010, no era factible que una de las partes que se encontraba interesada en solicitar una medida cautelar previa a la constitución del tribunal la solicitara, esto en virtud de que no existía dentro de las reglas una provisión que la facultara a las partes para tales fines. Así pues, debía esperar hasta la conformación del Tribunal, periodo este de tiempo que en promedio tomaba entre 3 a 4 meses³⁰.

²⁷ Artículo 37.5 del reglamento del CISC: “el árbitro de emergencia debe tener el poder de ordenar o sentenciar cualquier medida cautelar o conservatoria que el árbitro de emergencia considere necesaria, incluyendo medidas para la protección o conservación de la propiedad. Cualquiera de dichas medidas puede tomar la forma de una sentencia provisional o de una orden. El árbitro de emergencia debe dar razones en ambos casos. El árbitro de emergencia puede modificar o dejar sin efectos la sentencia provisional o la orden por buenas causas demostradas.”

²⁸ Guillaume Lemenez and Paul Quigley. The ICDR’s Emergency Pre-arbitration Procedure in Action. Part I: A Look at the Empirical Data pag 2-3, 5.

²⁹ Artículo 37.5 del reglamento del CISC: “El árbitro de emergencia no debe tener más poderes para actuar después de que es constituido el Tribunal. Una vez el tribunal ha sido constituido, el Tribunal puede reconsiderar, modificar o dejar sin efectos la sentencia provisional u orden de solución de emergencia emitido por el árbitro de emergencia. El árbitro de emergencia no puede server como miembro del Tribunal a menos que las partes acuerden lo contrario.”

³⁰ Emergency Arbitrator About an Emergency Arbitrator. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. (consultado el 29 de Julio de 2012). Disponible en. <http://www.sccinstitute.se/skiljeforfarande-2/emergency-arbitrator.aspx>

En respuesta a la mentada necesidad, el 1 de Enero de 2010³¹ entraron en vigencia las nuevas reglas de arbitraje de la CCE. Dentro de este reglamento se incluye el artículo 32 referente a las medidas cautelares y el apéndice II que contiene lo concerniente al procedimiento del Árbitro de Emergencia para dichas medidas.

De la lectura del reglamento podemos señalar las siguientes características esenciales y endémicas que se perciben dentro del artículo 32 y el apéndice II.

En primera medida, las reglas referentes al Árbitro de Emergencia de la CCE, son parte integral del reglamento de arbitraje de dicho Centro, toda vez que el artículo 32.4³² hace una remisión expresa al apéndice II, generando así que las reglas allí contenidas se integran como un único e inseparable paquete de derechos, obligaciones y disciplinas. De forma tal que se evita el problema que resulta de incorporarlas en un estatuto diferente al reglamento, tal como sucedió con la figura del procedimiento precautorio pre-arbitral de la CCI y el de las reglas opcionales para medidas de emergencia de protección de la CISC, los cuales fueron analizados en su momento. De manera que las partes al suscribir el reglamento de la CCE están abriendo las compuertas para que la figura del Árbitro de Emergencia pueda proceder en un eventual litigio y cuando se le requiera, a menos que excluyan de manera expresa la posibilidad de que el instrumento haga parte de su acuerdo arbitral.

En lo referente a la iniciación del procedimiento del Árbitro de Emergencia, el artículo 32.4 del reglamento y el apéndice II³³ de la CCE contemplan la factibilidad de adelantar el mismo, a pesar de que no se haya convocado ni solicitado la conformación del Tribunal de arbitramento o del Árbitro que va a analizar de fondo la controversia³⁴. Lo cual resulta único de este procedimiento comparado con los reglamentos de los otros Centros que se han y se van a analizar.

Otras cualidades de este reglamento y que están muy acorde con los principios que deben regir un procedimiento de Árbitro de Emergencia son, primero, el periodo de tiempo que se da tanto para la designación del Árbitro por parte del Centro, el cual debe intentarse dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud de nombramiento³⁵ y segundo, el intervalo para proferir la sentencia u orden que decida acerca de la medida cautelar, el cual no puede exceder los 5 días³⁶, disposición ésta que demuestra la importancia de responder de manera expedita frente a los requerimientos de emergencia. En aras de comparación, el tiempo que implica en promedio tomar una decisión bajo otros reglamentos como el de la CISC es de 14 días o en las nuevas reglas de arbitraje de la CCI son 15 días, como se vio y se verá en su momento.

Adicionalmente es pertinente señalar que el término empleado referente a las “24 horas” para nombrar al árbitro y no el de un *día de negocio* o un *día corriente*, como se señala en otros reglamentos, se hizo con el propósito de evitar sobre interpretaciones, incertidumbre y ambigüedades sobre estos términos, del todo esenciales para que la figura cumpla con sus propósito de celeridad.

En cuanto a la notificación a las otras partes que no sean demandantes, el reglamento de la CCE también es único, al señalar que ésta será adelantada por la secretaría de la CCE³⁷, de forma tal que la obligación no recae en cabeza del accionante y por ende no deben demostrarse pasos de buena fe para adelantar la notificación, como se encuentra contenido en otros reglamentos. Esta es sin duda una garantía para el demandado, toda vez que vela por salvaguardar el debido proceso materializado a través de una efectiva notificación que debe llevar a cabo un tercero imparcial e independiente, como lo es el Centro en sí mismo.

En cuanto a la decisión que puede proferir el Árbitro de Emergencia, existe una discusión frente a las versiones en español y en inglés del reglamento, toda vez que la primera prevé que la decisión puede ser un *laudo* o un *auto*³⁸, términos que no se asimilan a lo dispuesto en la CNY, la cual contempla la decisión como una *sentencia*. Sin embargo la versión en inglés y que por demás es la que prevalece³⁹, señala que la decisión puede ser una *order* o *award*⁴⁰, concepto éste último que se acopla a lo dispuesto en la versión en ese idioma de la CNY, así pues y como el propósito de los redactores del reglamento es que la decisión que asuman los árbitros sea vinculante, reconocible y ejecutable de la mayor y mejor manera posible tanto a nivel de las jurisdicciones nacionales e internacionales, resultaría diáfano señalar que la decisión

³¹ Reglamento de arbitraje. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. 2010.

³² Artículo 32.4 del reglamento de la CCE: “El Apéndice II contiene estipulaciones en relación a las medidas provisionales que se soliciten antes del inicio del arbitraje o de la remisión del caso al Tribunal Arbitral.”

³³ Artículo 1.1.1 del apéndice II del reglamento de la CCE: “Cualquiera de las partes podrá solicitar el nombramiento de un Árbitro de Emergencia hasta la remisión del caso al Tribunal Arbitral de conformidad con el Artículo 18 del Reglamento de Arbitraje.”

³⁴ Christina Ramberg. Emergency Arbitrator - An Examination of the SCC Solution. P 12.

³⁵ Artículo 4.1 del apéndice II del reglamento de la CCE: “El Consejo intentará nombrar a un Árbitro de Emergencia dentro de las 24 horas de recibida la solicitud de nombramiento de un Árbitro de Emergencia.”

³⁶ Artículo 8.1 del apéndice II del reglamento de la CCE: “Toda decisión de emergencia sobre medidas provisionales será tomada en un plazo no superior a 5 días, a contar desde la fecha de remisión de la solicitud al Árbitro de Emergencia, de conformidad con el Artículo 6 de éste Apéndice. El Consejo podrá prorrogar éste plazo ante solicitud fundada del Árbitro de Emergencia o si así lo estimare necesario.”

³⁷ Artículo 3 del apéndice II del reglamento de la CCE: “Tan pronto como sea recibida una solicitud de nombramiento de un Árbitro de Emergencia, la Secretaría enviará dicha solicitud a la otra parte.”

³⁸ Artículo 32.4 del reglamento de la CCE: “Las medidas provisionales serán adoptadas mediante auto o laudo.”

³⁹ Introducción del reglamento de la CCE: “The English text prevails over other language versions”

⁴⁰ Artículo 32.4 del reglamento de la CCE: “An interim measure shall take the form of an order or an award.”

adopta las calidades de una *sentencia* u *orden*. La cuestión referente a la posibilidad de reconocimiento y ejecución bajo la CNY será abordado en el acápite de problemas de la figura de Árbitro de Emergencia.

Por otro lado se consagra que la sentencia u orden del Árbitro de Emergencia resulta vinculante para las partes⁴¹, pero no detentan el mismo efecto para el Tribunal o el Árbitro que conocerá de fondo⁴², ni para el Árbitro de Emergencia⁴³, el cual puede modificar o revocar la pretérita decisión. Elemento este determinante para abordar el problema de la ejecución de la decisión y su eficacia bajo los parámetros de la CNY.

Una regla adicional que debe someterse a un cuidadoso análisis es el de la determinación de la ley aplicable al procedimiento de Árbitro de Emergencia. Criterio este crucial para que el Árbitro esclarezca si efectivamente se encuentran ante los supuestos de hecho y de derecho que requiere la jurisdicción a la que se somete el procedimiento para aplicar la medida de emergencia y de igual manera para determinar los efectos que producirá la sentencia o la orden que se proferirá⁴⁴. Aspectos estos que ya han sido abordados por los Árbitro de Emergencia del Centro en casos analizados bajo los estándares de las jurisdicciones del Reino Unido, Alemania y de Suecia⁴⁵.

Igualmente vale la pena señalar que la sentencia u orden del árbitro de emergencia pierde validez si dentro de los 30 días siguientes a la fecha de emisión de la decisión de emergencia no se ha iniciado el arbitraje⁴⁶; o si dentro de los 90 días siguientes a la fecha de la determinación, no se remitiera el caso al Tribunal Arbitral⁴⁷.

Por de mas el apéndice II, señala otras condiciones que resultan comunes a los otros reglamentos que se han estudiado y se estudiarán a lo largo de esta investigación, así pues se establece que el Árbitro de Emergencia no puede actuar posteriormente en el arbitraje que va a analizar de fondo la controversia que se suscita entre las partes, a menos que las mismas así lo consientan⁴⁸.

Adicionalmente, se faculta a las partes interesadas en pretender una medida cautelar de emergencia para que acudan a la jurisdicción interna competente para obtener el remedio solicitado⁴⁹, de forma tal que no se da una exclusión entre la competencia que detenta el Árbitro de Emergencia, derivado del acuerdo de voluntades de las partes y la jurisdicción nacional que debería conocer sobre el decreto de dichas medidas. Obviamente la decisión que profieran las Cortes nacionales no sería reconocible ni ejecutable bajo la CNY⁵⁰ e implica una serie de problemas que ya se han mencionado.

Palmario de lo anterior, se hace evidente que el procedimiento de Árbitro de Emergencia de la CCE tiene características propias y únicas y que su principal propósito es velar por las necesidades de celeridad y eficiencia, lo cual se demuestra en un procedimiento expedito, que en ocasiones puede llegar a ser contradictorio con los preceptos del debido proceso, aterrizados en un análisis detallado de las circunstancias de hecho y de derecho que deben guiar la decisión de todo Árbitro de Emergencia previo a proferir una decisión.

III. CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (CAIS/SIAC)

Las reglas del CAIS, en su cuarta edición, entraron en vigencia a partir del 1 de Julio de 2010. Las medidas cautelares decretadas por un Árbitro de Emergencia, se encuentran reguladas en el artículo 26.1 del reglamento, al igual que en el apéndice 1 del mismo. Éste último, señala las circunstancias excepcionales en las que se debe encontrar una parte para solicitar la medida cautelar ante el Árbitro de Emergencia y las condiciones específicas del nombramiento de este, previo a la constitución del Tribunal o del Árbitro que conocerá sustancialmente sobre la controversia.

⁴¹ Artículo 9.1 del apéndice II del reglamento de la CCE: “Una vez pronunciada una decisión de emergencia, ésta será vinculante para las partes.”; Artículo 9.3: “Al someterse a arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje, las partes se obligan a cumplir toda decisión de emergencia sin demora.”

⁴² Artículo 9.5 del apéndice II del reglamento de la CCE: “La decisión/es tomada/s por un Árbitro de Emergencia, así como las razones en las que se basa/n, no serán vinculantes para el Tribunal Arbitral.”

⁴³ Artículo 9.2 del apéndice II del reglamento de la CCE: “El Árbitro de Emergencia podrá modificar o revocar una decisión de emergencia, en virtud de una solicitud razonable de cualquiera de las partes.”

⁴⁴ Dan Engström and Cornel Marian. Sweden: Pre-arbitral Proceedings in Practice. En The International Journal of Commercial and Treaty Arbitration. 16 de Mayo 2011.P. 2.

⁴⁵ Dan Engström and Cornel Marian. Sweden: Pre-arbitral Proceedings in Practice. En The International Journal of Commercial and Treaty Arbitration. 16 de Mayo 2011.P. 2-3.

⁴⁶ Artículo 9.2.3 del apéndice II del reglamento de la CCE: “La decisión de emergencia dejará de ser vinculante, si: no se iniciara el arbitraje dentro de los 30 días siguientes a la fecha de emisión de la decisión de emergencia;”

⁴⁷ Artículo 9.2.4 del apéndice II del reglamento de la CCE: “dentro de los 90 días siguientes a la fecha de emisión de la decisión de emergencia, no se remitiera el caso al Tribunal Arbitral.”

⁴⁸ Artículo 4.4 del apéndice II del reglamento de la CCE: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, un Árbitro de Emergencia no podrá desempeñarse como Árbitro en cualquier arbitraje que se realice posteriormente en relación a la controversia.”

⁴⁹ Artículo 32.5 del reglamento de la CCE: “Las medidas provisionales solicitadas por cualquiera de las partes ante cualquier autoridad judicial no son incompatibles con el acuerdo de arbitraje ni con el presente Reglamento.”

⁵⁰ Artículo 1.1 CNY: “la presente convención se aplicará al reconocimiento y 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, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. (...).”

En cuanto a la obligatoriedad que tiene el apéndice 1, frente a las partes que someten sus controversias al reglamento de la CAIS, es preciso señalar que es vinculante, toda vez que el artículo 26.2 del reglamento hace una remisión expresa al apéndice 1, al señalar que “la parte en necesidad de una medida cautelar de emergencia previo a la constitución del Tribunal puede solicitar la misma de acuerdo al procedimiento establecido en el Apéndice 1”, haciendo al Árbitro de Emergencia parte integral del reglamento. De tal manera que esta figura arbitral se entenderá disponible frente a una posible contención entre las partes, a menos que las mismas de manera expresa desincorporen dicha institución de su acuerdo arbitral. Integrándose así una disposición opt-out dentro del reglamento.

Dentro de los requisitos para iniciar el procedimiento de emergencia, la parte interesada que lo pretenda deberá solicitarlo de manera concomitante con el procedimiento arbitral tradicional⁵¹. Frente al método para adelantar la notificación, se establecen, al igual que en otros reglamentos como el del CISC y la CAACI, mecanismos expeditos para alcanzar dicho propósito, tales como la comunicación por correo electrónico o facsímil⁵². Aún más, el deber de notificación no es del todo obligatorio, dado que lo único que resulta vinculante para la parte interesada es el deber de allegar la prueba en la que certifique los pasos adelantados de buena fe para alcanzar el objetivo.

Una vez presentada la solicitud, se procederá a nombrar al Árbitro en un intervalo de un día corriente. Éste previo a su nombramiento deberá desvirtuar cualquier circunstancia que pudiese llegar a poner en duda su imparcialidad e independencia. Si lo desean, las partes tendrán un día corriente para objetar el nombramiento del Árbitro, contado desde la comunicación de la posesión del mismo⁵³. En cuanto al periodo para proferir la decisión el reglamento y el apéndice 1 no señalan nada al respecto.

Por otra parte, el reglamento consagra la salvaguardia de proscribir la posibilidad de que el Árbitro de Emergencia, que conoce sobre la solicitud de medidas cautelares, sea miembro del Tribunal que juzgará la causa de fondo de la controversia, salvo que las partes lo faculden para ello⁵⁴. Disposición esta que garantiza la imparcialidad del Árbitro de Emergencia y el no prejuzgamiento de la causa de fondo.

En lo que respecta a la posibilidad de que las partes presenten sus argumentos, el apéndice 1 consagra que se le dará a estas la oportunidad de ser oídas y de que den a conocer sus argumentos, para estos propósitos se establecen herramientas que van conforme a la urgencia que demarca el derrotero del proceso, así pues el mentado derecho de las partes se puede ejercer tanto de manera escrita, como a través de conferencias telefónicas⁵⁵, elemento éste presente en los demás reglamentos que se analizaron y analizarán. Tanto frente a este procedimiento, como en el de notificación, señalado anteriormente, surge un cuestionamiento referente a las garantías del debido proceso y la posibilidad de ejercer en debida forma el contradictorio por las partes, interrogante que será retomado a profundidad en lo referente a los problemas de la figura del Árbitro de Emergencia.

En cuanto al tipo de medida que puede ser decretada por el Árbitro, el reglamento le da los apelativos de sentencia o de orden, conforme el Árbitro así lo disponga. El espectro que puede abarcar dicha decisión es muy amplio, toda vez que deja a discreción del éste la posibilidad de decretar las medidas cautelares que considere pertinentes para dar solución y respuesta a la situación de urgencia en la que se encuentra la parte solicitante. Facultad que si bien es amplia debe ser asumida con suma prudencia por el Árbitro al momento de impartir la medida, toda vez que debe tener presente la posibilidad de hacer efectiva la misma tanto en la sede del arbitraje, como en las jurisdicciones en que la parte solicitante pretenda hacer valer la decisión. De igual manera se exige que la decisión sea motivada y conste por escrito.⁵⁶

En lo que concierne a la obligatoriedad de la sentencia o la orden, el reglamento CAIS se acomoda a lo presupuestado por los demás Centros que se han analizado y analizarán. De forma tal que la decisión resulta vinculante para las partes, pero puede ser modificada o sesgada en sus efectos tanto por el árbitro⁵⁷, como por el Tribunal posteriormente configurado, con

⁵¹ Artículo 1 del apéndice 1 del reglamento CAIS: “La parte que requiera una solución de emergencia puede, concurrentemente con o seguido de la presentación de la notificación de arbitraje, pero previo a la constitución del Tribunal, hacer una solicitud para soluciones cautelares de emergencia. (...)”

⁵² Artículo 1 del apéndice 1 del reglamento CAIS: “(...) la parte deberá notificar a la secretaria y todas las otras a través por escrito (...) Dicha notificación puede ser dada por correo, facsímil u otros medios confiables, pero debe incluir una declaración certificando que todas las otras partes han sido notificadas o una explicación de los pasos tomados en buena fe para notificar a las otras partes.”

⁵³ Artículo 3 del apéndice 1 del reglamento CAIS: “previo a aceptar el nombramiento, el Árbitro de Emergencia futuro deberá desvirtuar ante la secretaria cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificables sobre su imparcialidad e independencia. Cualquier recusación a el nombramiento del árbitro de emergencia debe ser hecha con un día corriente desde la comunicación por la secretaria a las partes de el nombramiento del Árbitro de Emergencia y las circunstancias que lo sustentan.”

⁵⁴ Artículo 4 del apéndice 1 del reglamento CAIS: “Un Árbitro de Emergencia no puede actuar como árbitro en cualquier arbitraje futuro con relación a la disputa, a menos que así lo acuerden las partes.”

⁵⁵ Artículo 5 del apéndice 1 del reglamento CAIS: “(...) Dicho organigrama deberá otorgar la oportunidad razonable a todas las partes de ser oídas, estos procedimientos pueden realizarse a través de conferencia telefónica o en argumentos escritos como alternativas a las audiencias formales. (...)”

⁵⁶ Artículo 6 del apéndice 1 del reglamento CAIS: “El árbitro de emergencia deberá tener el poder de ordenar o sentenciar cualquier medida cautelar que él considere necesaria. El árbitro de emergencia deberá dar las razones de su decisión por escrito. (...)” poner artículo y ponerlo también en la cita⁷².

⁵⁷ Artículo 6 del apéndice 1 del reglamento CAIS: “(...) El Árbitro de Emergencia puede modificar o dejar sin efectos las medidas cautelares sentenciadas u ordenadas por buenas causas demostradas.”

la adición de que este último podrá reconsiderarla, adicionalmente proferida la decisión, esta pierde sus efectos si el Tribunal no se constituye en los 90 días siguientes⁵⁸ o cuando se profiere una decisión por parte del Tribunal antes que la del Árbitro de Emergencia⁵⁹. De contera la decisión emitida no detenta los tintes de ser final, a pesar de que el mismo apéndice 1, establece que la decisión del Árbitro en dicha materia es final y no sujeta a apelación⁶⁰. Elemento este crucial para su efectiva ejecución bajo la CNY como se dilucidará en su momento.

Por otro lado, el reglamento consagra una garantía adicional que tiene la parte contra la cual se profiere la sentencia u orden, la cual se materializa en la facultad que tiene el Árbitro, para imponer a la parte solicitante la obligación de establecer una garantía que se compadezca frente a los factibles perjuicios que podría soportar el demandado por la decisión de imponer una determinada medida cautelar⁶¹.

Adicionalmente el apéndice 1 en su artículo 11, incorpora una disposición referente a la posibilidad de flexibilidad de las normas procedimentales consagradas en dicho instrumento, las cuales pueden y deben ceder ante el sustrato sustancial de las medidas de emergencia⁶², el cual se circunscribe a situaciones de urgencia en las cuales un remedio es perentorio, por ende el árbitro de emergencia debe dilucidar la necesidad y aplicar las reglas procedimentales conforme su criterio lo dictamine. Elemento este que aunque atiende a la teleología de la figura arbitral de emergencia, se presta para críticas certeras, lógicas y garantistas, como lo es la posible violación al debido proceso, la igualdad de armas, la legalidad y seguridad jurídica de las sentencias u ordenes proferidas por el árbitro.

En la práctica desde su entrada en vigencia, cuatro han sido los casos llevados ante el CAIS en los cuales se ha empleado la figura de emergencia⁶³. Vale la pena resaltar la eficacia de la medida en una controversia entre una compañía China y una de origen Indonesio, en dicha disputa el trámite fue el siguiente: el solicitante presento su pretensión a las 2 pm del día lunes; a las 5 pm se nombró el Árbitro de Emergencia, abogado con amplia experiencia; la posibilidad de escuchar a las partes se dio para el día siguiente; el martes el Árbitro profirió una orden decretando su decisión⁶⁴. En otro caso, que por cierto fue el primero que resolvió el Centro, entre dos compañías Indias, la totalidad del procedimiento implicó una semana⁶⁵.

Finalmente, es preciso señalar que el reglamento del CAIS, contiene disposiciones referentes a una figura que también ha pretendido dar solución al problema de celeridad en la toma de decisiones arbitrales, es así como se establece en el numeral 5 del reglamento, la posibilidad de tramitar la controversia a través de un procedimiento expedito, siempre y cuando se den los presupuestos facticos contenidos en esta disposición. Pero que no son objeto de análisis en esta ocasión⁶⁶.

IV. CENTRO AUSTRALIANO PARA ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (CAACI/ACICA)

El reglamento del CAACI también incorpora disposiciones relativas al Árbitro de Emergencia, las cuales entraron en vigencia a partir del 1 de Agosto del año 2011. El reglamento en su artículo 28 hace una referencia expresa a la solicitud, procedimiento y decreto de medidas cautelares y más específicamente las proferidas por los Árbitros de Emergencia. Adicionalmente el apéndice 2, contiene de manera precisa todo lo referente a los poderes, la efectividad, el procedimiento y demás elementos que permiten delimitar el derrotero bajo el cual se circunscribe la figura. Así pues es pertinente proceder a mencionar algunas de las características esenciales que detenta la institución del árbitro de emergencia bajo este reglamento.

⁵⁸ Artículo 7 del apéndice 1 del reglamento CAIS: "(...) El Tribunal puede reconsiderar, modificar o dejar sin efectos la sentencia u orden cautelar de emergencia proferida por el árbitro de emergencia. El Tribunal no es vinculado por las razones dadas por el árbitro de emergencia. Cualquier orden o sentencia del árbitro de emergencia deberá, en cualquier evento, dejar de ser obligatoria si el Tribunal no es constituido en 90 días desde la sentencia u orden o cuando el Tribunal profiere una sentencia final o si la pretensión es retirada."

⁵⁹ Jonathan Leach y Julian Berenholtz. The expedited and emergency arbitrator procedures under the SIAC Rules Six months on, how have they fared? Hogan Lowells. 2011. P. 2.

⁶⁰ Artículo 11 del apéndice 1 del reglamento CAIS: "(...) su decisión sobre esta materia es final y no es susceptible de apelación."

⁶¹ Artículo 8 del apéndice 1 del reglamento CAIS: "cualquier sentencia u orden provisional de medida de emergencia puede ser condicionada a provisionar por la parte solicitante de dicha medida una seguridad apropiada."

⁶² Artículo 11 del apéndice 1 del reglamento CAIS: "Estas reglas deberán aplicar apropiadamente para cada procedimiento conforme al apéndice 1, tomado en cuenta la urgencia inherente de dicho procedimiento. El Árbitro de Emergencia puede decidir de que manera estas reglas deberán aplicarse apropiadamente, (...)."

⁶³ Michale Pryes. Singapore: The Hub of arbitration in Asia. En Singapore international Arbitration Center. P. 6.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ The expedited and emergency arbitrator procedures under the SIAC Rules Six months on, how have they fared?. Hogan Lowells. 2011. P. 3.

⁶⁶ Para un análisis frente a la figura de procedimiento expedito del CAIS remitase a: Jonathan Leach y Julian Berenholtz. The expedited and emergency arbitrator procedures under the SIAC Rules Six months on, how have they fared? Hogan Lowells. 2011.

El reglamento señala que concomitante con la solicitud de nombramiento de Árbitro de Emergencia deberá la parte solicitante presentar la pretensión de iniciar el arbitraje tradicional⁶⁷.

Con relación a la notificación, que debe efectuar la parte que solicite la aplicación de la medida a las demás partes, el reglamento no incorpora una disposición del todo vinculante, al igual que lo hacen reglamentos como el de la CAIS y el CISC. Por el contrario, establece que *si es posible* se debe notificar y en caso de que no sea posible, la parte debe señalar los actos de buena fe que se llevaron a cabo para notificar a las demás partes⁶⁸. Es decir nos encontramos ante una obligación de medio y no de resultado. El manejo de la notificación es crucial para determinar si efectivamente se está garantizando el debido proceso, como principio rector que debe guiar los procedimientos arbitrales, al respecto se abordará esta problemática en el acápite concerniente a los problemas que se derivan de la figura del Árbitro de Emergencia.

En cuanto al periodo de tiempo que se otorga al Centro para proceder a nombrar al Árbitro de Emergencia, el reglamento señala que será de 1 día corriente desde que se recibe la solicitud, con la interesante precisión de que deben llevarse a cabo los esfuerzos pertinentes para alcanzar el mentado propósito⁶⁹.

Por otra parte, al igual que en los demás reglamentos, éste consagra que los Árbitros que serán llamados a resolver el asunto deberán demostrar indubitablemente su imparcialidad e independencia. De igual forma las partes tendrán derecho a objetar las calidades y capacidades del árbitro, dentro del término de 1 día corriente, luego de ser notificada del nombramiento del árbitro⁷⁰.

Adicionalmente, se incorpora en el reglamento, la salvaguardia de imparcialidad al proscribirse el nombramiento del Árbitro de Emergencia como miembro del futuro Tribunal o como el Árbitro que conocerá el conflicto de manera sustancial, salvo que las partes pacten en contrario, de dicho acuerdo debe existir constancia escrita.⁷¹

En cuanto al periodo de tiempo que detenta el Árbitro para proferir la orden o sentencia, será de 5 días corrientes contados desde el día en que recibió el caso por parte del Centro⁷². Periodo que responde como se mencionó en su momento a los requerimientos de celeridad y eficiencia que deben enmarcar a esta institución. La decisión que se profiera debe ser motivada y debe constar por escrito.⁷³

En lo que respecta a la decisión que profiera el Árbitro puede ser una orden o una sentencia y se le otorgan poderes amplios a éste para que establezca la decisión en los términos que considere apropiados y necesarios⁷⁴.

Adicionalmente el Árbitro de Emergencia detenta las facultades para modificar o dejar sin efectos la decisión por él proferida, siempre y cuando medien justas causas para ello y que el Tribunal o el Árbitro que va a conocer de fondo el asunto no hayan sido nombrados⁷⁵. Factor este que favorece la discusión respecto de si la sentencia o la orden resulta vinculante y más aún si se puede hacer efectiva bajo los criterios de la CNY, problema este que será abordado en su momento.

En cuanto a los requisitos que deben ser analizados por el Árbitro, previo a proferir la decisión y que deben ser demostrados por la parte que solicita la medida, se encuentran, primero, que se demuestre que efectivamente se producirá un daño si no se aplica la medida cautelar de emergencia; segundo, que la medida cautelar causa un daño menor frente al daño que se produciría si no se aplica y tercero, que la parte a la que favorece la medida demuestre que existe amplia certeza de que el laudo que aborde de manera sustancial la controversia será en favor de sus pretensiones, requisitos estos incorporados en el artículo 3.5 del Apéndice 2.

⁶⁷ Artículo 1.2.b del apéndice 2 del reglamento CAACI: “La solicitud de medidas cautelares de emergencia de protección deberá: (b) ser hecha concurrentemente con o seguido de la presentación de solicitud de arbitraje.”

⁶⁸ Artículo 1.2.c-d del apéndice 2 del reglamento CAACI: “la solicitud de medidas cautelares de emergencia de protección deberá: (c) si es posible, comunicar a todas las partes previo a o al mismo tiempo de presentar la solicitud; y (d) incluir una declaración certificando que todas las otras partes han sido notificadas o una explicación de los pasos tomados en buena fe para notificar a las otras partes obre la solicitud.”

⁶⁹ Artículo 2.1 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “(...) CAACI deberá efectuar sus mejores esfuerzos para nombrar un Árbitro de Emergencia con 1 día corriente desde la recepción de la solicitud (...)”

⁷⁰ Artículo 2.1 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “(...) A prospective Emergency Arbitrator shall immediately in writing disclose to ACICA any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence. A party who intends to challenge an Emergency Arbitrator shall send notice of its challenge within one business day after being notified of the appointment of that arbitrator and the circumstances disclosed.”

⁷¹ Artículo 2.3 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “A menos que las partes acuerden por escrito de otra manera, el árbitro de emergencia no deberá actuar como un árbitro en los procedimientos.”

⁷² Artículo 3.1 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “Cualquier decisión frente a la solicitud de medidas cautelares de emergencia deberá ser proferida a más tardar en 5 días corrientes (...)”

⁷³ Artículo 3.2 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “Cualquier decisión frente a la solicitud de medidas cautelares de emergencia de protección deberá: (a) ser proferida por escrito; (c) contener las razones para la decisión;”

⁷⁴ Artículo 3.3 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “El Árbitro de Emergencia deberá tener el poder de ordenar o sentenciar cualquier medida cautelar de protección en una base de emergencia (la Medida Cautelar de Emergencia) que él o ella considere necesaria y en los términos que él o ella considere apropiados.”

⁷⁵ Artículo 3.4 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “el Árbitro de Emergencia puede modificar o dejar sin efectos la medida cautelar de emergencia por buenas razones presentadas a cualquier tiempo previo a la constitución del Tribunal Arbitral.”

Una medida de salvaguardia adicional que establece el reglamento, es la posibilidad que tiene el árbitro de exigir a la parte que solicita la medida que configure una garantía, como condición para la imposición de la medida cautelar de emergencia⁷⁶. Elemento este que juega a favor de los derechos de la parte que deberá soportar la aplicación de la sentencia u orden que decreta la medida cautelar y que adicionalmente garantiza una eficaz reconsideración de la decisión por parte del Árbitro de Emergencia que la decreta o del Tribunal o el Árbitro que analice posteriormente de fondo la controversia. Por otra parte la decisión podrá ser modificada o cesará en sus efectos tanto por la decisión del Árbitro que la profirió como por la del Tribunal o Árbitro que se nombrará posteriormente. De igual forma la decisión cesará en sus efectos, si dentro del término de 90 días, contados a partir de la fecha en la que se dictó la sentencia o la orden por parte del Árbitro de Emergencia, no se ha nombrado el Tribunal que conocerá sustancialmente sobre la controversia⁷⁷. Periodo de tiempo idéntico al estipulado en el reglamento de la CCE.

Vale la pena mencionar que bajo este reglamento, el Tribunal de arbitramento tampoco se ve obligado frente a la decisión dictada por el Árbitro de Emergencia y por el contrario podrá modificarla, reconsiderarla o dejarla sin efectos⁷⁸. Elemento este que ahonda la discusión en lo que respecta a la determinación de finalidad y obligatoriedad de la sentencia u orden que establece las medidas cautelares de emergencia. Esto a pesar de la disposición referente a la obligatoriedad y el cumplimiento sin demoras que tendrá la decisión por las partes sometidas a la controversia.

Finalmente, la parte interesada en las medidas cautelares, podrá concurrir ante la jurisdicción interna para que sea esta la encargada de determinar si proceden o no dichas medidas frente a las circunstancias de hecho y de derecho que demarcan a cada una de las jurisdicciones estatales⁷⁹. Evitando así la eliminación de esta opción.

E. EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

Este reglamento que fue el último en incorporar las disposiciones referentes al procedimiento del Árbitro de Emergencia e insumo esencial a la hora de comprender a cabalidad la herramienta arbitral que se ha venido estudiando a lo largo de esta investigación, entró en vigencia el 1 de Enero del año 2012, junto con el nuevo Reglamento de Arbitraje y de Resolución Alternativa de Disputas (Alternative dispute Resolutions). Es este la evolución del procedimiento precautorio pre-arbitral al igual que la recopilación de las experiencias y disposiciones contenidas y desarrolladas por los demás Centros de arbitraje que contemplan la figura del Árbitro de Emergencia y de otras herramientas como el procedimiento arbitral sumario del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos (IAH) o la formación expedita del tribunal de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (CLAI) o el procedimiento expedito del CAIS o el proceso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión (CIADI).

De manera que en primera medida es preciso desentrañar la estructura que soporta el propósito de la figura arbitral de emergencia, comentado a lo largo de esta investigación, basado en las necesidades de celeridad, eficacia, imparcialidad, confidencialidad y certeza conceptual. La figura del Árbitro de Emergencia se encuentra contenida en el artículo 29 del reglamento de la CCI y desarrollado a profundidad en el apéndice V relativo a las reglas de Árbitro de Emergencia y el decreto de medidas cautelares de emergencia, previo a la constitución del Tribunal Arbitral.

Previo a la entrada en vigencia del nuevo reglamento, las posibilidades que tenía una parte, firmante del antiguo reglamento, en busca de medidas cautelares de emergencia se resumían a las siguientes “(1.) Esperar hasta la constitución del Tribunal Arbitral, de forma que éste podría adoptar una medida cautelar si éste tiene jurisdicción para hacerlo, (2.) acudir a las Cortes, incluso antes de la constitución del Tribunal Arbitral, si la ley procedimental aplicable lo permite o (3.) usar las reglas para el procedimiento precautorio pre-arbitral, solo si las partes previamente habían manifestado expresamente su acuerdo sobre su aplicación”⁸⁰ (numeración fuera del texto original).

⁷⁶ Artículo 3.6 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “el Árbitro de emergencia puede requerir a la parte que provea apropiada seguridad como una condición para una Medida Cautelar de Emergencia”

⁷⁷ Artículo 4.3 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “Cualquier Medida Cautelar de Emergencia deberá, en cualquier evento, dejar de ser obligatoria si: (c) el Árbitro de Emergencia o el Tribunal Arbitral (el que aplique) así lo decida; o (d) el tribunal Arbitral no es nombrado en 90 días desde que la Medida Cautelar de Emergencia fue proferida.”

⁷⁸ Artículo 5.2 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “El Tribunal Arbitral puede reconsiderar, dejar sin efectos o modificar cualquier Medida Cautelar de Emergencia.” Artículo 5.3. “El Tribunal Arbitral no se obliga por una decisión o las razones del Árbitro de Emergencia.”

⁷⁹ Artículo 7.1 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “El poder del Árbitro de Emergencia bajo este Apéndice 2 no deberá afectar el derecho de una parte de solicitar a cualquier Corte competente u otra autoridad judicial las Medidas Cautelares de Emergencia.”

⁸⁰ “— to wait until the constitution of the arbitral Tribunal, so that the latter could adopt an interim measure if it had jurisdiction to do so,— to go to the courts, even before the constitution of the arbitral Tribunal, if the applicable procedural law so permitted, or— to use the Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure, only if the parties had previously expressly agreed on its application.” Carlos de los Santos Lago & Víctor Bonnín. *Emergency Proceedings under the New ICC Rules*. En *Revista del club Español de arbitraje*. Madrid. P. 6; Bjorkquist Sonia y Morgan Eric. *The New Emergency Arbitration Rules of the ICC*. Osler, Hoskin & Harcourt LLP. 2012. P. 1.

Como se expuso en su momento el procedimiento pre-arbitral tuvo poca acogida y por ende surgió la necesidad de remplazarlo por el Árbitro de Emergencia, que responde en gran medida a los requerimientos de la parte interesada en una medida cautelar de emergencia.

La primera modificación fue la incorporación de la figura del Árbitro de Emergencia al reglamento, configurando así un paquete inseparable de derechos y disciplinas, de forma tal que el apéndice V es un desarrollo de lo establecido en el reglamento. Adicionalmente al efectuarse esta incorporación la institución del Árbitro se entiende introducida dentro de las disposiciones de las que pueden hacer uso las partes sin necesidad de acordar un reglamento adicional, como sucedida con la figura pre-arbitral, incluyendo así la cláusula opt-out, conforme a la cual el Árbitro de Emergencia hace parte integral del reglamento al que se someten las partes, salvo que las mismas lo sustraigan de manera expresa de su acuerdo.

Por otra parte algunas de las características de este procedimiento son; primero, la amplia voluntad que las partes tienen para modificarlo o para establecer condiciones diferentes a las contenidas en el reglamento y el apéndice V; segundo, el ser suplementario y ceder frente a otros acuerdos previamente establecidos por las partes, tal como lo señala el artículo 29.6; tercero, el procedimiento no excluye la posibilidad de que la parte solicitante de la medida cautelar de emergencia, pretenda lo mismo ante la jurisdicción o ante el Tribunal Arbitral⁸¹ y cuarto, debe tenerse presente que este reglamento cumple con el principio de aplicación de los procedimientos en el tiempo, el cual “se opone a la retroactividad de la ley procesal”⁸². De manera que dicha figura sólo se aplica para los procesos arbitrales en que las partes han sido signatarias del reglamento de la CCI después de la entrada en vigencia del mismo o que con posterioridad a su entrada en vigencia hacen referencia a que sus disputas previas se resolverán por medio de dicho reglamento, eliminando así la posibilidad de hacer una aplicación retroactiva de las disposiciones contenidas en el vigente reglamento, salvo que así lo manifiesten las partes. Sobre este último aspecto se suscita una divergencia con relación al reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo, el cual va más allá y prevé la retroactividad de la figura del Árbitro de Emergencia⁸³.

En cuanto al momento pertinente para presentar la petición del procedimiento de Árbitro de Emergencia, debe circunscribirse a un tiempo previo a la entrega del expediente al Tribunal Arbitral⁸⁴. De igual forma es perentorio que se pretenda de manera previa o concomitante con la solicitud de iniciación del trámite arbitral que analizará de fondo el asunto. Pero, con relación a una solicitud previa, para la continuidad del proceso de Árbitro de Emergencia es necesario que dentro de un periodo de 10 días la parte interesada presente la solicitud para adelantar el trámite arbitral ante la secretaria⁸⁵. Frente a este aspecto el reglamento de la CCE es más laxo, al prever 30 días para la iniciación del arbitraje de fondo; por el contrario resulta del todo estricto en los reglamentos del CAIS y el CAACI, los cuales exigen que la solicitud del procedimiento de Árbitro de Emergencia sea concomitante o posterior a la de la configuración del Tribunal o del Árbitro que conocerá de fondo sobre la controversia.

En lo que respecta a la forma en la que debe ser presentada la solicitud para el nombramiento del árbitro de emergencia, vale la pena señalar lo referente al leguaje⁸⁶ en el que se presenta el mentado requerimiento, punto este que fue omitido por otros reglamentos como el de la CAIS y la CCE. Elemento este que evidencia el aprendizaje sobre la experiencia de estos últimos estatutos, toda vez que el no incluir en los reglamentos una cláusula de estas características puede devenir en inconvenientes, tal como lo ha reconocido la doctrina⁸⁷.

Frente a la notificación se pretende hacer velar el principio del debido proceso y el derecho de contradicción, previendo la obligación de que el peticionario debe presentar un número de copias equivalente al de demandados⁸⁸.

Frente al intervalo de tiempo para proceder al nombramiento del Árbitro de Emergencia, el reglamento establece que debe ser normalmente dentro de 2 días⁸⁹, siendo así un periodo mayor en comparación con los reglamentos de la CAIS, CAACI, CISC y CCE, en el caso de este último estatuto se incorporó un periodo de 24 horas, con el propósito de evitar ambigüedad, de igual forma el periodo de dos días no es de días corrientes como se prevé en los primeros tres mentados reglamentos. Vale la pena hacer la salvedad que en todos estos estatutos, con excepción del CISC, el periodo de tiempo que se fija no es del todo mandatorio sino más bien una sugerencia.

⁸¹ Carlos de los Santos Lago & Víctor Bonnín. *Emergency Proceedings under the New ICC Rules*. En *Revista del club Español de arbitraje*. Madrid. P. 8.

⁸² Devis Echandía Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Segunda edición. Bogotá. Temis. p 48.

⁸³ Christina Ramberg. *Emergency Arbitrator - An Examination of the SCC Solution*. P 12.

⁸⁴ Art 29.1 “(...) Tal solicitud será aceptada por la Corte solo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su Solicitud de Arbitraje.”

⁸⁵ numeral 6 del artículo 1 del apéndice V: “El Presidente deberá terminar el procedimiento de árbitro de emergencia si la Solicitud de Arbitraje no es recibida por la Secretaría de parte del peticionario dentro de los 10 días siguientes de la recepción por la Secretaría de la Petición, salvo que el árbitro de emergencia determine que un periodo más extenso es necesario.”

⁸⁶ Art 1.4 apéndice V del reglamento CCI.

⁸⁷ Carlos de los Santos Lago & Víctor Bonnín. *Emergency Proceedings under the New ICC Rules*. En *Revista del club Español de arbitraje*. Madrid. P. 11.

⁸⁸ Art 1.2 apéndice V reglamento CCI: “La Petición deberá presentarse en un número de copias suficiente para que cada parte reciba una copia (...)”.

⁸⁹ Artículo 2.1 apéndice V reglamento CCI: “El Presidente nombrará un árbitro de emergencia en el menor tiempo posible, normalmente dentro de un plazo de dos días desde que la Secretaría haya recibido la Petición”.

Al igual que en los demás reglamentos el Árbitro, previo a su nombramiento debe certificar su imparcialidad e independiente, y deberá permanecer con estas calidades a lo largo del proceso⁹⁰. Como garantía adicional se prevé la imposibilidad de que el árbitro de emergencia pueda ser miembro del Tribunal o ser el Árbitro que conozca de fondo sobre la controversia⁹¹, pero he aquí una garantía aún mayor frente a los demás reglamentos, toda vez que no se contempla la posibilidad de que las partes puedan pactar en contrario frente a esta última posibilidad de nombramiento, de contera con esta regla se restringe la autonomía de las partes frente a este elemento, para garantizar una completa imparcialidad e independencia del Árbitro de Emergencia y del Tribunal.

En cuanto a la recusación que pueden hacer las partes frente al nombramiento del árbitro de emergencia, el reglamento prevé un periodo de tres días posteriores a la notificación⁹², estableciendo un tiempo aún mayor de lo contemplado en reglamentos como el de la CCE, con sus 24 horas, o el de la CAIS, CAACI y CISC con un intervalo de un día corriente⁹³. Para la resolución de la recusación, el reglamento señala un procedimiento para que tanto el árbitro, como la parte opositora manifiesten sus consideraciones⁹⁴, al respecto señala la doctrina que este reglamento resulta más metódico que los demás⁹⁵ y de contera más garantista, convirtiéndose así en égida del debido proceso en comparación con los otros reglamentos.

En cuanto a la sede, el reglamento establece la posibilidad de que las partes no lo fijen o en ausencia de acuerdo frente al mismo proceda a nombrarlo el presidente del Centro⁹⁶, frente a este punto la mayoría de los reglamentos no se refieren, el único que lo hace es el de la CCE⁹⁷, el cual presupone una solución similar.

En cuanto al trámite del proceso, el Árbitro goza de amplias facultades para marcar el derrotero por el cual lo guiará, siempre y cuando se respeten los principios de igualdad de armas, justicia, imparcialidad, independencia y debido proceso, de forma tal que debe proporcionársele a las partes en disputa la oportunidad pertinente para que presente sus respectivos argumentos⁹⁸.

Una vez las partes han presentado el caso de conformidad a la oportunidad prevista por el Árbitro, deberá este proceder a emitir una decisión, la cual tendrá la calidad de ser una *orden*⁹⁹, frente a este punto, vale la pena reiterar la importancia que tiene el término que se emplee para designar la decisión adoptada por el Árbitro. Así pues y como se analizó en su momento, en los demás reglamentos, la decisión que se adopte puede tener la forma de una orden o una sentencia¹⁰⁰, lo cual evidencia que en el reglamento de la CCI se eliminó la posibilidad de que la determinación sea una sentencia. Esto como se verá en el próximo acápite, representa vital importancia para determinar si la decisión será ejecutable en otras jurisdicciones bajo los presupuestos de la CNY. Aún más la decisión adoptada deberá ser motivada por el árbitro y deberá estar por escrito¹⁰¹.

Por otra parte, el término para dictar la medida es de 15 días contados desde el momento en que el Árbitro recibió el expediente¹⁰², este intervalo de tiempo, si bien parece ser eficiente y expedito, no se compara en medida alguna con los 5

⁹⁰ Artículo 2.4 apéndice V reglamento CCI: “Todo árbitro de emergencia deberá ser y permanecer imparcial e independiente de las partes involucradas en la controversia”. Artículo 2.5: “Antes de ser nombrada, toda persona susceptible de actuar como árbitro de emergencia suscribirá una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia”.

⁹¹ Artículo 2.6 apéndice V reglamento CCI: “El árbitro de emergencia no deberá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la controversia que haya dado origen a la Petición”.

⁹² Artículo 3.1. apéndice V reglamento CCI: “La solicitud de recusación de un árbitro de emergencia deberá ser efectuada dentro de los tres días siguientes a la recepción por la parte que efectúa la recusación de la notificación del nombramiento o desde la fecha en la que dicha parte fue informada de los hechos y circunstancias en que funda su solicitud, si dicha fecha es posterior a la recepción de la mencionada notificación”.

⁹³ Artículo 4.3. apéndice II del reglamento de la CCE; artículo 37.3 del reglamento CISC; Artículo 3 apéndice 1 del reglamento de la CASI; artículo 2 apéndice 2 del reglamento del CAACI.

⁹⁴ Artículo 3.2. apéndice V reglamento CCI: “La recusación será decidida por la Corte después de que la Secretaría haya otorgado al árbitro de emergencia y a la(s) otra(s) parte(s) la oportunidad de presentar sus comentarios por escrito dentro de un plazo adecuado”.

⁹⁵ Carlos de los Santos Lago & Víctor Bonnín. *Emergency Proceedings under the New ICC Rules*. En Revista del club Español de arbitraje. Madrid. Pág 13.

⁹⁶ Artículo 4.1. apéndice V reglamento CCI: “Si las partes acordaron la sede del arbitraje, dicha sede será la sede del procedimiento del árbitro de emergencia. En ausencia de dicho acuerdo, el Presidente deberá fijar la sede del procedimiento del árbitro de emergencia, sin perjuicio de la fijación de la sede del arbitraje de conformidad con el Artículo 18(1) del Reglamento.”; Artículo 18.1: “La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido.”

⁹⁷ Artículo 5 apéndice II del reglamento CCE.

⁹⁸ Artículo 5.2. apéndice V reglamento CCI: “El árbitro de emergencia deberá conducir el procedimiento de la manera que el árbitro de emergencia considere apropiada, tomando en consideración la naturaleza y la urgencia de la Petición. En todos los casos, el árbitro de emergencia actuará justa e imparcialmente y se asegurará de que cada parte tenga una oportunidad razonable para presentar su caso.”

⁹⁹ Artículo 6.1. apéndice V reglamento CCI: “De conformidad con el Artículo 29(2) del Reglamento, la decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden (la “Orden”).”

¹⁰⁰ Artículo 1.2. apéndice II del reglamento de la CCE; Artículo 37(e) del reglamento del CISC.

¹⁰¹ Artículo 6.3. apéndice V reglamento CCI: La Orden será hecha por escrito y deberá contener las razones en las que se basa. Estará fechada y firmada por el árbitro de emergencia.

¹⁰² Artículo 6.4. apéndice V reglamento CCI: “La Orden será hecha no más tarde de los 15 días siguientes a la fecha en la que el expediente haya sido entregado al árbitro de emergencia de conformidad con el Artículo 2(3) de este Apéndice.”

días de los reglamentos de la CCE o del CAACI¹⁰³. Así pues aunque no resulta ser el reglamento más eficiente a la hora de decretar las medidas cautelares, quizás sí sea el que propende en mayor medida por los derechos de las partes en conflicto, garantizando así un tiempo superior para el análisis y el estudio de la conveniencia y pertinencia de determinar una medida de este tipo, al igual que sus consecuencias.

Al momento de decretar la orden, el Árbitro podrá supeditarla a las condiciones que considere apropiadas, de igual manera se establece la posibilidad de que éste ordene a la parte solicitante el establecimiento de garantías¹⁰⁴, las cuales respondan frente a posibles perjuicios que se le puedan generar a la parte que debe soportar el decreto de la medida cautelar de emergencia, en caso de que la decisión de fondo no la encuentre responsable, así pues, se salvaguardan los derechos del demandado, tal como lo consagran los demás reglamentos.

Frente a la obligatoriedad de la medida, esta resulta vinculante para las partes, salvo se presenten algunas de las circunstancias del artículo 6.6 del apéndice V del reglamento¹⁰⁵. De igual forma el Árbitro que profiere la orden, previo a la entrega del expediente al Tribunal, puede modificarla, dejarla sin efecto o anularla¹⁰⁶; así mismo el Tribunal tan pronto tenga conocimiento del asunto de fondo tendrá las mismas facultades¹⁰⁷. De contera la orden proferida por el Árbitro de Emergencia no resulta final, dado que puede ser reconsiderada tanto por él como por el Tribunal de conocimiento, elemento este crucial para su obligatoriedad bajo los preceptos de la CNY. Al igual que sucede con los demás reglamentos aquí analizados.

Por otra parte, el reglamento establece una provisión conforme a la cual, en caso de que se suscite un vacío frente a las posibilidades fácticas y procedimentales que éste prevé, será el Presidente de la Corte el llamado a resolver dichos imprevistos o en caso de ausencia de éste, el llamado a ejecutar esta función será el vicepresidente, para alcanzar dicho propósito se basarán en el espíritu del reglamento y del apéndice V¹⁰⁸, así se garantiza la estabilidad del sistema. Provisión del todo novedosa y que no se encuentra incorporada en ninguno de los reglamentos estudiados.

Finalmente, el reglamento prevé la posibilidad de recurrir a la jurisdicción de las Cortes nacionales, abriendo así la factibilidad para que optativamente el peticionario considere la opción más pertinente y presente su solicitud de medidas cautelares¹⁰⁹. Del mismo modo se maneja en los reglamentos tanto del CCE, CAIS, CAACI y el CISC.

F. PROBLEMAS DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA.

A pesar de los amplios esfuerzos de los Centros de arbitraje por edificar herramientas óptimas que respondan a las necesidades de emergencia de las partes, las figuras de Árbitro de Emergencia reportan una serie de problemas, entre los cuales la doctrina ha reconocido los siguientes¹¹⁰: primero, la eficacia de la sentencia u orden que decreta las medidas

El Presidente podrá prorrogar este plazo en virtud de solicitud motivada del árbitro de emergencia o de oficio si el Presidente decide que es necesario hacerlo.”

¹⁰³ Artículo 3.1 del apéndice 2 del reglamento CAACI: “Cualquier decisión frente a la solicitud de medidas cautelares de emergencia deberá ser proferida a más tardar en 5 días corrientes (...).”

¹⁰⁴ Artículo 6.7. apéndice V reglamento CCI: “El árbitro de emergencia podrá dictar la Orden con sujeción a las condiciones que considere apropiadas, incluyendo el otorgamiento de garantías apropiadas.”

¹⁰⁵ Artículo 6.6. apéndice V reglamento CCI: “La Orden dejará de ser vinculante para las partes por: a) la terminación por el Presidente del procedimiento del árbitro de emergencia de conformidad con el Artículo 1(6) de este Apéndice; b) la aceptación por la Corte de una recusación de árbitro de emergencia de conformidad con el Artículo 3 de este Apéndice; c) el laudo final del tribunal arbitral, salvo que el tribunal arbitral decida expresamente lo contrario; o d) el retiro de todas las demandas o la terminación del arbitraje antes del dictado de un laudo final.”

¹⁰⁶ Artículo 6.8. apéndice V reglamento CCI: “A solicitud razonada de una parte, hecha con anterioridad a la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 16 del Reglamento, el árbitro de emergencia podrá modificar, dejar sin efecto o anular la Orden.”; Artículo 16: “La Secretaría entregará el expediente al tribunal arbitral tan pronto como éste sea constituido, siempre y cuando haya sido pagada la provisión para gastos requerida por la Secretaría a esta altura del procedimiento.”

¹⁰⁷ Artículo 29.3. reglamento CCI: “La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la orden. El tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia.”

¹⁰⁸ Artículo 8. apéndice V reglamento CCI: “El Presidente tendrá el poder de decidir, a su discreción, todos los asuntos relacionados con la conducción del procedimiento del árbitro de emergencia que no estén expresamente previstos en este Apéndice. 2 En la ausencia del Presidente o a solicitud suya, cualquiera de los Vice-Presidentes de la Corte tendrá el poder de tomar decisiones en nombre del Presidente. 3 En todos los asuntos concernientes al procedimiento del árbitro de emergencia que no estén expresamente previstos en este Apéndice, la Corte, el Presidente y el árbitro de emergencia procederán según el espíritu del Reglamento y de este Apéndice.”

¹⁰⁹ Inciso 2 artículo 29.6 reglamento CCI: “Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento. Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría.”

¹¹⁰ Hosking, Valentine, James Erin, Lindse David. Emergency Measures of Protection: Creeping Consensus or a Passing Fancy?. 2011 Spring meeting –ABA section of International Law “changing the Rules”.2011. P. 7.

cautelares de emergencia; segundo, el nombramiento del Árbitro; tercero, las garantías procesales y por último, el tipo de medidas que puede adoptar el árbitro de Emergencia.

I. EFICACIA DE LA SENTENCIA U ORDEN.

Una de las principales razones para que el arbitraje tenga tanta acogida en la actualidad, específicamente a nivel internacional es la posibilidad que abrió la CNY frente al reconocimiento de los sentencias proferidos en una sede y que se pretenden ejecutar en otra jurisdicción, creando un mecanismo expedito y eficiente en comparación con la decisión de las Cortes nacionales que se buscan hacer valer frente a otras jurisdicciones¹¹¹. Es así como el asunto de la ejecución de las sentencias y su eficacia a nivel internacional devienen fundamentales para este estudio, toda vez que determinan la verdadera utilidad de la figura del Árbitro de Emergencia.

Así pues frente a este criterio existe una dicotomía palpable entre la jurisprudencia de las Cortes nacionales y la doctrina, según la cual, por un lado la CNY debe ser interpretada de manera exegética, imposibilitando así tener la percepción de que las ordenes o sentencias emitidas por los Árbitros de Emergencia son decisiones finales y por ende obligatorias y por otro lado una visión más pragmática, que reconoce la importancia de la figura para garantizar efectivamente los derechos de las partes que recurren al mecanismo arbitral, como instrumento para dirimir sus conflictos y el mantenimiento de un determinado status quo.

De manera que es pertinente tener presente el requisito que incorpora la CNY en su artículo 5.1. literal e¹¹², el cual dispone que la sentencia no será reconocida ni ejecutable si la decisión proferida no resulta obligatoria, es decir debe detentar la calidad de ser una determinación final.

Adicionalmente, resulta indubitable que la especial naturaleza de las medidas cautelares conlleva a que estas simplemente propendan por mantener un determinado status quo de la relación entre las partes. De forma tal, que son solo elementos primigenios e inherentes al proceso que se está o se va a suscitar. Así pues, en esencia un pronunciamiento que las decrete no puede detentar la calidad de final.

Aún más, de la lectura de los diversos reglamentos analizados se deriva que tanto el Árbitro de Emergencia que profirió la sentencia, como el Tribunal arbitral que se configurará para abordar de mérito la controversia detentan la facultad para modificar, reconsiderar o dejar sin efectos la decisión que consagra las medidas cautelares.

De forma tal que una primera aproximación nos llevaría a concluir que dichas medidas no son susceptibles de reconocimiento bajo los preceptos de la CNY, toda vez que no son finales y por ende obligatorias. Esta posición ha sido puesta de presente por la jurisdicción Francesa, en el caso de *TEP Congo v. República del Congo*, que fue abordado en su momento frente a lo concerniente al procedimiento precautorio pre-arbitral y en el cual se reconoció que el *tercero*, no detentaba la calidad de *árbitro* y por ende no podía decretar sentencias bajo los presupuestos de la CNY. Sin embargo la totalidad de los reglamentos han descartado el apelativo de “tercero” el cual ha sido alterado por el de árbitro. De contera esta decisión parece de plano descartada.

Un argumento más estructurado ha sido el formulado por la mayoría de los doctrinantes en lo que respecta a la posibilidad de que la decisión del árbitro de emergencia sea tenida como final y por ende obligatoria, al respecto se ha señalado que “las medidas cautelares son tanto modificables como revocables y por ende no obligatorias. Por lo tanto, la ejecución de las medidas cautelares –antes o después de formado el Tribunal- no puede ser obtenida a través de la Convención de Nueva York. Por lo tanto, el uso de la CCE de terminología arbitral – de árbitros y laudos- es irrelevante para los propósitos de determinar si las decisiones de emergencia son capaces de ejecutarse bajo la Convención. La naturaleza de las medidas cautelares –modificable e irrevocable – impide su ejecución bajo la Convención de Nueva York.”¹¹³

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina frente a la orden que puede proferir el Árbitro de Emergencia bajo el reglamento de la CCI al poner de presente “el hecho de que la decisión sea una orden tiene consecuencias mayores, dado que esta no puede por ende ser ejecutada bajo la Convención de Nueva York de 1958.”¹¹⁴ Aún más, se ha considerado que

¹¹¹ LINA BERGQVIST EMMA OLSSON KRISTER AZELIUS. Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration. Why the Emergency Arbitrator’s decision cannot be enforced and how the new rules may be made useful nonetheless. P 6.

¹¹² Artículo 5.1.e. de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias arbitrales Extranjeras: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.”

¹¹³ “Interim measures are both modifiable and revocable and thus not binding. Therefore, enforcement of interim measures – before or after the forming of a tribunal – cannot be obtained through the New York Convention.26 Accordingly, the SCC’s use of arbitral terminology – of arbitrators and awards – is irrelevant for the purpose of determining whether the emergency decisions are capable of enforcement under the Convention. The nature of interim measures – modifiable and revocable – bars their enforcement under the New York Convention.” LINA BERGQVIST EMMA OLSSON KRISTER AZELIUS. Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration. Why the Emergency Arbitrator’s decision cannot be enforced and how the new rules may be made useful nonetheless. P. 7-8.

¹¹⁴ “The fact that the decision is an order has major consequences, since it cannot thus be enforced under the 1958 New York Convention.” Carlos de los Santos Lago & Víctor Bonnín. Emergency Proceedings under the New ICC Rules. En Revista del club Español de arbitraje. Madrid. P. 16.

“como resultado, dependiendo del tratamiento dado a las ordenes en soporte al arbitraje de acuerdo con la ley estatal relevante, la orden quizás no sea directamente ejecutable en el mismo sentido que una sentencia final sería ampliamente ejecutable bajo la convención de Nueva York.”¹¹⁵

Palmario de lo anterior devienen serias dudas acerca de la posibilidad de que efectivamente estas medidas sean reconocidas en jurisdicciones ajenas a la sede en la cual fue proferida la orden o sentencia. Esto a pesar de que todos los reglamentos prevén de manera expresa que la decisión será vinculante para las partes en disputa y que la misma debe ser cumplida y ejecutada por las mismas sin ningún tipo de dilación.

De igual forma, se considera que la decisión tiene tras de sí un elemento adicional que sería su pilar para llegar a ser vinculante y ejecutable, este presupuesto es la carga emocional que podría tener para la parte renuente frente a un posible indicio en su contra o un prejuzgamiento por parte del Tribunal o el Árbitro que conocerá de fondo sobre la disputa. Aún más, existen disposiciones conforme a las cuales en caso de no cumplir la orden o sentencia del Árbitro de Emergencia, la parte renuente puede ser sancionada drásticamente por el Tribunal en caso de que encuentre que efectivamente se produjeron serios perjuicios a la parte que requería y se le concedió la medida cautelar de emergencia. Es así, como los que sostienen la imposibilidad de hacer uso de la CNY, justifican la efectividad y ejecución de la medida que profiere el Árbitro de Emergencia.

Por otra parte, una segunda aproximación más pragmática esgrime una perspectiva conforme a la cual lo anterior no resulta del todo cierto, toda vez que en algunas jurisdicciones la decisión que ha proferido el Árbitro de Emergencia si tiene las calidades de una sentencia obligatoria o final para las partes. Es así como por ejemplo la Corte de Distrito de Nueva York de los Estados Unidos señaló en el caso de *Yonir Technologies vs. Duration Systems*¹¹⁶, que las medidas cautelares son *decisiones finales* sujetas a revisión judicial, adicionalmente la Corte indicó que “los árbitros tienen autoridad para ordenar medidas cautelares con el propósito de proteger la pérdida de valor de la decisión final”¹¹⁷, a menos que la partes manifiesten lo contrario.

En similar sentido se pronunció la Corte de Apelaciones del noveno Circuito en el caso de *Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp.*, al señalar que las medidas cautelares sobre los bienes que recaen en el objeto del arbitraje son *decisiones finales*.¹¹⁸

Adicionalmente en *Banco de Seguros del estado v. Mutual marine Office*, el segundo Circuito de la Corte de Apelación de los Estados Unidos configuró una perspectiva conforme a la cual, no es el rol de las Cortes impedir el otorgamiento de medidas cautelares para asegurar el cabal cumplimiento de la decisión que se va a proferir y para asegurar que esta no pierda valor¹¹⁹. En igual forma se pronunció el cuarto Circuito de la Corte de Apelaciones en el caso *Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc.*¹²⁰

De contera, las Cortes Americanas reconocen que a pesar de que las decisiones sobre medidas cautelares son de naturaleza transitoria, también son conscientes de que son esenciales para la eficacia de la sentencia que decidirá de mérito y por ende de manera pragmática las reconocen como decisiones con características obligatorias o finales para las partes¹²¹.

Pero surge el interrogante referente, de si la *orden* que puede decretar el Árbitro de Emergencia en los diversos reglamentos y en especial en el de la CCI, el cual no prevé la posibilidad de que la decisión sea una sentencia, puede resultar ejecutable como la *sentencia* arbitral. Al respecto el Séptimo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos en el caso *Publicis Communication v. True North Communications*, señaló que la distinción resulta del todo inocua y lo verdaderamente relevante es si efectivamente se está protegiendo el efecto futuro que tendrá la sentencia que profiera el Tribunal, sobre la controversia de fondo.¹²²

¹¹⁵ Smith Herbert, Lutz Gleitss y Stibe. The new ICC Emergency Arbitration Procedure- an effective tool in international arbitration. Diciembre 2011. P. 3.

¹¹⁶ YONIR TECHNOLOGIES, INC. v. DURATION SYSTEMS LTD. (consultado el 27 de julio de 2012) Disponible en: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=2002439244FSupp2d195_1418.xml.

¹¹⁷ “The court reasoned that arbitrators have authority to award interim relief in order to protect their final award from being meaningless”. Guillaume Lemenez and Paul Quigley. The ICDR’s Emergency Prearbitration Procedure in Action. Part II: enforcing emergency arbitrator decisions. P 3

¹¹⁸ Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp. (consultado el 4 de Julio de 2012). Disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/935/1019/283626/>.

¹¹⁹ BANCO DE SEGUROS DEL ESTADO v. MUT. MARINE OFFICE (consultado el 4 de Julio de 2012). Disponible en: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=2003599344F3d255_1580.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006.

¹²⁰ Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc. (consultado el 5 de Julio de 2012) Disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/04-2000/042000.u-2011-03-14.html>

¹²¹ Guillaume Lemenez and Paul Quigley. The ICDR’s Emergency Prearbitration Procedure in Action. Part II: enforcing emergency arbitrator decisions P 3

¹²² PUBLICIS COMMUNICATION v. TRUE NORTH COMMUNICATIONS INC. (consultado el 5 de Julio de 2012) Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1438378.html>

Así pues, la discusión se encuentra aún abierta y resulta factible esgrimir argumentos tanto a favor de la posición exegética y restringida desarrollada por la doctrina y la jurisdicción Francesa o en pro de la posición teleológica y pragmática desarrollada por las Cortes de los Estados Unidos.

Finalmente vale la pena recordar que la misma CNY prevé el principio de favorabilidad¹²³, conforme al cual la Convención no se opondrá a que la sentencia sea reconocida y ejecutada en otras jurisdicciones que sean más laxas frente a lo dispuesto en la CNY, así pues bajo esta disposición la posibilidad de materialización de la sentencia o la orden que profiera el Árbitro de Emergencia será mayor.

II. SALVAGUARDIA DEL DEBIDO PROCESO

Este segundo problema surge como consecuencia de las circunstancias de urgencia y necesidad que rodean la solicitud de medidas cautelares de emergencia, así pues el derrotero de la figura del Árbitro de Emergencia, como se ha mencionado a lo largo de esta investigación, se ve demarcado por la celeridad y la eficiencia al momento de proferir una decisión por parte del Árbitro. Sin embargo es preciso tener presente que el arbitraje debe respetar ciertos principios fundamentales que detentan las partes, tales como la igualdad de armas, la imparcialidad e independencia del árbitro y el debido proceso.

Este último se puede ver gravemente afectado con ciertas medidas de los reglamentos aquí analizados, por ejemplo, en los procesos para adelantar las notificaciones a las otras partes del proceso se le impone una obligación de medio y no de resultado a la parte demandante, dado que simplemente se le exige que demuestre los pasos efectuados de buena fe para alcanzar el propósito de la notificación. De igual manera, la obligación de proferir un laudo o una orden en un periodo de tiempo de 5 días, puede derivar en una trasgresión al debido proceso, dado que puede conllevar a un análisis poco detallado y por el contrario sucinto frente a una decisión que puede resultar bastante gravosa para la parte que debe soportarla. Aún más, la facultad que se le da en algunos reglamentos al Árbitro de Emergencia para guiar el proceso como ha bien tenga y de prescindir de ciertas etapas procesales, puede claramente dar mayor celeridad pero también puede afectar los derechos de las partes.

En respuesta a estos argumentos surge una tesis según la cual, la decisión del Árbitro de Emergencia no es obligatoria y puede ser modificada o dejada sin efectos por él mismo, precisamente para evitar esa valoración superflua y que si el Árbitro lo considera necesario procesada a analizar en mayor medida la decisión proferida.

Frente a este punto vale la pena rescatar la prudencia de las disposiciones de la CCI, las cuales garantizan las obligaciones de notificación y de proporcionar la oportunidad de que las partes involucradas presenten su caso frente al Árbitro, previo a la decisión; de igual forma el espectro de tiempo para emitir la determinación es de 15 días, un tiempo prudente para analizar el acervo probatorio, los nexos de causalidad y las consecuencias de determinar el decreto o no de la medida cautelar. Adicionalmente y como se señalo en su momento, la CCE propende por los derechos de las partes en lo que respecta a la obligación de adelantar la notificación, toda vez que es la secretaría de la CCE la encargada de llevar a cabo dicho procedimiento, lo cual se materializa en una garantía de imparcialidad e independencia en el proceso.

III. CALIDADES DE LOS ÁRBITROS

Frente a las calidades de los Árbitros de Emergencia surge un interrogante similar al que emergió frente al tiempo para proferir la decisión, toda vez que si bien es cierto que la solución que está buscando la parte interesada se debe materializar lo antes posible para evitar así que se produzca el perjuicio o que se modifique el status quo entre el demandante y demandado, tampoco es menos cierto que en un día corriente o quizás menos o en un periodo de 24 horas, las partes puedan indagar a profundidad acerca de la imparcialidad e independencia del prospecto de Árbitro de Emergencia que va a resolver un tema crucial como las medidas cautelares y las cuales pueden afectar profundamente las relaciones comerciales y la estabilidad mercantil de la parte que debe soportarlas o de la que espera que se decrete. De igual forma, el tiempo previsto no es el más adecuado para que los Centros de arbitraje procedan a determinar si efectivamente existe o no algún tipo de impedimento en cabeza del Árbitro y por ende el ideario de transparencia puede verse fácilmente desvirtuado en la práctica.

Sobre este punto, debe hacerse la salvedad de que en las nuevas reglas de la CCI el tiempo para el nombramiento será de dos días, un tiempo, que si bien es corto, duplica el previsto en los demás reglamentos, demostrando una vez más un intento por respetar las garantías procesales de las partes involucradas en una controversia ante la CCI. Sin duda las calidades del reglamento de este último Centro se hacen con el propósito de que la decisión del Árbitro de Emergencia no contravenga los principios y garantías procesales de las jurisdicciones internas de la mayoría de Naciones en las cuales

¹²³ Artículo VII.1 de la CNY: “Las disposiciones de la presente convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medidas admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”

se pretende hacer valer la sentencia o la orden arbitral, permitiendo así su reconocimiento y ejecución en dichas jurisdicciones.

IV. ESPECTRO DE MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares, son la esencia del procedimiento de Árbitro de Emergencia, toda vez que son el mecanismo por medio del cual se materializa la necesidad de salvaguardar los derechos de las partes frente a situaciones de emergencia o urgencia manifiesta y se garantiza la efectividad de la sentencia final que resuelva de fondo la controversia. Pero frente a estas surge el interrogante de qué tipo de medidas pueden ser decretadas por el Árbitro de Emergencia, en los diferentes reglamentos, al respecto y como se analizó en cada uno de los acápite referentes a los Centros de arbitraje, las medidas que pueden decretarse están limitadas por las consideraciones que tengan los Árbitros frente a las circunstancias de hecho. Así pues pueden proferir la medida cautelar que el Árbitro considere responda con mayor eficacia frente a los requerimientos de las partes.

Pero frente a este espectro que resulta bastante amplio, los Árbitros tienen una clara limitación y es que la sentencia u orden sea ejecutable tanto en la jurisdicción de la sede donde se profirió, como en las jurisdicciones donde las partes pretenden llevar a cabo dicho propósito, de manera que el Árbitro debe ser consciente de esto y proceder a decretar una medida que no solamente sea pertinente para las partes, sino que adicionalmente se pueda materializar en el lugar donde se pretende hacer valer.

Un punto adicional para tener en cuenta es si efectivamente en la jurisdicción donde se va a ejecutar la decisión, esta se tiene como sentencia bajo los presupuestos de la CNY, toda vez que si no es así, la determinación emitida por el Árbitro de Emergencia no sería susceptible de anulación por parte de las Cortes, tal como sucedió en la jurisdicción Francesa en el caso de TEP Congo v. República del Congo.

G. CONCLUSIÓN

La nueva figura del Árbitro de Emergencia se incorpora en los reglamentos de los diversos Centros de arbitraje como la herramienta ideal y necesaria para hacer valer las sentencias definitivas y para que las mismas no queden como simples decisiones sin efecto, inocuas e inoperantes. Esta herramienta debe materializarse a través de procedimientos expeditos, pero que no vayan en contravía de los derechos de las partes en controversia, es así como se debe alcanzar un punto medio entre los dos extremos de forma tal que la decisión del Árbitro de Emergencia pueda ser reconocida y ejecutada en las diversas jurisdicciones globales.

De igual forma resulta entendible que esta novedosa herramienta arbitral sea en un principio desconocida, pero al mismo tiempo resulta predecible que con el tiempo las partes y la comunidad jurídica reconocerá su pertinencia y necesidad, procediendo a incorporarla en más reglamentos y a que su aplicación sea extensiva en los diversos conflictos que surjan en los diferentes campos del arbitraje.

Por otra parte, si bien los Centros de arbitraje han hecho esfuerzos por mejorar la institución, aprendiendo de los errores cometidos en los instrumentos primigenios y de las reglas actuales referentes al Árbitro de Emergencia y que la doctrina ha empezado a abrirse a la discusión acerca de la mejor forma para perfeccionar este instrumento, también es cierto que aún falta mucho por desarrollar y discutir, tal como lo demuestra el problema referente al reconocimiento y ejecución de la decisión del Árbitro, al igual que la defensa de los preceptos del debido proceso. Son elementos estos que deben ser estudiados y alimentados con un acercamiento más analítico por parte de la doctrina, de forma tal que se alcance el ideario de salvaguardar los derechos de las partes y responder efectivamente a los requerimientos de los usuarios del arbitraje.

Así pues, se concluye haciendo una invitación a los académicos y a la sociedad jurídica en general para que se informen acerca del Árbitro de Emergencia y se inicie una discusión prolifera y sustancial, del todo pertinente para momentos como estos, en los cuales se están suscitando debates en Colombia acerca del futuro del arbitraje tanto nacional como internacional.

H. BIBLIOGRAFÍA:

- Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Naciones Unidas. 1958.
- Reglamento de procedimiento precautorio pre-arbitral. Cámara de Comercio Internacional. 1 de Enero de 1990.
- Meredith Ian and Birch Marcus The ICC's pre-arbitral referee procedure How valuable is it?
- Laurie E. Foster and Natalie Holme Elsberg. Two New Initiatives for Provisional Remedies in International Arbitration: Article 17 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and Article 37 of the AAA/ICDR International Dispute Resolution Procedures.

- Ben H sheppar Jr. and Jhon M. Thownsend. Holding the Fort Until the Arbitrators are Appointed: the new ICDR International Emergency Rule. Practicle Law. 2008.
- Gaillard Emmanuel y Pinsolle Philippe. The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experience. International Arbitration, Vol. 20 No.1. 2004.
- Michelle Taylor, Guillaume Borg. Recent Developments in International Dispute Resolution Around the World. International Dispute Resolution. Vol 16 No. 3. 2003.
- Gaillard Emmanuel. ICC Pre-Arbitral Referee: A Procedure Into Its Stride. New York Law Journal. 5 de Octubre de 2006.
- Silva Romero. Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro. II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje – El Arbitraje y la Jurisdicción, Madrid, 17-19 de junio de 2007.
- International dispute Resolution Procedures, including mediation and arbitration rules. International Center for Dispute Resolution. June 2010.
- Guillaume Lemenez and Paul Quigley. The ICDR’s Emergency Pre-arbitration Procedure in Action. Part I: A Look at the Empirical Data. Noviembre 2008.
- Guillaume Lemenez and Paul Quigley. The ICDR’s Emergency Pre-arbitration Procedure in Action. Part II: Enforcing Emergency Arbitrator Decisions. Noviembre 2008.
- Dunning Graham, Quirk Lain and Glehorn Shane. Using Article 37 of the International Arbitration Rules: Obtaining Emergency Relief. Dispute Resolution Journal. Mayo 2007.
- Reglamento de arbitraje. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. 2010.
- Lina Bergqvist, Emma Olsson , Krister Azelius. Making Use of the New SCC Rules on Emergency Arbitration. Why the Emergency Arbitrator’s decision cannot be enforced and how the new rules may be made useful nonetheless. Juridisk Tidskrift. Octubre 2010.
- Dan Engström and Cornel Marian. Sweden: Pre-arbitral Proceedings in Practice. En The International Journal of Commercial and Treaty Arbitration. 16 de Mayo 2011.
- Christina Ramberg. Emergency Arbitration – An examination of the SCC solution. Handelshögskolan Göteborg, Juridiska Institutionen Programmet för juris kandidatexamen. Enero 2010.
- Arbitration rules of the Singapore International Arbitration Centre. Cuarta edición. Julio 2010.
- Jonathan Leach y Julian Berenholtz. The expedited and emergency arbitrator procedures under the SIAC Rules Six months on, how have they fared?. Hogan Lowells. 2011.
- Chale Pryes. Singapore: The Hub of arbitration in Asia. En Singapore international Arbitration Center.
- Chan Darius. Singapore’s International Arbitration Act 2012 vs Hong Kong’s Arbitration Ordinance 2011. Singapore Law Watch. Marzo 2012.
- ACICA Arbitration Rules incorporating the Emergency Arbitrator Provisions. Agosto 2011.
- S R Luttrell y G A Moens. Commentary on the Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration.
- Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Gaillard and Savage (ed) (1999): en kluwer
- YONIR TECHNOLOGIES, INC. v. DURATION SYSTEMS LTD. (consultado el 27 de julio de 2012) Disponible en: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=2002439244FSupp2d195_1418.xml.
- Emergency Arbitrator About an Emergency Arbitrator. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. (consultado el 29 de Julio de 2012). Disponible en. <http://www.sccinstitute.se/skiljeforfarande-2/emergency-arbitrator.aspx>.
- Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp. (consultado el 4 de Julio de 2012). Disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/935/1019/283626/>.
- BANCO DE SEGUROS DEL ESTADO v. MUT. MARINE OFFICE (consultado el 4 de Julio de 2012). Disponible en: http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=2003599344F3d255_1580.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006.
- Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc. (consultado el 5 de Julio de 2012) Disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/04-2000/042000.u-2011-03-14.html>.
- PUBLICIS COMMUNICATION v. TRUE NORTH COMMUNICATIONS INC. (consultado el 5 de Julio de 2012) Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1438378.html>
- Contributing editors: Gerhard Wegen and Stephan Wilske. Arbitration in 50 jurisdictions worldwide. 2010.
- Talero Rueda Santiago. Arbitraje comercial internacional instituciones básicas y derecho aplicable. Temis. 2008. Página 137-160.
- Silva Romero Eduardo y Mantilla Espinosa Fabricio. El Contrato de Arbitraje. Legis. Primera edición. 2005. Página 79-110.
- Devis Echandia Hernando. Nociones generales de derecho procesal civil. Segunda edición. Bogotá. Temis.