

Árbitro de Emergencia y adopción de Medidas Cautelares

Gregorio Cristóbal Carle

Licenciado en Derecho (Universidad Privada de Navarra, España)

Máster en Comercio Exterior (Cámara de Comercio e Industria de Madrid)

Máster en Alta Dirección de Pymes. (CPA- Cámara de Comercio de Madrid- Cámara de Comercio de París)

Consultor Internacionalización de Empresas

Of Counsel SCA LEGAL, S.L.P.

Introducción

Uno de los temas más relevantes en la impartición del arbitraje como figura extrajudicial de resolución de litigios es el tratamiento de las medidas cautelares dentro del proceso.

Cada vez es más frecuente que los tribunales estatales otorguen mayor autonomía y reconocimiento a las decisiones de los árbitros, en lo que se refiere al ámbito de las soluciones y remedios procesales.

Así, el arbitraje también viene incorporando figuras o procedimientos que refuerzan la jurisdicción cautelar. Tal es el caso del llamado "árbitro de emergencia".

Aplicación de medidas cautelares en el arbitraje de emergencia: Antecedentes

Fue el Centro Internacional de Resolución de Disputas ICDR, en 2006, el primer organismo en comprender la relevancia de la medida concediendo dicha facultad al árbitro en su calidad de juzgador extrajudicial. Posteriormente la Cámara de Comercio de Estocolmo, en 2010, siguió la misma línea argumental a la que luego dieron continuidad tanto la CCI, en 2012, como la Corte Civil y Mercantil de Madrid (CIMA) en 2014, y la Corte de Arbitraje de Madrid, en 2015. Y lo mismo hicieron, aunque más tarde, el Centro Internacional para la Resolución de Disputas ("ICDR" / "CIRD") y el "Hong Kong International Arbitration Center" ("HKIAC").

En este sentido, la tendencia a aplicar, reconocer y adaptar la figura a la realidad jurídica en la que se desenvuelve el arbitraje moderno provocó que, en el año 2006, se produjera la modificación la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional -en adelante la "Ley Modelo"-, todo ello con la finalidad última de poder dotar a los tribunales de la necesaria autonomía en materia de concesión de medidas cautelares.

Siguiendo dicha tendencia, 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, la consiguiente adopción de medidas cautelares y provisionales creando así 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.

Dicho procedimiento de la CCI, además de ser opcional, 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 uno de enero de 1990, que continúa en vigor.

En el caso de España, y tomando como referencia la normativa CCI, el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid se ha adaptado a la nueva realidad sobre la posible adopción de medidas cautelares por parte del árbitro, introduciendo la figura del árbitro de emergencia en su última Reforma, en vigor desde el uno de marzo de 2015.

Con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para que acuerde medidas cautelares o de anticipación o aseguramiento de prueba urgentes.

Medidas cautelares y protección de derechos: Un poder excepcional a disposición del árbitro de emergencia

Las medidas cautelares que puede dictar un Árbitro de Emergencia implican la aplicación de poderes excepcionales en forma muy amplia, y no se encuentran enlistadas en los reglamentos que consagran la figura, quedando entonces su aplicabilidad y tipo de medida a conceder al criterio de quien las decreta.

En este sentido es especialmente relevante que las medidas cautelares dictadas por el Arbitro de Emergencia busquen proteger la eficacia del laudo. Además, debe existir una relación y proporcionalidad con la materia que está siendo discutida, siendo lo menos lesivas posible para la parte que las sufre. Igualmente la decisión del Árbitro de Emergencia no puede abordar una decisión anticipada del litigio.

Las medidas cautelares del Árbitro de Emergencia se toman notificando su adopción a la otra parte (*inter partes relief*). Esta característica evita el elemento sorpresa, lo que, en ciertos casos, puede llevar a que las medidas sean manipuladas o previsiblemente desatendidas.

Si las medidas cautelares dictadas por el Arbitro de Emergencia no son cumplidas voluntariamente por la parte que las debe soportar, el interesado deberá encontrar la forma de apoyarse en las normas internas o tratados de cooperación para la protección de sus derechos, en el evento de que se consideren aplicables y por supuesto, informar al Árbitro de emergencia de esta situación, si todavía sigue en el ejercicio de sus funciones.

Adopción de medidas cautelares en el proceso arbitral: Procedimiento

El procedimiento de árbitro de emergencia 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, esté facultado y capacitado para solicitar tales medidas aún 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.

Para que se reconozca la figura y despliegue los efectos deseados es condición necesaria que la Petición de Medidas de Emergencia haya sido recibida por la Secretaría de la Institución Arbitral antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral que conoce la causa.

En este sentido es importante recalcar que la obligada tutela jurisdiccional no se agota en su reconocimiento como garantía fundamental, sino que debe ser además efectiva. Para cumplir ese objetivo, y evitar que el justiciable vea sus derechos evaporados al final del proceso, la ley contempla distintos medios que le permiten, al menos provisoriamente, disminuir los riesgos, los que comúnmente se refiere a medidas cautelares, medidas provisionales o medidas precautorias.

La tutela cautelar tiene exactamente esta finalidad objetiva, que no es otra que actuar de forma que el plazo necesario para el reconocimiento del derecho no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho haciendo nula la posibilidad de su ejercicio: Conseguir la finalidad fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, que es la efectividad de la tutela jurisdiccional.

La posibilidad que tiene una parte de hacer efectiva, de manera rápida y eficaz, una medida cautelar que proteja sus derechos, hace que esta figura sea cada vez más atractiva y necesaria, no sólo para los involucrados en un trámite arbitral, sino también para las instituciones que administran este método de solución de controversias.

Así, las medidas precautorias, cautelares o provisionales, tienen por objeto permitir a las partes acudir a un tercero para que ordene esas medidas tendentes a dilucidar y resolver algún problema específico urgente que no puede retrasarse sin causar un daño objetivo y cuantificable a la parte interesada. Ese tercero, puede ser la autoridad judicial o, en el caso del arbitraje, además de ésta decaer en el propio árbitro, siempre que si así lo hubieren convenido –de forma expresa- las partes.

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

Son medidas de protección, porque su fin último es conservar la prueba o mantener el *status quo* pendiente del resultado del proceso.

Se trata, al fin, de órdenes dictadas 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.

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.

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 causa.

Se trata, sin duda de medidas de protección porque su fin último no es otro que conservar la prueba o, en su caso, mantener el *status quo* pendiente del resultado del proceso, por lo que, como se ha dicho, no son otra cosa que órdenes dictadas 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.

Clasificación de las medidas provisionales

Las medidas provisionales solicitadas por el interesado 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 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*).

Adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral: Un ejemplo de derecho comparado

En materia de derecho comparado arbitral, los tribunales ingleses suelen otorgar *anti-suit injunctions* cuando una de las partes no respeta el pacto a favor del arbitraje con sede en Inglaterra, y en cambio ejercita acciones ante los tribunales ordinarios de otro país.

Esta práctica estuvo particularmente en boga entre los especialistas en materia arbitral hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") la declaró incompatible con la normativa comunitaria europea.

La jurisprudencia inglesa se ha mostrado dispuesta a acatar esta decisión del TJUE; no obstante, ha dejado en claro que la sentencia dictada por un tribunal extranjero en esas circunstancias no sería ejecutable en Inglaterra, dado que se habría obtenido en violación de un acuerdo arbitral, lo cual la haría contraria al orden público de ese país.

Asimismo, quedó de manifiesto que los tribunales ingleses no se verían impedidos de pronunciar las *anti-suit injunctions* cuando el juicio ordinario que infrinja una cláusula arbitral pactada en el contrato se inicie ante los tribunales ordinarios que no sean de un estado miembro de la UE.