

Y ahora, ¿quién podrá defendernos? El árbitro de emergencia



HUÁSCAR EZCURRA RIVERO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho por la Universidad de Yale (Estados Unidos).
Profesor de Teoría General del Derecho y Destrezas Legales en la
Pontificia Universidad Católica del Perú.

JULIO OLÓRTEGUI HUAMÁN

Estudiante de la Facultad de Derecho la Universidad Peruana de
Ciencias Aplicadas.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Buscando la solución. El arbitraje de emergencia a nivel internacional:
 1. Aplicación por default o "mecanismo opt-out";
 2. Período de aplicación;
 3. Designación rápida y calendario;
 4. Confidencialidad;
 5. Aplicación *ex parte*;
 6. Jurisdicción concurrente con las cortes nacionales;
 7. Estatus de las decisiones del árbitro de emergencia;
 8. El árbitro de emergencia una vez constituido el tribunal arbitral.
- III. El arbitraje de emergencia en el Perú. ¿Es viable su aplicación?
- IV. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores ventajas que ofrece el arbitraje frente a la opción del Poder Judicial es que las partes tienen la opción de diseñar un proceso a la medida de su necesidad, y parte importantísima de dicho diseño, lo constituye la conformación, por acuerdo, del tribunal arbitral que decidirá la disputa. Las partes conforman un tribunal adecuado a la naturaleza de su negocio y a la especialidad que se discute. La posibilidad de elegir a la autoridad que define el caso les da predictibilidad, les da confianza.

¿Pero cuánto tiempo puede tomar constituir el tribunal arbitral? ¿Y si se tratara de una situación de emergencia que requiere ser atendida en el menor tiempo posible por el tribunal, quién podrá defendernos mientras el tribunal se conforma?

A modo de ejemplo, pensemos en tres casos:

Imaginemos que una parte considera que la otra ha incumplido el contrato y amenaza con ejecutar una carta fianza. ¿Cómo evito la ejecución de las cartas fianza hasta que se decida la controversia?, si inicio arbitraje ¿cuánto tomaría obtener la medida en el Poder Judicial?

Como segundo caso, una parte amenaza con paralizar las obras hasta que no le concedan las ampliaciones de plazo y los adicionales que ha solicitado. ¿Cómo evito que paralice la obra hasta que se decida la controversia?, si inicio el arbitraje ¿obtendré la medida a tiempo?

Finalmente, en un tercer caso las partes de un convenio de accionistas incluyeron en su acuerdo una cláusula de confidencialidad que contenía la obligación de mantener confidencial cualquier disputa o discrepancia entre ellas. Ha surgido una discrepancia entre las partes y una de ellas, estratégicamente, ha comenzado a ventilar públicamente la disputa causando daño a la empresa -de la que ambos son accionistas- y naturalmente a su contraparte. ¿Cómo logro que se deje de violar la confidencialidad hasta que se resuelva la disputa? ¿Inicio un arbitraje? ¿O mejor solicito una medida al Poder Judicial?

¿Cuánto tiempo tomaría constituir un tribunal arbitral que dicte una medida provisional orientada a mantener el estatus quo? ¿1 mes?, ¿2 meses? Y si una parte se comporta estratégicamente y recusa una y otra vez, ¿6 meses? ¿8 meses?

Para casos como los comentados, incluso cuando la parte que se va a ver perjudicada intente iniciar un arbitraje con la mayor celeridad posible, el periodo entre la presentación de la solicitud de arbitraje y la composición efectiva del tribunal arbitral, puede generar un amplio espacio de tiempo, que determina que para medidas provisorias temporales -medidas cautelares-, no exista otra opción que acudir al Poder Judicial¹. Y acudir al Poder Judicial es justamente lo que se buscó evitar cuando se pactó arbitraje.

Si el Poder Judicial es la mejor opción para resolver la urgencia reflejada en los tres casos de los

1. EHLE, Bernd. *Emergency Arbitrator in Practice*. En MULLER, Christoph y Antonio RIGOZZI (editores). *New Developments in International Commercial Arbitration 2013*. Zurich: Schulthess, 2013, p. 89. En la misma línea de ideas, revisar D'AGOSTINO, Justin. "First aid in arbitration: Emergency Arbitrators to the rescue". "In an emergency, swift and effective action is required. Yet in international arbitration proceedings, it can take weeks or months to constitute an arbitral tribunal. What options, then, are open to a party in need of urgent interim relief before an arbitral tribunal has been formed? In many circumstances, applying to the national courts of the relevant jurisdiction will be an unattractive prospect - for all of the reasons the parties chose arbitration in the first instance (...)."

El texto puede ser consultado en el siguiente enlace:

<<http://kluerarbitrationblog.com/blog/2011/11/15/first-aid-in-arbitration-emergency-arbitrators-to-the-rescue/>>.

ejemplos, ello muestra que se requiere buscar una mejor solución.

En el Poder Judicial los procesos son lentos, de impredecible resultado y públicos. Todas malas noticias para los negocios². Los negocios hoy demandan rapidez, especialidad y predictibilidad. Confianza.

Y el arbitraje, por el problema comentado para los tres casos de nuestros ejemplos, es todavía una respuesta incompleta a las necesidades de los negocios.

Y ahora, ¿quién podrá defendernos? Justamente en respuesta a estos problemas muchas instituciones arbitrales han adoptado la figura del árbitro de emergencia que busca responder de forma efectiva las necesidades de la comunidad de negocios³.

II. BUSCANDO LA SOLUCIÓN. EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA A NIVEL INTERNACIONAL

En ocasiones, al inicio de una disputa las partes tienen la necesidad de preservar la evidencia que podría ser relevante y primordial para la resolución del conflicto, o, en otros, tienen la necesidad de prevenir la ejecución abusiva de

una garantía bancaria o evitar la desaparición de activos. Dicho de otra forma, existen casos en que las partes necesitan con urgencia preservar o restablecer el status quo. Y sin la posibilidad de obtener tal protección de forma efectiva y obtenerla de inmediato, la finalidad del procedimiento arbitral pelagra cuando el resultado final depende de la medida solicitada⁴.

Esta problemática no es nueva. En 1990, la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI o ICC por sus siglas en inglés) intentó brindar a sus administrados un mecanismo efectivo para solucionar esta clase de situaciones. Con ese objetivo desarrolló el *Pre Arbitral Referee Procedure*.

Este procedimiento permite la designación inmediata de una persona conocida como "Réferi", quien tiene el poder para emitir ciertas órdenes antes de que dicho caso sea conocido por un tribunal arbitral o la jurisdicción nacional competente⁵. Sin embargo, debido a que dichas reglas no estaban incorporadas en el cuerpo principal de su reglamento y, además, exigían el pacto expreso de las partes para su aplicación -sistema *opt-in*-, ello determinó que el mecanismo fuera usado sólo 12 veces desde 1990 hasta 2012⁶.

Considerando la experiencia anterior, entre el 2006 y el 2013 muchas instituciones arbitrales

2. Para una perspectiva desde el punto de vista del Arbitraje Comercial Internacional, revisar: CASTINEIRA, Eliseo. *The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration*. En KAPLAN, Charles y Philippe PINSOLLE. *The Paris Journal of International Arbitration*. L.G.D.J Lextenso editions, 2012, número 1, p. 66.

3. EHLE, Bernd. *Op. cit.*, p. 89.

4. *Ibid.* En la misma línea de ideas, revisar: FALK, Karl. *Emergency Arbitration - An examination of the SCC solution*.

"The purpose being to protect assets and information that might otherwise be altered or lost or otherwise rendered useless or of less value by one party to the detriment of the other, so as not to make the main arbitration proceeding meaningless".

El texto puede ser consultado en el siguiente enlace:

<https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/24306/1/gupea_2077_24306_1.pdf>.

5. LENG SUN, Chan y Tan WEIYI. "Making Arbitration effective: Expedited procedures, emergency arbitrations and interim relief". *Contemporary Asia Arbitration Journal*. 2013, volumen 6, número 2, p. 360.

6. MIRÓ GILI, Marius. "La decisión del Árbitro de Emergencia: Su contenido, ejecutabilidad y ejecución". Dicho texto puede ser consultado en el siguiente enlace: <<http://www.rocajunyent.com/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_La_decision_del_arbitro_de_emergencia_%232E%23_Su_contenido_ejecutabilidad_y_ejecucion_a560b2e5%232E%23pdf/chk.1b70a5bb04308490f819cec818e5fd97>>.

a nivel mundial han ido introduciendo en sus reglamentos de arbitraje la figura del árbitro de emergencia como solución a casos en los cuales una parte necesita una medida de protección antes del inicio del procedimiento arbitral.

Las instituciones arbitrales que decidieron adoptar el procedimiento del arbitraje de emergencia dentro de sus nuevos reglamentos son las siguientes:

- ♦ International Center for Dispute Resolution (ICDR). Reglamento de Arbitraje del 2006 - Artículo 37.
- ♦ International Center for Conflict Prevention and Resolution (CPR). Reglamento de Arbitraje del 2007 - Artículo 14.
- ♦ Singapore International Arbitration Centre (SIAC). Reglamento de Arbitraje del 2010 - 26(2) Apéndice I.
- ♦ Stockholm Chamber of Commerce (SCC). Reglamento de Arbitraje del 2010 - Artículo 32 (4) y Apéndice II.
- ♦ Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Instituut (NAI). Reglamento de Arbitraje de 2010 - Sección Cuatro A (Artículos 42a - 42o).
- ♦ Australian Center for International Chamber of Commerce (ACICA). Reglamento de Arbitraje de 2011 - Artículo 28.1(a) y Apéndice 2.
- ♦ International Chamber of Commerce. Reglamento de Arbitraje del 2012 - Artículo 29(1) y Apéndice II.
- ♦ The Swiss Chambers' Arbitration Institution. Reglamento de Arbitraje de 2012 - Artículo 43.

- ♦ The Hong Kong International Arbitration Centre. Reglamento de Arbitraje de 2013 - Art. 23.1 y Apéndice 4⁷.

Si bien temas como los costos, los plazos para designar al árbitro de emergencia o los días que se tienen para emitir la decisión son regulados de manera particular en cada reglamento de arbitraje, existen ciertas características similares en la mayoría de reglamentos a nivel internacional.

1. Aplicación por default o "mecanismo opt-out"

A diferencia del "*Pre Arbitral Referee procedure*", en todos los reglamentos modernos de arbitraje la figura del árbitro de emergencia opera de manera automática. Una parte puede solicitar la aplicación del procedimiento del árbitro de emergencia aún si no se ha acordado de manera expresa. En este sentido, si las partes no desean su aplicación deberán pactar expresamente que dicho procedimiento no regirá para su relación (*opt-out*)⁸.

De esta forma, teniendo en cuenta el poco uso que tuvo el "*Pre Arbitral Referee Procedure*" como mecanismo alternativo al Poder Judicial para solicitar medidas de urgencia previas a la constitución del tribunal arbitral, las instituciones arbitrales decidieron que un "mecanismo opt-out" sería el idóneo para lograr que arbitraje de emergencia cumpla con su finalidad.

2. Periodo de aplicación

En estos casos existen dos posturas a nivel de regulación internacional. Por un lado, instituciones como la ICDR, SIAC, ACICA y HKIAC han establecido que la solicitud para la aplicación del árbitro de emergencia puede realizarse con, o después, de la presentación de la solicitud de arbitraje. Por otro lado, la ICC, SCC y la Swiss Chambers' Arbitration Institution permiten a la

7. La presente lista ha sido sacada de EHLE, Bernd. Op. cit., p. 89. y MIRO GILL, Marius. Loc. cit.

8. EHLE, Bernd. Op. cit., p. 89.

parte que busca una tutela de emergencia el poder solicitar el nombramiento de un árbitro de emergencia antes de la solicitud de arbitraje⁹.

Frente a ambas regulaciones, compartimos la crítica de Born y Lee a la opción tomada por la HKIAC y demás instituciones arbitrales:

"Debido a que el procedimiento del árbitro de emergencia está destinado a conocer situaciones de extrema urgencia, hace poco sentido el forzar a las partes a esperar hasta el comienzo formal del procedimiento arbitral para buscar medidas temporales a través de dicho procedimiento. Dicha restricción formal no parece servir a ningún propósito práctico, y cualquier intento de abusar del procedimiento del árbitro de emergencia (por ejemplo, utilizar el procedimiento del arbitraje de emergencia fuera del contexto de un arbitraje) puede ser solucionado agregando una advertencia similar a la incluida en el reglamento de la ICC, donde la solicitud del árbitro de emergencia sólo es válida si una solicitud de arbitraje es presentada poco tiempo después."¹⁰

Consideramos que la regulación adoptada por la ICC, centralmente en su artículo 1(6) del Apéndice V de su Reglamento de Arbitraje¹¹, es consistente con la finalidad del procedimiento del árbitro de emergencia, pues permite a las partes solicitar medidas de urgencia

previamente al inicio formal del arbitraje, sin dejar espacio para el eventual uso abusivo de dicha figura.

3. Designación rápida y calendario

Por su naturaleza, el procedimiento del árbitro de emergencia tiene que ser rápido. El plazo que tiene la institución para designar al árbitro de emergencia varía entre diversas instituciones, siendo el promedio entre 24 a 48 horas desde la recepción de la solicitud de arbitraje¹².

No sólo es importante que el árbitro de emergencia sea designado de manera célere, sino que además debe ser elegido considerando su especialidad, experiencia e inmediata disponibilidad.

Asimismo, por su naturaleza, el procedimiento tiene un calendario corto. Algunas instituciones arbitrales como la ICC o la ICDR disponen que el árbitro de emergencia debe establecer, dentro de los 2 días que se les transfiere el expediente, un calendario procesal, para, de esta forma, dar a conocer a las partes cómo se desarrollará el procedimiento.

Instituciones como la SCC y ACICA son particularmente exigentes con respecto a la duración del procedimiento. Le otorgan al árbitro de emergencia sólo 5 días desde que se le transfiere el expediente para emitir una decisión, pudiendo ser extendido a pedido del árbitro. Por otro lado, la ICC, HKIAC y la Swiss Chambers'

9. *Idem*, p. 92.

10. BORN, Gary y Sabrina LEE. *The Emergency Arbitrator Procedure under the New HKIAC Rules*. *Asian Dispute Review*, 2013, p. 117. Traducción libre del siguiente texto: "Because the emergency arbitrator procedure is intended to address situations of extreme urgency, it makes little sense to force parties to wait until formal commencement of arbitral proceeding to seek interim relief through that procedure. Such formalistic restriction does not seem to serve any practical purpose, and any concerns regarding abuse of the emergency arbitrator process (i.e., use of the emergency arbitrator process outside the context of an arbitration) could be addressed by adding a caveat similar to the included in the ICC Rules, whereby an application for emergency arbitrators is only valid if a Notice of Arbitration is served shortly thereafter".

11. "Apéndice V. Artículo 1(6).

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".

12. EHLE, Bernd. *Op. cit.*, p. 94.

Arbitration Institution establecen un plazo de 15 días para emitir una decisión¹³.

Las instituciones a nivel internacional le confieren al árbitro de emergencia absoluta discrecionalidad para que defina cómo conducirá el procedimiento, correspondiendo que decida, entre otros, sobre la necesidad de escuchar a las partes, o definir si decidirá sólo en base a los escritos y prueba documental presentada.

4. Confidencialidad

Al igual que un tribunal arbitral ordinario, el árbitro de emergencia deberá ser notificado de la obligación de confidencialidad que asume al momento de aceptar su designación. De esta forma, el árbitro de emergencia podrá ser encontrado tanto civil como, en su caso, penalmente responsable en caso violase su obligación de confidencialidad¹⁴.

5. Aplicación *ex parte*

Cierto tipo de medidas de emergencia sólo son efectivas si es que media el elemento sorpresa. Por ejemplo, frente a bienes que pueden ser fácilmente enajenados, la comunicación por parte del árbitro de emergencia podría devenir en que la parte contra quien se quiere entablar dicha medida los disponga ni bien tome conocimiento.

Para casos como estos existen las medidas *ex parte*. A través de ellas, el árbitro de emergencia decide si otorgar o no la medida de urgencia sin comunicar a la otra parte de dicho pedido. En caso se decida otorgar la medida, la contraparte es comunicada de la decisión pudiendo plantear reconsideración.

A nivel internacional sólo la Swiss Chambers' Arbitration Institution regula en su reglamento

la posibilidad de que el árbitro de emergencia dicte esta clase de medidas *ex parte*.

En los reglamentos de la ICC, la SCC o la HKIAC, por poner algunos ejemplos, el tribunal arbitral no cuenta con esta facultad, pues la misma no ha sido establecida de modo expreso, motivo por el cual -por extensión- podría concluirse que el árbitro de emergencia tampoco la tendrá.

6. Jurisdicción concurrente con las cortes nacionales

Todas las instituciones a nivel internacional, al momento de regular esta figura, dejan expresa constancia de que las partes, sin perjuicio de haber pactado el mecanismo del arbitraje de emergencia, aún pueden recurrir a las cortes nacionales en búsqueda de medidas de urgencia.

Lo anterior es importante pues, por ejemplo, en caso se necesite medidas de urgencia que involucren a terceros, la parte que busca dicha medida deberá tener intacto su derecho de recurrir a las cortes nacionales.

7. Estatus de las decisiones del árbitro de emergencia

El estatus o naturaleza de las decisiones del árbitro de emergencia es otro tema que no es pacífico a nivel internacional. ¿Estamos ante una orden o estamos ante un laudo? Instituciones como la ICDR, la SIAC y la ACICA permiten que el árbitro de emergencia pueda emitir una decisión en la forma de una "orden" o de un "laudo". Otras, como la ICC establecen que la decisión del árbitro de emergencia será emitida sólo bajo la forma de una "orden"¹⁵.

Teniendo esto en mente, uno podría preguntarse ¿por qué se regula de manera distinta

13. *Idem.*, p. 95.

14. CASTINEIRA, Eliseo. *Op. cit.*, p. 77.

15. FRY, Jason. "Emergency Arbitrator-Flawed Fashion or Sensible Solution?" La información puede ser consultada en el siguiente enlace: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=67cfcc66-ff0e-454a-b23e-e63a5cc4181c>>.

el estatus de las decisiones de los árbitros de emergencia?

Esto se debe a que existen diferencias entre una "orden" y un "laudo", siendo la más importante las relacionadas con su ejecutabilidad.

Por ejemplo, la Convención de Nueva York, uno de los instrumentos más importantes a nivel internacional relacionado al tema de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, establece en su artículo I(1)¹⁶ que a través de dicho instrumento sólo se pondrán reconocer o ejecutar "laudos", no haciendo ninguna mención con respecto a las "órdenes".

Sin embargo, tal y como comenta Fry:

"(...) algunos reglamentos de arbitraje le confieren la facultad a los árbitros de emergencia de poder 'laudar' medidas de emergencia, garantizando, de esta forma, la ejecutabilidad de sus decisiones. Sin embargo, esta solución no es una panacea para los problemas (...) porque (...) dicha clasificación no es dispositiva. Son las cortes nacionales quienes, en última instancia, decidirán si dicha 'interim measure' es un 'laudo' para los propósitos de declarar su nulidad o declarar el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero."¹⁷

Si bien la Convención de Nueva York no cuenta con una decisión de "laudo" en su redacción, la

mayoría de autores considera que sólo laudos finales han de ser considerados como "laudos" para efectos de la Convención de Nueva York¹⁸. Así, si bien una "orden" y un "laudo" tienen naturalezas distintas, en el presente caso, la nomenclatura que se le intente dar a las decisiones de un árbitro de emergencia será sólo un juego de nomenclatura, ya que, finalmente, las cortes nacionales serán las que decidirán si dicha decisión es ejecutable.

A nivel internacional, un claro ejemplo de una jurisdicción que ha tomado una postura pro arbitraje en este tema son las cortes de los Estados Unidos.

En esta línea, Lemenez y Quigley comentan lo siguiente:

"(...) en el caso de Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc., el 4° Circuito explicó que los 'paneles arbitrales' deben tener competencia para proferir medidas cautelares provisionales con naturaleza de mandamiento judicial y las cortes de distrito deben tener el poder de confirmar y hacer cumplir la medida cautelar como 'definitiva' para que así la medida tenga dientes."¹⁹

8. El árbitro de emergencia una vez constituido el tribunal arbitral

A nivel internacional, y siguiendo la lógica de su naturaleza, el árbitro de emergencia sólo

16. Artículo I.

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

17. FRY, Jason, *Loc. cit.* Traducción libre del siguiente texto: "(...) some arbitration rules empower emergency arbitrators to 'award' emergency measures, thereby seemingly guaranteeing the enforceability of their decisions. However, this solution is not a panacea for the ills (...) precisely because (...) such labels are not dispositive of the issues. National courts will ultimately decide whether decisions made on interim measures are 'awards' for the purpose of their own setting aside procedures or in respect of an action for recognition and enforcement of a foreign decision".

18. *Ibid.*

19. LEMENEZ, Guillaume y Paul QUIGLEY, *El procedimiento del árbitro de urgencia del CIRD en acción*, *Revista Internacional de Arbitraje*, 2009, p. 205.

Reglas	Opt-in	Aplicación	Ex - parte	Retiro o Terminación de la Orden o laudo
Singapur International Arbitration Center (SIAC)	Cualquier parte puede aplicar	Concurrentemente con la solicitud de arbitraje o posterior a ésta.	No. Siempre se notificará a la otra parte.	La Orden o el Laudo cesará: (i) Cuando el tribunal arbitral la modifica o lo deja sin efecto; (ii) si el tribunal arbitral no es constituido dentro de los 90 días de haberse emitido la orden o laudo; o (iii) cuando el tribunal arbitral emite un laudo final.
Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC)	Cualquier parte puede aplicar	Concurrentemente con la solicitud de arbitraje o posterior a ésta.	No. Cada parte debe tener el derecho a ser oída.	La Orden o el Laudo dejará de ser vinculante: (i) si el árbitro de emergencia o el tribunal arbitral lo deciden; (ii) cuando el tribunal arbitral emite un laudo final; frente al desistimiento de la demanda o la terminación del arbitraje antes que se emita un laudo final; o (iv) si el tribunal arbitral no es constituido dentro de los 90 días de emitida la decisión del árbitro de emergencia.
International Chamber of Commerce (ICC)	Cualquier parte puede aplicar; las partes pueden decidir no aplicarlo (opt - out)	Antes de la solicitud de arbitraje (dentro de un plazo de 10 días antes de la presentación de la solicitud)	No. Cada parte debe tener el derecho a ser oída.	La Orden o el Laudo dejará de ser vinculante: (i) la corte acepta una recusación en contra del árbitro de emergencia; o (ii) el tribunal arbitral emite un laudo final.
The International Center for Dispute Resolution (ICDR)	Cualquier parte puede aplicar; las partes pueden decidir no aplicarlo (opt - out)	Antes de la constitución del tribunal arbitral	No. Cada parte debe tener el derecho a ser oída.	La Orden o el Laudo cesan cuando el tribunal arbitral lo modifica o deja sin efectos.

tendrá facultades hasta que se constituya el tribunal arbitral, quien no se verá vinculado por la decisión del árbitro de emergencia, pudiendo modificarla o dejarla sin efecto.

En este sentido, para poder apreciar de una manera más clara la regulación a nivel internacional de la figura del árbitro de emergencia, estimamos conveniente presentar el siguiente cuadro, el cual resume las características más resaltantes de dicha figura en los reglamentos de 4 de las principales instituciones arbitrales a nivel internacional²⁰.

A modo de resumen, podríamos establecer que frente a la necesidad de resolver una

medida cautelar o provisional con carácter de urgencia, las partes podrán recurrir a la figura del árbitro de emergencia, el cual, en un procedimiento contradictorio breve, pero intenso, emitirá una orden razonada, en la cual analice la concurrencia de los requisitos exigidos para la estimación -o, en su ausencia, desestimación- de las medidas solicitadas, sin prejuzgar el fondo del asunto y pronunciándose, en todo caso, acerca de la condena en costas²¹.

Finalmente, teniendo en cuenta las características mencionadas anteriormente, ¿qué ventajas ofrece esta figura para el arbitraje?

20. LENG SUN, Chan y Tan WEIYI. *Op. cit.*, pp. 364-365.

21. STAMPA, Gonzalo. *Árbitros de Emergencia, medidas cautelares y controversias societarias*. La presente información puede ser consultada en el siguiente enlace: <<http://static.diariojuridico.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/arbitro-de-emergencia-medidas-cautelares-y-controversias-societarias.pdf>>.

i) **Especialidad, y predictibilidad:** La especialidad y la predictibilidad son unas de las principales ventajas que ofrece esta figura. Como comentamos anteriormente, los árbitros de emergencia serían personas con amplia experiencia y especializadas en los temas de discusión.

ii) **Celeridad:** Por naturaleza, el procedimiento del árbitro de emergencia es célere. Para utilizar un buen ejemplo, consideramos pertinente revisar lo regulado en el artículo 29 del Reglamento de la ICC. En este sentido, en caso las partes opten por utilizar un procedimiento de arbitraje de emergencia, el árbitro designado tendrá que emitir una orden en la cual estima o desestima la medida cautelar en un plazo de 15 días contados desde que se le remitió el expediente. El siguiente cuadro esquematiza cuál es el procedimiento de un arbitraje de emergencia y cuánto le tomaría al árbitro emitir una orden.

iii) **Confidencialidad:** Asimismo, otra de las ventajas es que, al referirnos a un arbitraje, el proceso y las medidas cautelares que

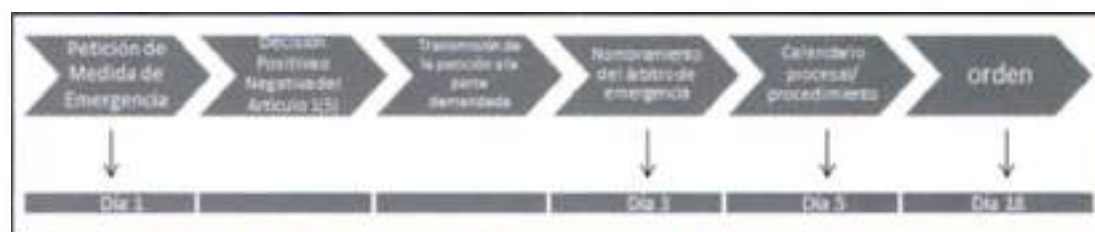
sean conocidas por el árbitro de emergencia tendrán la calidad de confidenciales, a diferencia las conocidas en sede judicial, que son públicas.

III. EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN EL PERÚ. ¿ES VIABLE SU APLICACIÓN?

Habiendo realizado un breve desarrollo de las principales características del arbitraje de emergencia a nivel internacional, cabe hacernos la siguiente pregunta ¿Admite el Decreto Legislativo 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje) la posibilidad que las partes lo pacten en su convenio arbitral o que algún Reglamento de Arbitraje regule la figura del árbitro de emergencia?

Si la ley de arbitraje nacional de un país prohíbe que los tribunales arbitrales puedan dar medidas cautelares (tal como ocurre en Argentina, China, Grecia, Italia y Quebec) es seguro que esta prohibición también se aplicará para los arbitrajes de emergencia²².

El artículo 47 de la Ley de Arbitraje²³ reconoce la facultad al tribunal arbitral, una vez constituido,



22. VAN HOOFT, Annet y Jacob GRIERSON. *Arbitrating under the 2012 ICC rules. An introductory user's guide*. Kluwer Law International, 2012, p. 59.

23. "Artículo 47.- Medidas cautelares.

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;

b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;

de adoptar las medidas cautelares necesarias para poder garantizar la eficacia del laudo.

Entonces, al no existir alguna restricción en la Ley de Arbitraje con respecto a la facultad de los tribunales arbitrales para emitir medidas cautelares, y teniendo en mente el principio de la autonomía de la voluntad, no vemos razón alguna para que las partes no puedan pactar la designación de un "árbitro de emergencia" que tenga la facultad de emitir medidas de urgencia -medidas cautelares previa constitución del tribunal arbitral-, para de este modo, evitar recurrir al Poder Judicial.

En el mismo sentido, dicha figura podría insertarse en el reglamento arbitral de cualquiera de las

principales instituciones arbitrales del país.

Asimismo, es importante comentar que en el 2008 el Perú derogó la Ley 26572, norma que desde 1996 había regulado el arbitraje, con la finalidad de promulgar una nueva ley de arbitraje que, entre otras cosas, adoptara las enmiendas a la Ley Modelo UNCITRAL realizadas en el 2006 (en adelante, la Ley Modelo).

En esta línea de ideas, el artículo 48 de la Ley de Arbitraje²⁴, si bien no de manera literal, adoptó el artículo 17(H)(1)²⁵ de la Ley Modelo.

Así, la redacción de los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje vuelven al Perú una plaza suma-

c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o

d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.

7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.

8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes".

24. "Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola

mente favorable para el desarrollo de la figura del arbitraje de emergencia. Siempre que se les de la correcta interpretación, dichos artículos solucionan muchos de los problemas que mencionamos al desarrollar las características del arbitraje de emergencia a nivel internacional.

En primer lugar, el artículo 47 habilita a los tribunales arbitrales el poder dictar medidas cautelares *ex parte*²⁶, motivo por el cual dicha facultad debería extenderse a los árbitros de emergencia.

En segundo lugar, y más importante aún, el artículo 48 desarrolla, de manera expresa, la

obligación de las cortes nacionales de ejecutar las medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales ubicados tanto dentro como fuera del Perú.

Anteriormente, al desarrollar la decisión de los árbitros de emergencia, comentábamos que, a nivel internacional, las instituciones arbitrales optaban por darle la forma de "laudo" o de "orden", siendo la principal preocupación la ejecutabilidad de dicha decisión.

Gracias al artículo 48 de la Ley de Arbitraje, en el Perú, la ejecutabilidad de las decisiones de los árbitros de emergencia no debería representar un problema.

discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades:

a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 75 o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este numeral.

b. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9.

c. Los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 76 serán de diez (10) días.

d. La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.

e. La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

25. "Artículo 17.H.- Reconocimiento y Ejecución

1.- Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga de otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución frente al tribunal competente, cualquier sea el Estado donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17.I".

26. Artículo 47.- Medidas cautelares.

(...)

3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, **podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.**

Independientemente de qué tipo de nomenclatura se les dé, ya sea la de un "laudo" o la de una "orden", siempre que dicho artículo sea interpretado de manera correcta, extendiendo sus efectos a las decisiones de los árbitros de emergencia, la ejecución de dichas decisiones, realizadas tanto por árbitros de emergencia nacionales como extranjeros, no deberá generar mayor complejidad.

Claro lo anterior, a continuación detallamos cuál sería una buena forma de regular las principales características de la figura del árbitro de emergencia.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Para finalizar el presente artículo, consideramos pertinente realizarnos las siguientes preguntas

¿Qué nos espera si el Perú da pasos hacia esta fórmula? ¿Será usada en el Perú? En buena parte dependerá de qué tan rápido y efectivo sea el proceso de emergencia. Si es más efectivo que el Poder Judicial y los costos del proceso no son prohibitivos²⁷, nuestro cálculo es que habrá demanda.

Una razón que podría afectar que surja esa demanda sería que el Poder Judicial mejore sustancialmente y obtener medidas cautelares fuera de proceso sea la fórmula preferida. Dudamos que eso ocurra. No obstante, en cualquier caso, la sola existencia de competencia entre el proceso de emergencia y las medidas cautelares judiciales fuera del proceso arbitral serán beneficiosas para los negocios. Esa competencia quizá mejore el proceso judicial y al mismo tiempo el de emergencia.

Arbitraje de emergencia	
Aplicación por default o "mecanismo opt-out"	Como ya se comentó, uno de los principales problemas que tuvo la figura del "Pre Arbitral Referee" fue el hecho de que tenía que pactarse su uso. Por el contrario, mediante un "mecanismo opt-out" las partes tendrán que pactar el no usarlo, aplicándose por default en caso que nada se diga.
Periodo de aplicación	Al igual que Born y Lee, nosotros también consideramos que la regulación concerniente al periodo de aplicación del árbitro de emergencia deberá ser similar al adoptado por la ICC. En este sentido, se podrá aplicar a la figura del árbitro de emergencia antes de la presentación de la solicitud de arbitraje, siempre que dicha solicitud sea presentada en un plazo breve.
Designación rápida y calendario	Seguimos la línea de la regulación a nivel internacional y consideramos que la celeridad en la designación y en el calendario del procedimiento de árbitro de emergencia son características vitales para que dicha figura cumpla con su finalidad. Sin embargo, a nuestro parecer, establecer plazos de 5 días para emitir una decisión como el presente en los reglamentos de la SCC o la ACICA puede generar el riesgo de que la decisión emitida no sea tan confiable. A nuestro parecer, un plazo de 15 días como el establecido en el reglamento de la ICC es uno muchísimo más razonable.
Confidencialidad	Seguimos la línea de la regulación a nivel internacional y consideramos que la confidencialidad otorgada a los procesos arbitrales regulares deberá ser extendida a los procedimientos de árbitro de emergencia.
Jurisdicción concurrente con las cortes nacionales	Si bien en el Perú, gracias al artículo 47 de la Ley de Arbitraje, los árbitros de emergencia podrán emitir medidas cautelares ex parte al igual que un tribunal arbitral ordinario, sus decisiones sólo vinculan a las partes que se sometieron a su jurisdicción. En este sentido, en caso las partes necesitasen de alguna medida cautelar que involucre a un tercero, el único que podrá concedérselas será una corte nacional competente.
Estatus de las decisión del árbitro de emergencia	Teniendo en claro que la principal razón para distinguir entre "laudos" y "órdenes" era el querer darle un mejor estatus a la decisión del árbitro de emergencia al momento de solicitar la ejecución, dicha diferenciación no tendrá mayor relevancia en el Perú. Así, gracias al artículo 48 de la Ley de Arbitraje, las medidas cautelares emitidas por los árbitros de emergencia serán plenamente ejecutables por las cortes nacionales.
El árbitro de emergencia una vez constituido el tribunal arbitral	Seguimos la línea de la regulación a nivel internacional y consideramos acertada la decisión de mantener al árbitro de emergencia sólo hasta la constitución del tribunal arbitral, dejando claro además que la decisión del primero no vincula al segundo.

27. Por ejemplo, los costos del procedimiento en el Perú deberán ser bastante más bajos que los de la ICC, en donde los costos del procedimiento del árbitro de emergencia asciende a US\$ 40 000.00.

¿Qué perfil de árbitro se requerirá? Uno que garantice la rapidez e imparcialidad de la decisión. No habrá espacio para los árbitros "ociosos". Esta figura demandará árbitros con buen criterio, solvencia y muy trabajadores. Nuestro pronós-

tico es que será un mercado que exigirá mucho profesionalismo del árbitro. Y esa competencia también será conveniente para mejorar nuestro mercado arbitral.

