

LA IRRUPCIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

IRRUPTION OF THE EMERGENCY ARBITRATOR IN THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha*

Recibido: 15.12.2016 / Aceptado: 20.12.2016

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3614>

Resumen: El arbitraje de emergencia es una reciente innovación dentro del arbitraje comercial internacional. Este trabajo discute la importancia de la tutela cautelar en el arbitraje comercial internacional y las distintas disposiciones sobre arbitraje de emergencia contempladas en los reglamentos de las instituciones arbitrales principales. Además, también se considera la relación existente entre el procedimiento de arbitraje de emergencia con la tutela cautelar urgente otorgada por parte de los tribunales estatales. Finalmente, se analizan los problemas y obstáculos para la ejecución de las decisiones adoptadas por el árbitro de emergencia.

Palabras clave: tutela cautelar, arbitraje de emergencia, arbitraje comercial internacional, tribunales estatales, ejecución.

Abstract: Emergency arbitration is a recent innovation in international commercial arbitration. This article discusses the importance of interim relief in international commercial arbitration and the emergency arbitration provisions in leading arbitral institutions rules. Also considers the relation of the emergency arbitration procedure with the interim and emergency relief in national courts. Finally, it analyses the problems and hurdles to enforcement the emergency arbitrator decisions.

Keywords: interim relief, emergency arbitration, international commercial arbitration, national courts, enforcement.

Sumario: I. ¿Por qué un arbitraje de emergencia? II. Su rápido crecimiento a nivel global y sus antecedentes. III. Su controvertida relación con los tribunales de justicia. IV. Las características esenciales del arbitraje de emergencia. V. La problemática cuestión de la ejecutabilidad de las decisiones de los árbitros de emergencia. VI. Valoración final.

I. ¿Por qué un arbitraje de emergencia?

1. No cabe ninguna duda que la tutela cautelar es esencial para lograr que todo procedimiento arbitral sea eficaz y exitoso¹. Las partes que han incluido en su contrato una cláusula arbitral pueden re-

* Enrique.Fdez@uclm.es. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación titulado “Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia”, DER2016-74945_R.

¹ L.B. KIMMELMAN y S. MARQUEZ, “The Impact of the UNCITRAL Arbitration Rules”, en *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, D. Ziyeva (ed.), Nueva York, Jurisnet, 2015, p.27.

querir una medida provisional de protección² en cuanto la controversia surge y la etapa más temprana de la disputa es, muy a menudo, la fase temporal en donde una medida de este tipo más se puede necesitar³. En este sentido, lo que pueda ocurrir al inicio del litigio incidirá de manera clara, en la mayoría de las ocasiones, en el resultado del procedimiento arbitral y puede convertir cualquier decisión final sobre el fondo del asunto en una decisión ineficaz e inútil⁴.

2. Tras la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985⁵, cuando una diferencia se ha sometido a arbitraje, la parte que desea solicitar la adopción de una medida cautelar tiene dos opciones⁶. A la tradicional vía de apoyo del arbitraje plasmada en la intervención judicial en este ámbito, se ha unido la clara posibilidad de que sean los árbitros, una vez que se ha constituido el tribunal arbitral, los que procedan a la adopción de estas medidas⁷.

3. Entre las ventajas de esperar a que se constituya el tribunal arbitral y no acudir a las jurisdicciones nacionales, se puede argumentar la familiaridad y especialización existente de los árbitros en relación con el objeto de la disputa, consiguiéndose de este modo una mayor eficiencia y una reducción de costes, ya que el tribunal arbitral va a conocer de todas las cuestiones derivadas de la controversia que enfrenta a las partes, incluyendo la posibilidad de solicitar tutela cautelar.

4. Sin embargo, en muchas de las ocasiones, se precisan medidas cautelares urgentes con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral e incluso a la solicitud de iniciación del procedimiento arbitral⁸. En efecto, se debe impedir, entre otras cuestiones, que la duración de la fase pre-arbitral pueda:

² Estas medidas suelen adoptar distintas formas y denominaciones, siendo generalmente intercambiables los términos “provisionales”, “cautelares” o “conservatorias”. En todo caso, y cualquiera que sea su denominación, el destino de las mismas es servir como medidas preventivas hasta la finalización del procedimiento arbitral.

³ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2 ed., La Haya, Wolters Kluwer, 2014, p.2451.

⁴ Tal y como señala A. YESILIRMARK, *Provisional Measures in International Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2005, p.12, se puede conseguir un laudo favorable y no ser más que una victoria pírrica. O como coloquialmente se dice conseguir un laudo únicamente “para enmarcar”.

⁵ El artículo 17 de la Ley Modelo de 1985 (“facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares”), fue un paso muy importante. Si bien, con la reforma producida en 2006 se ha visto ampliamente superado, incorporándose un régimen completo relativo a las medidas cautelares en el nuevo artículo 17, que contrasta con la parquedad de la antigua disposición. Vid. P. PERALES VISCASILLAS, “Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, 2007, pp.87-123. En consonancia con dicha modificación, igualmente, se reformó en 2010 el reglamento de arbitraje de la CNUDMI incluyendo un nuevo artículo 26 sobre la adopción de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral. Vid. L.B. KIMMELMA y MARQUEZ, S., “The Impact of the UNCITRAL...”, op.cit., pp.35-46.

⁶ El principio de competencia concurrente de los árbitros y jueces estatales se ha implantado de forma generalizada en el ámbito internacional. Esta es la línea en la que se muestran la gran mayoría de las Leyes estatales recientes así como los reglamentos de arbitraje. Vid. A. CALVO CARAVACA, “Medidas cautelares y arbitraje privado internacional”, *La Ley*, n.º.6128, 2004, pp.1-27; R. KENT y A. HOLLIS, “Concurrent Jurisdiction of Arbitral Tribunals and National Courts to Issue Interim Measures in International Arbitration”, en *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, D. Ziyaeva (ed.), Nueva York, Jurisnet, 2015, pp.87-106; S. MARTINS y S. NAVARRO, “Las medidas cautelares en el arbitraje. Concurrencia de poderes entre tribunales estatales y arbitrales”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol.VII, n.º.1, 2014, pp.103-115; R. LAPIEDRA ALCAMI, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp.77-284. No obstante, siguen existiendo leyes nacionales sobre arbitraje que prohíben la posibilidad de que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares. Es el caso de Italia, China y la República Checa.

⁷ La Ley española de arbitraje contempla en el artículo 23.1 la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Por su parte, la competencia de los órganos judiciales para adoptar medidas cautelares en apoyo del proceso arbitral se desprende claramente tanto del juego conjunto de los artículos 8.3 y 11.3 de la Ley española de arbitraje como del artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sobre esta cuestión, Vid. S. BARONA VILAR, “Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares” y S. BARONA VILAR y C. ESPLUGUES MOTA, “Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2 ed., coord. S. Barona Vilar, Madrid, Civitas, 2011, pp.1041-1119 y 307-359, respectivamente. Para un examen del Derecho comparado, Vid. POUURET, J.F., y BESSON, S., *Comparative Law of International Arbitration*, 2 ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2007, pp.521 y ss.; G. BORN, *International Commercial...*, op.cit., pp.2433 y ss.

⁸ B. EHLE, “Emergency Arbitration in Practice”, en *New Developments in International Commercial Arbitration 2013*, C. Muller y A. Rigozzi (eds.), Basilea, Schulthess, 2013, pp.89-90; R. BORDACHAR URRUTIA, “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”, *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º.13, 2015, p.84; M. ROTH y C. REITH, “Emergency Rules”, *Yearbook on International Arbitration*, Vol.II, 2012, p.66.

1) afectar a la propia eficacia del laudo futuro, preservando bienes que pueden deteriorarse o perderse durante el procedimiento⁹, 2) conculcar el derecho de defensa de las partes al poder desaparecer o no hacer disponibles medios de prueba¹⁰ o, incluso 3) modificar de manera importante el “statu quo”, de tal manera que fuese muy difícil su restablecimiento al finalizar el procedimiento arbitral¹¹.

5. Se ha calculado que, de media, la duración de la fase pre-arbitral - un plazo en donde como se puede fácilmente deducir tiene gran incidencia la propia conducta de las partes y su interés en cooperar-, puede variar entre los tres o cuatro meses hasta que finalmente, se constituye el tribunal arbitral¹². Y en tal caso, en principio, la única posibilidad que se tenía tradicionalmente para la solicitud de medidas cautelares urgentes durante ese plazo era la opción de acudir a los tribunales de justicia¹³.

6. La vía judicial, que puede ser conveniente en determinadas ocasiones¹⁴ y que, depende, en gran medida, de la jurisdicción nacional concreta, coloca a la partes en una posición francamente contradictoria¹⁵. Si se ha pactado acudir a un arbitraje para que dirima la diferencia y, por tanto, se quiere huir de la esfera judicial, hay que, sin embargo, volver a los tribunales estatales para solicitar la adopción de medidas cautelares “ante causam”¹⁶. Y ello puede ser especialmente gravoso tanto en tiempo como en dinero cuando nos encontramos con la lentitud exasperante de los procedimientos judiciales en algunas jurisdicciones nacionales o la actitud poco colaborativa de ciertos jueces con la institución del arbitraje¹⁷.

⁹ Las medidas en este caso, tendrían como fin no dejar a la parte ganadora en el procedimiento arbitral en situación de desprotección, de modo que, en la práctica, pueda obtener una compensación material por la vulneración sufrida de sus derechos.

¹⁰ Se intentan salvaguardar con estas medidas, los elementos probatorios que pudieran constituir la justificación de la toma de una concreta decisión en uno o en otro sentido por parte del tribunal arbitral.

¹¹ Aunque no parece posible otorgar una definición universal de esta locución latina, siguiendo a M. A. GANDIA SELLENS, estas medidas que son las que, con mayor frecuencia, se adoptan en la práctica en el arbitraje internacional, tienen como fin: a) preservar el objeto material del litigio, b) otorgar un marco regulatorio a la relación interpartes durante el desarrollo del procedimiento, c) buscar la protección de los derechos de las partes o por último, d) impedir que cualquier acción u omisión de las partes pueda dificultar la decisión final del tribunal arbitral, *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p.130.

¹² T. PROSHKINA, “Why and When One Should Opt for an Emergency Arbitrator”, *Corporate Disputes*, Jul-Sept., 2014, p.115. Como señala R. LAPIEDRA ALCAMI, *Medidas cautelares en el...*, op.cit., p.162, es posible que se impugne el nombramiento de alguno de los árbitros por falta de imparcialidad e independencia o que se utilicen tácticas dilatorias por alguna de las partes, al negarse a nombrar un árbitro, siendo ésta su obligación u oponiéndose al que ha nombrado la otra parte.

¹³ C. CAHER y J. MCMILLAN, “Emergency Arbitration: The Default Option of Pre-Arbitral Relief”, *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2015*, 12 ed., 2015, Londres, p. 1; R. LAPIEDRA ALCAMI, *Medidas cautelares en el...*, op.cit., p.165; A. YESILIRMAK, *Provisional Measures in...*, op.cit., pp.114-115. Así, se reconoce por ejemplo, la atribución de esa tutela cautelar “ante causam” en el artículo 11.3 de la Ley española de arbitraje y en el artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como nos señala, S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp.254-255.

¹⁴ No es extraño que algunas ventajas de acudir a la vía judicial puedan decantar en favor de esta vía la opción de la parte interesada en solicitar medidas cautelares. Así, será siempre necesaria siempre que la *lex arbitri* no contemple la competencia de los tribunales arbitrales para adoptar medidas cautelares o, cuando se quieran solicitar medidas cautelares frente a terceras partes ajenas al procedimiento arbitral o, también, en aquellas ocasiones en donde se precisan medidas *ex parte*. En este sentido, CASTINEIRA, E., “The Emergency Arbitrator in the 2012 ICC Rules of Arbitration”, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, nº.1, 2012, pp.71-72; D'AGOSTINO, J., “First Aid in Arbitration: Emergency Arbitrators to the Rescue”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15 de noviembre de 2011, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/11/15/first-aid-in-arbitration-emergency-arbitrators-to-the-rescue> [consultado el 15 de diciembre de 2016]; C. CAHER y J. MCMILLAN, C., “Emergency Arbitration: The Default Option...”, op.cit., p.3.

¹⁵ En este sentido, M. A. GANDIA SELLENS, *El arbitraje frente a los litigios...*, op.cit., p.162.

¹⁶ Con la expresión medidas cautelares “ante causam” se hace referencia a aquellas que son adoptadas antes de que haya comenzado el proceso principal. En relación con el arbitraje, serían aquellas que son adoptadas antes de que se constituya el tribunal arbitral, BARONA VILAR, S., *Medidas cautelares en el...*, op.cit., p.251.

¹⁷ B. H. SEPPhARD y J. M. TOWNSEND, “Holding the Fort until the Arbitrators Are Appointed: The New ICDR International Emergency Rules”, *Dispute Resolution J.*, Vol. 61, nº. 2, 2006, p.77. El Centro de Arbitraje Internacional de Singapur –SIAC por sus siglas en inglés–, señala a este respecto que “the availability of emergency relief and the expedited procedure is a welcome and effective alternative to parties who are seeking interim relief, who may be hesitant to navigate the uncertain or unknown terrain of local courts of the other jurisdictions, as well as those looking cut costs in terms of time and money”, “The Emergency Arbitrator and Expedited Procedure in SIAC: A New Direction for Arbitration in Asia”, disponible en <http://www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/articles/420-the-emergency-arbitrator-and-expedited-procedure-in-siac-a-new-direction-for-arbitration-in-asia>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

7. Además, esta opción puede ir en contra de las intenciones de las partes de mantener la existencia de la controversia de manera confidencial¹⁸, así como el problema resultante de tener que acudir a unos tribunales que, en algunas ocasiones, no están familiarizados ni preparados para resolver cuestiones altamente complejas tanto fáctica como jurídicamente¹⁹. Por último, y no menos importante, en determinadas ocasiones, es posible incluso, que se tengan que solicitar medidas cautelares que deben ejecutarse en dos o más Estados, con lo que la complejidad de la cuestión obligaría a acudir a distintos tribunales nacionales²⁰.

8. Es en este contexto de lograr una mayor eficiencia del sistema arbitral²¹ en el ámbito de la adopción de las medidas cautelares donde debemos de colocar la creación de la figura del árbitro de emergencia. Con la misma se pretende dar respuesta a las necesidades de las partes ante el vacío decisorio en la fase pre-arbitral del procedimiento arbitral²². Sin cerrar la vía judicial, se ofrece otra alternativa pero ya en sede arbitral²³. La novedad reside, por tanto, en la posibilidad que las partes tienen de solicitar a la institución arbitral correspondiente el nombramiento de un árbitro de emergencia para la adopción de las medidas cautelares urgentes.

9. Y como tal novedad, presentada en forma de opción u alternativa a los tribunales estatales –sin entrar a realizar un juicio de valor sobre la bondad o no de cada una de las vías–, comienza a evaluarse de forma positiva cada vez en mayor medida, por parte de los usuarios del arbitraje –las partes y sus abogados–, quienes habrán de sopesar el camino a utilizar que más les conviene a sus intereses.

10. A este respecto, y de acuerdo con las estadísticas incluidas en el estudio sobre arbitraje internacional publicado en octubre de 2015 conjuntamente por la Universidad Queen Mary de Londres y el despacho White & Case²⁴, un 46% de los usuarios se decantaba por acudir para solicitar medidas cautelares en la fase pre-arbitral a los tribunales estatales, un 29 % le resultaba preferible acudir a un árbitro de emergencia y, un 26% no tenía clara una preferencia entre las dos vías. Entre las razones o factores que más influyen en la elección de una de las dos opciones tiene una importancia primordial la probabilidad de una ejecución exitosa de la medida adoptada, mostrándose partidarios una gran parte (78%) de que las decisiones de los árbitros de emergencia sean ejecutadas de la misma manera que los laudos. Además, una gran mayoría de los usuarios -93%- consideraba muy favorable la inclusión de este procedimiento de emergencia en los reglamentos institucionales de arbitraje, de los que un 38% se ma-

¹⁸ N. VIVEKANANDA y A. PAREEK, “The SIAC Emergency Arbitrator Experience”, *Corporate Disputes*, jul-sep., 2013, p.46.

¹⁹ F. G. SANTACROCE, “The Emergency Arbitrator: A Full-Fledged Arbitrator Rendering an Enforceable Decision?”, *Arbitration International*, Vol.31, nº.2, 2015, p.284.

²⁰ M. SAVOLA, “Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings”, Presentation at the 23 Croatian Arbitration Days, Zagreb, 3-4 December, 2015, p.2, disponible en <http://arbitration.fi/files/2016/04/23-cad-savola-interim-measures-and-emergency-arbitrator-proceedings.pdf>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

²¹ El logro de una mayor eficiencia del procedimiento arbitral es una de las mayores exigencias que los usuarios del arbitraje internacional están planteando en la actualidad a las instituciones arbitrales. La reducción del tiempo y de los costes es clave para lograr dicha eficiencia y como respuesta para lograr este objetivo comienzan a diseñarse procedimientos acelerados de arbitraje. Un buen ejemplo lo encontramos en el nuevo procedimiento que ha anunciado la ICC y que entrará en vigor el 1 de marzo de 2017, siguiendo la estela de otras instituciones arbitrales que ya habían adoptado un procedimiento similar como el SIAC o el HKIAC. Este procedimiento arbitral acelerado está diseñado para aplicarse de manera automática a reclamaciones que no superen los dos millones de dólares, aunque se deja la puerta abierta a montantes económicos superiores siempre que así lo quieran las partes (cláusula opt-in). El anuncio de la adopción de estas nuevas reglas por parte de la ICC puede encontrarse en la dirección electrónica <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-amends-its-Rules-to-enhance-transparency-and-efficiency/> [consultado el 15 de diciembre de 2016]. Vid. para una primera valoración, L. NOWAK y N. GHIBRADZE, “The ICC Expedited Procedure Rules - Strengthening the Court’s Powers”, *Kluwer Arbitration Blog*, 13 de diciembre de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/12/13/reserved-for-13-december-the-icc-expedited-procedure-rules-strengthening-the-courts-powers/> [consultado el 15 de diciembre de 2016].

²² C. MÜLLER y S. PEARSON, “Waving the Green Flag to Emergency Arbitration under the Swiss Rules: The Sauber Saga”, *ASA Bulletin*, Vol.33, nº.4, 2015, p.808.

²³ K. TALLENT, “Emergency Relief Pending in the U.S. Context”, en *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, D.Ziyayeva (ed.), Nueva York, Jurisnet, 2015, p.288; FRY, J., GREENBERG, S. Y MAZZA, F., *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*, París, 2012, p. 294; BORN, G., *International Commercial...*, op.cit., p.2451.

²⁴ *Queen Mary and White & Case’s International Arbitration Survey* (octubre 2015), pp. 28-29, disponible en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> [consultado el 15 de diciembre de 2016].

nifestaba a favor de su carácter obligatorio mientras que un 55% consideraba que debería ser disponible sólo si las partes así lo hubieran querido. Como conclusión el estudio subraya que la fuerte preferencia a favor de incluir este procedimiento del árbitro de emergencia en los reglamentos arbitrales conjuntamente con el número de respuestas que no tenían claro qué opción preferían, mostraba una importante señal de que la utilización del árbitro de emergencia puede incrementarse de manera clara en un futuro. Aunque no se haya utilizado por muchos de los usuarios del arbitraje todavía, casi todos ellos quieren tener siempre esta posibilidad disponible en cualquier momento.

II. Su rápido crecimiento a nivel global y sus antecedentes

11. Esta institución ha recibido una exitosa y abrumadora acogida en las diferentes instituciones arbitrales a nivel mundial mediante su incorporación expresa en sus reglamentos en estos últimos años²⁵. En nuestra opinión, aunque verdaderamente la principal razón de la incesante popularidad de la figura del arbitraje de emergencia hemos de encontrarla en la demanda de los usuarios del arbitraje internacional que han encontrado una nueva alternativa útil para lograr una tutela cautelar de sus derechos, no hay que olvidar también la creciente competencia existente entre las distintas instituciones arbitrales por atraer a los “clientes” de sus servicios, por lo que nadie quiere quedarse atrás y menos aún por no ofrecer un nuevo mecanismo que tienen otros competidores.

12. El Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR) fue el primero en adoptar reglas sobre el arbitraje de emergencia en 2006²⁶, siendo seguido, entre otros, en 2010 por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) y el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC)²⁷, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en 2012, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) en 2013, y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en 2014. Del mismo modo, es remarcable que, igualmente, las más importantes instituciones arbitrales en España también permitan esta posibilidad hoy en día²⁸. En este sentido en 2011 se adoptaron disposiciones sobre esta cuestión por la Corte Española de Arbitraje, en 2014 por el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) y, en 2015 tanto por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) como la Corte de Arbitraje de Madrid.

13. Hemos de recordar que, incluso con anterioridad a que las reglas del ICDR entrasen en vigor, la ICC había adoptado ya en 1990 el reglamento de procedimiento precautorio prearbitral, que establece la designación de un tercero neutral con facultades para ordenar medidas cautelares urgentes con anterioridad a la constitución de un tribunal arbitral conforme al reglamento de la ICC²⁹. La utilización de este procedimiento ha sido muy escasa, pues hasta 2014, sólo había 14 casos registrados en relación con este procedimiento³⁰.

²⁵ Para B. BAIGEL, esta popularidad del arbitraje de emergencia se corresponde con la cada vez mayor relevancia de la tutela cautelar en el arbitraje internacional y con la insatisfacción creciente respecto a la vía judicial para la adopción de estas medidas cautelares urgentes, “The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis”, *Journal of International Arbitration*, Vol.31, n.º.1, 2014, p.2.

²⁶ G. BORN, *International Commercial...*, op.cit., p.2452.

²⁷ El 1 de agosto de 2016 ha entrado en vigor la reforma de las reglas relativas al procedimiento de arbitraje de emergencia del SIAC cuyo fin es mejorar algunos detalles del régimen previsto con anterioridad, especialmente, tanto en el plazo para el nombramiento del árbitro como en el plazo máximo para la adopción de la decisión por parte del árbitro sobre las medidas cautelares solicitadas.

²⁸ E. GUTIÉRREZ DE CORTÁZAR, “Tendencias del arbitraje comercial en Europa”, *Anuario de Arbitraje 2016*, G. JIMÉNEZ-BLANCO (coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p.126.

²⁹ Este reglamento contempla la designación del árbitro en un plazo máximo de ocho días desde la solicitud, con la obligación de dictar una orden adoptando la medida cautelar en un plazo máximo de treinta días. Vid. M. W. BÜHLER, “ICC Pre-Arbitral Referee and Emergency Arbitrator Proceedings Compared”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, Vol.22, 2011, pp.93-98; E. GAILLARD Y P. PINSOLLE, “The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences”, *Arbitration International*, Vol.20, n.º.1, 2004, pp.13-37; C. HAUSMANINGER, C., “The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: a Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?”, *ICSID Review*, Vol.7, n.º.1, 1992, pp.82-113.

³⁰ A. CARLEVARIS Y J.R. FERIS, “Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol.25, n.º.1, 2014, p.27.

14. La razón fundamental de esta pobre acogida de este procedimiento, -al igual que ocurrió con las reglas similares de la Asociación de Arbitraje Americana (AAA)³¹-, ha de buscarse en la naturaleza “opt-in” del sistema previsto, de tal manera que las partes deben estar de acuerdo expresamente y de manera separada de su cláusula de arbitraje, en acudir a este procedimiento específico³². Y es que la propia experiencia nos muestra que cualquier sistema “opt-in”, en la práctica, da como resultado, por regla general, una pobre utilización por parte de los usuarios del arbitraje³³.

15. No es extraño, por tanto, que todos los reglamentos que incorporan la nueva figura del arbitraje de emergencia hayan incorporado un sistema “opt-out” de las disposiciones sobre ésta³⁴. Por lo que, una vez que las partes se someten a un determinado arbitraje institucional, el concreto procedimiento del árbitro de emergencia del reglamento de esa institución está también incluido en su acuerdo, a no ser que las propias partes de manera expresa señalen que no quieren someterse a dichas disposiciones de forma específica. A este respecto, para facilitar a las partes la redacción de una cláusula de este tipo que no pueda dejar lugar a ninguna duda, La Corte de Arbitraje de la ICC ofrece entre sus cláusulas modelo de arbitraje, la siguiente: *arbitration without emergency arbitrator: “All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The Emergency Arbitrator Provisions shall not apply”*.

III. Su controvertida relación con los tribunales de justicia

16. La incorporación de esta nueva figura puede estar incluso ya modificando, en la actualidad, la relación existente entre los tribunales de justicia y el arbitraje en relación con la tutela cautelar “ante causam”. En principio, la regulación del árbitro de emergencia se ha adoptado para utilizarse como una alternativa a los tribunales estatales, sin que éstos pierdan su capacidad de cooperación y apoyo a los procedimientos arbitrales³⁵, tal y como, por otra parte, confirman los distintos reglamentos de arbitraje³⁶. Sin embargo, el papel de la justicia estatal para adoptar medidas cautelares en apoyo del arbitraje parece ir disminuyendo incluso, en aquellos casos en que pudiera ser preferible acudir a esta opción³⁷.

³¹ “Optional Rules for Emergency Measures of Protection”. Estas reglas contemplan la designación del árbitro en un plazo de un día laborable, con la necesidad de que se aporten las circunstancias de urgencia que apoyan que se decreten las medidas cautelares que se solicitan, Vid. B. H. SEPPHARD y J.M. TOWNSEND, “Holding the Fort until the...”, op.cit., p.78.

³² A ello debe añadirse la falta de conocimiento de la existencia de este procedimiento por parte de los potenciales usuarios y, en aquellos casos en donde se pudiera conocer, en la no consideración de su necesidad en el momento de pactar la cláusula arbitral para poder lograr una tutela cautelar urgente, P.MIREZE, “Fast-Track & Emergency Measures in M&A & JV Disputes in ICC Arbitration”, *Arbitration E-Review*, n.º.1-2, 2013, p.15; R. BOSE y I. MEREDITH, “Emergency Arbitration Procedure: A Comparative Analysis”, *International Arbitration Law Review*, n.º. 5, 2012, p.187; BORN, G., *International Commercial...*, op.cit., p.2452.

³³ P. SHAUGHNESSY, “Pre-Arbitral Urgent Relief: The New SCC Emergency Arbitration Rules”, *Journal of International Arbitration*, Vol.27, n.º.4, 2010, p.350; B. H. SEPPHARD y J.M. TOWNSEND, B., “Holding the Fort until the...”, op.cit., p.78; A. CARLEVARIS Y J. R. FERIS, “Running in the ICC Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.27.

³⁴ Vid. E. GAILLARD y P. PINSOLLE, “The ICC Pre-Arbitral Referee...”, op.cit., pp.23-24, quienes en relación con el procedimiento precautorio prearbitral establecido por la ICC en 1990, comentan sus virtudes y las ventajas en relación con la posibilidad de acudir a los tribunales nacionales, pero señalan la necesidad de reformar su naturaleza “opt-in”, debiendo ser integrado directamente dentro del reglamento de arbitraje de la ICC.

³⁵ A. GHAFFARI, y E. WALTERS, “The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?”, *Arbitration International*, Vol. 30, n.º.1, 2014, p.156; E. SUSSMAN y A. DOSMAN, “Evaluating the Advantages and Drawbacks of Emergency Arbitrators”, *TDM*, n.º.6, 2015, p. 8; C. CAHER y J.C. MACMILLAN, “Emergency Arbitration: The Default Option...”, op.cit., p.3; M. ROTH y C. REITH, “Emergency...”, pp.73-74.

³⁶ Valga como ejemplo lo dispuesto en el artículo 29.7 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la ICC que señala: “*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*”.

³⁷ En este mismo sentido, C. ESPLUGUES MOTA, “Quo Vadis Arbitratio?”, en *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, S. Barona Vilar (ed.), Cizur Menor, Civitas, 2016, p.414, observa como se está produciendo una cierta ampliación de la capacidad de dictar medidas cautelares por parte de los árbitros en detrimento de los tribunales estatales.

17. Ello se ha hecho especialmente palpable, en primer lugar, tras la decisión de los jueces ingleses en *Seele Middle East FZE v. Scull International SA Co.*³⁸, en donde estos tribunales se refirieron a la falta de regulación de un arbitraje de emergencia en el reglamento del arbitraje institucional pactado como fundamento para otorgar la medida solicitada. En otras palabras, la incapacidad de la justicia arbitral para actuar fue la justificación para la concesión de la orden por parte del tribunal. Ello implica, en consecuencia, que si hubiese sido aplicable en este caso, la actual versión del Reglamento de la ICC de 2012 –reglamentación que sí contempla un procedimiento de este tipo–, se hubiera podido señalar por parte de los jueces ingleses que había posibilidad de que un árbitro de emergencia podría haber actuado de forma efectiva en las mismas circunstancias. Ello conlleva y, esto es lo que nos parece altamente relevante, que si tal opción existe y está disponible para el solicitante de la medida, pudiera verse rechazada su petición ante los tribunales de justicia si acudiera a éstos, en vez de al arbitraje de emergencia.

18. Pero, es sobre todo, con la más reciente decisión de los órganos jurisdiccionales ingleses en *Gerald Metals SA v. The Trustees of the Timis & others*³⁹, en donde se ha hecho patente esta misma idea. En concreto, el tribunal en este caso examinó la vinculación existente entre las disposiciones contempladas sobre el arbitraje de emergencia en el reglamento de la LCIA –artículo 9B– y las solicitudes de adopción de medidas cautelares a los tribunales ingleses. Para este tribunal, únicamente se podría otorgar la medida cautelar solicitada cuando la vía del árbitro de emergencia fuese incapaz o inadecuada para conceder dicha tutela cautelar.

19. Además, se sostuvo que, en principio, el examen de los requisitos sustantivos para adoptar la tutela cautelar tanto en el reglamento de la LCIA como en la legislación inglesa sobre arbitraje -section 44 de la Arbitration Act 1996- es coincidente, por lo que si en la vía arbitral la Corte de la LCIA había denegado tanto la solicitud de iniciación de un arbitraje de emergencia como la opción de la constitución acelerada de un tribunal arbitral, donde se pudiera adoptar una medida cautelar urgente de embargo precautorio, esa misma decisión se debería tomar por parte del tribunal.

20. Aunque es verdad que las anteriores decisiones pueden encontrar apoyo en el principio de mínima intervención de los tribunales –contemplado específicamente en la section 44 (5) de la Arbitration Act–, no nos parecería del todo lógico, sin embargo, limitar como regla general la capacidad de los tribunales estatales en favor del arbitraje⁴⁰. Sin duda, es verdad, que la consecuencia lógica y coherente de optar por la vía arbitral por las partes sea la posible utilización del árbitro de emergencia y de los tribunales arbitrales una vez que éstos se han constituido para adoptar medidas cautelares. Ello, además, se hace especialmente visible en aquellos supuestos donde los tribunales de justicia pueden actuar de una manera lenta y farragosa o en jurisdicciones nacionales donde no existe una clara tendencia jurisprudencial en favor de apoyar decididamente el desarrollo de los procedimientos arbitrales.

21. Pero, por el contrario, nos plantea serias dudas qué posibles razones pueden fundamentar que se pueda restringir la opción de acudir a la jurisdicción estatal cuando ésta es la vía elegida por el solicitante, por el hecho de que éste considere, entre otras posibles razones, que en este caso puede ser más efectiva y rápida dicha opción⁴¹. Pensemos, por ejemplo, en los litigios sobre derechos de propiedad

³⁸ [2013] EWHC 4350 (TCC).

³⁹ [2016] EWHC 2327 (Ch).

⁴⁰ Esta no parece ser la intención buscada cuando se adoptó las disposiciones del reglamento de la LCIA, si observamos el tenor literal de la regla 9.12 que señala que “*Article 9B shall not prejudice any party’s right to apply to a state court or other legal authority for any interim or conservatory measures before the formation of the Arbitration Tribunal; and it shall not be treated as an alternative to or substitute for the exercise of such right*”.

⁴¹ Al respecto nos parece importante recordar las palabras de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Tutela cautelar y arbitraje”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, p.60: “*La puesta en marcha de un procedimiento arbitral no puede impedir, pues, el acceso a la tutela cautelar como parte integrante del más general derecho a la tutela judicial efectiva. Es lógico que cuando las partes deciden someter sus controversias a arbitraje no se produzca una derogación de la jurisdicción sino suspensión de su ejercicio y esta posibilidad, articulada legalmente, es una forma de ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva. Por eso no es admisible que quienes desean ejercer el referido derecho constitucional por la vía arbitral, admitida y*

intelectual, donde es altamente importante la posibilidad de lograr una tutela cautelar urgente por parte de los tribunales estatales.

22. En consecuencia, la vía de la justicia estatal no debería quedar limitado a aquellas ocasiones en donde se haya pactado expresamente una cláusula “opt-out” de las disposiciones concretas sobre arbitraje de emergencia de una determinada institución arbitral⁴². En este sentido, hemos de recordar un principio fundamental respecto a la tutela cautelar arbitral: sólo las partes se ven obligadas o afectadas por las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, convirtiéndose en imprescindible el apoyo de los tribunales estatales para la adopción de medidas cautelares frente a terceros⁴³.

IV. Las características esenciales del arbitraje de emergencia

23. Si bien es cierto que si descendemos al detalle podemos observar ciertas diferencias entre los distintos reglamentos de arbitraje sobre esta cuestión⁴⁴- por lo que aconsejamos siempre a los posibles usuarios comprobar de manera fidedigna y minuciosa las particularidades de las disposiciones aplicables al caso concreto-, sí que podemos afirmar que en todos ellos se ha pretendido diseñar un procedimiento que logre una rápida y eficiente resolución de las solicitudes que se presentan para que se adopten medidas cautelares urgentes por parte del árbitro de emergencia⁴⁵. En las siguientes páginas nos centraremos en analizar las características principales de este procedimiento.

24. Iniciación a instancia de parte: la solicitud para instar el procedimiento del arbitraje de emergencia, generalmente, se habrá de presentar o bien en el mismo momento o después de la solicitud de iniciación de arbitraje, con el límite máximo del momento en que el expediente haya sido trasladado al tribunal arbitral⁴⁶. Sin embargo, excepcionalmente se permite incluso, que se pueda presentar en un momento temporal anterior a la solicitud de arbitraje, aunque en este último caso, se obliga a presentar esta última en un plazo determinado, sancionándose con la terminación de las actuaciones si no se hubiera llevado a cabo dicha presentación⁴⁷. Esta exigencia constituye una salvaguarda procesal para la parte demandada y se corresponde con la idea de evitar solicitudes frívolas de arbitrajes de emergencia por parte del demandante con el fin de presionar a la otra parte y obtener una ventaja dentro la disputa planteada⁴⁸.

regulada legalmente, se vean privados de esa otra vertiente de la tutela judicial que es el aseguramiento cautelar. Estamos ante una manifestación de la verdadera cooperación entre jueces y árbitros que, en el caso de la adopción de medidas cautelares, es absolutamente necesaria”.

⁴² En este sentido, llaman la atención B. KNOWLES Y W. LAND, en relación con que una de las consecuencias de la decisión en el caso *Gerald v. Timis* citada, podría ser que las partes que desearan un arbitraje bajo el reglamento de la LCIA –o bajo cualquier otro reglamento de una institución arbitral-, incluyesen una cláusula “opt-out” de las normas sobre arbitraje de emergencia de la LCIA, con el fin de preservar la competencia de los tribunales estatales para adoptar medidas cautelares, “Emergency Relief: Court or Tribunal? Your Options May Be more Limited than you Thought”, *Kluwer Arbitration Blog*, 22 de octubre de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/10/22/emergency-relief-court-or-tribunal-your-options-may-be-more-limited-than-you-thought/>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

⁴³ S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol.IX, n.º.1, 2016, p.22.

⁴⁴ En este mismo sentido, J. LIM señala al respecto que “*there are only nuanced differences between the emergency arbitrator provisions, which are otherwise similar*”, “Are All Institutional Rules now Basically the Same?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 10 de abril de 2015, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/04/10/are-all-institutional-rules-now-basically-the-same/> [consultado el 15 de diciembre de 2016].

⁴⁵ Vid. M. S. PALAY Y T. LANDON, “A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risks” *The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2012*, 9 ed., 2012, Londres, pp. 1-6.; R. BOSE Y I. MEREDITH, “Emergency Arbitration Procedure...”, op.cit., pp.186-194; F. SANTACROCE, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., pp.285-290; B. EHLE, “Emergency Arbitration...”, op.cit., pp.90-99; M. ROTH Y C. REITH, “Emergency...”, op.cit., pp.67-73.

⁴⁶ Artículo 1 del Apéndice I del reglamento de la SIAC, artículo 1 del Apéndice I del reglamento de la CIMA.

⁴⁷ Este es el caso del artículo 1.6 del Apéndice V del Reglamento de la ICC, donde se termina el procedimiento del arbitraje de emergencia si la solicitud de arbitraje no es recibida por la Secretaría dentro de los diez días siguientes a la recepción de la petición.

⁴⁸ M. S. PALAY Y T. LANDON, “A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions...”, op.cit., p.3; B. EHLE, “Emergency Arbitration...”, op.cit., p.92.

25. Tras recibir la solicitud acompañada del pago de los derechos correspondientes, la institución arbitral respectiva evaluará si la solicitud cumple las previsiones e información exigidas. A este respecto, junto con los datos identificativos de las partes y sus representantes y una transcripción del acuerdo de arbitraje, en la solicitud deberá contemplarse, de manera general, dos elementos esenciales⁴⁹: a) la naturaleza y alcance de la medida cautelar solicitada y b) las razones y circunstancias de urgencia que aconsejen que sea adoptada dicha medida.

26. Principio de audiencia: tan pronto como sea posible, se transmitirá una copia de la petición a la parte demandada, con el fin de que pueda presentar las alegaciones que considere convenientes. En consecuencia, no tiene cabida, de forma general, la posibilidad de que las medidas cautelares se adopten *ex parte o inaudita altera parte*⁵⁰, y por lo tanto, si la parte desea el “efecto sorpresa” que llevan aparejadas este tipo de medidas habrá de acudir necesariamente a los tribunales nacionales⁵¹.

27. Nombramiento del árbitro: tras el examen de la solicitud y su aceptación⁵², la institución arbitral correspondiente –generalmente en la persona de su Presidente–, en el plazo de uno o dos días después de haber recibido la misma por la parte que desea que se designe un árbitro de emergencia, nombrará a un único árbitro para que adopte las medidas urgentes solicitadas⁵³.

28. Como fácilmente puede deducirse, el plazo temporal tan breve que se impone en los distintos reglamentos para la designación del árbitro, supondrá una fuerte presión a la institución arbitral para poder identificar y designar a la persona adecuada y que tenga una disponibilidad inmediata y a tiempo completo en las siguientes, más o menos, dos semanas que se tienen para poder tramitar el procedimiento y adoptar una decisión⁵⁴.

29. La práctica arbitral nos muestra, sin embargo, que en algunas ocasiones, las reglas de arbitraje no contemplan situaciones que pueden surgir en la designación del árbitro de emergencia. Así, en un caso que se planteó en el SIAC, el Centro como consecuencia de una solicitud de un procedimiento de arbitraje de emergencia, designó a un árbitro de emergencia para decidir sobre la medida cautelar solicitada. Al día siguiente a dicha designación, la parte demandada presentó también una solicitud para la designación de un árbitro de emergencia que adoptase una medida cautelar diferente frente a su contraparte, alegando que también tenía derecho a una tutela cautelar urgente previamente a la constitución del tribunal. El Presidente del Centro decidió aceptar también dicha solicitud, señalando que el mismo árbitro designado con anterioridad también debería conocer de esta segunda solicitud. Por ello, el árbitro de emergencia conoció de ambas solicitudes presentadas por las dos partes, aunque finalmente emitió dos laudos diferentes en relación con cada una de las medidas cautelares solicitadas⁵⁵.

⁴⁹ Artículo 1 del Apéndice I del reglamento del SIAC, artículo 9B (5) del reglamento de la LCIA, artículo 3 del Apéndice V de la ICC.

⁵⁰ La única excepción se encuentra en el reglamento suizo de arbitraje internacional, revisado en 2012, en sus artículos 26.3 y 43.1., en donde se establece la facultad del árbitro de emergencia de adoptar medidas *ex parte* “*en circunstancias excepcionales*”. Vid., C. CAHER y J. McMILLAN, “Emergency Arbitration: The Default Option...”, op.cit., p. 3; E. SUSSMAN y A. DOSMAN, “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., p.8; C. MÜLLER y S. PEARSON, “Waving the Green Flag to Emergency Arbitration...”, op.cit., pp.815-816.

⁵¹ B. EHLE, “Emergency Arbitration...”, op.cit., p.99.

⁵² Los reglamentos prevén que la institución arbitral correspondiente ha de valorar y evaluar si la solicitud cumple los requisitos exigidos por las disposiciones concretas aplicables del reglamento de arbitraje de emergencia correspondiente, rechazándose si se careciese manifiestamente de competencia. Artículo 1.5 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 9B (6) del reglamento de la LCIA, artículo 4 del Apéndice I del CIMA.

⁵³ Artículo 2.1 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 2 del Apéndice I del reglamento del SIAC, artículo 5 del Apéndice IV del reglamento del HKIAC.

⁵⁴ En este sentido, y a modo de ejemplo, en el Preámbulo del reglamento del TAB se señala que la necesidad de urgencia ha aconsejado escoger como neutrales a los miembros de la Junta de Gobierno del Tribunal que actuarán por riguroso turno, siempre que no perciban tener conflicto de interés.

⁵⁵ SIAC, “The Emergency Arbitrator and Expedited Procedure in SIAC...”, cit.

30. Independencia e imparcialidad del árbitro de emergencia: como cualquier otro árbitro, en este caso igualmente son de aplicación, de forma general, las previsiones contempladas en los distintos reglamentos institucionales en relación a su independencia e imparcialidad respecto de las partes involucradas en la controversia⁵⁶. Antes de ser nombrado, toda persona susceptible de actuar como árbitro de emergencia, habrá de suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. Dicha declaración será enviada por la Secretaría de la institución arbitral correspondiente a las partes.

31. En consonancia con esta cuestión, desde el momento en que se notifica el nombramiento, se abre un plazo muy breve –de tres días generalmente–, donde se podrá formular la recusación del árbitro de emergencia⁵⁷. Se contempla, además, un régimen de incompatibilidades, quedando prohibida toda intervención posterior como árbitro para la misma controversia, salvo que las partes así lo acuerden⁵⁸.

32. Sede del procedimiento del árbitro de emergencia: La sede acordada por las partes para el arbitraje será la misma para el procedimiento del árbitro de emergencia. En todo caso, de no haber sido convenida dicha sede, la institución arbitral será la que la fije de manera definitiva⁵⁹.

33. Poderes del árbitro de emergencia: el árbitro de emergencia tiene una competencia plena para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas, pero también es limitada única y exclusivamente a dicha labor⁶⁰. Las facultades del árbitro de emergencia cesarán una vez que el expediente haya sido trasladado al tribunal arbitral.

34. Carácter no tasado de las medidas cautelares: en los distintos reglamentos de arbitraje no se establece una lista cerrada de las medidas cautelares que se pueden solicitar y ser otorgadas en un arbitraje de emergencia, sino que la única limitación existente a la facultad del árbitro de emergencia para conceder dichas medidas es que sean necesarias y que no puedan esperar a la constitución del tribunal arbitral⁶¹. El árbitro de emergencia tiene libertad para poder adaptar las medidas cautelares a las necesidades específicas del caso⁶² y, generalmente, tendrá mayores posibilidades de otorgar un número más amplio de medidas que aquellas que son permitidas a los tribunales nacionales⁶³.

35. Procedimiento a seguir: el árbitro de emergencia cuenta con amplias facultades para decidir sobre la tramitación del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza y urgencia del mismo⁶⁴. Así, en primer lugar, se contempla la obligación del árbitro de emergencia de establecer un calendario procesal para el procedimiento en el menor tiempo posible, estableciéndose como límite de forma general un plazo máximo de dos días desde que se le entrega el expediente⁶⁵. En consonancia además con la discrecionalidad y flexibilidad que ha de acompañar las actuaciones del árbitro de emergencia, éste podrá renunciar a algún trámite procesal como sería la audiencia oral, limitar las alegaciones escritas de las partes o exigir caución suficiente al solicitante de la medida cautelar⁶⁶, pero en todo caso, habrá de asegurarse que cada parte ha tenido una oportunidad razonable de defender sus posiciones. A este respecto, es posible también que, si así se le solicita al árbitro, éste pueda acordar la ampliación de los plazos concedidos a

⁵⁶ Artículo 2.4 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 9B (6) del reglamento de la LCIA.

⁵⁷ Artículo 4.3 del Apéndice II del reglamento de la SCC, artículo 4.4 del reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid.

⁵⁸ Artículo 4 del Apéndice I del reglamento del SIAC, artículo 21 del Apéndice 4 del reglamento de la HKIAC, artículo 4 del reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid.

⁵⁹ Artículo 6 del Apéndice I del reglamento de la CIMA, artículo 4 del Apéndice V del reglamento de la ICC.

⁶⁰ Artículo 1.2 del Apéndice II del reglamento de la SCC, artículo 6 del Apéndice II del reglamento del SIAC.

⁶¹ Artículo 2 d) del Apéndice IV del reglamento del HKIAC, artículo 3 e) del Apéndice V del reglamento de la ICC.

⁶² E. MUÑOZ, “How Urgent Shall an Emergency Be? The Standards Required to Grant Urgent Relief by Emergency Arbitrators”, *Yearbook of International Arbitration*, vol.IV, 2015, pp.51-52.

⁶³ E. CASTINEIRA, “The Emergency Arbitrator in the...”, op.cit., p.78; B. EHLE, “Emergency Arbitration...”, op.cit., p.97.

⁶⁴ K. TALLENT, “Emergency Relief Pending...”, op.cit., p.289; E. SUSSMAN y DOSMAN, A., “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., p.4.

⁶⁵ Artículo 5 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 5 del Apéndice I del reglamento del SIAC.

⁶⁶ Artículo 5.2 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 7 del Apéndice II del reglamento de la SCC.

las partes para presentar sus alegaciones respectivas. En todo caso y para garantizar la rápida recepción de las distintas comunicaciones que se han de efectuar y hacer posible el cumplimiento de los plazos tan breves que se establecen, es muy recomendable la utilización del correo electrónico⁶⁷.

36. Celeridad en la adopción de la decisión por parte del árbitro de emergencia: Aunque cada reglamento establece un plazo máximo distinto para que el árbitro emita su decisión –de unos quince a veinte días de media–⁶⁸, en todos ellos se refleja la misma idea de que una de las ventajas más relevantes para acudir a esta figura ha de ser la rapidez en la toma de las decisiones⁶⁹.

37. Estándares para la concesión de la medida cautelar solicitada: A pesar del silencio de los reglamentos institucionales sobre esta cuestión y la gran discrecionalidad otorgada al árbitro de emergencia, este último ha de evaluar la petición de acuerdo con los presupuestos tradicionales previstos para la adopción de las medidas cautelares por parte de los tribunales arbitrales⁷⁰. En consecuencia, de forma general, se constata, que la práctica internacional consagra además del requisito de la urgencia, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*⁷¹. Ello está en consonancia con lo establecido en el artículo 17A de la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, donde se señala en relación con las condiciones que son necesarias para la concesión de las medidas cautelares, que el solicitante debe convencer al tribunal arbitral de que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada y, b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere.

38. A este respecto, la urgencia ha sido el elemento crucial en la práctica hasta ahora para denegar la mayoría de las solicitudes por parte del árbitro de emergencia. En principio, solamente una contestación en negativo al interrogante sobre si se puede esperar a que dicha medida pueda ser evaluada y tomada, en su caso, por parte del tribunal arbitral una vez constituido, será determinante para ver cumplida dicha exigencia⁷². Sin embargo, aunque no siempre es fácil y, ello lo corrobora la práctica arbitral pues hay árbitros de emergencia que en sus decisiones únicamente analizan este requisito dentro de su resolución sobre el fondo⁷³, sería preciso diferenciar en la decisión, tal y como señala D. ARIAS⁷⁴, el test de admisibilidad de la solicitud basado en la urgencia del cumplimiento de este estándar de urgencia que se utiliza para valorar si se otorga la medida cautelar solicitada. En este último caso, el árbitro de emergencia habrá de enjuiciar además, si a la creación de la situación de urgencia ha contribuido o no el solicitante con su conducta, lo cual le puede impedir lograr que se adopte la medida cautelar solicitada.

39. Flexibilidad en la forma que adopta la decisión del árbitro: se otorga de manera general una cierta libertad para decidir sobre la forma que ha de adoptar la decisión por parte del árbitro, ya sea

⁶⁷ Así, lo aconseja D. ARIAS, “El procedimiento de árbitro de emergencia”, *Anuario de Arbitraje 2016*, G. Jimenez-Blanco (coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp.145-146, quién lo contrapone con la utilización de medios físicos de entrega de la documentación en un caso concreto, lo que puede demorar enormemente el procedimiento y frustrar el objetivo buscado cuando se pone en marcha el mismo.

⁶⁸ Artículo 12 del Apéndice IV del reglamento del HKIAC, artículo 9.B.8 del reglamento de la LCIA.

⁶⁹ E. SUSSMAN y A. DOSMAN, “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., p.2.

⁷⁰ M. MIRO GILI, “La decisión del árbitro de emergencia. Su contenido, ejecutabilidad y ejecución”, *Spain arbitration review*, nº.16, 2013, pp.42-43; E. SUSSMAN y DOSMAN, A., “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., p.5.

⁷¹ D. ARIAS, “El procedimiento de...”, op.cit., pp.150-151; M. SAVOLA, “Interim Measures and Emergency...”, op.cit., pp.21-22.

⁷² C. BAO, “Developing the Emergency Arbitrator Procedure: The Approach of the Hong Kong International Arbitration Center”, en *Interim and Emergency Relief in International Arbitration*, D.Ziyaeva (ed.), Nueva York, Jurisnet, 2015, p.278; M. GRANDO, “The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration: A Report from the 28th Annual ITA Workshop”, *Kluwer Arbitration Blog*, 20 de julio de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/07/20/the-coming-of-age-of-interim-relief-in-international-arbitration-a-report-from-the-28th-annual-ita-workshop/>, [consultado el 15 de diciembre de 2016]; E. MUÑOZ, “How Urgent Shall an...”, op.cit., p.61.

⁷³ Vid. A. CARLEVARIS y J. R. FERIS, A., “Running in the ICC Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.35.

⁷⁴ D. ARIAS, “El procedimiento de...”, op.cit., pp.152-154.

en forma de laudo u orden⁷⁵. En todo caso, sin embargo, y cualquiera que sea la forma que adopte, la decisión habrá de ser motivada y deberá explicar las razones por las que está decretando las medidas cautelares solicitadas⁷⁶.

40. Decisiones vinculantes para las partes: desde el mismo momento que se adoptan por parte del árbitro de emergencia, las partes quedan obligadas a cumplir su contenido⁷⁷. En todo caso, cabe que el árbitro de emergencia, si así se le solicitase, pueda modificar, dejar sin efecto o anular su decisión previa. El tribunal arbitral, por el contrario no queda vinculado en ningún momento por lo dictado en el arbitraje de emergencia, actuando de manera totalmente independiente, por lo que una vez constituido, puede confirmar, modificar o dejar sin efecto la decisión adoptada por el árbitro de emergencia⁷⁸.

41. La visión general que podemos extraer de las características descritas nos proporciona, en consecuencia, un procedimiento que, a grandes rasgos, está investido de las notas de celeridad en la designación del árbitro de emergencia y en la tramitación del procedimiento por éste, protección de los derechos de las partes, temporalidad de las medidas adoptadas y falta de prejuzgamiento respecto al fondo del litigio⁷⁹.

V. La problemática cuestión de la ejecutabilidad de las decisiones de los árbitros de emergencia

42. Desde la introducción de este tipo de procedimiento en los distintos reglamentos de arbitraje, las mayores preocupaciones y dudas que se han planteado han sido en relación con la cuestión de si las decisiones de los árbitros de emergencia son o no ejecutables y bajo qué presupuestos lo serían⁸⁰, en particular, cuando la medida es adoptada en un arbitraje con sede en el extranjero y se hace preciso instar, con anterioridad, el exequátur de la misma.

43. Tomando en consideración las distintas observaciones realizadas sobre este aspecto, es posible diferenciar tres importantes problemas en relación con la ejecutabilidad de las decisiones adoptadas en un procedimiento arbitral de emergencia: a) el exacto estatus del árbitro de emergencia, o dicho de otra manera, la consideración del mismo como un verdadero árbitro en relación con la leyes nacionales sobre arbitraje, dado que las mismas en su gran mayoría no hacen referencia a este procedimiento, b) la naturaleza temporal de las decisiones del árbitro de emergencia y, c) la forma en que se plasma la decisión del árbitro de emergencia.

44. En relación a la primera de las cuestiones, hemos de señalar que la gran mayoría de las legislaciones nacionales sobre arbitraje guardan silencio sobre el arbitraje de emergencia. En las mismas y, siempre que éstas contemplen la tutela cautelar arbitral, únicamente y de forma general, se otorga a los “tribunales arbitrales” y a los “árbitros” la potestad de adoptar medidas cautelares y que dichas decisiones puedan ser ejecutadas por parte de los tribunales nacionales⁸¹.

⁷⁵ Artículo 8.2 del Apéndice I del reglamento de la CIMA, artículo 6 del Apéndice I del reglamento del SIAC, artículo 12 del Apéndice IV del reglamento HKIAC.

⁷⁶ Artículo 6.3 del Apéndice V del reglamento de la ICC, artículo 8.2 del Apéndice II del reglamento de la SCC.

⁷⁷ Artículo 9.1 del Apéndice II del reglamento de la SCC, artículo 9.1 del Apéndice I del reglamento del SIAC.

⁷⁸ Artículo 7 del Apéndice I del reglamento del SIAC, artículo 19 del Apéndice IV del HKIAC, artículo 8.2 del Apéndice I del reglamento del CIMA.

⁷⁹ I. RIVERA, “El árbitro de emergencia. Una figura en crecimiento”, *Revista de Arbitraje PUCP*, n° 4, 2014, pp.172-173; R. BORDACHAR URRUTIA, “Medidas cautelares en arbitraje...”, op.cit., p.90.

⁸⁰ Vid. J. FRY, “The Emergency Arbitrator - Flawed Fashion or Sensible Solution?”, *Dispute Resolution International*, Vol.7, n° 2, 2013, pp.179-197; MIRO GILL, M., “La decisión del árbitro de emergencia...”, op.cit., pp.51-56; SANTACROCE, F., “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., pp.283-312; A. GHAFARI, y E. WALTERS, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., pp.158-164.

⁸¹ Entre estos países, puede citarse Inglaterra, Alemania, Suiza o Croacia. Vid. G. BORN, *International Commercial...*, op.cit., pp.2516-2519. En este sentido, puede citarse el artículo 23.1 de la Ley española de arbitraje que señala que “salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares

45. Ante el vacío legal existente y la problemática derivada⁸², han comenzado a modificarse algunas de las legislaciones nacionales con el fin de otorgar un estatus claro de árbitro al árbitro de emergencia y posibilitar la ejecución de sus decisiones por parte de los tribunales estatales. No hay mejor mecanismo para asegurar que las decisiones de los árbitros de emergencia serán ejecutables que una previsión expresa legislativa, pero por ahora, las modificaciones legales en este sentido son todavía muy escasas⁸³.

46. Así, en primer lugar, en 2012 se modificó la Ley de arbitraje internacional de Singapur para incluir dentro de la definición de tribunal arbitral al árbitro de emergencia nombrado conforme a lo pactado por las partes, incluyendo las reglas de arbitraje aplicables de una institución u organización⁸⁴, con lo que se otorga el mismo estatus jurídico y poderes que cualquier otro tribunal arbitral, asegurando que las decisiones emitidas en el marco de un procedimiento de arbitraje de emergencia serán ejecutables conforme a la section 12.6 de la Ley⁸⁵.

47. En segundo lugar, de la misma manera, se enmendó en 2013 la Ley de arbitraje de Hong Kong⁸⁶, como respuesta a la adopción de las reglas de las HKIAC que incorporan un procedimiento de arbitraje de emergencia, para incorporar una definición del árbitro de emergencia y dejar claro que los tribunales de Hong Kong podrán ejecutar decisiones que adopten medidas cautelares ordenadas por un árbitro de emergencia, con sede en Hong Kong o en el extranjero⁸⁷.

48. En tercer lugar, muy recientemente, en octubre de 2016, se ha modificado la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda con el objetivo de ampliar la definición de “tribunal arbitral” (section 2.1 Arbitration Act 1996) para incluir también al “árbitro de emergencia”⁸⁸. Si bien es verdad que en este país, generalmente esta modificación tendrá poco impacto práctico, dado que en el mismo de manera general no suele utilizarse el procedimiento del arbitraje de emergencia, ya que por una parte, lo normal es el desarrollo de procedimientos de arbitraje *ad hoc* y no de arbitrajes institucionales en cuyos reglamentos es como hemos visto, donde se contempla esta figura y, por otra parte, existe una clara y rectilínea jurisprudencia de asistencia de los tribunales de dicho Estado para adoptar medidas cautelares en apoyo de los arbitrajes con sede en su territorio⁸⁹.

49. En relación con la segunda de las cuestiones, tal y como ya hemos señalado, una de las características básicas de las decisiones sobre medidas cautelares en el arbitraje de emergencia es su temporalidad, en el sentido que su carácter vinculante queda a expensas de lo que decida el tribunal arbitral una vez constituido, quién puede confirmarlas, modificarlas o incluso desestimarlas íntegramente⁹⁰.

*que estimen necesarias respecto al objeto del litigio”, añadiéndose en el apartado segundo de este mismo artículo que “a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les será de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”.*⁹

⁸² Mientras que para F. SANTACROCE, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.311, una vez analizadas las características esenciales del procedimiento del arbitraje de emergencia, la figura del árbitro de emergencia tendría una naturaleza jurisdiccional, similar a la de cualquier tribunal arbitral, B. BAIGEL, “The Emergency Arbitrator Procedure...”, op.cit., pp.17-18, opina que la función cumplida por el árbitro de emergencia es meramente de naturaleza contractual, lo que incide directamente en la imposibilidad de utilizar la vía prevista legalmente para la ejecución de las medidas cautelares adoptadas por parte de los tribunales arbitrales.

⁸³ En relación a España, la Ley de arbitraje no contempla la figura del árbitro de emergencia ni tampoco lógicamente las medidas cautelares de urgencia. Para C. GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, este silencio puede ser comprensible si se atiende a que fue en 2003 cuando fue adoptada, pero sin embargo, parece más sorprendente que no se haya aprovechado la reforma del 2011 para haberla incorporado a nuestro Ordenamiento jurídico, “Comentario al apéndice I: árbitro de emergencia”, en *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)*, Madrid, CIMA, 2016, p.498. op.cit., p.52.

⁸⁴ Section 2.1 de la Singapore International Arbitration Act (Cap. 143A).

⁸⁵ J. FRY, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., pp.193-194.

⁸⁶ Sections 22.A y 22B.2 de la Hong Kong Arbitration Ordinance (Cap. 609).

⁸⁷ C. BAO, “Developing the Emergency...”, op.cit., p.283.

⁸⁸ Section 4 de la Arbitration Amendment Act 2016.

⁸⁹ D. KALDERIMIS y K. YESBERG, “Recent Amendments to New Zealand’s Arbitration Act”, *Kluwer Arbitration Blog*, 28 de noviembre de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/11/28/recent-amendments-to-new-zealands-arbitration-act/> [consultado el 15 de diciembre de 2016].

⁹⁰ E. SUSSMAN y DOSMAN, A., “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., p.6.

50. En estas circunstancias no es nada extraño que se planteen dudas sobre la posibilidad de su ejecución dado que no tiene la naturaleza de un laudo “final”-con efecto de cosa juzgada-, una característica además que comparte con las decisiones sobre medidas cautelares adoptadas por los tribunales arbitrales y que, conduciría, según una opinión bastante extendida, a la falta de cumplimiento de uno de los requisitos contemplados en el régimen del Convenio de Nueva York de 1958⁹¹, régimen aplicable a nivel mundial, con carácter general, para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

51. Sin embargo, aunque limitadas en número, existen algunas jurisdicciones nacionales que no dudan en ejecutar las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares como si fueran laudos finales, otorgando a dicha característica una interpretación más amplia, vinculada con el objetivo de dotar al tribunal arbitral de todos los mecanismos necesarios para cumplir fielmente su misión como órgano decisorio⁹². En especial, este sería el caso de los tribunales norteamericanos⁹³. Del mismo modo, no parece que hubiera problemas en ejecutar las decisiones de los árbitros en aquellos casos en donde las legislaciones nacionales hayan incorporado lo dispuesto en el artículo 17 apartados H) e I) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional o bien, existiese una disposición en su legislación interna similar a la contemplada en el artículo 183.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado⁹⁴.

52. En relación a España, M.GÓMEZ JENE ha defendido la imposibilidad de someter a exequátur una decisión arbitral sobre medidas cautelares, fundamentándose tanto en lo dispuesto en el Convenio de Nueva York de 1958 como en lo previsto en el artículo 41.3 del Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que señalaba la exclusión de su ámbito de aplicación de toda medida cautelar dictada por una autoridad judicial extranjera⁹⁵. Sin embargo, finalmente el artículo 41.4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015, contempla en la actualidad la posibilidad de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y provisionales, cuando su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva y siempre que se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria, lo que supone un argumento favorable para matizar esta posición y dejar la puerta abierta a un posible reconocimiento⁹⁶.

53. En conclusión, aunque hemos de reconocer que la propia naturaleza “temporal” de las medidas adoptadas en las decisiones de los árbitros supone el mayor obstáculo para su ejecución por parte de los tribunales estatales, especialmente cuando se insta previamente el exequátur de las mismas por tener

⁹¹ Vid. N. VOSER, “Interim Relief in International Arbitration: The Tendency Towards a More Business-Oriented Approach”, *Dispute Resolution International*, Vol.1, n.º.2, December, 2007, p.184; BROWN, C., “The Enforcement of Interim Measures Ordered by Tribunal and Emergency Arbitrator”, en *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, ed. A. J. Van den Berg, La Haya, Kluwer, 2013, p.286.

⁹² F. SANTACROCE, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., pp.303-304.

⁹³ A. YESILIRMAK, *Provisional Measures in...*, op.cit., pp.253-254, G. BORN, *International Commercial...*, op.cit., pp.2514-2519.

⁹⁴ En este sentido, C. BOOG y B. STOFFEL, “Preliminary Orders and the Emergency Arbitrator: Urgent Interim Relief by an Arbitral Decision Maker in Exceptional Circumstances”, en *Ten Years of Swiss Rules of International Arbitration*, Huntington, Jurisnet, 2014, p.81. Recordar, tal y como hemos señalado, como expresamente la Ley de arbitraje de Hong Kong incluye a las decisiones de los árbitros de emergencia en su section 22B (1), señalando que: “Any emergency relief granted, whether in or outside Hong Kong, by an emergency arbitrator under the relevant arbitration rules is enforceable in the same manner as an order or direction of the Court that has the same effect, but only with the leave of the Court”.

⁹⁵ M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje internacional y Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *La Ley*, n.º.8388, 30 de septiembre de 2014, p.6.

⁹⁶ Téngase en cuenta que el procedimiento para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en España es hoy el contemplado en el Título V de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015, teniendo en cuenta la especialidad que supone que la competencia para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros la tiene la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad Autónoma, de acuerdo con el artículo 8.6 de la Ley de Arbitraje y que, en consecuencia, para la ejecución será órgano competente los Juzgados de Primera Instancia. Esta competencia también incide de manera específica en la imposibilidad de aplicar el régimen de recursos previsto de forma general en el artículo 55 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, donde frente al auto de exequátur dictado por el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de lo Mercantil, según sea el caso, cabe recurso de apelación y eventualmente recurso por infracción procesal o recurso de casación.

el arbitraje la sede en el extranjero⁹⁷, una contestación a esta cuestión de manera global y categórica no cabe otorgarla hoy en día, sino que más bien, dependerá de la concreta jurisdicción nacional donde dicha ejecución ha sido solicitada. En este sentido, ciñéndonos exclusivamente a los laudos emitidos por árbitros de emergencia podemos citar ya algunos ejemplos donde se ha acordado la ejecución por parte de tribunales estatales de la decisión arbitral adoptada, tanto de forma directa en los casos norteamericanos *Yahoo Inc. v. Microsoft Corp.*⁹⁸ y *Blue Cross Blue Shield of Michigan v. Medimpact Healthcare Systems*⁹⁹, como de manera indirecta en el caso *HSBC PI Holdings (Mauritius) Ltd. v. Avitel Post Studios Ltd. and Others*, planteado ante los tribunales indios¹⁰⁰.

54. Por último, y en relación con la tercera de las cuestiones, hemos de recordar que las decisiones de los árbitros de emergencia pueden adoptar la forma de laudos o de órdenes¹⁰¹. La forma en que se otorga la decisión puede tener incidencia clara sobre su ejecutividad dada la tendencia general de los distintos Ordenamientos jurídicos a reconocer únicamente ejecutividad a los laudos¹⁰².

55. Sin embargo, a pesar de que, a primera vista, esta cuestión parece muy relevante, la misma pierde gran importancia cuando se evalúa la manera de actuar de algunos tribunales estatales donde se ha planteado esta problemática, como han sido los norteamericanos o los franceses¹⁰³. En este sentido, no hay dudas que analizando los casos planteados, los jueces han establecido que la clave reside en determinar la verdadera naturaleza de la decisión de los árbitros y si la misma pone fin y de manera definitiva a la cuestión específica planteada ante éstos, de tal manera que primando el aspecto sustantivo sobre el formal, haya de ser ejecutada¹⁰⁴. Los tribunales estatales, en estas situaciones, no han dudado en estimar

⁹⁷ En este caso, realmente la discusión sobre su viabilidad pierde gran parte de su interés cuando se contraponen con su utilidad y eficacia. En efecto, dado el lapso de tiempo que es necesario para lograr el exequátur, en muchas de las ocasiones con casi total seguridad se habrá producido el daño que se tratase de evitar, con lo cual la medida cautelar ya no serviría absolutamente para nada. Por ello, en la práctica, sería mucho más conveniente en la práctica en estas situaciones, siempre que se pueda, solicitar la medida cautelar ante los tribunales de justicia del lugar donde deba de ser ejecutada.

⁹⁸ US District Court, Southern District of New York, 13 CV 7237, October 21, 2013. En este caso, el recurso de anulación interpuesto por parte de Yahoo fue rechazado. El tribunal señaló que la medida cautelar otorgada por parte del árbitro de emergencia era en esencia final y por ello cumplía los requisitos exigidos para su ejecución.

⁹⁹ 2010 WL 2595340 (E.D. Mich. June 24, 2010). El tribunal sostuvo que la decisión del árbitro de emergencia podía considerarse final y resolvía sobre la específica cuestión de la medida cautelar solicitada consistente en el mantenimiento de la vigencia del contrato mientras se siga desarrollando el procedimiento arbitral. Comparar, sin embargo, con *Chinmax Medical Systems v. Alere San Diego*, 2011 WL 2135350 (S.D. Ca. May 27, 2011), donde el tribunal rechazó admitir el recurso de anulación de una decisión de un árbitro de emergencia bajo el fundamento de que la misma no puede considerarse un laudo.

¹⁰⁰ El Tribunal Superior de Bombay adoptó la medida cautelar solicitada –bloqueo de una cuenta bancaria–, siguiendo fielmente el razonamiento llevado a cabo por parte del árbitro de emergencia en su decisión previa, procedimiento que se había llevado a cabo de acuerdo con las reglas del SIAC. En este caso, las partes habían pactado en el contrato que únicamente los tribunales nacionales serían los competentes para adoptar medidas cautelares, por lo que, a pesar de existir una decisión previa por parte de un árbitro de emergencia, se solicitó la adopción de nuevo y de manera independiente la misma medida cautelar ante los tribunales indios. Sin embargo, puede compararse con el reciente caso *Raffles Design International India Pvt. Ltd. & Anr. v. Educomp Professional Education Ltd. & Ors.*, donde el Tribunal Superior de Delhi señaló que, aún a pesar de la existencia previa de una decisión de un árbitro de emergencia dictada en un procedimiento llevado a cabo en Singapur de acuerdo con el reglamento del SIAC, este tribunal tenía libertad para poder valorar y otorgar de manera independiente la medida cautelar solicitada. Vid. K. MAHAJAN y S. GUPTA, “Uncertainty of Enforcement of Emergency Awards in India”, *Kluwer Arbitration Blog*, 7 de diciembre de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/12/07/uncertainty-of-enforcement-of-emergency-awards-in-india/> [consultado el 15 de diciembre de 2016].

¹⁰¹ En este sentido, recordar que la mayoría de los reglamentos arbitrales permiten que la decisión del árbitro de emergencia adopte la forma de laudo, con la excepción más significativa de la ICC –artículo 6 del Apéndice V del reglamento–, donde la decisión adopta la forma de orden, con el fin de que dicha decisión no se vea sometida al procedimiento de examen y escrutinio –el tiempo siempre como factor fundamental– al que se ven sometidos los laudos de manera general, FUMAGALLI, L., “Le Emergency Arbitration Rules nel nuovo Regolamento di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale”, *Rivista dell'arbitrato*, n.º.3, 2013, p.664.

¹⁰² En este sentido, N. VOSER y BOOG, “ICC Emergency Proceedings: An Overview”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, Vol.22, 2011, p. 85; C. CAHER, y J. MCMILLAN, “Emergency Arbitration: The Default Option...”, op.cit., p. 2; BAO, C., “Developing the Emergency...”, op.cit., pp.278-279.

¹⁰³ K. TALLENT, “Emergency Relief Pending...”, op.cit., pp.300-301; A. GHAFARI y E. WALTERS, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.163.

¹⁰⁴ R. BOSE y I. MEREDITH, “Emergency Arbitration Procedure...”, op.cit., p.192.

que era preciso ejecutar las decisiones adoptadas por los árbitros sobre medidas cautelares con el fin de evitar causar un daño irreparable al solicitante o a la propia integridad del procedimiento arbitral¹⁰⁵.

56. Las anteriores consideraciones sin embargo, no deben ser sobrevaloradas. Es verdad, que pueden convertirse en algunos casos, en obstáculos a la ejecución de las decisiones de los árbitros de emergencia, pero si observamos la práctica nos daremos cuenta que en la inmensa mayoría de los casos las partes cumplen voluntariamente lo ordenado por el árbitro de emergencia¹⁰⁶.

57. Bien es verdad que, entre las razones de este cumplimiento voluntario, no cabe duda que ejerce un gran peso el temor a que el tribunal arbitral una vez constituido, tome en consideración la conducta nada cooperativa con el desarrollo del procedimiento de la parte incumplidora. Se pueden extraer consecuencias adversas para la parte recalcitrante al cumplimiento por parte del tribunal y tomarse en consideración dicho comportamiento incidiendo directamente en el cálculo tanto del montante económico final otorgado en el posible laudo condenatorio en cantidad, como en la imposición de las costas¹⁰⁷. A este respecto, podría ser posible si así se le solicita al tribunal, que se impusiese una pena pecuniaria a la parte incumplidora por los daños y perjuicios causados por su conducta¹⁰⁸, al haber roto su compromiso previsto en los distintos reglamentos arbitrales de que las partes están obligadas a cumplir el contenido de las decisiones de los árbitros de emergencia, tal y como hemos señalado con anterioridad. Sin embargo, nos parece que es ciertamente ir demasiado lejos en cuanto a las consecuencias que el tribunal pudiera decidir el fondo únicamente incidiendo en la conducta no cooperativa de la parte incumplidora de la medida provisional, pues en tal caso, podría estar desviándose de su mandato y de la obligación de resolver la disputa de manera imparcial¹⁰⁹.

VI. Valoración final

58. Como conclusión final podemos afirmar que la institución del arbitraje de emergencia ha llegado para quedarse dentro del mundo del arbitraje internacional y no sólo además, en relación con las disputas derivadas de los intercambios comerciales transnacionales. En este sentido, valga como ejemplo la incipiente utilización de esta vía en el arbitraje inversor-Estado, especialmente mediante el procedimiento de arbitraje de emergencia bajo las reglas de la SCC, en donde se han registrado cuatro solicitudes contra los Estados desde 2014 –tres frente a Moldavia y uno frente a Ucrania–¹¹⁰.

59. A pesar de que, ciertamente todavía es muy reciente su incorporación a la oferta de posibilidades de lograr una tutela cautelar arbitral, las solicitudes para poner en marcha este procedimiento nos

¹⁰⁵ M. SAVOLA, “Interim Measures and Emergency...”, op.cit., p.23; K. TALLENT, “Emergency Relief Pending...”, op.cit., p.310; E. SUSSMAN y DOSMAN, A., “Evaluating the Advantages and Drawbacks...”, op.cit., pp.6-7.

¹⁰⁶ C. BAO, “Developing the Emergency...”, op.cit., p.282; A. CARLEVARIS y J. R. FERIS, “Running in the ICC...”, op.cit., p.37; J. FRY, “The Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.196. De acuerdo con N. VIVEKANANDA y A. PAREEK, en todos los casos que han sido resueltos en el SIAC, las partes han cumplido con lo ordenado por el árbitro de emergencia o bien han llegado a un acuerdo en esta fase inicial del litigio, “The SIAC Emergency...”, op.cit., p.48.

¹⁰⁷ B. EHLE, “Emergency Arbitration...”, op.cit., p.101; M.S. PALAY, y T. LANDON, , “A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions...”, op.cit., p.5. A modo de ejemplo, el artículo 29.4 del reglamento de arbitraje de la ICC señala que “el tribunal arbitral decidirá 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”.

¹⁰⁸ C. DE LOS SANTOS LAGO, y V. BONNIN, “Emergency Proceedings under the New ICC Rules”, *Spain Arbitration Review*, nº.13, 2012, pp.15-16; SIMSIVE, P., “Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator’s Orders”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15 de abril de 2015, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/04/15/indirect-enforceability-of-emergency-arbitrators-orders/>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

¹⁰⁹ En este mismo sentido, G. BORN, *International Commercial...*, op.cit., p.2448.

¹¹⁰ Casos TSIKInvest C. MOLDAVIA, JKK Oil & Gas, Poltava Gas y Poltava Petroleum c. Ucrania, Evrobalt c. Moldavia y Kompozit c. Moldavia. Vid. Y. BUROVA, “Interim Relief against the Host State: Analysis of Emergency Awards against Moldova”, disponible en <http://www.cisarbitration.com/2016/07/28/interim-relief-against-the-host-state-analysis-of-emergency-awards-against-moldova/>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

parecen que son ya muy significativas en número. A este respecto, y de acuerdo con los datos ofrecidos por P. SHAUGNESSY, a junio de 2016, ICDR había recibido 67 solicitudes, SIAC 50, ICC 34, SCC 23 y HKIAC 6¹¹¹. Aunque la tendencia existente es hacia un incremento cada vez mayor de la utilización de esta vía en comparación con la opción de los tribunales estatales, todavía se refleja una cierta precaución –que en todo caso nunca va a desaparecer, por lo menos en un futuro inmediato–, en gran medida debido a la existencia de algunos inconvenientes y dificultades que lleva aparejada su uso, en especial, tal y como ya hemos reseñado, en relación con la ejecución de las medidas adoptadas y la imposibilidad de dictarlas respecto a terceros ajenos a las partes en la controversia¹¹².

60. La adopción de este procedimiento se ha pensado como alternativa pero nunca como sustitutivo de los tribunales estatales, y como tal opción habrá de ocupar un lugar relevante, mereciendo ser evaluada cuando se busca la tutela cautelar en la fase inicial del litigio. Una valoración que en todo caso, debería contemplar respuestas afirmativas a ciertos interrogantes cómo: ¿en el reglamento institucional aplicable existe la posibilidad de acudir al arbitraje de emergencia?, ¿es realmente necesario solicitar la medida cautelar en nuestro caso antes de la constitución del tribunal arbitral?, ¿es más conveniente que acudir a los tribunales estatales? o, ¿es posible asumir los costes de tal solicitud?¹¹³. Por último, pero no menos importante, no hay que olvidar que la mera posibilidad de la puesta en marcha de un procedimiento de este tipo puede tener una influencia decisiva en muchos casos para lograr un acuerdo entre las partes en la fase inicial del litigio, lo que por sí mismo, ha de ser valorado positivamente¹¹⁴.

¹¹¹ M. GRANDO cita estos datos ofrecidos por P. SAUGHNESSY en su ponencia realizada en el vigésimo octavo workshop anual del ITA (Institute for Transnational Arbitration), que tuvo lugar el 16 de junio de 2016 en Dallas, Vid. “The Coming of Age of Interim Relief...”, cit., disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/07/20/the-coming-of-age-of-interim-relief-in-international-arbitration-a-report-from-the-28th-annual-ita-workshop/>, [consultado el 15 de diciembre de 2016].

¹¹² Valga como ejemplo que en los dos casos donde se solicitó que se adoptase una medida cautelar frente a un tercero en el procedimiento de arbitraje de emergencia de la SCC, el árbitro de emergencia lógicamente rechazó dicha petición señalando que no tenía jurisdicción, M. SAVOLA, “Interim Measures and Emergency...”, op.cit., p.22.

¹¹³ Las elevadas costas por iniciar un procedimiento de este tipo pueden tener cierto efecto disuasorio. Si se actúa bajo el reglamento de la ICC serían alrededor de cuarenta mil dólares y de acuerdo con el reglamento de la LCIA la cifra alcanzará las veintiocho mil libras. No es descartable que al realizar una comparación con lo que cuesta acceder a los tribunales estatales, se pudiera preferir optar por estos últimos a la hora de solicitar la adopción de las medidas cautelares, WELSER, I., “Fast Track Proceedings, Expedited Procedure and Emergency Arbitrator - Pros and Cons”, en *The Challenges and the Future of Commercial and Investment Arbitration*, Varsovia, Lewiatan Court of Arbitration, 2015, p. 223; M. ROTH y C. REITH, “Emergency...”, p.74.

¹¹⁴ A. CARLEVARIS y J. R. FERIS, “Running in the ICC Emergency Arbitrator...”, op.cit., p.38. En este sentido, E. GUTIERREZ DE CORTAZAR, “Tendencias del arbitraje...”, op.cit., p.127, informa sobre que el único caso de solicitud de árbitro de emergencia ante la Corte de Arbitraje de Madrid, en relación con la entrega de un buque, no fue resuelta finalmente por parte del árbitro de emergencia designado, ya que las partes llegaron a un acuerdo una vez que se había puesto en marcha el procedimiento.