

EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN EL NUEVO REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCI¹

FERNANDO ESTAVILLO CASTRO²

SUMARIO. 1. *Introducción.* 2. *Concepto.* 2.1. *Medidas precautorias, cautelares, provisionales.* 2.2. *Medidas provisionales a cargo del árbitro de emergencia.* 2.3. *Diversos tipos de medidas provisionales.* 2.4. *Estándares para otorgar medidas provisionales.* 3. *Antecedentes.* 4. *El procedimiento de árbitro de emergencia de la CCI.* 4.1. *Marco General.* 4.2. *Regla General aplicable al procedimiento.* 4.3. *Petición de Medidas de Emergencia.* 4.4. *Nombramiento del árbitro de emergencia; entrega del expediente.* 4.5. *Recusación del árbitro de emergencia.* 4.6. *Sede del procedimiento del árbitro de emergencia.* 4.7. *Procedimiento.* 4.8. *Orden.* 4.9. *La Orden no es vinculante para el tribunal arbitral.* 4.10. *Cuándo la Orden deja de ser vinculante para las partes.* 4.11. *Costos del procedimiento.* 5. *Comentarios finales.*

1. Introducción.

El nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, en vigor a partir del 1 de enero de 2012 (“Reglamento”), además de conservar en su Artículo 28 la facultad del tribunal arbitral para ordenar a solicitud de parte medidas cautelares y provisionales, provee un nuevo procedimiento de árbitro de emergencia, previsto en su Artículo 29 y regulado en el Apéndice V del Reglamento, que contiene las reglas de árbitro de emergencia y el procedimiento respectivo.

Este nuevo procedimiento de la CCI, además de ser optativo, es independiente de las medidas cautelares y provisionales a que se refiere el Artículo 28 del Reglamento y también es independiente del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI, vigente a partir del 1º. de enero de 1990, que continúa en vigor.

2. Concepto.

2.1. Medidas precautorias, cautelares, provisionales.

¹ Este trabajo fue preparado en marzo de 2013 por invitación del Instituto Peruano de Arbitraje, para su publicación en el Tratado de Derecho Arbitral – Los Árbitros, que editará dicho Instituto. Asimismo, a invitación de ICC México, fue publicado en el No. 68 de Pauta, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, correspondiente al mes de junio de 2013.

²Socio fundador, Miranda & Estavillo, S.C., de México, D.F. (1974-2014) y actualmente *of counsel* de dicho despacho; miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (enero 2000 a junio 2012) y actualmente miembro de la Comisión de Arbitraje y ADR y del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI, de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALArb), del Instituto Mexicano del Arbitraje (IMA), de la Comisión de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) y del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC).

Las medidas precautorias, cautelares o provisionales, tienen por objeto permitir a las partes acudir a un tercero para que ordene medidas tendentes a resolver algún problema específico urgente. Ese tercero, puede ser la autoridad judicial o, en el caso del arbitraje, además de la autoridad judicial puede ser el árbitro si así lo hubieren convenido las partes. El concepto y el procedimiento de árbitro de

emergencia constituyen una nueva especie del género de medidas precautorias, cautelares o provisionales, como adelante se comenta.

Según GARY BORN³, las medidas provisionales descansan en la premisa de que, a fin de que un proceso de solución de controversias pueda funcionar de una manera justa y eficaz, es esencial que el tribunal posea una amplia facultad para salvaguardar los derechos de las partes y su propia autoridad, mientras estén pendientes las actuaciones en el procedimiento de solución de la controversia.

Autores como ALAN REDFERN y MARTIN HUNTER comentan que estas medidas son conocidas como “medidas provisionales de protección” tanto en la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) como en su Reglamento de Arbitraje y se refieren a las medidas provisionales como aquellas que se proponen conservar pruebas, proteger activos o, en alguna otra forma, mantener el *status quo* pendiente del resultado de los procedimientos arbitrales y, lo cual es entendible considerando el tiempo en que su obra fue escrita, mencionan que el tribunal arbitral no puede dictar medidas provisionales sino a partir del momento en que ha sido constituido y le ha sido enviado el expediente del arbitraje⁴.

Al respecto, GARY BORN⁵ define las medidas provisionales como laudos u órdenes dictados con el propósito de proteger a una de las partes en el procedimiento, o a ambas, del daño que pudieran sufrir en el curso del procedimiento arbitral, y se proponen preservar una situación jurídica o de hecho y pueden extenderse más allá de la mera conservación del *status quo* para requerir el restablecimiento de una situación previamente existente en el asunto o la realización de ciertos actos. Conceptos equivalentes, podemos también encontrarlos en FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN⁶, así como en CRAIG, PARK y PAULSSON⁷.

2.2. Medidas provisionales a cargo del árbitro de emergencia.

Las medidas objeto del procedimiento de árbitro de emergencia que contempla el Reglamento, son distintas de las medidas cautelares y provisionales

³ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, The Netherlands, 2009, Vol. II, p. 1943.

⁴ BLACKABY, Nigel y Partasides, Constantine, con Redfern, Alan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 444 y siguientes.

⁵ BORN, Gary B., ob. cit., pp. 1944.

⁶ GAILLARD, Emmanuel, y John Savage., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/ Boston/London, 1999, pp. 709 a 734.

⁷ CRAIG, W. Laurence; Park, William W. y Paulsson, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a. ed., Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, N.Y., 2000, pp. 460 a 469.

extrajudiciales comunmente disponibles (e incluso de aquéllas previstas por el propio Reglamento en su Artículo 28), que únicamente pueden ser ordenadas a partir del momento en que el tribunal arbitral ha sido constituido y tiene en su poder el expediente del arbitraje.

El procedimiento de árbitro de emergencia, por su parte, fue concebido con el objeto de que la parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral, pueda solicitar tales medidas (“Medidas de Emergencia”) aun antes de la presentación de la Solicitud de arbitraje (a condición de que la presente dentro de los diez días siguientes); o bien con posterioridad a dicha Solicitud, siempre y cuando la Petición de Medidas de Emergencia (“Petición”) haya sido recibida por la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral.

Los trabajos publicados recientemente al respecto por NATHALIE VOSER y CHRISTOPHER BOOG⁸, así como por MICHAEL W. BÜHLER⁹, son de particular interés y utilidad, como también lo es la obra de JASON FRY, SIMON GREENBERG y FRANCESCA MAZZA¹⁰, que analiza a profundidad todos los artículos del Reglamento y sus apéndices e incluye las disposiciones relativas al árbitro de emergencia.

2.2. Diversos tipos de medidas provisionales.

Según GARY BORN¹¹, las medidas provisionales pueden consistir en (i) órdenes para preservar el *status quo*, (ii) órdenes que prohíban el agravamiento de la disputa de las partes, (iii) órdenes que requieran la ejecución específica (*specific performance*) de obligaciones contractuales o de de otra índole, (iv) órdenes que requieran otorgamiento de garantía respecto de reclamaciones subyacentes, (v) órdenes que requieran otorgamiento de garantía respecto de costos legales, (vi) órdenes para la preservación o inspección de propiedades, (vii) ejecución de obligaciones de confidencialidad, (viii) órdenes de pago provisional, (ix) órdenes de no demandar (*antisuit*). Asimismo, en la práctica arbitral, existen amplias

⁸ VOSER, Nathalie y Boog, Christopher, “ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. ICC Services, Paris, vol. 22/Special Supplement-2011, pp. 81 a 92.

⁹ BÜHLER, Michael W., “ICC Pre-Arbitral Referee and Emergency Arbitrator Proceedings Compared”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. ICC Services, Paris, vol. 22/Special Supplement-2011, pp. 93 a 98.

¹⁰ FRY, Jason; Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*. Paris, ICC Services Publications Department, Paris, Publication 729 (2012), pp. 294 a 310.

¹¹ BORN, Gary B., ob. cit., pp. 1995 a 2011.

discusiones en torno a las llamadas *anti-suit injunctions* y *anti-arbitration injunctions*¹².

Estos tipos de medidas, si bien son representativos como ejemplo y podrían ser aplicables tanto mediante los procedimientos tradicionales como mediante el nuevo procedimiento de árbitro de emergencia, no necesariamente son los únicos que pueden ser concedidos por los tribunales arbitrales o por árbitros de emergencia, así como tampoco podría decirse que serían viables en todas las jurisdicciones.

2.3. Estándares para otorgar medidas provisionales.

GARY BORN¹³ se refiere a diversos estándares comúnmente utilizados por los tribunales arbitrales para resolver sobre el otorgamiento de medidas provisionales en el arbitraje internacional, y conviene al menos enunciarlos por su aplicabilidad al árbitro de emergencia. Tales estándares, según Born, son (i) el riesgo de un daño *irreparable* o *serio*, en caso de no ordenarse la medida (ii) la *urgencia* de la medida, (iii) la abstención de prejuzgar sobre el fondo del asunto al conceder la medida, (iv) la existencia de *jurisdicción* (facultades) para conceder la medida.

BORN menciona también, en relación con dichos estándares, que algunos tribunales han requerido que el solicitante de la medida demuestre una posibilidad *prima facie* de hacer prosperar su acción en cuanto al fondo, mas cabría mencionar que esto último parecería contradictorio con la obligación de abstenerse de prejuzgar sobre el fondo del asunto al conceder la medida, además de ser innecesario en virtud de la facultad del tribunal arbitral de exigir al solicitante el otorgamiento de una garantía por los daños que pudiera causar la medida, de resultar ésta injustificada.

3. Antecedentes.

El procedimiento de árbitro de emergencia que incluye el Reglamento, si bien es el más reciente y forma parte del sistema integral de solución de controversias diseñado por la CCI, tiene como antecedentes otras disposiciones similares de árbitro de emergencia, contenidas en las reglas del Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, del Instituto Internacional para Prevención y Solución de

¹² Ver, como ejemplos, GAILLARD, Emmanuel (Editor General), *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*. Jurispublishing Inc., Huntington, NY, 2005; CARDUCCI, Guido, "Arbitration, Anti-suit Injunctions and Lis Pendens under the European Jurisdiction Regulation and the New York Convention", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration (LCIA), Kluwer Law International, London, 2011, vol. 27, No. 2.; GORSKIE, Jennifer L., "US Courts and the Antiarbitration Injunction", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration (LCIA), Kluwer Law International, London, 2012, vol. 28, No. 2.

¹³ BORN, Gary B., ob. cit., pp. 1980 a 1993.

Conflictos, del Centro Internacional de Solución de Disputas (ICDR), de la Cámara de Comercio de Estocolmo y del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur¹⁴.

En México, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)¹⁵ contiene un procedimiento, adicional al de medidas provisionales, que permite el otorgamiento de medidas de emergencia.

4. El procedimiento de árbitro de emergencia de la CCI.

4.1 Marco General.

El procedimiento de árbitro de emergencia de la CCI está contenido en dos instrumentos del Reglamento, siendo el primero su Artículo 29(1), que señala los principios considerados fundamentales, a que deben someterse las partes al convenir la aplicación del procedimiento del árbitro de emergencia; y siendo el segundo el Apéndice V del Reglamento, que forma parte de éste y contiene en detalle las reglas a que debe sujetarse el procedimiento respectivo¹⁶.

El nuevo procedimiento es independiente de las medidas cautelares y provisionales a que se refiere el Artículo 28 del Reglamento y también es independiente del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI, vigente a partir del 1º. de enero de 1990, que continúa en vigor y respecto al cual existen diversas diferencias, que comenta MICHAEL BÜHLER¹⁷.

Conforme al Artículo 29(1) del Reglamento, la parte que requiera medidas cautelares o provisionales que no puedan esperar a la constitución del tribunal arbitral (“Medidas de Emergencia”), pueden solicitarlas conforme a las reglas contenidas en dicho Apéndice V, titulado Reglas de Árbitro de Emergencia.

El peticionario de las Medidas de Emergencia debe demostrar en su Petición que la medida solicitada es tan urgente, que no puede esperar a la constitución del tribunal arbitral¹⁸.

Según Bühler¹⁹, la limitación del recurso al procedimiento del árbitro de emergencia, a asuntos que no puedan esperar a la constitución del tribunal arbitral, implica que su alcance es más estrecho que el del Reglamento de

¹⁴ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 94.

¹⁵ Artículo 50.

¹⁶ VOSER, Nathalie y Boog, Christopher, ob. cit., p. 84.

¹⁷ BÜHLER, Michael W., ob. cit., pp. 93 a 98.

¹⁸ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. pp. 299 y 308.

¹⁹ BÜHLER, Michael W., ob. cit., pp. 94 y 95.

Procedimiento Precautorio Prearbitral conforme al cual el Tercero²⁰ (“*pre-arbitral referee*”) tiene la facultad de conceder una gama más amplia de medidas provisionales, que puede incluir no solo medidas provisionales de conservación o de reparación, sino también órdenes para el pago de lo debido, ejecución de ciertos actos conforme a lo contratado, y medidas necesarias para conservar o constituir pruebas; y todo ellos, sin la condición expresa de que exista urgencia.

El procedimiento de Árbitro de Emergencia es aplicable a los acuerdos de arbitraje celebrados a partir del 1º. de enero de 2012 en los que las partes hayan acordado someter sus diferencias al Reglamento, sin hacer una exclusión expresa de las “Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia” definidas en su Artículo 29(5).

Asimismo, el Reglamento dispone expresamente en su Artículo 29(5) que las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia se aplicarán sólo a las partes signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento o que sean sucesores de dichas signatarias, y esto ha llevado a la interpretación de que el procedimiento de árbitro de emergencia es inaplicable a arbitrajes con base en tratados²¹ a estados y entidades estatales, lo cual no ha estado exento de crítica²².

Por otra parte, el propio Reglamento señala expresamente los casos en que no son aplicables las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia, que se señalan a continuación.

De conformidad con el Artículo 29(6)(a) del Reglamento, dichas Disposiciones no son aplicables tratándose de acuerdos de arbitraje celebrados antes del 1º. de enero de 2012.

Igualmente, de conformidad con el Artículo 29(6)(b) del Reglamento, tampoco se aplican a acuerdos de arbitraje celebrados a partir del 1º. de enero de 2012, en los que las partes hayan optado expresamente por excluir este procedimiento, utilizando para ello la reserva prevista por la propia CCI en la cláusula modelo que propone para tal efecto, en la que el texto original de la cláusula modelo (que en caso de adoptarse sin reservas permitiría la aplicabilidad automática del procedimiento de árbitro de emergencia), se adiciona para indicar que “*Las Disposiciones del Árbitro de Emergencia no serán aplicables*”, lo que en la práctica arbitral es conocido como *opt out*.

Asimismo, de conformidad con el Artículo 29(6)(c) del Reglamento, tampoco son aplicables en caso de que las partes hayan acordado otro procedimiento prearbitral que prevea el otorgamiento de medidas cautelares, provisionales o similares.

²⁰ Término con el que en la versión en español del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral se designa al “*Referee*” a que alude la versión en inglés de dicho Reglamento.

²¹ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. p. 308.

²² VOSER, Nathalie y Boog, Christopher, ob. cit., pp. 83 y 84.

Esta última exclusión fue ampliamente discutida durante el proceso de redacción del Reglamento y deriva, entre otras razones, de una preocupación de FIDIC²³ en virtud de las características del sistema de solución de controversias existente en los contratos de FIDIC con cláusulas de arbitraje CCI, en los que se hubiere convenido el recurso a un mecanismo pre-arbitral de remedio provisional conforme al sistema FIDIC²⁴; y también deriva del hecho de que, como antes se dijo, continúa en vigor el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI²⁵.

Las Disposiciones sobre Árbitro de Emergencia no impiden solicitar medidas cautelares urgentes ante la autoridad judicial, tanto antes como después de haber solicitado Medidas de Emergencia conforme al Reglamento, sin que ello contravenga que el acuerdo de arbitraje o constituya una renuncia a éste, mas el solicitante de las medidas judiciales debe notificar ese hecho a la Secretaría (“Secretaría”) de la Corte Internacional de Arbitraje (“Corte”).

El Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral no contiene prohibición a las partes para solicitar medidas cautelares a la autoridad judicial²⁶.

4.2. Regla General aplicable al procedimiento.

Conforme al Artículo 8 del Apéndice V (Regla General), el Presidente de la Corte (“Presidente”) podrá decidir a su discreción todos los asuntos relacionados con la conducción del procedimiento del árbitro de emergencia que no estén expresamente previstos en dicho Apéndice V²⁷.

En ausencia del Presidente o a solicitud suya, cualquiera de los Vice-Presidentes de la Corte tendrá la facultad de tomar decisiones en nombre del Presidente.

En todos los asuntos concernientes al procedimiento del árbitro de emergencia que no estén expresamente previstos en el Apéndice V, tanto la Corte como el Presidente y el árbitro de emergencia deberán proceder dentro del espíritu del Reglamento y de dicho Apéndice.

²³ Federación Internacional de Ingenieros Consultores.

²⁴ VOSER, Nathalie y Boog, Christopher, ob. cit., p. 88; y BÜHLER, Michael W., ob. cit., pp. 93 a 98.

²⁵ BÜHLER, Michael W., ob. cit., pp. 93 a 98.

²⁶ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 97.

²⁷ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. p. 308.

4.3. Petición de Medidas de Emergencia.

El procedimiento de árbitro de emergencia se pone en marcha mediante una Petición de Medidas de Emergencia (“Petición”), que debe ser presentada a la Secretaría en cualquiera de sus oficinas y sólo será aceptada por la Corte si la Petición es recibida antes de la entrega del expediente del arbitraje al tribunal arbitral, independientemente de que el peticionario de la medida haya presentado o no su solicitud de arbitraje (“Solicitud”).

La Petición debe ser presentada en el idioma del arbitraje o, de no haberlo convenido las partes, en el idioma del acuerdo de arbitraje.

En caso de que la Petición de la Medida de Emergencia sea presentada antes de la presentación de la Solicitud de arbitraje, el Presidente debe terminar el procedimiento si la Solicitud de arbitraje no es recibida por la Secretaría dentro de los diez días siguientes a la presentación de la Petición, salvo que el árbitro de emergencia determine un plazo mayor.

Si con base en la información contenida en la Petición, el Presidente considera aplicables las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia del Reglamento, debe transmitir una copia de la Petición y sus anexos a la parte demandada o, en caso contrario, debe informar a las partes que el procedimiento del árbitro de emergencia no tendrá lugar respecto de una o más partes, transmitiéndoles además una copia de la Petición para información.

4.4. Nombramiento del árbitro de emergencia; entrega del expediente.

El Presidente debe nombrar al árbitro de emergencia dentro de un plazo de dos días a partir de que la Secretaría haya recibido la Petición.

Para nombrar al árbitro de emergencia, el Presidente debe realizar una selección cuidadosa a la luz de los requerimientos específicos del caso concreto y de las exigencias propias de las características del mismo, a fin de encomendar el desempeño de una función tan exigente como lo es la de árbitro de emergencia, a una persona que, entre otros, cuente con la experiencia, capacidad, conocimientos e incluso atributos de personalidad apropiados²⁸.

En este punto, Bühler destaca otra diferencia entre la forma de nombrar al árbitro de emergencia, y la que corresponde para el nombramiento del Tercero de conformidad con el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral, conforme al cual las propias partes pueden designar conjuntamente al Tercero antes de presentar su demanda de procedimiento precautorio prearbitral, y únicamente a falta de acuerdo entre las partes lo nombrará el Presidente²⁹.

²⁸ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. p. 296.

²⁹ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 95.

Si bien ningún árbitro de emergencia puede ser nombrado después de la entrega del expediente al tribunal arbitral, el árbitro nombrado antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, queda por ese hecho facultado para dictar una Orden dentro del plazo de quince días que le permite el artículo 6(4) del Apéndice V, aun cuando el expediente ya hubiere sido entregado al tribunal arbitral, además de que dicho plazo es prorrogable por el Presidente a solicitud motivada del árbitro de emergencia, o de oficio si el Presidente decide que es necesario hacerlo.

Una vez nombrado el árbitro de emergencia, la Secretaría debe notificar a las partes y entregar el expediente respectivo al árbitro de emergencia. A partir de ese momento, todas las comunicaciones escritas de las partes deben ser dirigidas directamente al árbitro de emergencia, con copia a la otra parte y a la Secretaría.

El árbitro de emergencia debe ser y permanecer imparcial e independiente y antes de ser nombrado debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. En virtud de dicha obligación de imparcialidad e independencia, el árbitro de emergencia no deberá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la controversia que haya dado origen a la Petición.

4.5. Recusación del árbitro de emergencia.

Las partes tienen el derecho de recusar al árbitro de emergencia dentro de los tres días siguientes a la recepción de la notificación de su nombramiento, o bien desde la fecha en que la parte que recusa haya sido informada de los hechos y circunstancias en que funde su solicitud de recusación, si dicha fecha fuere posterior a la recepción de la notificación del nombramiento del árbitro de emergencia.

La Corte tiene la facultad de decidir sobre la recusación, después de que la Secretaría haya otorgado al árbitro de emergencia y a las demás partes la oportunidad de presentar sus comentarios por escrito *dentro de un plazo adecuado*, mismo que cabría interpretar debe determinar la Secretaría al otorgar al árbitro de emergencia y a las partes la oportunidad de presentar sus comentarios; y aun cuando el Apéndice V no especifica si el árbitro de emergencia podrá continuar sus actuaciones mientras esté en trámite su recusación, cabría interpretar que no tiene impedimento para hacerlo y, en caso de ser fundada la recusación, quedará sin efectos cualquier orden que hubiere dictado, de conformidad con el Artículo 6(b) del Apéndice V.

4.6. Sede del procedimiento del árbitro emergencia.

La sede del arbitraje convenida por las partes será la misma para el procedimiento de árbitro de emergencia. De no haber sido convenida por las partes la sede del arbitraje, el Presidente fijará la sede del procedimiento de árbitro de emergencia,

sin perjuicio de la facultad de la Corte de decidir en su oportunidad la sede del arbitraje de conformidad con el Artículo 18(1) del Reglamento.

En el procedimiento precautorio prearbitral, en cambio, no existen disposiciones en relación con la sede del procedimiento, que por tanto se puede considerar “*sin sede*” (“*homeless*”) para todos los efectos legales pertinentes³⁰.

Independientemente de la sede del procedimiento de árbitro de emergencia, las reuniones con este último podrán ser realizadas en cualquier lugar que éste considere apropiado, o bien podrán celebrarse mediante video conferencia, teléfono o medios similares de comunicación.

4.7. Procedimiento.

El árbitro de emergencia debe establecer un calendario procesal para el procedimiento del árbitro de emergencia en el menor tiempo posible, que normalmente deberá ser dentro de los dos días siguientes a la entrega del expediente a dicho árbitro. Comprensiblemente, el plazo de que dispone el árbitro de emergencia para dictar la Orden es igualmente breve, y por tanto debe dictarla dentro de los quince días siguientes a la fecha en que le sea entregado el expediente. Nada de esto existe en el procedimiento precautorio prearbitral³¹.

El árbitro de emergencia debe conducir el procedimiento de la manera que considere apropiada, tomando en consideración la naturaleza y urgencia de la Petición y, en todos los casos, debe actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga una oportunidad *razonable* para presentar su caso.

4.8. Orden.

De conformidad con el Artículo 29(2) del Reglamento y del Artículo 6 del Apéndice V, la decisión del árbitro de emergencia debe adoptar la forma de una orden (“Orden”) y, por el hecho de haber convenido el procedimiento de árbitro de emergencia, las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia.

El tema del cumplimiento de la Orden por las partes, es tan importante como trascendente y, por tanto, la obligación de cumplir las órdenes sin demora está presente tanto en el procedimiento del árbitro de emergencia como en el procedimiento precautorio prearbitral³².

³⁰ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 96.

³¹ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 96.

³² BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 97.

Asimismo, ante la posibilidad de que las partes puedan sentirse inclinadas a incumplir la Orden del árbitro de emergencia en virtud de su falta de facultades coercitivas, además de existir la posibilidad de que la parte interesada solicite su ejecución por la autoridad judicial en algunas jurisdicciones, entre ellas México³³, existe la posibilidad de que el tribunal arbitral considere a petición de parte el incumplimiento de la Orden como un incumplimiento contractual y condene a la parte incumplida a indemnizar a su contraria por los daños causados. En este supuesto, el propio tribunal arbitral tendría la facultad necesaria para decidir al respecto en los términos del Artículo 29(4) del Reglamento³⁴.

La Orden debe ser dictada dentro de los quince días siguientes a la entrega del expediente al árbitro de emergencia y dicho plazo puede ser prorrogado por el Presidente a solicitud de aquel o de oficio.

El árbitro de emergencia debe decidir en la Orden si la Petición es admisible y si tiene jurisdicción para ordenar las Medidas de Emergencia.

El Árbitro puede dictar la Orden con sujeción a las condiciones que considere apropiadas, que pueden incluir el otorgamiento de garantías apropiadas.

La Orden debe ser dictada por escrito y debe contener las razones en que el árbitro de emergencia haya fundado su decisión, y además debe ser fechada y firmada por el árbitro de emergencia.

A diferencia de lo que sucede con los laudos arbitrales, la Orden del árbitro de emergencia no está sujeta a escrutinio por la Corte y el propio árbitro está facultado para notificar la Orden a las partes, pudiendo enviarla mediante cualquier medio de comunicación previsto por el Artículo 3(2) del Reglamento, que asegure la pronta recepción de la Orden.

A solicitud razonada de una parte, hecha con anterioridad a la entrega del expediente al tribunal arbitral, el árbitro de emergencia puede modificar, dejar sin efecto o anular la Orden.

4.9. La Orden no es vinculante para el tribunal arbitral.

La Orden del árbitro de emergencia no es vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la Orden y el tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la Orden o cualquier modificación de la misma que hubiere hecho el árbitro de emergencia.

³³ Artículos 1470 y demás aplicables del Código de Comercio, que contiene en el Título Cuarto de su Libro Quinto la ley de arbitraje mexicana.

³⁴ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. p. 304.

En relación con lo anterior, el Apéndice V no especifica qué sucedería en caso de que una parte solicitara al tribunal arbitral modificar, dejar sin efecto o anular la Orden una vez que el tribunal arbitral hubiere recibido el expediente del arbitraje, antes de que el Acta de Misión hubiere sido firmada por todas las partes y por el tribunal arbitral o en su defecto hubiere sido aprobada por la Corte de acuerdo con lo previsto en el Artículo 23(2) del Reglamento.

Ante ello, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 8(3) del Apéndice V cabría interpretar que el tribunal arbitral tendría la facultad de modificar, dejar sin efecto o anular la Orden sin esperar a la firma o aprobación del Acta de Misión, aplicando analógicamente la facultad que le confiere el Artículo 28(1) del Reglamento, para ordenar a solicitud de parte medidas cautelares o provisionales, desde el momento en que se le haya entregado el expediente del arbitraje.

Asimismo, el tribunal arbitral podrá decidir sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la Orden.

4.10. Cuándo la Orden deja de ser vinculante para las partes.

La Orden dejará de ser vinculante para las partes, por:

- (1) Terminación del procedimiento de árbitro de emergencia por parte del Presidente, en caso de no ser presentada la Solicitud de arbitraje por el peticionario, dentro de los diez días siguientes a la recepción, por la Secretaría, de la Petición de Medidas de Emergencia.
- (2) Aceptación, por la Corte, de una recusación del árbitro de emergencia.
- (3) Laudo final del tribunal arbitral, salvo que éste decida expresamente lo contrario.
- (4) Retiro de todas las demandas o terminación del arbitraje antes de ser dictado el laudo final.

4.11. Costos del procedimiento.

- (1) Al presentar la Petición, el peticionario de las Medidas de Emergencia debe pagar un importe de \$40,000 dólares, de los que \$10,000 dólares corresponden a gastos administrativos y \$30,000 dólares a honorarios y gastos del árbitro de emergencia; y la Petición no será notificada a la demandada, hasta que el pago de los \$40,000 dólares haya sido recibido por la Secretaría.
- (2) El Presidente podrá decidir en cualquier momento del procedimiento aumentar los honorarios del árbitro de emergencia o el importe de los

gastos administrativos de la CCI, tomando en consideración, entre otras circunstancias, la naturaleza del caso y la naturaleza y cantidad del trabajo realizado por el árbitro de emergencia, la Corte, el Presidente y la Secretaría. En caso de no ser pagado el importe de dicho aumento dentro del plazo fijado por la Secretaría, la Petición será considerada como retirada.

- (3) Al igual que en el caso del arbitraje, la Orden del árbitro de emergencia debe fijar los costos del procedimiento del árbitro de emergencia y decidir cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción han de repartirse entre ellas.
- (4) Los costos del procedimiento del árbitro de emergencia incluyen los gastos administrativos de la CCI, los honorarios y gastos del árbitro de emergencia, así como los gastos legales y otros gastos razonables incurridos por las partes en dicho procedimiento.
- (5) En caso de que el procedimiento del árbitro de emergencia no tenga lugar o sea terminado antes de dictarse la Orden, el Presidente determinará el monto reembolsable al peticionario de las Medidas de Emergencia, de ser ello procedente, sin perjuicio de que en ningún caso será reembolsable la cantidad de \$5,000 dólares, por concepto de gastos administrativos de la CCI.

5. Comentarios finales.

Sin lugar a dudas, particularmente tratándose de arbitrajes internacionales en los que se involucren jurisdicciones múltiples, el nuevo procedimiento de árbitro de emergencia contenido en el Reglamento representa por su celeridad y por la naturaleza de su procedimiento, un mecanismo atractivo y con un gran potencial de utilidad para las partes en comparación con los beneficios que de otra manera podrían obtener ya sea mediante el recurso a la autoridad judicial, mediante una orden del Tercero conforme al procedimiento precautorio prearbitral que ofrece el reglamento respectivo, y aun mediante una orden o laudo del tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 28 del Reglamento³⁵.

No obstante esas ventajas, es de esperarse que la eficacia del procedimiento precautorio prearbitral sea mayor en el caso de partes sofisticadas y con una cultura arbitral altamente desarrollada, que incluya a sus propios abogados, que cumplan voluntariamente la Orden del árbitro de emergencia como precisamente lo exige el Artículo 29(2) del Reglamento.

Como contrapartida, es también previsible que en virtud de la ausencia de facultades coercitivas al alcance del árbitro de emergencia y del tribunal arbitral,

³⁵ FRY, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, ob. cit. p. 294.

pueda reducirse la prontitud en el cumplimiento de la Orden del árbitro de emergencia, de existir estrategias y conductas procesales con ese fin, por una parte reticente al cumplimiento de dicha Orden. Por esa razón, resulta afortunado que la parte beneficiada por una Orden que pretenda ejecutarla pueda hacerlo con el auxilio de la autoridad judicial en el caso de aquellas jurisdicciones que así lo permitan, y es igualmente afortunado que el tribunal arbitral tenga la posibilidad de sancionar en el laudo final aquellas conductas de parte que constituyan un incumplimiento injustificado de la Orden, haciendo las condenas necesarias para indemnizar a la parte afectada por los daños que el incumplimiento le hubiere causado.

Como bien señala Bühler en su trabajo³⁶, queda aún por verse en que medida actuarán los tribunales judiciales en los diversos sistemas jurídicos en relación con las órdenes que dicten los árbitros de emergencia en el procedimiento respectivo y los terceros en el procedimiento precautorio prearbitral.

³⁶ BÜHLER, Michael W., ob. cit., p. 98.