

APROXIMACIONES PRELIMINARES AL NUEVO REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCI

Lic. Mauricio París Cruz

I- INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional, como procedimiento de resolución de conflictos, suma cada día más adeptos en todo el mundo. Las empresas y hasta los Estados optan por esta vía de solución de disputas por múltiples factores, pero especialmente por su flexibilidad, celeridad, imparcialidad y confidencialidad. Esta afirmación está respaldada por el número de casos que se han presentado en los principales centros de arbitraje internacional, en donde en todos ellos el número de demandas presentadas ha seguido una tendencia al alza¹. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) no es la excepción: en el año 2000 se presentaron 541 demandas, cifra que aumentó a 793 para el año 2010.

Cada centro de arbitraje procura ofrecer las mejores condiciones para atraer la mayor cantidad de casos. Ese *forum shopping* es uno de los factores determinantes del buen desarrollo del proceso, y en dicha decisión se sopesan diversos factores, desde la ubicación de las partes en una determinada región geográfica, las facilidades que

presenta la sede para la libre circulación de las partes y los árbitros, la seguridad jurídica que ofrecen las cortes nacionales en caso de ser necesaria su intervención, entre muchos otros más. Pero los asesores jurídicos de las partes analizan en especial, el prestigio del centro arbitral y cada vez más, las normas que lo regulan.

Pese a las ventajas que ofrece el arbitraje internacional para la solución de controversias, quizá su principal crítica resulte ser los costos que lleva aparejado, y es por eso que las partes cada vez más buscan dirimir sus conflictos en aquellas sedes que permiten hacerlo más rápido y más barato, sin que ello implique una disminución en la calidad del servicio prestado. En esa tesitura, los centros arbitrales han entendido que, si quieren ser elegidos como sede, deben estar en una constante revisión de sus normas para hacerlas competitivas, flexibles y disminuir costos y tiempo.

En el caso de de la CCI, su primer reglamento de arbitraje data de 1955, y ha sido objeto de revisiones en los años 1975, 1988 y 1998². En 2009 dio inicio el cuarto proceso

1 Así lo demuestran las estadísticas contenidas en los reportes anuales de la *American Arbitration Association (AAA)*, *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*, *London Court of International Arbitration (LCIA)*, *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* y *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)*.

2 MULLERAT, Ramón: "Nuevas reglas para un arbitraje moderno" [en línea] En: Revista Otrosí.net. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Diciembre 2011. Disponible en www.otrosi.net

de revisión, que desembocó en la adopción del nuevo Reglamento aprobado en junio de 2011 y que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2012. En este proceso participaron 620 expertos de 90 países, que a lo largo de casi tres años se dieron a la tarea de analizar los principales problemas que se presentaban en la práctica sobre la base de cuatro principios rectores:

- i- Sólo realizar cambios necesarios
- ii- Conservar los elementos distintivos del arbitraje CCC,
- iii- Ser tan económico como sea posible, y
- iv- recoger en la nueva normativa las mejores prácticas del arbitraje moderno, generadas a partir del reglamento anterior.³

De una simple lectura del nuevo Reglamento, se desprende que en efecto uno de los objetivos de la CCI ha sido la reducción de costos y tiempos en el arbitraje. Y es que no podía ser de otra forma cuando ya, desde el año 2005, la Comisión de Arbitraje de la CCI había rendido un informe sobre técnicas para controlar el tiempo y costos en el arbitraje, en donde se ponía en evidencia que el 82% de los costos incurridos por las partes en el arbitraje eran aquellos incurridos por las partes para presentar su caso, costos que comprendían honorarios de abogados, gastos relativos a pruebas testimoniales y periciales, y otros costos relacionados. Solamente un 18% de los costos eran los correspondientes a honorarios y gastos de árbitros y costos administrativos de la Corte.

Los resultados de dicho informe arrojaban luces sobre lo oneroso que estaba siendo a las partes el arbitraje, no tanto por lo que costaba éste por sí mismo, sino por los costos

que comportaba la presentación del caso ante el tribunal. Dicho informe recopiló una serie de técnicas que sugerían a las partes cómo reducir estos costos y que con mayor o menor suceso se venían implementando por algunas partes en los procesos arbitrales. La Corte retomó este informe e incorporó varias de sus recomendaciones dentro del nuevo Reglamento, recogiendo además una serie de prácticas que la Corte había venido consolidando a lo largo de los años y que constituían verdaderas normas no escritas, que ahora se ven plasmadas en el Reglamento.

En las siguientes páginas, realizaremos un análisis de las reformas de mayor fuste que se ven contenidas en el nuevo Reglamento, y que consideramos de importancia porque se refieren a temas de actualidad en el arbitraje internacional, independientemente de la sede que elijan las partes para dirimir el conflicto. Se trata de normas que procuran dar respuesta a problemas prácticos que pueden presentarse en arbitrajes en cualquier parte del mundo, que si bien pueden resolverse de diversa forma en otros sistemas (como se mencionará en varias ocasiones), el prestigio y relevancia del que goza la CCI en esta materia, y el número de expertos que participaron en su elaboración, justifican que nos detengamos a analizar con detalle las soluciones que propone su nuevo Reglamento.

A efectos de esta investigación, esquematizaremos las reformas en cuatro grandes grupos: reformas generales, reducción de tiempo y costos, árbitro de emergencia y arbitrajes complejos.

3 HIERRO, Antonio: "Reducing time and costs in ICC International Arbitration. Excess time and costs of Arbitration: An incurable Disease?" En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. No. 13, Enero 2012. Págs. 39-40.

II- REFORMAS GENERALES

a- Exclusividad de la Corte para administrar arbitrajes CCI.

Con esta disposición, contenida en el artículo 1(2) del Reglamento, se busca evitar la proliferación de cláusulas híbridas, en donde las partes pactan un arbitraje sujeto al reglamento de una institución arbitral pero administrado por otra. La necesidad de realizar esta reforma nació del caso *Insignia Technology Co, Ltd vs Alstom Technology Ltd*, tramitado ante el *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC)⁴. Las partes pactaron una cláusula arbitral que indicaba que todas las disputas debían ser resueltas por medio de arbitraje ante el SIAC, pero utilizando el Reglamento de Arbitraje de la CCI⁵.

Alstom presentó originalmente su requerimiento ante la CCI, sin embargo *Insignia* se opuso a tal pretensión indicando que la misma debía ser tramitada ante el SIAC en virtud de la cláusula arbitral pactada por ellos, lo que provocó que *Alstom* consultara al SIAC si era posible que dicha institución administrara el procedimiento empleando el Reglamento CCI en detrimento del suyo, a lo que el SIAC respondió que sí podía hacerlo, por lo que el arbitraje finalmente se desarrolló ante el SIAC.

Una vez dictado el laudo, *Insignia* -yendo contra sus propios actos- invocó nulidad

del mismo ante el Tribunal de Apelación de Singapur, argumentando que la cláusula era nula por la incertidumbre en cuanto a las reglas que debían ser aplicadas. El Tribunal de Apelaciones rechazó el recurso alegando –entre otros motivos- que no había razón para que una cláusula que remita a las reglas de una institución arbitral no pueda ser administrada por otra institución similar, y en concreto, que no existía ningún inconveniente para que el SIAC aplicara el Reglamento CCI. Llegó a decir incluso el Tribunal de Apelaciones que la sustitución hecha por el SIAC de varios de los órganos propios del Reglamento CCI –por ejemplo la Corte- por otros propios del SIAC, estaba dentro del grado de flexibilidad permitido por la CCI en su Reglamento, es decir, que la propia CCI permitía tácitamente este tipo de situaciones.⁶

La forma en que la Corte de Apelaciones de Singapur resolvió el recurso probablemente se debe en buena medida a la actitud procesal de *Insignia* en el caso concreto, pero en cualquier supuesto, el tema no deja de ser polémico, toda vez que el Reglamento de la CCI tiene la característica de encomendar a su Corte (órgano exclusivo de la CCI) funciones que le son inherentes, y que por tanto, al ser administradas por otro centro arbitral, no pueden ser ejercidas por ésta. Quizá el ejemplo más claro es la revisión del proyecto de laudo que debe realizar la Corte

4 Un resumen más extenso del caso puede consultarse en el boletín de SIAC disponible en su sitio web: www.siac.org.sg/cms/images/stories/documents/singarb/2009/singarb-200907.pdf

5 En lo que interesa, indicaba la cláusula arbitral: "...Any and all such disputes shall be finally resolved by arbitration before the Singapore International Arbitration Centre in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce then in effect and the proceedings shall take place in Singapore and the official language shall be English..." Disponible en la página web <http://arbitration.practicallaw.com/7-386-3308>

6 HILL, Richard. "Hybrid ICC/SIAC Arbitration Clause Upheld in Singapore". [en línea] Disponible en web www.fulbright.com/index.cfm?fuseaction=publications.detail&pub_id=3916&site_id=494&detail=yes

de previo a la emisión del mismo⁷, y –como veremos en esta investigación– el Reglamento le confiere a la Corte una posición importante en la decisión de aspectos relevantes del procedimiento arbitral.

Este caso encendió luces de alerta en la CCI, y ante el peligro de que abundaran arbitrajes con Reglamento CCI pero administrados por centros arbitrales con costos más bajos, pero ante todo por el riesgo de proliferación de cláusulas patológicas, la CCI se vio motivada a adoptar la disposición de comentario que textualmente indica “*La Corte es el único órgano autorizado a administrar arbitrajes bajo el Reglamento, incluyendo el examen previo y la aprobación de laudos dictados de conformidad con el Reglamento.*”

Pese a esto, en la práctica la Corte no tiene forma de impedir que su Reglamento se siga utilizando en arbitrajes no administrados por ella, si las partes así lo disponen, y si bien esta modificación puede hacer un llamado a la cortesía de otros centros arbitrales para que no administren arbitrajes en estas condiciones, e incluso una advertencia a las partes del lío en el que se podrían ver envueltas al hacer potencialmente patológica una cláusula con estas características, es poco lo que en la práctica puede hacer la Corte sobre este particular, en especial cuando de arbitrajes *ad hoc* se trate. Podría darse el supuesto de que en los próximos años se presente esta discusión en estrados judiciales, y que se llegue a anular un laudo por estos motivos, lo cual sin duda sería un espaldarazo a la CCI.

b- Mejoras para potenciar el arbitraje con parte Estatal.

Con el afán de potenciarse como una institución apta para la solución de controversias en donde una de las partes es un Estado, la CCI ha introducido en el Reglamento algunas reformas que, aunque modestas, procuran allanar el camino para atraer más casos con estas características.

Si bien la institución que resuelve por excelencia los arbitrajes con parte estatal es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), lo cierto es que dicho Centro no es el único que puede resolverlas, y la CCI tiene una interesante oportunidad de incrementar el número de casos que conoce con parte estatal, fundamentalmente por dos motivos:

- i- El CIADI resuelve mayoritariamente conflictos de inversiones en donde no media una cláusula arbitral expresa entre las partes, sino que la jurisdicción del CIADI se origina en un tratado bilateral o multilateral de protección de inversiones⁸. Sin embargo existen casos en donde el arbitraje con parte estatal sí puede derivar de una cláusula de sumisión expresa contenida en un contrato entre las partes, por lo que las reformas de la CCI son un guiño a las partes para que se inclinen por elegirla como sede en este tipo de cláusulas.
- ii- El CIADI ha perdido legitimidad entre algunos Estados, y es concebido como una entidad con una marcada orientación

7 Esta función está contenida en el artículo 33 del Reglamento, y tenía su correspondiente en el artículo 27 del reglamento anterior.

8 Según las estadísticas de CIADI a enero de 2012, únicamente un 10% de los casos presentados durante el año 2011 se fundamentaban en una cláusula arbitral contenida en un contrato de inversión entre el inversionista y el estado receptor. Las estadísticas de CIADI pueden consultarse de su página web en este enlace: <http://icsid.worldbank.org/>

pro inversionista⁹. En esta tesitura, la CCI podría verse como un foro con un mayor grado de imparcialidad, y por ende ser de preferencia para los Estados.¹⁰

Así las cosas, la primera modificación que encontramos en el Reglamento es la eliminación de la referencia que hacía el artículo 1(1) del Reglamento de 1998, que parecía constreñir el ámbito de actuación de la CCI a las disputas que se presentaban “*en el ámbito de los negocios*”.

De mayor significación es la reforma relacionada con el nombramiento de árbitros cuando tal designación sea competencia de la Corte. De acuerdo al artículo 9(3) del Reglamento de 1998, la Corte debía realizar el nombramiento del árbitro con base en una propuesta formulada por el Comité Nacional de la CCI que se considerase apropiado, lo cual podría suscitar perspicacias en cuanto a la imparcialidad de dichas recomendaciones, toda vez que sobre ellas podría influir la parte no estatal. Esta situación se procura solucionar con la disposición 13(4.a) del nuevo Reglamento, que expresamente faculta a la Corte a nombrar al árbitro directamente y sin intervención de Comité Nacional alguno, cuando una o más partes sean un Estado o se alegue ser una entidad estatal. Entendemos eso sí, que aquella parte interesada en que la Corte proceda a hacer directamente este nombramiento, deberá solicitárselo expresamente, toda vez que la norma dice que ésta *podrá* proceder de esta

forma, no que deberá necesariamente ni de oficio realizar el nombramiento de árbitro de forma directa.

Otra modificación sobre esta materia se encuentra en las normas aplicables al fondo del conflicto, ya que el artículo 17(2) del Reglamento de 1998 indicaba que en todos los casos el Tribunal debía tener en cuenta las estipulaciones del contrato. Sin embargo, existirán casos en los que no exista ningún contrato, como sucede con los *treaty claims*, sea en aquellas reclamaciones que se fundamentan en tratados de inversión. Por eso, el artículo 21(2) del nuevo Reglamento establece que el tribunal deberá tener en cuenta las disposiciones del contrato sólo *si lo hubiere*.

Resulta relevante también que todo el procedimiento relacionado con el árbitro de emergencia (que se analizará más adelante) ha sido expresamente excluido para los arbitrajes de inversión, esto por cuanto el artículo 29(5) del nuevo Reglamento indica que sólo podrá aplicarse esta figura a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje, por lo que siendo que en los *treaty claims* no existe acuerdo de arbitraje, se verán excluidos de la aplicación de esta figura.

Será el tiempo el que dirá si con estas medidas y con las debilidades que se han venido señalado al CIADI, la CCI logra incrementar el número de casos tramitados

9 Muestra de esto es la salida de Ecuador y Bolivia, y la anunciada próxima salida de Venezuela del CIADI.

10 Sobre este tema, resulta interesante analizar el caso resuelto por un tribunal CCI en enero de 2012 entre *Petróleos de Venezuela (PDVSA) contra ExxonMobile*, por incumplimiento de contrato derivado de la nacionalización de activos de esta última en Venezuela. El laudo condena a PDVSA al pago de US\$907,6 millones de dólares como indemnización a Exxon, monto que representa menos del 10% del monto inicialmente solicitado por Exxon. Al mismo tiempo el tribunal condenó a Exxon al pago de US\$160 por diversos rubros. Existe otro caso entre las mismas partes que se tramita ante el CIADI, en donde Exxon reclama en su condición de inversionista.

con parte estatal, que durante el año 2010 constituyeron un 10%¹¹ del total de casos conocidos por la CCI.

c- Imparcialidad del árbitro.

Se incorporó en el Reglamento la obligación del árbitro de actuar no sólo de forma independiente (como ya recogía el artículo 7(1) del Reglamento de 1998), sino también de forma imparcial, requisito que se expresamente sólo se exigía al Tribunal de acuerdo al artículo 15(2) de la antigua norma, pero que se entendía tácitamente subsumido en el concepto de imparcialidad.

En consonancia con esta disposición, en el artículo 11(2) del Reglamento se incluye la imparcialidad como parte de las declaraciones que el árbitro debe realizar antes de su aceptación y, como es lógico, se incluye también la falta de imparcialidad como causal de recusación en el artículo 14(1) del Reglamento.

Es interesante también el hecho de que se haya incluido el deber del árbitro de hacer una declaración de disponibilidad para atender el arbitraje, entendida esta como una disponibilidad de tiempo para dedicarse con el esmero requerido al caso, tomando en consideración que deberá participar en audiencias y deliberaciones que muchas veces implicarán su traslado durante varios días a la sede del arbitraje, que puede no ser la de su residencia. Esta obligación – que se venía implementando en la práctica

desde el año 2009¹²- busca desincentivar el *overbooking* de los árbitros, que termina repercutiendo necesariamente en la duración del proceso.

III- REFORMAS PARA DISMINUIR TIEMPOS Y COSTOS.

Como se indicó en la introducción, uno de los principales objetivos que persigue la CCI con la emisión del nuevo Reglamento es diseñar un arbitraje más eficiente en cuanto a tiempos y costos. Las reformas que de seguido se analizarán parten de una norma general programática contenida en el artículo 22 del Reglamento, que lanza una instrucción clara a las partes y los árbitros:

“El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia.”

Sobre esta norma, que establece un deber de adecuar el comportamiento procesal de las partes y del tribunal hacia la eficacia, se estructuran normas específicas que procuran implementar dicho objetivo, y que analizaremos de seguido, no sin antes resaltar como ya lo hiciera HIERRO¹³, que en las versiones anteriores del Reglamento de la CCI, la obligación de las partes y del tribunal de actuar con celeridad era fundamentalmente ética, pero con la

11 Según los datos estadísticos de CCI consultados en su página web: www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=41190

12 LOPEZ DE ARGUMENTO, Álvaro; GONZÁLEZ, Julio César: “El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: Hacia un arbitraje más eficiente y menos costoso.” En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. N° 13 enero 2012. Pág. 28.

13 HIERRO, Antonio: *Op. Cit.* Pág. 42.

reforma contenida en el artículo 22 antes citada, evoluciona hasta convertirse en una verdadera obligación contractual.

a- Examen preliminar de la jurisdicción.

El tema de qué sucede cuando el demandado no contesta la demanda o formula excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral, ha sufrido modificaciones en el nuevo Reglamento, en donde la intervención de la Corte pasa de ser vinculante a ser facultativa.

Conforme al artículo 6(2) del anterior Reglamento, si el demandado no contestaba o formulaba excepciones en los términos antes dichos, la Corte debía realizar un análisis *prima facie* sobre la existencia de un convenio arbitral válido. Si el convenio superaba este análisis –que conllevaba bastante tiempo–, el asunto era remitido al tribunal arbitral para que decidiera en definitiva sobre su propia competencia, pero si el resultado de aquel análisis preliminar de la Corte era negativo, el arbitraje era rechazado.

El nuevo artículo 6(3) dispone, en contraposición, que cuando no exista contestación o se formulen las excepciones comentadas, serán los árbitros los que directamente resuelvan sobre el tema, haciendo uso del principio *Competence-Competence*, a menos que el Secretario General, de previo a remitir el expediente al tribunal, decida que es necesario referir el asunto a la Corte. Como vemos, lo que antes era regla ahora pasa a ser excepción, dependiendo del criterio del Secretario sobre el particular.

Se echan de menos los criterios que ha de seguir el Secretario para determinar si el

asunto amerita la intervención de la Corte o no, ya que el Reglamento es omiso al respecto, por lo que será la práctica venidera la que establecerá los supuestos en los que dicha consulta ha de ser requerida, sin embargo es muy probable que se trate de aquellos casos en donde el Secretario considere que existe una cláusula arbitral patológica, en los términos en que la Corte lo ha resuelto en el pasado.

Pero lo que sí incorpora el Reglamento son los criterios que deberá emplear la Corte para resolver en caso de que el asunto le sea remitido por el Secretario. Básicamente se trata de dos supuestos:

- i. Arbitrajes multi parte con única cláusula arbitral (Art. 6(4)(i)), en donde el requisito será que todas las partes deben haber consentido en un mismo acuerdo arbitral, y;
- ii. Arbitrajes multi contrato (Art. 6(4)(ii)), en donde el proceso continuará únicamente respecto de aquellas partes cuyos acuerdos arbitrales resulten compatibles o, cuando la Corte estime la existencia de un posible acuerdo entre las partes para resolver todas sus disputas en un único proceso.

Debe recordarse que la participación de la Corte en esta etapa es muy preliminar, por lo que su decisión sobre la prosecución o no del arbitraje se entiende *prima facie*, es decir no cierra la posibilidad de que posteriormente los árbitros resuelvan de otra manera sobre su competencia en el supuesto de que el caso pasara este control preliminar y fuese remitido al tribunal.

Si el análisis de la Corte es negativo, las partes deberán acudir a la jurisdicción ordinaria a efecto de que el tribunal competente indique si existe o no acuerdo arbitral. Sobre este

punto, resulta curiosa la redacción del artículo 6(7), en cuanto indica que si la Corte hubiere decidido que el arbitraje no puede proseguir con cualquiera de las demandadas, *dicha decisión no impedirá a una parte reintroducir la misma demanda en una fecha posterior en otros procedimientos.*

Esta disposición, que podría contar con una redacción más feliz, debe referirse a la posibilidad de que el actor, rechazado que fuera el arbitraje por la Corte, presente nuevamente la demanda (léase las mismas pretensiones) pero con una recomposición subjetiva en los demandados, es decir, incorporando o excluyendo a determinadas partes, esto de acuerdo a lo que hubiese sido decidido por la Corte con anterioridad. También podría presentarse el caso de que el demandado presente una reconvencción con fundamento en una cláusula arbitral distinta de la que da origen al proceso principal, y que dicha reconvencción resulte rechazada por la Corte por ese motivo, por lo que siempre existirá la posibilidad de que esa reconvencción sea introducida posteriormente como una demanda nueva.

b- Refuerzo del case management.

La posibilidad de las partes de diseñar un arbitraje a la medida de sus gustos y

necesidades es una de las características del arbitraje CCI, y se ha implementado mediante normas relacionadas con la conducción del caso, conocidas usualmente como *case management*¹⁴.

El nuevo Reglamento ha adoptado disposiciones para reforzar esta libertad de las partes de organizar el procedimiento.

En especial nos referimos a la *conferencia sobre la conducción del procedimiento*, que se regula en el artículo 24 del Reglamento.

El tribunal, una vez instalado, deberá organizar una conferencia con las partes para consultarles sobre las medidas procesales que deseen adoptar, tomando como referencia las técnicas que se incluyen en el Apéndice IV del Reglamento, que derivan del Informe preparado por CCI en el año 2006 sobre técnicas para controlar el tiempo y costos en los procesos arbitrales¹⁵. Precisamente, la conferencia que ahora se contiene en el Reglamento, era una de las recomendaciones contenidas en el Informe antes mencionado¹⁶, y constituían ya una práctica usual en los arbitrajes CCI pese a su inexistencia reglamentaria.

A parte de acordar las características principales del procedimiento, esta confe-

14 Sobre el tema puede consultarse: BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz "Arbitrator's Case Management: Experiences and Suggestions". Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Settlement. [en línea] Paris, 2005. Págs. 127 y sts. Disponible en www.arbitration-icca.org/media/0/12277182232190/bckstiegel_in_liber_amicorum_briner.pdf

15 COMISIÓN DE ARBITRAJE, CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL "Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje" [en línea]. ICC Publicación 843, París, 2006. Disponible en: www.iccwbo.org y es producto de un informe elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Reducción del Tiempo y Costos en el Arbitraje, parte de la Comisión de Arbitraje de la CCI, y presidido por Yves Derains y Christopher Newmark.

16 Precisamente, la recomendación número 21 del Informe indica "No obstante el Reglamento de la CCI no impone una conferencia preliminar sobre la conducción del procedimiento (a veces denominada "conferencia sobre el procedimiento"), frecuentemente se recurre a este tipo de conferencias en los arbitrajes CCI. Esta conferencia puede jugar un rol importante en la medida en que permite a las partes y al tribunal arbitral discutir y acordar un procedimiento que se adapte al caso en cuestión y así resolver la controversia de la manera más eficaz posible." (Pág. 11)

rencia deberá servir para fijar el calendario procesal, es decir, la determinación de las fechas de las audiencias, plazos para realizar actuaciones y evacuar pruebas, calendario que debe ser comunicado a la Corte y que las partes –agenda en mano- deben acordar con el tribunal en el acto de la conferencia.

Dentro de las técnicas que se enuncian en el Apéndice IV del Reglamento, se encuentran la de bifurcación, es decir el dictado de uno o más laudos parciales sobre cuestiones claves, cuando de dicha práctica pueda esperarse una solución más eficiente del caso. Haciendo uso de esta técnica el tribunal podrá decidir anticipadamente, por ejemplo aspectos de su competencia, derecho aplicable, responsabilidad, prescripción o cuantificación de los daños, con un laudo independiente para cada una de ellas¹⁷. Pueden también las partes, haciendo uso de las técnicas en mención, disponer que determinados aspectos sean decididos por el tribunal únicamente con prueba documental, sin declaraciones orales y sin argumentación legal de las partes, limitar la extensión y alcance de las pruebas a fin de evitar prueba superabundante, o utilizar las tecnologías de la información para las audiencias o comunicaciones entre las partes.

No cabe duda que esta conferencia –que puede realizarse por cualquier medio telemático de conformidad con el artículo 24(4) del Reglamento-, es una excelente oportunidad para resolver aspectos que siempre suscitan inquietud en este tipo de procedimientos en donde las partes usualmente provienen de diversos ordenamientos o sistemas ju-

rídicos. Por ejemplo, determinar el tipo de interrogatorios que podrán emplearse para los testigos y peritos (cruzado, abierto, etc.), la admisión de prueba testimonial mediante declaraciones escritas, delimitación de los asuntos a ser conocidos por una prueba pericial, distribución del tiempo de cada parte en sus intervenciones, entre otros.

Otra virtud es que el Reglamento dejó prevista en el artículo 24(3), la posibilidad de que puedan celebrarse múltiples conferencias de este tipo a lo largo del proceso para adoptar nuevas medidas procesales o modificar el calendario procesal, lo que reafirma el control que en realidad las partes tienen sobre las reglas del procedimiento.

Si bien se procura que las partes participen activamente en el diseño del proceso, lo cierto es que el Reglamento –como es lógico- le confiere al tribunal las potestades suficientes para la conducción del caso, siempre que respete los acuerdos a las que hayan llegado las partes sobre el curso del proceso, y así se recoge en el artículo 22(2) que dispone que *“Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes.”*

c- Cierre de la instrucción.

Con la finalidad de evitar las gestiones dilatorias, el nuevo Reglamento refuerza la disposición tendiente a garantizar la preclusión de la instrucción del proceso para que las

17 MULLERAT, Ramón: *“El tiempo y el coste en el arbitraje: Recomendaciones de la CCI para reducirlos”* [en línea]. Disponible para consulta en el siguiente enlace: <http://www.diariojuridico.com/opinion/el-tiempo-y-el-coste-en-el-arbitraje-recomendaciones-de-la-cci-para-reducirlos.html>.

partes no puedan resucitar discusiones ya resueltas o presentar nuevas en una etapa abiertamente improcedente, con la finalidad de garantizar que el proceso avance de mejor forma y facilitar el dictado del laudo.

En el antiguo artículo 22 se indicaba que el tribunal acordaría el cierre de la instrucción cuando considerara que las partes habían tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso, lo cual dejaba esta decisión al criterio del tribunal, que siempre iba a ser cuestionado por la parte que considerase que no había gozado de suficiente oportunidad de exponer su caso. Esta situación se procura resolver con la redacción dada al artículo 27 del nuevo Reglamento, que obliga al tribunal al cierre de la instrucción del procedimiento tan pronto fuere posible, después de la última audiencia relativa a cuestiones a ser decididas en el laudo, o de la presentación de los últimos escritos de las partes con relación a dichas cuestiones. De esta forma, el tribunal contará con un criterio objetivo para determinar en qué momento debe ordenar el cierre de la instrucción, sin que quede esta decisión sujeta a valoraciones subjetivas de los árbitros.

Dispone la norma que una vez dictado por el tribunal el cierre de la instrucción no podrá presentarse ningún escrito, alegación o prueba relacionada con las cuestiones a ser resueltas en el laudo, salvo autorización escrita del tribunal. Así, se evita que las partes presenten gestiones dilatorias que impidan que el tribunal dictar el proyecto de laudo dentro del plazo previsto para ello,

plazo estimado que deberá comunicar el tribunal a las partes y a la Corte en el mismo acto de ordenar el cierre de la instrucción de acuerdo con el inciso b) del mismo artículo 27 en comentario¹⁸.

Pese a que el Reglamento no lo indica, debe entenderse que en aquellos casos en que las partes hayan acordado que el tribunal dicte dos o más laudos para resolver diversos aspectos, por ejemplo en casos de bifurcación, el tribunal deberá ordenar tantos cierres de instrucción como laudos vaya a dictar, indicando a las partes en cada caso sobre qué aspectos es que está concluyendo la discusión. De igual forma, el tribunal tendrá la potestad de reabrir la instrucción si, producto de las deliberaciones, considera que debe escuchar el criterio de las partes sobre algún aspecto no debatido durante el proceso, con la finalidad de garantizar el principio de contradictorio.

d- Repercusión económica.

El Reglamento procura asegurar la adecuación de la conducta de partes y árbitros a las exigencias de eficiencia y reducción de costos que se pretenden implementar, y lo hace de una forma que consideramos efectiva: vinculando el cumplimiento de estos requerimientos a un factor económico tanto para las partes como para los árbitros, en los términos en que ya había sido sugerido en el apartado 85 del informe "*Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje*" al que se hizo referencia líneas atrás.

18 Tal y como se disponía en el artículo 24(2) del Reglamento 1998, se prevé que la Corte pueda, a solicitud del tribunal o de oficio, prorrogar el plazo para el dictado del laudo, de conformidad con el artículo 30(2) del nuevo Reglamento. En caso de que aún prorrogado el plazo el tribunal no dicte el laudo, la Corte podrá sustituirlo, según es previsto por el artículo 15(2) del nuevo Reglamento, norma que estaba contenida en el artículo 12(2) del Reglamento 1998.

El artículo 37(5) del Reglamento obliga al tribunal a tomar en consideración el comportamiento procesal de las partes en el arbitraje en términos de celeridad y eficacia en costos como parámetro para la fijación de las costas del procedimiento. De manera similar, para la fijación de los honorarios de los árbitros, dice el artículo 2(2) del Apéndice III del Reglamento que la Corte tomará en cuenta la diligencia y eficiencia del árbitro en el tiempo empleado por él, la celeridad del proceso, la complejidad del asunto y la observancia del plazo previsto para someter el proyecto de arbitraje a la Corte.

Como vemos, ambas disposiciones dan motivos a las partes y a los propios árbitros para que su actuación dentro del proceso se desenvuelva en términos de eficiencia y celeridad, desincentivando las tácticas dilatorias de los letrados y procurando que los árbitros realicen su mejor empeño en que el proceso evolucione de buena manera.

IV- ARBITRAJES COMPLEJOS

De una revisión de las estadísticas de la CCI se justifica la necesidad de adoptar medidas sobre el particular. En al menos el 30% de los casos, el arbitraje fue multi parte, es decir, como demandante -o más frecuentemente-, como demandado, figuraba más de una persona física o jurídica. Este hecho implica que se susciten una serie de supuestos procesales que no se encontraban

contemplados en el Reglamento, y que a lo largo de los años generaron múltiples criterios de la Corte¹⁹ sobre cómo manejar cada uno de esos supuestos, pero que tenían la limitación de no ser conocidos por todos los litigantes, sino únicamente por aquellos que mantenían una relación más estrecha con la Corte. Lo que se ha procurado es que esos criterios estén claramente establecidos en el Reglamento y sean de alcance general para todas las partes. A continuación, se expondrán los tres supuestos que ahora se encuentran incluidos en el Reglamento.

a- Incorporación de partes adicionales

Se trata del supuesto en donde el actor busca traer al proceso en calidad de demandado, a una parte que por cualquier motivo no había incluido en el requerimiento arbitral.

Este supuesto se regula en el artículo 7 del nuevo Reglamento y está limitado a que dicha parte adicional sea signataria del convenio arbitral, y se formulen demandas o pretensiones contra ella (de ahí que sea traída al proceso como demandada y no como simple interviniente), y únicamente podrá incorporársele de previo a que el tribunal hubiese sido nombrado, toda vez que la parte adicional tendrá derecho a participar de la construcción del mismo.

El Reglamento de 1998 no contenía ninguna referencia sobre este punto, pero los criterios generados por la Corte permitían dicha

19 BRINER, Robert. "Special Supplement 2003: Complex Arbitration: Perspectives on their Procedural Implications" [en línea], ICC Publication, 2003. Sobre este punto, menciona el autor varias publicaciones previas, a saber: *Guide on Multi-Party Arbitration under the Rules of the ICC Court of Arbitration*, ICC Publication 404 (1982); *Multi-Party Arbitration: Views from International Arbitration Specialists*, ICC Publication 480/1 (1991); *Final Report on Multi-Party Arbitrations produced under the auspices of ICC's Commission on International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 6, N° 1, May 1995, pp. 26-50.

incorporación a criterio del tribunal arbitral que conocía la causa.²⁰ Como se desprende de la nueva regulación, la incorporación de la parte adicional no quedará sujeta al criterio del tribunal ni de la Corte, sino que será automática siempre que se cumplan con los requisitos expuestos.

Sobre el nombramiento del tribunal, el Reglamento establece que si las partes acordaron un tribunal unipersonal, podrán designar el árbitro de común acuerdo, pero si no logran ponerse de acuerdo en tal designación en un plazo de 30 días, la Corte procederá a su nombramiento. Si se trata de un tribunal colegiado en donde exista multiplicidad de demandantes o demandados, cada una de estas partes deberá proceder a nombrar un árbitro de forma conjunta, decisión que debe ser confirmada por la Corte. Si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre el árbitro, la Corte procederá a designar a todo el tribunal, incluyendo a su presidente.²¹

b- Multiplicidad de partes

El Reglamento de 1998 mantenía un criterio limitado en cuanto al número de partes intervinientes en el proceso, refiriéndose básicamente al demandante y al demandado (Art. 2(ii)).

El nuevo Reglamento amplía considerablemente este concepto al incluir expresamente a las partes adicionales (Art. 2 (ii) y (iii)) y al permitir que cualquier parte formule demanda contra cualquier otra. Así se abarcan otros supuestos, como los *cross-claim*, por ejemplo demandas interpuestas entre sí por dos codemandadas.

El artículo 8 del nuevo Reglamento limita la interposición de estas demandas a que se interpongan de previo a que el Acta de Misión sea firmada por las partes o autorizada por la Corte, salvo que lo autorice expresamente el tribunal. Esta limitación es razonable por cuanto una de las funciones principales del Acta de Misión es delimitar el objeto de debate en el proceso indicando expresamente las pretensiones que han de ser abarcarse en el mismo.

c- Multiplicidad de contratos

Hablamos del supuesto en donde un proceso arbitral involucra no sólo varias partes, sino también varios contratos que se fundamentan en uno o más convenios arbitrales. Estas situaciones no son infrecuentes, y pueden desembocar en procesos paralelos con las mismas o similares partes y reclamaciones, que podrían conducir a resultados contradictorios, además de implicar un coste económico considerable.

20 BRINER, Robert. Op. Cit.

21 Esta disposición –ya contenida en el Reglamento de 1998- nació del caso *Siemens AG/BKMI vs Dutco Construction Company*. Ducto inició el proceso arbitral contra Siemens y BKMI, y cada una de las demandadas deseaba designar árbitro. La Corte ordenó que el árbitro debía ser elegido conjuntamente por ambas demandadas, que posteriormente impugnaron el laudo indicando que este proceder las había colocado en una situación de desventaja con respecto a la actora, motivo que fue acogido por la *Cour de Cassation* de Francia que en decisión del día 07 de enero de 1992 terminó anulando el laudo por estos motivos. Al respecto, consúltese: CAIVANO, Roque. “*Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples*” En: Revista peruana de Arbitraje No. 4, 2007. Pág. 65-120. TUPY, Marie-Beatrix, “*How to deal with Multi-party Nominations of Arbitrators in International Commercial Arbitration –a Comparative Study of Appointment Procedures with Emphasis on U.S.-European Commerce between Private Entities*” [en línea]. Digital Commons, Escuela de Derecho, Universidad de Georgia. 2006. Consultado en la página web <http://digitalcommons.law.uga.edu/>

El Reglamento de 1998 tampoco contenía ninguna disposición sobre este punto, que se resolvía aplicando analógicamente el artículo 6(2) del Reglamento de 1998, sea remitiendo el asunto a la Corte para que resolviera sobre la admisión o no de la demanda o demandas, pero siempre sujeto a que todas las partes estuvieran de acuerdo en resolverlas en un solo arbitraje.

La Corte analizaba básicamente tres puntos para fundamentar su decisión:

- i- Que todos los contratos pertenecieran a la misma transacción.
- ii- Que todos los acuerdos arbitrales fueran compatibles en términos de idioma, sede, reglamento, número de árbitros, etc.
- iii- Que existiera identidad de partes en los contratos, o al menos en uno de ellos o que se tratara de empresas de un mismo grupo.

Estos elementos se recogieron en alguna medida en el artículo 4(ii) del nuevo Reglamento, al que remite el artículo 9, que establece expresamente la posibilidad de que las demandas que surjan de varios contratos se formulen en un único arbitraje, el único requisito que impone es que todos los acuerdos remitan al mismo reglamento de arbitraje, por lo que probablemente los tribunales arbitrales seguirán echando mano de los criterios que venía implementando la Corte para decidir casos que –como suele ser común en estos supuestos- revistan mayor complejidad.

d- Consolidación de arbitrajes.

El artículo 4(6) del Reglamento de 1998 facultaba a la Corte, a que, a solicitud de una de las partes, decidiera sobre la acumulación de un nuevo proceso a uno que ya estuviera en trámite, cuando se presentaban ciertas circunstancias: que existiera identidad de partes, que se tratara de la misma relación jurídica y que no se hubiese dictado el Acta de Misión.

El artículo 10 del nuevo Reglamento adopta la terminología de consolidación, y reitera la potestad de la Corte a decretarla a favor del arbitraje que hubiere comenzado primero cuando:

- i- Las partes estén de acuerdo en ello,
- ii- Todas las demandas sean formuladas bajo el mismo acuerdo de arbitraje o;
- iii- Si se trata de diversos acuerdos de arbitraje, estos sean entre las mismas partes, las controversias deriven de una misma relación jurídica y la Corte considere que los acuerdos son compatibles entre sí.

Como vemos, a diferencia de lo dispuesto en la norma de 1998, actualmente la consolidación podría aplicarse incluso en casos en donde no haya identidad de partes, siempre que se trate de un mismo acuerdo arbitral, si son diversos acuerdos, la identidad de partes siempre deberá ser un requisito.

En todo caso, cualquier decisión de la Corte para consolidar procesos deberá

fundamentarse en una solicitud de una parte, en la que deben consentir cualquier otra que participe en el proceso. Esto ya que como ha sido mayoritariamente aceptado desde el caso *Adgas*²², el consentimiento de todas las partes es requisito *sine qua non* para la consolidación, aunque los beneficios de tal decisión a quien favorecen fundamentalmente es a las mismas partes, no sólo por costos, sino también por el riesgo de resoluciones contradictorias. Sin embargo, otras disposiciones como el Reglamento Suizo de Arbitraje conceden mayor libertad al órgano de administración del arbitraje para que decida sobre la consolidación, aunque deba hacerlo oyendo previamente a las partes involucradas.²³

A propósito del tema que de seguido se analizará, resulta interesante plantearse si las normas de consolidación podrán aplicarse en procedimientos de árbitro de emergencia, en aquellos supuestos en que dos o más

partes soliciten medidas cautelares de esta naturaleza. Si bien el Reglamento no indica nada sobre el particular, lo cierto es que las normas de consolidación hablan específicamente de consolidación de arbitrajes, por lo que *prima facie* no están ideadas para el árbitro de emergencia, sin embargo, tomando en consideración que al Reglamento lo inspira un principio de reducción de tiempos y costos en el arbitraje, no vemos por qué motivo no podrían aplicarse analógicamente las normas de consolidación en este escenario.

V- ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Esta figura resulta novedosa dentro del Reglamento de Arbitraje, pero no lo es dentro de la CCI²⁴. Una figura muy similar existe desde 1990: el *Procedimiento Precautorio Prearbitral*, o como es más conocido: *pre arbitral referee*, que es regulado en un

22 Se trató de un proceso arbitral *ad hoc* en Reino Unido de *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd* (ADGAS) contra *Eastern Bechtel Corp.*, en donde el actor era una empresa propietaria de una planta productora de gas licuado en el Golfo Pérsico, que demandó por daños y perjuicios a los contratistas a los que había encomendado la construcción de tanques de almacenamiento de gas por defectos en los mismos. El contratista principal adujo que la responsabilidad por los defectos era de una empresa japonesa que había contratado, lo que hizo que ADGAS demandara dicha empresa en un segundo arbitraje en Londres. Ni ADGAS ni la empresa japonesa estuvieron de acuerdo con la consolidación, y cuando el asunto se presentó a la Corte de Apelaciones de Reino Unido por el nombramiento de un árbitro, dicha Corte opinó que habría sido apropiado que ambos arbitrajes se consolidaran para ahorrar tiempo y dinero y sobre todo para evitar el riesgo de laudos contradictorios, sin embargo se indicó que dicha Corte no tenía facultad para consolidar ambos arbitrajes sin el consentimiento de las partes involucradas. Al respecto puede consultarse: CREMADES, Bernardo y MADALENA, Ignacio: "*Procedimientos paralelos en el Arbitraje Internacional*" En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, N.º. 2008, 2008, Págs. 13-70. HACKMAN, Nana Adjoa "The Problem of the Arbitration and Multi-Party/Multi-Contract Disputes: Is Court-Ordered consolidation and adequate response?" [en línea]. Universidad de Dundee, Reino Unido. Disponible en la página web: www.dundee.ac.uk

23 El artículo 4.1 del Reglamento dispone en lo que interesa: "*Cuando se presente una Notificación de arbitraje que implique a partes ya involucradas en otro procedimiento arbitral pendiente y regido por el presente Reglamento, las Cámaras, tras consultar a todas las partes implicadas en dichos procedimientos y al Comité especial, decidirán si este nuevo caso ha de ser remitido al tribunal arbitral ya constituido para el procedimiento arbitral pendiente(...)*" El Reglamento está disponible en la dirección electrónica: <https://www.sccam.org/>.

24 La figura del árbitro de emergencia había sido adoptada previamente por otros centros arbitrales, el primero de ellos fue el *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) de la *American Arbitration Association* (AAA) que lo incorporó en sus normas del 2009, posteriormente lo hicieron el *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, el *Nederlands Arbitrage Instituut* (NAI), el *Australian Centre for International Commercial Arbitrations* (ACICA), y el *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC).

Reglamento independiente²⁵ y consiste, básicamente, en la previsión hecha expresamente y por escrito por las partes para el nombramiento de un Tercero cuya única misión es ordenar medidas provisionales urgentes requeridas en el marco de la controversia. Pese a existir desde hace más de veinte años, este mecanismo ha sido utilizado únicamente en 12 ocasiones²⁶.

En el nuevo Reglamento se incorpora -con algunas matizaciones- esta figura como parte del procedimiento arbitral, sin necesidad de que se contemple como un acuerdo independiente. No será aplicable de conformidad con el artículo 29.6 en las siguientes circunstancias:

- i- Que el acuerdo arbitral se haya celebrado antes del 01 de enero de 2012 (entrada en vigencia del nuevo Reglamento);²⁷
- ii- Que las partes expresamente hayan excluido su aplicación²⁸, o;
- iii- Que las partes hayan acordado otro procedimiento para el otorgamiento de medidas cautelares, como sería por ejemplo el *pre arbitral referee* antes mencionado, que sigue vigente.

Valga recordar que -como indicamos antes-, la aplicación de este procedimiento es exclusiva a las partes signatarias de

un convenio arbitral, por lo que estarían excluidas las reclamaciones derivadas de acuerdos de inversión en donde no existe un convenio arbitral suscrito entre las partes. De igual forma, es importante indicar que según lo facultan los artículos 28(2) y 29 *in fine* del Reglamento, las disposiciones sobre el árbitro de emergencia no impiden que las partes soliciten medidas cautelares o provisionales a la autoridad judicial competente, sin que dicha elección contravenga el acuerdo arbitral o implique renuncia a éste, siendo que lo único que la parte que obtenga una medida proveniente de una autoridad judicial deberá procurar es que dicha medida sea comunicada a la Secretaría.

Al árbitro de emergencia le corresponde el dictado de medidas cautelares o provisionales solicitadas en situaciones de emergencia que no puedan esperar hasta la constitución del Tribunal Arbitral (Art. 1(3)(e) Apéndice V del Reglamento). Al referirse la norma a medidas cautelares o provisionales, debemos entender que podrá pedírsele prácticamente todo aquello que sea necesario en aquel momento de acuerdo a las circunstancias. Es decir, no debe limitarse solamente a medidas cautelares (por ejemplo una orden para que una parte no acuda a la jurisdicción ordinaria en detrimento de una cláusula arbitral, o

25 El Reglamento completo puede consultarse en la página web de la CCI en el siguiente enlace: <http://iccwbo.org/court/arbitration/id5101/index.html>.

26 DE LOS SANTOS LAGO, Carlos; BONNÍN, Víctor: "*Emergency Proceedings under the new ICC Rules*". En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. No. 13, Enero 2012. Pág. 6. Esta falta de uso se debe a múltiples factores, pero especialmente al hecho de que el procedimiento deba acordarse por escrito y, ante todo, a la poca difusión con que cuenta, que hace que muchas partes no lo incluyan en sus contratos ante la falta de conocimiento sobre su existencia.

27 El artículo 6 del Reglamento establece como regla general que las partes quedan sometidas al Reglamento vigente a la fecha de inicio del arbitraje, salvo que expresamente hayan acordado someterse al que estuviera en vigencia al momento de suscripción del compromiso arbitral. El artículo 29(6)(a) es una lógica excepción a esta regla al establecer que las normas del árbitro de emergencia sólo se aplicarán a acuerdos arbitrales suscritos con posterioridad a la entrada en vigencia de dichas normas.

28 Se trata entonces de un sistema con cláusula *opt-out*, es decir, que se aplicará siempre salvo renuncia expresa de las partes, lo que incentiva su aplicación.

para exigir el cumplimiento de un sindicato de voto), sino también debe incluir medidas provisionales (por ejemplo la constitución de pruebas o diligencias anticipadas), siempre que se cumpla el requisito de que dicha prueba no pueda esperar a la constitución del tribunal.

La solicitud de árbitro de emergencia puede presentarse en dos momentos:

- i- De previo a que se hubiese formulado el requerimiento arbitral, o;
- ii- Una vez formulado el requerimiento pero antes de que el expediente hubiese sido trasladado al tribunal en los términos del artículo 16 del Reglamento.²⁹

En ambos casos, dada la premura del procedimiento, la solicitud debe enviarse a la Corte por correo electrónico, a una dirección creada especialmente para tal efecto.³⁰

Si la solicitud se presenta de previo a que el requerimiento arbitral se hubiese formulado, la parte solicitante deberá formular dicho requerimiento dentro de los 10 días siguientes a que solicite la designación del

árbitro de emergencia, so pena de que éste archive la solicitud si dicho requerimiento no es presentado. Esta disposición lo que busca es evitar que la parte actora se haga con una medida cautelar dictada por el árbitro de emergencia y que postergue el inicio del arbitraje indefinidamente, aprovechándose de la ventaja que dicha medida pueda representarle. También, si la solicitud de medida provisional es más bien sobre la constitución de prueba anticipada, esta disposición evita que se utilice este procedimiento como herramienta para “*ir de pesca*” (práctica usual en el derecho anglosajón), es decir, que la decisión de demandar o no dependa del resultado de lo que haya logrado conseguir la promovente con la prueba, es decir, de si logró encontrar algo valioso en dicha prueba o no.

Una vez recibida la solicitud, el Presidente de la Corte procederá a nombrar, en un plazo no superior a 48 horas, al árbitro de emergencia para el caso concreto³¹. Por su participación preliminar en el asunto, este árbitro quedará excluido de participar como árbitro del

29 Llama la atención que, de conformidad con la formulación del artículo 29(1) del Reglamento, podría presentarse el supuesto en que la solicitud de medidas cautelares por el árbitro de emergencia se formule en el lapso en que el tribunal ya está constituido y que le es remitido el expediente en los términos del artículo 16. En ese escenario, siendo que ya existe un tribunal constituido, resulta contradictorio el hecho de que por otra parte el artículo 1(3)(e) indique que la petición deberá indicar las razones por las que el peticionario necesita que las medidas sean adoptadas de urgencia, sin poder esperar hasta la constitución del tribunal. En realidad, el Reglamento se refiere a los motivos por dicha petición no puede esperar a ser conocida por el tribunal, independientemente de que este esté constituido o no. Probablemente en ese escenario, la parte lejos de que solicite un árbitro de emergencia (principalmente por los elevados costos económicos que este implica), inste a la CCI para que a la mayor brevedad remita el expediente al tribunal, y formulará directamente ante éste cualquier solicitud de medida cautelar, sin embargo, siendo que para que la CCI remita el expediente al tribunal debe haberse depositado la provisión de gastos requerida a ese momento, lo cierto es que este punto puede incidir en la celeridad con que el expediente llegue a manos del tribunal. Consideramos en todo caso más adecuada la solución que al respecto contienen las normas de la AAA (Artículo 37(b)), que establecen que el árbitro de emergencia podrá nombrarse siempre que el tribunal no hubiese sido constituido. Si ya existe tribunal, debe ser éste quien resuelva cualquier solicitud de medidas cautelares.

30 Según se ha consultado en la página web de la Corte, la dirección de correo electrónico es emergencyarbitrator@iccwbo.org

31 En la mayoría de los centros arbitrales que cuentan con la figura del árbitro de emergencia, este plazo se ve reducido a la mitad (SCC, ICDR, SIAC y ACICA). En el caso del NAI, la designación deberá realizarse tan pronto sea posible. DE LOS SANTOS, *Op. Cit.* 12.

tribunal que posterior o paralelamente se integre. El Reglamento no otorga plazo para que el árbitro acepte, por lo que es de presumir que, en virtud de la urgencia de la situación, la Corte procederá a contactar directamente a los candidatos y consultarles expresamente sobre su disponibilidad para aceptar el caso, a efecto de no perder tiempo si es que el árbitro nombrado se ve impedido para aceptar su designación por cualquier motivo. Una vez realizado el nombramiento, las partes podrán recusar al árbitro presentando una objeción motivada dentro de los tres días³² posteriores a la recepción de la comunicación de la Corte que designa al árbitro, recusación que la Corte resolverá en única instancia. A diferencia de las recusaciones de los miembros de un tribunal arbitral que son resueltas en las sesiones mensuales ordinarias de la Corte, las recusaciones de los árbitros de emergencia serán resueltas por un comité especial, en orden de velar por la celeridad del proceso.³³

No habiéndose recusado el árbitro o rechazada que fuere la recusación, el árbitro procederá en un plazo de 48 horas a elaborar el calendario procesal³⁴, que debería incluir los momentos y plazos para que las partes realicen sus alegaciones y se recabe cualquier prueba que sea de interés para la adecuada resolución del caso. El árbitro dispondrá de amplias potestades

de conducción del asunto atendiendo al criterio de urgencia que lleva intrínseco, pero respetando el debido proceso y garantizando que cada parte tenga derecho a exponer suficientemente su caso.

El árbitro de emergencia deberá resolver la solicitud dentro de los quince días posteriores a que el expediente le hubiese sido entregado³⁵, sin perjuicio de que este plazo sea ampliado por la Corte de oficio o a solicitud del propio árbitro si las circunstancias lo ameritan. Si el árbitro lo estima oportuno, podrá requerir a la parte solicitante de una medida cautelar que rinda fianza o asegure el resultado del proceso.

Si la solicitud es declarada con lugar se dictará con la forma de una orden, no de laudo, aunque al igual que este último deberá estar debidamente motivada, y será igualmente vinculante para las partes ya que así lo establece el artículo 29(2) del Reglamento.

A este punto cabe preguntarse, ¿Por qué la resolución de esta medida cautelar se dicta en forma de orden y no como un laudo³⁶? Más allá del hecho de que se buscó conservar la denominación utilizada en el Procedimiento Precautorio Prearbitral antes mencionado, consideramos que existen tres motivos de fondo para inclinarse por esta fórmula:

32 Comparativamente con los otros centros que cuentan con normas similares, este plazo de tres días es mucho más extenso, ya que la mayoría de las normas refieren a 24 horas (SCC) o un día hábil (ICDR, SIAC, ACICA). DE LOS SANTOS, *Op. Cit.* Pág. 13.

33 DE LOS SANTOS, *Op. Cit.* Pág. 13.

34 Calendario que, a diferencia de lo previsto por el artículo 24 del Reglamento, se adoptará sin necesidad de haber escuchado previamente a las partes.

35 Otras sedes han resultado más agresivas en este plazo, por ejemplo el Instituto de Arbitraje de Estocolmo prevé que la solicitud deberá resolverse en un plazo de 5 días.

36 Tanto el artículo 37(e) de la *ICDR* como en el 32(3) de la *SCC*, la resolución dictada por el árbitro de emergencia podrá revestir forma de orden o laudo. En contraposición, el artículo 42(I)(1) del *NAI* establece que será dictada en forma de laudo, sea este parcial o provisional.

- i- Por su carácter interlocutorio y temporal, toda vez se trata de una resolución que puede ser modificada en cualquier momento por el propio árbitro de emergencia (siempre que no se haya instalado el tribunal), o por el tribunal, a quien expresamente se indica no le vincula lo resuelto por el árbitro de emergencia, siendo que puede dejar sin efecto lo que éste hubiese resuelto.
- ii- Porque si la orden revistiera la condición de laudo debería cumplir con el examen previo de la Corte establecido por el artículo 33 del Reglamento, que es un requisito *sine qua non* de todo laudo dictado por la CCI, lo cual en la práctica haría imposible que la medida cautelar pudiera dictarse en un plazo adecuado a la urgencia del asunto.
- iii- Por cuanto si lo dictado fuera un laudo, contra el mismo teóricamente cabría recurso de nulidad, aunque dicho recurso debe estar reservado al laudo definitivo, es decir aquel con el que se resuelven en definitiva todas o algunas de las pretensiones de la demanda.

Si bien el hecho de que la resolución de la medida cautelar revista forma de orden y no de laudo parece adecuado, este hecho podría generar discusión en cuanto a su *enforcement* en diversas jurisdicciones, toda vez que ciertas normas limitan la ejecución forzosa a los laudos exclusivamente.

Como ejemplo de lo anterior, el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (Convenio de Nueva York) es de aplicación exclusiva a las *sentencias arbitrales*, por lo que cualquier resolución distinta a una sentencia arbitral o laudo, no podrá beneficiarse de las disposiciones del mismo, por lo que dependerá de las disposiciones propias del derecho interno de cada país en donde se pida ejecución de tal orden.

Ahora bien, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su última versión de 2006³⁷, indica en su artículo 17 H que *“Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado donde haya sido ordenada...”*³⁸ Esto implicará que, la solicitud de ejecución de una orden dictada por un árbitro de emergencia en los términos del Reglamento CCI podría ser ejecutada judicialmente en aquellos países en donde se haya adoptado esta disposición de la Ley Modelo de la CNUDMI.³⁹

España, al igual que Suiza, son Estados que –pese a no haber adoptado este artículo de la Ley Modelo de CNUDMI-, disponen de normas internas igualmente beneficiosas para la ejecución de órdenes cautelares

37 Esta disposición no existía en la versión original de la Ley Modelo de 1985, siendo que fue incorporada hasta su revisión en el año 2006.

38 La Ley Modelo diferencia entre medidas cautelares y órdenes preliminares, diferencia que radica –grosso modo- en la intervención de ambas partes en el proceso de adopción de dicha medida. La orden preliminar es solicitada por una parte y es adoptada por el tribunal *inaudita altera parte*, es decir sin haber escuchado a la contraria, a diferencia de la medida cautelar en donde la decisión se toma luego de escuchar a la parte contra la que se solicita dicha medida. La diferencia no es baladí, ya que el artículo 17 C indica que esta orden es vinculante para las partes pero no es objeto de ejecución judicial, mientras que el artículo 17 H indica que la medida cautelar sí podrá ser ejecutada forzosamente.

39 Uno de estos países sería Costa Rica, en virtud de la adopción de la Ley de Arbitraje Internacional No. 8937, adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI.

de este tipo. El artículo 23 de la Ley de Arbitraje Española establece, en cuanto a la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares que, a las decisiones arbitrales sobre esta materia “*cualquiera que sea la forma que revistan*”, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos⁴⁰. Sin duda, al haber sido el legislador español tan flexible, el juez deberá equiparar tal orden a un laudo a efectos de su ejecución forzosa. Esta norma implicará que dicha orden también podría ser objeto de la acción de nulidad en los mismos términos que un laudo arbitral, sin embargo consideramos que una acción de esta naturaleza no debería prosperar toda vez que es claro que la acción de nulidad se dirige a un laudo definitivo.

Situación similar se presenta en el artículo 183 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, que indica que vista una medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral, éste podrá solicitar la asistencia del juez competente para garantizar su aplicación.⁴¹ En aquellos ordenamientos en donde no existan normas en este sentido es muy probable que la ejecución de una orden emitida por el árbitro de emergencia encuentre problemas para su ejecución.

Por último, cabe mencionar que el Reglamento no establece expresamente cuáles son los criterios que deberá emplear el árbitro a la hora de resolver la solicitud (probablemente para dejarle a éste un amplio marco de interpretación), sin embargo, estos criterios no difieren de los que deben emplearse para la resolución de cualquier medida cautelar, por lo que podrían enumerarse así⁴²:

- i- La existencia de un daño irreparable si la medida provisional no es concedida, en el tanto tal daño sea más gravoso que el que pueda sufrir la parte contra la que se llegue a dictar la medida cautelar.
- ii- La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, es decir que, analizada preliminarmente la demanda sobre el fondo, exista una posibilidad razonable de que la misma prospere.⁴³
- iii- Al presentarse la solicitud ante un órgano distinto del tribunal arbitral, debe acreditarse expresa e indubitadamente la urgencia de dicha medida, llegando el árbitro de emergencia a la conclusión de que su adopción no puede esperar a la constitución del tribunal. Este criterio sí está expresamente contenido en el Reglamento en su artículo 29(1), y consideramos que constituirá el gran filtro para la admisión o rechazo de las medidas cautelares en esta fase⁴⁴.

40 Artículo 23 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, publicada en el BOE n° 309 de 26 de diciembre de 2003. Esta Ley, pese a ser anterior a las últimas reformas de la Ley Modelo de la CNUDMI (2006), se benefició de las discusiones que sobre este particular se mantenían en dicho foro al momento.

41 Artículo 183 de la *Loi fédérale sur le droit international privé*, de 18 de diciembre de 1986.

42 El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su última versión aprobada en 2010, en su artículo 26.3 sí enumera los criterios que deberá tomar en consideración el tribunal para el otorgamiento de medidas cautelares en general.

43 En este punto, consideramos beneficioso el hecho de que la medida cautelar sea dictada por un árbitro distinto al tribunal, toda vez la concesión de una determinada medida cautelar a favor de alguna de las partes es vista muchas veces por la parte se ve afectada como un adelanto de criterio por parte del tribunal precisamente por el análisis previo que debe hacer sobre el fondo del asunto. Aunque de igual forma, probablemente si el tribunal posteriormente revoca –como le faculta el Reglamento– la medida dictada por el árbitro de emergencia, esto sea considerado por la parte que se favorecía de dicha medida como un adelanto de criterio del tribunal.

44 Valga indicar que de conformidad con el artículo 2.1. del Reglamento del Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI al que se hizo referencia al inicio de este apartado, el criterio de urgencia debe ser empleado únicamente cuando se trate de medidas conservatorias o restitutorias, sea para evitar un daño inminente o una pérdida irreparable, pero el Tercero puede conceder otro tipo de medidas sin atención a este principio de urgencia.

Como hemos mencionado en otros casos, será la práctica venidera la que dirá si el árbitro de emergencia será una institución útil o no para los usuarios de los servicios de la Corte. Lo cierto es que por el costo económico⁴⁵ que le ha asignado la Corte, parece que se ha querido desincentivar su utilización, lo cual finalmente podría convertir al instituto del árbitro de emergencia en un mecanismo poco elegido para las partes.

VI- CONCLUSIONES.

Se ha realizado en las páginas precedentes un análisis de las principales reformas del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que pretende ser –como lo dice el título de esta investigación–, una aproximación preliminar a tales reformas. Y es que el análisis de normas de tan reciente adopción no puede ser más que preliminar toda vez que será la práctica procesal venidera la que permita juzgar la idoneidad del nuevo Reglamento para satisfacer los requerimientos del arbitraje moderno.

Sin duda alguna, el mecanismo democrático utilizado por la CCI en la elaboración de sus normas es digno de reconocer. La participación de 620 expertos de 90 países en el análisis y discusión de las reformas adoptadas dota al Reglamento CCI de un nivel de credibilidad muy relevante en el entorno arbitral internacional.

Se trata de una norma que se nutre de la experiencia de quienes estudian pero ante

todo, practican el arbitraje frecuentemente, sea como litigantes, como árbitros, o en ambas posiciones. Asimismo, el Reglamento incorpora además soluciones que la misma Corte venía implementando desde hacía algunos años a aspectos no regulados por la reglamentación anterior, de allí que pueda decirse que se trata de una verdadera compilación de buenas prácticas arbitrales, lo que garantiza en principio que se trata ante todo de normas pragmáticas. Adicionalmente, la mayoría de las modificaciones introducidas al Reglamento son adaptaciones provenientes de otros centros arbitrales, por lo que quien busque auténticas novedades deberá buscarlas en otro sitio.

Sin duda, el espíritu que ha inspirado el nuevo Reglamento es la búsqueda de la eficiencia en el proceso arbitral, entendida esta como una reducción de costos y tiempos que, como se viene evidenciando desde hace varios años, es una necesidad imperante si se quiere que la utilización del arbitraje continúe en aumento. La CCI se ha mantenido a la delantera en el análisis de esta problemática desde que en el 2006 saliera a la luz la publicación "*Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje*", que ponía en entredicho el mito de que el arbitraje era un proceso oneroso *per se*, demostrándose que la gran mayoría del costo económico no es ni para los árbitros ni para la Corte. En ese sentido, las modificaciones que contiene el Reglamento para mejorar la eficiencia del proceso

45 De conformidad con el Art. 7 del Apéndice V del Reglamento, junto con la solicitud de designación del árbitro de emergencia la parte deberá depositar la suma de US\$40.000 a la orden de la Corte, monto que corresponderá a \$10.000 de gastos administrativos y \$30.000 de honorarios de árbitro. Este monto puede parecer poco significativo en comparación con los gastos totales del arbitraje, pero resulta ostensiblemente superior a los 15.000 que por el mismo servicio cobra el Instituto de Arbitraje de Estocolmo.

tendrán que medirse en los años futuros, y por suerte el éxito de dichas reformas es fácilmente cuantificable, es decir, si estas reformas cumplen su cometido el arbitraje en los próximos años será más rápido y menos costoso, si no se logra este cometido, habrán fracasado rotundamente.

La inclusión de las normas sobre árbitro de emergencia en el proceso arbitral resulta adecuada toda vez que, al existir desde hacía algunos años en otras sedes, el *pre arbitral referee* con el que contaba la CCI para estos casos resultaba insuficiente. Sin embargo, el elevado costo de este procedimiento arbitral podría desincentivar su utilización por las partes, aunque precisamente ese haya sido el objetivo de la CCI al fijarle dicho costo.

Como crítica, podemos anotar que el Reglamento aumenta la complejidad de su predecesor, y resulta más complicada su lectura por un considerable número de referencias a otras normas de su articulado o de los apéndices. Al mismo tiempo, si bien se gana en transparencia al incluir soluciones que se venían implementando ante algunos vacíos del Reglamento, lo cierto es que la codificación de dichos criterios limita la posibilidad de variarlos en caso de necesidad, lo cual podría minar la flexibilidad que se busca en el arbitraje, en contraposición a la rigidez que caracteriza la vía judicial.

Arreglar algo que funciona bien es una apuesta riesgosa, y es la que ha tomado la CCI al reformar su Reglamento anterior que venía funcionando adecuadamente y era del agrado de la mayoría de sus usuarios, lo que se demuestra con el hecho de que la CCI es uno de los centros que más casos recibe. Lo cierto es que el año 2012 da inicio

al periodo de prueba de las nuevas normas por quienes tienen el poder de determinar si el Reglamento es bueno o no: las empresas que cada día y en mayor número arbitran sus disputas en áreas cada día más diversas.

BIBLIOGRAFÍA

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz: “*Arbitrator’s Case Management: Experiences and Suggestions*” [en línea] Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Settlement. Paris, 2005. Págs. 127 y sts..

BOOG, Christopher. “*The new ICC Emergency Arbitrator Rules*” [en línea] En: Transnational Notes. Reflections on Transnational Litigation and Commercial Law. New York University, Setiembre 2011. Disponible en <http://blogs.law.nyu.edu/transnational>.

BRINER, Robert. “*Special Supplement 2003: Complex Arbitration: Perspectives on their Procedural Implications*” [en línea], ICC Publication, 2003, consultado en: www.iccdri.com.

CAIVANO, Roque. “*Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples*” En: Revista peruana de Arbitraje No. 4, 2007.

COMISIÓN DE ARBITRAJE, CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL “*Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje*” [en línea]. ICC Publicación 843, París, 2006.

CREMADES, Bernardo y MADALENA, Ignacio: “*Procedimientos paralelos en el Arbitraje Internacional*” En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, N°. 2008, 2008.

DE LOS SANTOS LAGO, Carlos; BONNÍN, Víctor: “*Emergency Proceedings under the new ICC Rules*”. En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. Nº 13, Enero 2012.

DERAINS, YVES. “*The limits of the arbitration agreement in contracts involving more than two parties*” En: Complex arbitrations. Perspectives on their procedural implications, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003.

HACKMAN, Nana Adjoa “*The Problem of the Arbitration and Multi-Party/Multi-Contract Disputes: Is Court-Ordered consolidation and adequate response?*” [en línea]. Universidad de Dundee, Reino Unido. Disponible en: www.dundee.ac.uk.

HIERRO, Antonio: “*Reducing time and costs in ICC International Arbitration. Excess time and costs of Arbitration: An incurable Disease?*” En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. No. 13, Enero 2012.

HILL, Richard. “*Hybrid ICC/SIAC Arbitration Clause Upheld in Singapore*”. [en línea] Disponible en www.fulbright.com.

LOPEZ DE ARGUMENTO, Álvaro; GONZÁLEZ, Julio César: “*El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: Hacia un arbitraje más eficiente y menos costoso.*” En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. Nº 13 enero 2012.

MULLERAT, Ramón: “*El tiempo y el coste en el arbitraje: Recomendaciones de la CCI para reducirlos*” [en línea]. Disponible en: www.diariojuridico.com/opinion/el-tiempo-y-el-coste-en-el-arbitraje-recomendaciones-de-la-cci-para-reducirlos.html.

MULLERAT, Ramón: “*Nuevas reglas para un arbitraje moderno*” [en línea] En: Revista Otrosí.net. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Diciembre, 2011. Disponible en www.otrosi.net.

PARADISI, Sara: “*ICC Rules 2012: do they really respond to today's business needs?*” [en línea]. Disponible en: <http://construction.practicallaw.com/blog/construction/blp/?p=325>.

ROCA AYMAR, José Luis: “*El nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: En el momento procesal oportuno*” [en línea]. 27 setiembre 2011. Disponible en: <http://www.diariojuridico.com/arbitraje-y-mediacion-3/opinion-arbitraje/el-nuevo-reglamento-de-arbitraje-de-la-cci-en-el-momento-procesal-oportuno.html>.

TUPY, Marie-Beatrix, “*How to deal with Multi-party Nominations of Arbitrators in International Commercial Arbitration –a Comparative Study of Appointment Procedures with Emphasis on U.S.-European Commerce between Private Entities*” [en línea] Digital Commons, Escuela de Derecho, Universidad de Georgia. 2006. Consultado en <http://digitalcommons.law.uga.edu/>.