

INFORME SOBRE ARBITRAJE DE EMERGENCIA

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago
Programa Reformas a la Justicia UC¹

1. Introducción.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago) ha solicitado al Programa Reformas a la Justicia UC analizar la viabilidad jurídica de implementar normativamente un sistema de arbitraje que pueda resolver en sede prejudicial, los requerimientos de medidas precautorias, preparatorias y probatorias, mecanismo que se conoce normalmente como arbitraje de emergencia.

Así, este informe parte exponiendo, en su Capítulo 2, los términos generales del arbitraje de emergencia en sede institucional, para seguir con un capítulo que contiene un análisis comparativo de las principales sedes de arbitraje institucional existentes a nivel global, revisando cada una de esas regulaciones de arbitraje de emergencia desde el punto de vista de los aspectos principales de su funcionamiento. Posteriormente, en el Capítulo 4 se efectúa un análisis de las principales consideraciones jurídicas que es preciso abordar para una adecuada implementación del sistema y, finalmente, el Capítulo 5 contiene las principales conclusiones del informe y sugerencias con los ejes de su regulación.

2. Antecedentes generales del arbitraje de emergencia

Como punto inicial de análisis, es preciso tener presente que dentro de las garantías del debido proceso y como presupuesto del mismo, está la garantía de tutela judicial efectiva, esto es, el acceso eficaz a la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los justiciables. Así, la Corte Internacional de los Derechos Humanos (Corte IDH), interpretando el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha señalado que *“esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.”*² (énfasis agregado).

Por su lado, la doctrina jurisprudencial asentada del Tribunal Constitucional ha establecido que dicho derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra comprendido en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, que es anterior a todos los demás, consistente

¹ Integraron el equipo de investigación los profesores José Pedro Silva Prado y Nicolás Frías Ossandón, junto a los ayudantes de investigación Fernanda Gabor Jodorkovsky, Fernanda Cabezón Otero y Arturo Saffie Vega.

² Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97. Similar razonamiento se puede encontrar en Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.

en “*el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente.*”³

Este análisis cobra especial relevancia precisamente a la luz de la finalidad de la regulación que se propone implementar: habilitar una institucionalidad que permita a las partes de un convenio arbitral acudir ante la justicia arbitral en sede prejudicial, sin excluir, opcionalmente, la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios para dicho propósito.

El arbitraje como sistema de resolución de conflictos alternativo a la jurisdicción ordinaria cuenta con un amplio desarrollo a nivel nacional e internacional. Nuestro país cuenta con una larga trayectoria jurídica y académica asociada al instituto, que ha continuado profundizándose en la actualidad.⁴ A su vez, existe un amplio reconocimiento y marcada deferencia al arbitraje por parte del Poder Judicial y un exponencial uso en la práctica forense especialmente en materias contractuales civiles y mercantiles de alta complejidad. A diferencia de otros sistemas comparados, en nuestro país los árbitros ejercen la función jurisdiccional en términos equivalentes a los jueces ordinarios, con limitaciones conocidas -v.gr. carecen de facultades de imperio- a propósito de las cuales se abre un necesario espacio de colaboración de la justicia estatal.

Particularmente, en lo relacionado con el arbitraje de emergencia, esto es, la posibilidad de contar con un procedimiento expedito de instalación de un tribunal arbitral para efectos de resolver medidas cautelares urgentes y demás medidas en sede prejudicial, es posible encontrar un primer antecedente institucional en las normas del “*Pre-Arbitral Referee Procedure*” del año 1990 de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) que, si bien eran voluntarias -tenían que pactarlas expresamente en su cláusula-, cumplían con la finalidad de resolver medidas de urgencia solicitadas por alguna de las partes. Luego, el 1 de enero de 2012 entró en régimen en la ICC las modificaciones a su reglamento arbitral que contemplaron -y contemplan en la actualidad- un sistema de arbitraje de emergencia, cuya extensión y alcance se expondrá en el apartado siguiente.

La fundamentación existente detrás de estos sistemas consiste en dotar a las partes litigantes en sede arbitral de un sistema integral que les permita incluso encontrar cautela provisoria de sus derechos, mientras tiene lugar la tramitación e instalación previa del tribunal arbitral, es decir, dar coherencia y unidad procedimental al proceso arbitral desde etapas anteriores a la iniciación del juicio mismo.⁵ En un reporte emanado como análisis interno de la ICC a 6 años de la implementación del arbitraje de emergencia, da cuenta que el mismo ha conocido 80 solicitudes y que dentro de las principales ventajas que se observan en el mismo es su confidencialidad, en oposición a la justicia ordinaria en que, por regla general,

³ STC 792 c.8. En el mismo sentido STC 815 c 10, 946 cc. 28 a 33, STC 1332 c. 9, 4018 c.9 y 5962 c.13, entre varios otros.

⁴ Entre otras publicaciones recientes, destacan los libros “*El nuevo reglamento procesal de arbitraje del centro de arbitraje y mediación de Santiago (CAM Santiago)*” de Alejandro Romero Seguel (2021, Tirant lo Blanch), “*Tratado del Arbitraje en Chile. Arbitraje interno e internacional*”, de María Fernanda Vásquez Palma (2018, Thomson Reuters); “*El arbitraje interno y comercial internacional. Parte General*” de Alejandro Romero Seguel y José Ignacio Díaz Villalobos (2016, Ediciones UC). Igualmente, existen distintos artículos publicados en revistas especializadas, de distintos académicos del foro nacional.

⁵ Kilinc, Ahmet, “*Jurisdiction and Enforceability of Emergency Arbitrator Decisions*”, GSI Articletter, p. 261 (2021).

estos procedimientos son públicos.⁶ También, dicho reporte da cuenta de la manera en la cual se han abordado tanto aspectos procedimentales como criterios sustantivos bajo los cuales se han otorgado las medidas de emergencia, que ha incorporado elementos como la urgencia de la misma, el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora*, el riesgo de agravamiento de la disputa, la proporcionalidad de la medida que se solicita y el hecho que no implica un prejuzgamiento de los méritos del caso.⁷

Con posterioridad, se ha incorporado una regulación del arbitraje de emergencia en los principales reglamentos arbitrales del mundo, incluyendo el *Swiss Chambers' Arbitration Institute*, *Stokholm Chamber of Commerce*, *International Centre for Dispute Resolution*, la *American Arbitration Association*, el *Hong Kong International Arbitration Centre* y el *Singapore International Arbitration Centre*. Además, se incorporó una regulación del instituto en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Madrid y en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

3. Experiencia comparada.

A continuación, se procederá a realizar un análisis comparado de la regulación de la figura del árbitro de emergencia en las principales sedes de arbitraje institucional, a saber, la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el Centro de Arbitraje de Singapur (SIAC), el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid (CCM). Para ello se sintetizan los principales aspectos de dicha regulación y, posteriormente, se señalarán las conclusiones relevantes que pueden desprenderse de los casos revisados.

3.1. Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (ICC).

La Cámara de Comercio Internacional (en adelante, la “ICC” por sus siglas en inglés) regula la figura del arbitraje de emergencia en el artículo 29 de su Reglamento de Arbitraje y Mediación⁸ (en adelante, el “Reglamento ICC”) y en el Apéndice V, el que contiene el Reglamento del Árbitro de Emergencia (en adelante, el “Apéndice”). La primera establece el marco general de la institución junto a determinadas normas relativas a su ámbito de aplicación, mientras que el segundo contempla la regulación pormenorizada de la misma.

De esta manera, el Art. 29.1. del Reglamento ICC dispone que la parte que necesite medidas provisionales o cautelares urgentes que no puedan esperar a la constitución de un tribunal arbitral, podrá presentar una solicitud de dichas medidas de conformidad con el Reglamento del Árbitro de Emergencia que figura en el Apéndice V. Dichas medidas son denominadas como “medidas de emergencia”, que es la misma nomenclatura que, según se verá más adelante, siguen las distintas sedes arbitrales institucionales al momento de referirse a las medidas prejudiciales precautorias dictadas por árbitros.

⁶ ICC Commission, “*Emergency Arbitrator Proceedings Report*”, p. 4 (2019).

⁷ Idem, p. 22 y siguientes.

⁸ ARBITRATION AND MEDIATION RULES OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (Septiembre de 2021).

i. Requisitos de la solicitud.

El interesado en iniciar un procedimiento de arbitraje de emergencia debe presentar la solicitud respectiva ante la Secretaría de la ICC. El Art. 1.3. del Apéndice regula el contenido de la solicitud de medidas de emergencia, señalando que debe contener, además de la individualización de las partes las siguientes designaciones y menciones:

1. Descripción de las circunstancias que dan lugar a la solicitud y del litigio subyacente que se ha sometido o se va a someter a arbitraje.
2. Descripción de las medidas de emergencia solicitadas.
3. Razones por las que el solicitante necesita medidas provisionales o cautelares urgentes que no pueden esperar a la constitución de un tribunal arbitral.
4. Cualquier acuerdo pertinente y, en particular, el acuerdo de arbitraje.
5. Cualquier acuerdo sobre sede del arbitraje, normas jurídicas aplicables o el idioma del arbitraje.
6. Prueba del pago por los costos del procedimiento.
7. Cualquier solicitud de arbitraje y cualquier otro escrito relacionado con la controversia subyacente, que haya sido presentado ante la Secretaría por cualquiera de las partes del procedimiento de árbitro de emergencia antes de presentar la solicitud.
8. Cualquier otro documento o información que el solicitante considere apropiado o que pueda contribuir al examen eficaz de la solicitud.

Estas solicitudes se pueden presentar únicamente en caso que no exista tribunal arbitral constituido, pero sí se pueden presentar si existe una solicitud arbitral pendiente, en tanto la Secretaría aún no le haya “transmitido el expediente” a este último.

ii. Inhabilidades, radicación y extensión de la jurisdicción.

En lo que respecta a las notas distintivas y requisitos del árbitro de emergencia, tanto el Reglamento ICC como el Apéndice establecen normas relativas a su inhabilidad, imparcialidad, independencia, radicación y continuidad.

En cuanto a sus inhabilidades, el Art. 2.5. del Apéndice establece que, antes de su nombramiento, la persona propuesta como árbitro de emergencia deberá firmar una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia y respecto de la cual la Secretaría dará una copia a las partes. Relacionado con lo anterior, el Art. 2.4. del Apéndice dispone que todo árbitro de emergencia deberá ser y permanecer imparcial e independiente de las partes implicadas en la controversia.

Por su parte, en lo relativo a la radicación y continuidad, el Art. 2.6. del Apéndice prevé que el árbitro de emergencia no podrá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la disputa que dio lugar a la solicitud. Esta norma es una concreción de las disposiciones del Reglamento ICC de las que se desprende que el árbitro de emergencia conserva su jurisdicción hasta el momento de la transmisión o entrega del expediente al tribunal arbitral que se constituya (Art. 29.2. al Art. 29.4.).

Conforme a lo señalado y en lo relativo a la extensión jurisdiccional, el árbitro de emergencia desempeña sus funciones desde el momento en que se le transmite o entrega el expediente por parte de la institución arbitral y hasta que hace entrega o transmisión del mismo al tribunal arbitral respectivo que conocerá del fondo de la controversia. Relacionado con ello, el Art. 29.7. del Reglamento, consagra la compatibilidad entre estas normas y la jurisdicción de los otros órganos jurisdiccionales. Así, señala que el estatuto del arbitraje de emergencia no pretende impedir que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes a una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de presentar una solicitud de dichas medidas y en circunstancias apropiadas incluso después, de conformidad con el Reglamento. Ahora bien, cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial competente no se considerará una infracción o una renuncia al acuerdo de arbitraje; aunque ellas y cualquier medida adoptada por la autoridad judicial deberá ser notificada sin demora a la Secretaría.

iii. Costos del procedimiento.

El Apéndice también contiene diversas normas que regulan los costos del procedimiento de arbitraje de emergencia. En primer lugar, conforme al Art. 7.1. del Apéndice, se debe pagar una cantidad de US \$40.000 y la solicitud no será notificada hasta que la Secretaría reciba el pago de dicha cantidad. Este monto se desglosa en US \$10.000 para gastos administrativos de la ICC y US \$30.000 para honorarios y gastos del árbitro de emergencia.

Asimismo, el Art. 7.2. del Apéndice señala que el Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC (en adelante, el “Presidente ICC”) puede decidir en cualquier momento el aumento de los honorarios del árbitro de emergencia o de los gastos administrativos de la ICC teniendo en cuenta, entre otras cosas, la naturaleza del caso y la índole y cantidad de trabajo realizado por el árbitro de emergencia, la Corte, el Presidente y la Secretaría. Si la parte que presentó la solicitud no paga los costos incrementados dentro del plazo fijado por la Secretaría, la solicitud se considerará retirada.

A su vez, el árbitro de emergencia fijará los costos del procedimiento y decidirá cuál de las partes los soportará o en su caso, en qué proporción serán soportados por las partes (Art. 7.3. del Apéndice). Los costos del procedimiento incluyen los gastos administrativos de la ICC, los honorarios y gastos del árbitro de emergencia y los costos legales y otros costos razonables en los que incurran las partes para el procedimiento del árbitro de emergencia (Art. 7.4. del Apéndice).

En el caso de que el procedimiento del árbitro de emergencia no se lleve a cabo de conformidad con las reglas de notificación o se termine de otro modo antes de dictarse un orden, el Presidente determinará el importe que se reembolsará al solicitante, si lo hubiera. En todos los casos, no será reembolsable una cantidad de US \$5.000 para gastos administrativos de la ICC (Art. 7.5. del Apéndice).

iv. Notificación de la solicitud a la contraparte.

El Art. 1.2. del Apéndice señala que, en lo relativo a la solicitud, ésta se entregará en un número de copias suficiente para que haya un ejemplar para cada parte, más uno para el

árbitro de emergencia, y uno para la Secretaría cuando la parte que la presente solicite su envío con acuse de recibo, por correo certificado o por mensajero.

Se hace presente, no obstante, que se contienen otras reglas respecto a la notificación del nombramiento del árbitro (Art. 2.3. del Apéndice); las comunicaciones escritas entre las partes durante el procedimiento (Art. 2.3. del Apéndice); y otras relativas a la notificación de la orden del árbitro de emergencia (Art. 5.6. del Apéndice).

En cuanto a la posibilidad del árbitro de emergencia de actuar *ex parte* o *in audita parte*, las siguientes normas y disposiciones del Reglamento ICC permiten concluir su negativa:

1. **Art. 1.5. del Apéndice V:** *“Si, y en la medida en que el Presidente de la Corte (el “Presidente”) considere, sobre la base de la información contenida en la Solicitud, que las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia son aplicables con referencia al artículo 29(5) y al artículo 29(6) del Reglamento, la Secretaría transmitirá una copia de la Solicitud y de los documentos anexos a la misma a la parte demandada.”*
2. **Art. 5.2. del Apéndice V:** *“El árbitro de emergencia dirigirá el procedimiento de la manera que el árbitro de emergencia considere apropiada, teniendo en cuenta la naturaleza y la urgencia de la Solicitud. En todos los casos, el árbitro de emergencia actuará de manera justa e imparcial y se asegurará de que cada parte tenga una oportunidad razonable de presentar su caso.”*
3. **Art. 6.5. del Apéndice V:** *“Dentro del plazo establecido en el Artículo 6(4) de este Apéndice, el árbitro de emergencia enviará la Orden a las partes, con copia a la Secretaría, por cualquiera de los medios de comunicación permitidos por el Artículo 3(2) del Reglamento que el árbitro de emergencia considere que garantizará su pronta recepción.”*

De esta manera, la comunicación de la solicitud a la contraparte, la consagración del principio de bilateralidad y la notificación de la decisión del árbitro de emergencia a las partes, constituyen circunstancias que permiten concluir la imposibilidad de que se decreten medidas de emergencia *ex parte*.

Con todo, la propia ICC ha concluido en uno de sus reportes, que su reglamentación contempla disposiciones que permiten la existencia de medidas *ex parte* en sede de arbitraje de emergencia, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.⁹ Sin embargo, el mismo reporte se encarga de citar la Guía de Arbitraje de la propia Secretaría de la ICC, en la que se sostiene que “aunque no se menciona expresamente en el Reglamento, es concebible que el árbitro de emergencia pueda emitir una orden inicial (por ejemplo, una orden de congelación o una orden que mantenga el *statu quo*) antes de que la parte demandada haya presentado su respuesta”, sin perjuicio de poder intervenir después¹⁰.

Entonces, la conclusión pareciera ser que, por regla general, no es posible la existencia de medidas *ex parte* en el caso del arbitraje de emergencia, salvo casos excepcionalísimos de

⁹ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, “*ICC Commission Report. Emergency Arbitrator Proceedings*”, año 2019, p. 19.

¹⁰ Ídem, p. 21.

medidas provisionales de conservación, en que se posterga el principio de bilateralidad de la audiencia. Dicha excepcionalidad se encuentra materializada en un solo caso (de los primeros 80 analizados en el reporte) hasta la fecha bajo la reglamentación de la ICC¹¹, en que el árbitro de emergencia otorgó una medida provisional de conservación *ex parte* (se ordenó al demandado la abstención transitoria de ejecutar una garantía bancaria antes de que el demandante presentara su solicitud). Sin embargo, en otros cuatro casos, medidas semejantes fueron rechazadas; y en otro caso el árbitro de emergencia se declaró incompetente.

Ahora bien, a pesar de que existe esta circunstancia excepcionalísima y un caso resuelto en su apoyo, subsiste la reticencia a que puedan otorgarse medidas provisionales, aun en el caso de las conservativas del *statu quo*, sin oír a la otra parte, garantizándole *ex ante* la bilateralidad. Por lo tanto, conforme a las disposiciones y principios que sustentan el procedimiento arbitral de la ICC, la conclusión final sería contraria a la posibilidad de que se otorguen medidas de emergencia *ex parte* en la sede arbitral de la ICC.

v. Procedimiento de nombramiento y designación.

El *iter procesal* para el establecimiento de un árbitro de emergencia puede sintetizarse de la siguiente forma:

1. La parte interesada en recurrir al arbitraje de emergencia debe: (i) presentar la solicitud a la Secretaría en la oficina respectiva (Art. 1.1. del Apéndice); (ii) con las copias o ejemplares suficientes para la contraparte, el árbitro de emergencia y la Secretaría, según los casos (Art. 1.2. del Apéndice); (iii) reuniendo los requisitos señalados en el Art. 1.3. del Apéndice; y (iv) redactada en el idioma del arbitraje o en el idioma del acuerdo arbitral, según el caso (Art. 1.4. del Apéndice).
2. Presentada la solicitud, el Presidente analizará el mérito de la solicitud y la Secretaría: (i) notificará y transmitirá a la contraparte una copia de la solicitud y demás documentos, en caso de procederse con el arbitraje de emergencia; o (ii) informará a las partes que el procedimiento arbitral de emergencia no tendrá lugar respecto a algunas o todas de las partes, transmitiéndoles una copia de la solicitud (Art. 1.5. del Apéndice). Además, el Presidente dará por concluido el procedimiento de arbitraje de emergencia si la Secretaría no recibe una solicitud arbitral por parte del solicitante dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la solicitud de arbitraje de emergencia por parte de la Secretaría, salvo que el árbitro de emergencia determine la necesidad de un plazo mayor (Art. 1.6. del Apéndice).
3. El Presidente nombrará un árbitro de emergencia en el plazo más breve posible, normalmente dentro de los 2 días siguientes a que la Secretaría recibió la solicitud (Art. 2.1. del Apéndice). Además, no se nombrará después de que el expediente ya haya sido transmitido al tribunal arbitral que conocerá el fondo (Art. 2.2. del Apéndice).

¹¹ Ídem. P. 21.

4. Nombrado el árbitro de emergencia, la Secretaría de la ICC notifica a las partes de la designación y transmite el expediente al árbitro nombrado (Art. 2.3. del Apéndice).
5. Es posible impugnar el nombramiento del árbitro de emergencia dentro de los 3 días siguientes a que la parte impugnante recibió la notificación del nombramiento o de la fecha en que ella fue informada de los hechos y circunstancias en que se basa la impugnación (si dicha fecha es posterior a la notificación), conforme al Art. 3.1. del Apéndice. La Corte decidirá la cuestión luego de que la Secretaría haya dado al árbitro de emergencia y a la o las otras partes la oportunidad de formular sus observaciones por escrito y en un plazo adecuado (Art. 3.2. del Apéndice).

vi. Procedimiento del arbitraje de emergencia.

Conforme al Art. 4.1. del Apéndice, si las partes han acordado el lugar del arbitraje, éste será el lugar del procedimiento del árbitro de emergencia. En ausencia de dicho acuerdo, el Presidente fijará el lugar del procedimiento del árbitro de emergencia, sin perjuicio de la determinación del lugar del arbitraje de conformidad con el Reglamento. Las reuniones con el árbitro de emergencia podrán realizarse físicamente en cualquier lugar que él considere apropiado o por videoconferencia, teléfono o medios de comunicación similares (Art. 4.2. del Apéndice).

El árbitro de emergencia establecerá un calendario procesal para las actuaciones en el plazo más breve posible, normalmente dentro de los 2 días siguientes a la transmisión del expediente (Art. 5.1. del Apéndice). El árbitro de emergencia dirigirá el procedimiento de la manera que considere apropiada, teniendo en cuenta la naturaleza y la urgencia de la solicitud (Art. 5.2. del Apéndice). En todos los casos, el árbitro de emergencia actuará de forma justa e imparcial y se asegurará de que cada parte tenga una oportunidad razonable de presentar su caso (Art. 5.2. del Apéndice).

vii. Forma, efecto y ejecución de la decisión.

La decisión del árbitro de emergencia se denomina “orden”, en la que determinará si la solicitud es admisible y si él es competente para ordenar las medidas requeridas (Art. 29.2. del Reglamento y Arts. 6.1. y 6.2. del Apéndice).

La orden será escrita, motivada, fechada y firmada por el árbitro (Art. 6.3. del Apéndice) y se dictará en un plazo máximo de 15 días desde la fecha en que se transmitió el expediente arbitral; plazo que el Presidente podrá prorrogar en virtud de una solicitud motivada del árbitro de emergencia o por iniciativa propia si el Presidente lo considera necesario (Art. 6.4. del Apéndice).

Dentro del plazo señalado, el árbitro de emergencia enviará la orden a las partes, con copia a la Secretaría, por cualquiera de los medios de comunicación permitidos por el Reglamento (Art. 6.5. del Apéndice).

Conforme al Art. 29.2. del Reglamento, las partes se comprometen a cumplir cualquier orden emitida por el árbitro de emergencia. A su vez, según el Art. 6.6. del Apéndice, la orden dejará de ser vinculante para las partes cuando: (i) termine el procedimiento del árbitro de emergencia por parte del Presidente cuando no se presentó la solicitud arbitral dentro de los 10 días; (ii) la Corte acepte una impugnación o recusación contra el árbitro de emergencia; (iii) se dicte el laudo final del tribunal arbitral, salvo que éste decida expresamente lo contrario; o (iv) se retiren todas las demandas o la terminación del arbitraje antes de que se dicte el laudo final.

El árbitro de emergencia podrá dictar la orden sujeta a las condiciones que considere oportunas, incluyendo la exigencia de la prestación de una garantía adecuada (Art. 6.7. del Apéndice).

A petición motivada de una de las partes, presentada antes de la transmisión del expediente al tribunal arbitral, el árbitro de emergencia podrá modificar, rescindir o anular la orden (Art. 6.8. del Apéndice).

Finalmente, el Art. 29.3. del Reglamento señala que la orden del árbitro de emergencia no vinculará al tribunal arbitral con respecto a ninguna cuestión, asunto o disputa determinada en la orden, por lo que, consecuentemente, el tribunal arbitral podrá modificar, rescindir o anular la orden o cualquier modificación de la misma dictada por el árbitro de emergencia. Ello es complementado por el Art. 29.4. del mismo, conforme al cual el tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o reclamaciones de las partes relacionadas con el procedimiento del árbitro de urgencia, incluida la reasignación de las costas de dicho procedimiento y cualquier reclamación que surja del cumplimiento o incumplimiento de la orden.

3.2. Centro de Arbitraje de Singapur (SIAC).

El Centro de Arbitraje de Singapur (en adelante, el “SIAC” por sus siglas en inglés) regula la figura del árbitro de emergencia en su reglamento -*SIAC Rules*- vigente desde el año 2016, aunque se trata de una institución previamente regulada por las reglas del año 2010.

i. Requisitos de la solicitud.

La parte que desea solicitar una medida provisional de emergencia (*emergency interim relief*) antes de la constitución del tribunal arbitral deberá presentar la solicitud ante la Secretaría de la SIAC y enviar una copia de la misma a las demás partes.

La solicitud debe contener lo siguiente, además de la especificación de las partes:

1. Naturaleza de la medida solicitada.
2. Razones por las cuales la parte tiene derecho a acceder a dicha medida.
3. Una declaración que certifica que se ha enviado a las demás partes una copia de la solicitud, o bien que contiene las medidas que de buena fe se han tomado para proveer de dicha copia a las partes.

Además, la solicitud debe ir acompañada del pago de las tasas por concepto de administración y del depósito exigido por las normas relativas a los árbitros de emergencia y que se detallarán a continuación. Sin embargo, la Secretaría tiene la facultad de aumentar el valor de dicho depósito si así lo considera necesario. Por último, cualquier orden provisional o laudo del árbitro de emergencia puede estar condicionada a que la parte que solicita la medida proporcione una caución o garantía adecuada.

ii. Inhabilidades, radicación y extensión de la jurisdicción.

En cuanto a las causales de inhabilidad, antes de aceptar el nombramiento, el árbitro debe revelar a la Secretaría cualquier circunstancia que puede dar lugar a una duda razonable sobre su imparcialidad o independencia. Además, dentro de un plazo de dos días desde la notificación del nombramiento efectuada a las partes, estas podrán deducir oposición por las mismas razones.

Por su parte, en lo relativo a la radicación, el Reglamento dispone que el árbitro de emergencia no puede actuar como árbitro en un futuro arbitraje entre las partes en relación a la disputa en cuestión, salvo que las partes acuerden lo contrario.

Por último, en lo relativo a la extensión de la jurisdicción del árbitro de emergencia, se desprende del análisis del Reglamento que ésta principia desde su nombramiento y concluye con la constitución del tribunal arbitral.

iii. Costos del procedimiento.

Como se expuso anteriormente, al momento de presentar la solicitud, la parte debe proceder al pago de tasas por concepto de administración y del depósito exigido. Sin perjuicio de lo anterior, el árbitro de emergencia tiene la facultad de distribuir los costos del procedimiento entre las partes, ello sujeto a la potestad del tribunal arbitral que conocerá el fondo del asunto de determinar de forma definitiva la distribución de dichos costos.

Por último, las tasas y depósitos establecidos en la Tabla de Tasas del Reglamento, son las siguientes: (i) una tasa no reembolsable de SGD \$5.350 (USD 3.800 app.), salvo que las partes sean extranjeras, en cuyo caso la tasa corresponde a un monto de SGD \$5.000 (USD 3.500 app.); y (ii) un depósito de SGD \$30.000 (USD 21.500 aproximadamente) a menos que la Secretaría considere que ese monto no corresponde en relación al Schedule 1 del Reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, la tarifa del árbitro de emergencia ascenderá al monto de SGD \$25.000 salvo necesidad de modificación según el criterio de la Secretaría.

iv. Notificación de la solicitud a la contraparte.

Como ya se expuso, quien presenta la solicitud deberá enviar copia de la misma a las demás partes.

v. *Procedimiento del arbitraje de emergencia.*

Si el Presidente del SIAC acepta la solicitud de emergencia, tiene un plazo de un día contado desde la presentación de la solicitud, para nombrar al árbitro de emergencia.

El árbitro nombrado tiene un plazo máximo de dos días para definir el procedimiento a seguir y el calendario. Sin perjuicio de lo anterior, la tramitación debe garantizar que todas las partes puedan ser escuchadas y además puede prever la realización de procedimientos por teléfono o videoconferencia o presentaciones por escrito como alternativas a las audiencias presenciales.

El Árbitro de Emergencia debe tomar una decisión dentro del plazo de catorce días desde que ha sido nombrado, salvo que la Secretaría extienda dicho plazo habida consideración de las circunstancias del caso particular. Sin embargo, no puede dictar órdenes o laudos sino hasta que exista aprobación por parte de la Secretaría.

vi. *Forma, efecto y ejecución de las medidas.*

El Reglamento SIAC dispone que el árbitro de emergencia tiene la facultad de ordenar u otorgar cualquier medida cautelar que considere necesaria, incluidas las órdenes preliminares que puedan dictarse en espera de cualquier audiencia, conferencia telefónica o videoconferencia o presentaciones escritas de las partes.

El árbitro de emergencia deberá exponer por escrito las razones resumidas de su decisión. Además, puede modificar o dejar sin efecto la orden o laudo por causa justificada. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal arbitral también puede reconsiderar, modificar o dejar sin efecto la orden o laudo y no se encuentra limitado por los argumentos expuestos por el árbitro de emergencia.

Asimismo, las decisiones del árbitro de emergencia dejan de ser vinculantes si: (i) el tribunal arbitral no se constituye dentro del plazo de noventa días desde su dictación; (ii) el tribunal arbitral dicta un laudo final; o (iii) se retira la demanda.

Asimismo, las partes acuerdan que una orden o laudo de un árbitro de emergencia será vinculante para las mismas a partir de la fecha en que se emita, y se comprometen a ejecutar la orden provisional o laudo de inmediato y sin demora. A lo anterior se suma que ellas renuncian irrevocablemente a sus derechos a cualquier forma de apelación, revisión o recurso ante cualquier tribunal estatal u otra autoridad judicial con respecto a dicho laudo en la medida en que dicha renuncia pueda hacerse válidamente.

Por último, resulta pertinente señalar, tal como lo hace Fernández, que el año 2012 la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur fue modificada a efectos de “*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 organización, 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 [...]*¹². Si bien, según se verá más adelante en este informe, no sería una modificación legal necesaria para habilitar el arbitraje de emergencia en nuestro país, sí es un antecedente relevante para efectos de analizar la experiencia del SIAC.

3.3. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL).

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, la “CCL”) regula la figura del árbitro de emergencia en su Reglamento y Estatuto de Arbitraje¹³ (en adelante, el “Reglamento CCL”), vigente desde el año 2017.

i. Requisitos de la solicitud.

En primer lugar, en cuanto a los requisitos sustantivos de la solicitud, es importante recalcar que el Art. 35 del Reglamento CCL dispone que cualquiera de las partes que requiera medidas cautelares urgentes puede solicitar que se inicie un procedimiento ante un árbitro de emergencia previo a la constitución del tribunal arbitral. De esta forma, se advierte que la solicitud debe referirse a medidas cautelares de carácter urgente, compartiendo el mismo régimen de aplicación que el del resto de las sedes institucionales revisadas.

En cuanto a los requisitos formales de la solicitud, las Reglas del Árbitro de Emergencia contenidas en el Apéndice I del Reglamento señalan el siguiente contenido de la solicitud:

1. La información de contacto de las partes y de sus representantes.
2. La medida cautelar o provisional que se solicita.
3. La razón o las razones por las cuales el solicitante requiere que se dicte medidas cautelares urgentes.
4. Una descripción breve de la controversia sometida o que ha de ser sometida a arbitraje
5. Una copia del convenio arbitral sobre cuya base se ha de resolver la controversia y del contrato del cual deriva dicha controversia.

Además, sostiene que la parte solicitante puede presentar con su solicitud cualquier documento o información que estime pertinente para la debida y efectiva apreciación de la medida solicitada y que la solicitud debe ir acompañada de la constancia de pago del arancel correspondiente.

Por último, es relevante mencionar que el Reglamento no exige la constitución de garantías para la presentación de la solicitud. El Art. 8.4 del Apéndice I solo le otorga facultades al árbitro de emergencia para que este las exija al momento de tomar una decisión, pero no al momento de presentar la solicitud.

¹² FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2016): “La Irrupción del Árbitro de Emergencia en el Arbitraje Comercial Internacional”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 9(1), pp. 82-98.

¹³ Reglamento y Estatuto de Arbitraje (2017).

ii. Inhabilidades, radicación y extensión de la jurisdicción.

En primer lugar, en cuanto a las causales de inhabilidad, cualquiera de las partes puede recusar al árbitro de emergencia cuando exista duda justificada sobre su imparcialidad o independencia. Dicha recusación debe presentarse ante el CCL dentro de los tres días siguientes a la notificación del nombramiento del árbitro o desde que se tomó conocimiento de los hechos en que se funda, si fuere una fecha posterior a la de la notificación.

Recibida la recusación, la Secretaría (de la CCL) debe dar al árbitro de emergencia y a las otras partes un plazo de tres días para formular comentarios, luego del cual el Consejo del CCL debe tomar una decisión sin que sea necesario que se expresen las causas de la misma. Además, es relevante recalcar que no existe un listado de inhabilidades por lo tanto basta -en los términos del Art. 5.1. del Apéndice I- que exista una “*duda justificada sobre su imparcialidad e independencia*”.

Por otro lado, en cuanto a la regla de la radicación, siguiendo la misma lógica del resto de los centros de arbitraje institucional consultados, el Art. 4.1. del Apéndice I establece que el árbitro de emergencia no puede actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la controversia que haya dado origen a la solicitud.

Finalmente, en lo relativo a la extensión de su jurisdicción, ésta comienza desde su nombramiento y traspaso del expediente, concluyendo con la constitución del tribunal arbitral que se pronunciará sobre el fondo del asunto.

iii. Costos del procedimiento.

Al presentarse la solicitud, es necesario que la parte solicitante pague los costos del procedimiento establecidos en la Tabla de Aranceles del Centro, porque de lo contrario no se procesará ni notificará la solicitud. A ello se suma que durante todo el procedimiento el CCL se reserva expresamente la posibilidad de aumentar los costos consignados en la Tabla de Aranceles.

Sin perjuicio de lo anterior, la decisión del árbitro de emergencia debe pronunciarse sobre los costos, su extensión y qué parte debe asumirlos o, en su caso, de qué forma se reparten entre las partes. Ahora, si el procedimiento no tuviese lugar, o terminase antes de la decisión del árbitro, el Centro determina qué parte de los costos ya pagados deberá ser reembolsado al solicitante. Por último, los aranceles en relación a los Árbitros de Emergencia según la Tabla de Aranceles vigente a la fecha corresponden a un valor PEN \$5.000 (USD 1.330 app.) por concepto de tasa y PEN \$10.000 (USD 2.660 app.) por honorarios.

iv. Notificación de la solicitud a la contraparte.

En conformidad a lo dispuesto por el Reglamento CCL, una vez presentada la solicitud, la Secretaría debe notificarla a la(s) otra(s) parte(s) tan pronto como sea posible, a menos

que considere más apropiado proceder a la constitución del tribunal arbitral para la subsecuente remisión de la solicitud respectiva.

Este reglamento excluye la posibilidad del árbitro de emergencia de proceder *ex parte*. Así, el Reglamento CCL exige que la parte que desee iniciar el procedimiento ante un árbitro de emergencia presente la solicitud de la medida de emergencia ante el Centro, con copias suficientes para cada parte, el Centro y el árbitro de emergencia. A mayor abundamiento, el artículo 2.1 del Apéndice I del Reglamento dispone que la Secretaría debe notificar la solicitud a la contraparte lo más pronto posible, desechando también de esa forma la procedencia de medidas ex parte o inaudita parte.

v. *Nombramiento del árbitro.*

El Consejo CCL es quien debe nombrar al árbitro de emergencia, seleccionado entre los que integran el Registro de Árbitros del Centro en un plazo de dos días desde la recepción de la solicitud. Una vez nombrado se procede a remitir todos los antecedentes de la solicitud y a notificar a las partes del procedimiento. Además, desde este momento toda comunicación debe dirigirse a dicho árbitro, con copia al Centro y a las demás partes.

vi. *Procedimiento del arbitraje de emergencia.*

En cuanto a la forma de conocer por parte del árbitro de emergencia, el Reglamento CCL establece que el árbitro debe conducir el procedimiento de la manera que estime más conveniente, según la naturaleza y urgencia de la medida, resolviendo en el menor tiempo posible. Además, debe velar porque cada parte tenga una oportunidad razonable para presentar su posición respecto a la medida solicitada.

vii. *Forma, efecto y ejecución de las medidas.*

La decisión debe ser dictada y notificada a las partes dentro del plazo de quince días contados desde la recepción de la solicitud. Sin embargo, este plazo puede ampliarse por acuerdo de las partes, por solicitud motivada del árbitro de emergencia o cuando el Consejo de la CCL lo considere conveniente.

En cuanto a la forma de las medidas, toda decisión debe ser motivada, fechada, debe contener el lugar de emisión y debe ser firmada por el árbitro de emergencia. Además, la decisión debe expresar si la solicitud de medida cautelar es admisible y si el árbitro es competente para conceder dichas medidas. Finalmente, su notificación se debe efectuar por cualquier medio que garantice una recepción pronta y segura por las partes.

En cuanto al efecto de las medidas, del mismo modo que las decisiones del árbitro de emergencia son vinculantes para las partes, que se obligan a cumplir las medidas dictadas sin demora. Sin embargo, toda solicitud puede ser revocada o modificada a solicitud fundada de las partes, por el árbitro de emergencia o por el tribunal arbitral si este ya estuviere constituido.

A ello se agrega que, además, cesa la vigencia del procedimiento ante el árbitro de emergencia y su decisión deja de ser vinculante por las siguientes causas:

- a) Por el hecho de no presentarse la solicitud de arbitraje dentro de los diez días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud de medidas de emergencia, salvo que el árbitro de emergencia determine que se requiere un período más extenso.
- b) Por la aceptación por el Consejo de una recusación del árbitro de emergencia.
- c) Por el desistimiento de la solicitud del arbitraje o la terminación del arbitraje antes de dictarse el laudo final.

3.4. Corte de Arbitraje de Madrid (CCM).

El actual Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid¹⁴ (en adelante, el “CCM”), regula esta figura en su Anexo II, aunque ya había sido incorporada en la reforma reglamentaria del año 2015.

En ese sentido, se señala cualquiera de las partes, previo a la constitución del tribunal arbitral, podrá solicitar que se nombre a un árbitro de emergencia a fin de que “*acuerde medidas cautelares o de anticipación o aseguramiento de prueba urgentes*”. Así, se advierte que en este caso se precisa la procedencia respecto de las medidas prejudiciales probatorias, medidas que, si bien no están prohibidas en el resto de las sedes revisadas, no están expresamente consagradas a diferencia de la CCM.

i. Requisitos de la solicitud.

La solicitud de nombramiento del árbitro de emergencia debe incluir, además de una individualización de las partes, la siguiente información:

1. Una breve descripción de la controversia.
2. Una relación de las medidas urgentes que se solicitan.
3. Las razones por las cuales el solicitante considera que la adopción de medidas urgentes no puede esperar hasta la constitución del tribunal arbitral.
4. El convenio o convenios arbitrales que se invocan.
5. Mención al lugar, idioma y derecho aplicable al procedimiento de emergencia.
6. Una copia del convenio arbitral, la constancia de pago de la provisión de fondos para este procedimiento y una copia de la solicitud de nombramiento del árbitro de emergencia para cada contraparte y para el árbitro de emergencia.
7. Cualquier otro documento que el solicitante considere conveniente para facilitar la consideración de la petición.

ii. Inhabilidades, radicación y extensión de la jurisdicción.

En lo relativo a las inhabilidades, si bien, como se indicará *infra*, el árbitro de emergencia debe suscribir una declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad; existe la posibilidad de que se presente una solicitud de recusación conforme al Art. 15 del Reglamento CCM dentro de los dos días siguientes a la recepción de la comunicación del

¹⁴ Reglamento Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid.

nombramiento del árbitro de emergencia o de la fecha, si fuere posterior, en que la parte conociera los hechos en que funde la recusación. Una vez oída la otra parte y al árbitro de emergencia en el menor tiempo posible, la Corte de la CCM resolverá dicha recusación motivadamente en el plazo máximo de dos días.

En lo relativo a la regla de radicación, siguiendo la experiencia revisada, salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro de emergencia no podrá actuar como árbitro en cualquier arbitraje posterior relacionado con la controversia que haya dado origen a la solicitud de nombramiento de árbitro de emergencia.

En cuanto a su extensión jurisdiccional, se desprende que el árbitro de emergencia principia en el desempeño de sus funciones luego de su nombramiento y desde que se le entrega o remite el expediente, lo que se extenderá hasta el momento en que se constituya el tribunal arbitral (aunque esto último no se señala específicamente, sino que se desprende de la propia regulación).

iii. Costos del procedimiento.

El costo del procedimiento de arbitraje de emergencia es de EU \$1.500 por concepto de derechos de administración de la Corte CCM y de EU \$7.500 por concepto de honorarios del árbitro de emergencia. La Corte CCM, de oficio o a solicitud del árbitro de emergencia, podrá modificar al alza o a la baja estos costes si circunstancias relevantes así lo aconsejan.

iv. Notificación de la solicitud a la contraparte.

En cuanto a este aspecto, se señala que tan pronto como sea recibida una solicitud de nombramiento de árbitro de emergencia, la Corte enviará dicha solicitud a la otra parte salvo que: (i) la solicitud de nombramiento de árbitro de emergencia se haya recibido con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral; (ii) el solicitante no haya acreditado el pago de la provisión de fondos para el procedimiento de emergencia de conformidad con el Art. 8 del Reglamento; o (iii) la Corte carezca manifiestamente de competencia para conocer del arbitraje. La Corte solicitará a esta parte que identifique con nombre completo, dirección y demás datos de contacto a las personas que vayan a representar a la parte.

El Reglamento de la CCM no contempla la posibilidad que el árbitro de emergencia proceda *ex parte*, esto es, sin notificación previa a la contraparte.

v. Nombramiento del árbitro.

En primer lugar, la Corte CCM nombrará un árbitro de emergencia en el menor tiempo posible, orientativamente en el plazo de dos días desde que la Secretaría haya recibido la solicitud de nombramiento de árbitro de emergencia en forma. El árbitro de emergencia deberá aceptar su nombramiento dentro de los dos días siguientes a la recepción de su nombramiento por la Corte. A tal efecto, deberá suscribir una declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad. Una vez que el árbitro de emergencia haya

aceptado su nombramiento, la Corte lo notificará a las partes y entregará el expediente al árbitro de emergencia.

vi. Procedimiento del arbitraje de emergencia.

En lo relativo a la sustanciación del procedimiento arbitral de emergencia, el idioma y el lugar del arbitraje será el que decidan las partes. A falta de acuerdo, la Corte decidirá.

De todas las comunicaciones, escritos y documentos que una parte traslade al árbitro de emergencia, se deberá enviar simultáneamente copia a la otra parte y a la Corte CCM. La misma regla se aplicará a las comunicaciones y decisiones del árbitro de emergencia a las partes o a alguna de ellas.

Dentro de los siguientes dos días de la recepción del expediente, el árbitro de emergencia establecerá un calendario de actuaciones para el procedimiento de emergencia. Con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento CCM, el árbitro de emergencia podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, observando siempre el principio de igualdad de las partes y dando a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

vii. Forma, efecto y ejecución de las medidas.

Concluido el procedimiento prejudicial, el árbitro de emergencia deberá decidir sobre las medidas urgentes solicitadas en un plazo máximo de siete días a contar desde la fecha en que le fue remitido el expediente. La Corte CCM podrá prorrogar este plazo a solicitud fundada del árbitro de emergencia. En cuanto a su forma procesal, esta deberá ser adoptada por el árbitro de emergencia, constar por escrito, estar motivada y firmada por él. En dicha orden procesal, el árbitro de emergencia deberá pronunciarse sobre las costas del procedimiento de emergencia, teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 41.6. del Reglamento. Por último, corresponderá al árbitro de emergencia notificar a las partes la orden procesal en la que decida sobre las medidas urgentes dentro del plazo señalado, remitiendo una copia a la Corte.

En lo relativo a su efecto, una vez dictada la orden procesal, ésta será vinculante para las partes, quienes se obligan a cumplir voluntariamente sin demora. Asimismo, se señala que el árbitro de emergencia podrá modificar o revocar una decisión de emergencia, a solicitud razonable de cualquiera de las partes, realizada con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral.

Por último, la decisión del árbitro de emergencia dejará de ser vinculante cuando:

- a) Así se determina por el propio árbitro de emergencia o por el tribunal arbitral.
- b) En caso de que la solicitud de nombramiento del árbitro de emergencia se haya realizado con anterioridad a la presentación de la solicitud de arbitraje y ésta no se presentase dentro de los quince días siguientes a la presentación de la primera.
- c) En caso de finalización del arbitraje por dictación de laudo final o por cualquier otra circunstancia.

3.5. Conclusiones revisión comparada

Del análisis comparativo de todos los reglamentos recientemente expuestos, es posible extraer las conclusiones que a continuación se señalan:

1. En cuanto a la solicitud del arbitraje de emergencia, los reglamentos institucionales, exigen, en términos generales, una misma información: la individualización de las partes, de sus representantes, la medida cautelar solicitada y las razones por las que ésta reviste el carácter de urgente. Además, debe acompañarse un certificado de pago anticipado de los costos del procedimiento, una copia del convenio de arbitraje y copias suficientes de la solicitud (una para cada parte, para la institución arbitral y para el árbitro de emergencia). Es importante recalcar que en todos los centros de arbitraje revisados existe el elemento de urgencia, que debe entenderse como peligro en la demora o de daño irreparable, cuya concurrencia debe ser acreditada junto a los antecedentes de la solicitud.
2. Los reglamentos exigen el pago anticipado de los costos del procedimiento, al momento de presentar la solicitud y desglosan el monto total en honorarios y derechos de administración de la institución arbitral respectiva. En los reglamentos analizados, el depósito inicial que debe hacerse por este servicio oscila entre los US \$4.000 (Reglas CCL) hasta US \$40.000 (Reglas ICC), sin perjuicio de un posterior ajuste según las circunstancias de cada caso, la distribución que disponga finalmente la resolución arbitral y contemplando en todo caso un monto no reembolsable.
3. Todos los reglamentos exigen la notificación de la solicitud a la contraparte, ya sea realizada por la Secretaría de la institución arbitral o por la parte solicitante. Más allá de señalar que dicha notificación debe hacerse “*tan pronto como sea posible*”, en general no se regulan más detalles en cuanto al tiempo ni la forma de efectuarla. Lo anterior supone la apertura de un contradictorio que no aparece regulado, y cuya ritualidad se entiende que será establecida por el árbitro, pues en esa materia cuenta con amplias facultades.
4. Las reglas de nombramiento son bastante similares en todos los reglamentos. En general, contemplan un sucinto control de admisibilidad de la solicitud hecho por la Secretaría de la institución arbitral respectiva. Luego, un órgano de ella (que varía según el caso, pudiendo ser la secretaria, el presidente, un consejo) debe seleccionar un nombre de la lista de árbitros de emergencia, dentro de un plazo de uno o dos días desde la recepción de la solicitud. Posteriormente, se debe proceder a la notificación del nombramiento a las partes y se remite el expediente al árbitro designado.
5. En relación a la inhabilitación de los árbitros nombrados, en general los reglamentos no enumeran causales específicas, sino que permiten que las partes inhabiliten al árbitro en caso de que existan dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Sin perjuicio de lo anterior, algunos de ellos ordenan que el árbitro declare que no existen a su respecto circunstancias que puedan dar a lugar a dichas dudas, o bien le exigen que dé a conocer cualquier situación que pueda provocar

sospecha en las partes (regla de *disclosure*). Además, es menester destacar que se les concede a las partes un breve plazo (dos o tres días según el reglamento en cuestión) desde la notificación del nombramiento del árbitro para que deduzcan su oposición. Luego, se da traslado a la contraparte y, finalmente, la institución arbitral debe tomar una decisión al respecto.

6. En materia de la regla de radicación, todos los reglamentos analizados coinciden en que el árbitro de emergencia no puede conocer del asunto en calidad de árbitro de fondo en ningún arbitraje relacionado con la controversia que dio a lugar a la solicitud de arbitraje de emergencia. Sin embargo, algunos reconocen una excepción a esta regla en los casos en que haya acuerdo de las partes para que el árbitro de emergencia siga conociendo del asunto. Es relevante destacar que, particularmente en el caso de las Reglas ICC, se define un hito procesal particular en virtud del cual se entiende que deja de conocer el asunto el árbitro de emergencia y pasa a conocerlo el tribunal arbitral y corresponde a la transmisión del expediente a dicho tribunal.
7. En cuanto al fin de la jurisdicción del árbitro de emergencia, además de la constitución del tribunal arbitral que conocerá del fondo, existen causales como el desistimiento de la solicitud de arbitraje y la aceptación de la recusación del árbitro, de los cuales conoce el consejo o secretaría respectiva de la sede, según corresponda.
8. En lo referente al procedimiento del arbitraje de emergencia, en general todos los cuerpos normativos analizados coinciden en que el árbitro tiene la facultad de dirigir el procedimiento de la manera que considere más adecuada dependiendo de la naturaleza y la urgencia de la medida, pero siempre observando los principios de igualdad y contradicción, otorgando a las partes el derecho a ser oídas en todo momento. Además, todos los reglamentos coinciden en que el árbitro de emergencia debe tomar una decisión sobre la solicitud en un plazo máximo que va entre los 7 y 14 días desde que inicia el procedimiento, en todos los casos con posibilidad de extensión autorizado por el consejo o entidad de gobierno de la sede respectiva.
9. En lo tocante a la forma, el efecto y la ejecución de las medidas dictadas por el árbitro de emergencia, lo primero que es relevante destacar es que algunos de los reglamentos expresamente le otorgan el carácter de orden procesal a las decisiones de los árbitros en estas materias. Por otro lado, en relación a las formalidades que debe cumplir la orden, los reglamentos exigen que ésta conste por escrito y se encuentre motivada, fechada y firmada. Además, la orden el árbitro se debe pronunciar sobre las costas del procedimiento, y se permite que se sujete la misma a determinadas condiciones, tales como el otorgamiento de garantías adecuadas. El árbitro de emergencia -mientras conserve su jurisdicción- puede modificar, anular o rescindir la orden. Las mismas facultades se conceden al tribunal arbitral una vez que este se haya constituido y, además, algunos reglamentos reconocen expresamente la facultad de las partes de renunciar de forma anticipada a todo recurso que pueda proceder contra la orden. También es esencial recalcar que todos los reglamentos exigen que, dentro de un determinado plazo desde la presentación

de la solicitud de árbitro de emergencia, la parte solicitante presente la solicitud de arbitraje o bien se constituya el tribunal arbitral. De lo contrario, la orden deja de ser vinculante para las partes.

10. En lo relacionado con la posibilidad de conceder medidas *ex parte* por parte del árbitro de emergencia, todos los reglamentos revisados descartan dicha posibilidad, al obligar al exigir o bien que se envíe copia de la solicitud a las contrapartes o con la obligación del centro de notificar a la contraparte respectiva lo más pronto posible. Con todo, de los 80 primeros casos reportados por la ICC, sólo en un caso se accedió a una medida solicitada *ex parte* bajo su reglamento.

Además, otros centros de arbitraje internacional las autorizan expresamente. Por ejemplo, las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Suiza de Arbitraje (Art. 26.3 en relación con el Art. 43), permite las medidas *ex parte* por un árbitro de emergencia. Igual disposición existe en las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje y Mediación de Nueva Zelanda, art. 50.2, que las autoriza expresamente.

4. Análisis de los principales problemas relacionados con la institución del arbitraje de emergencia, según su análisis comparado en la jurisprudencia doctrina.

4.1. Relación del árbitro de emergencia con las partes y terceros (problema de ejecutabilidad).

Para analizar acabadamente la institución del árbitro de emergencia en comento, es preciso revisar con detención la actuación procesal del tribunal arbitral en sede prejudicial, desde el punto de vista de su conexión con el procedimiento arbitral posterior e igualmente a la luz de los efectos que tendrá dicha decisión frente a terceros.

Así, como punto de partida para poder abordar adecuadamente las cuestiones previas, es preciso comprender la naturaleza del tribunal arbitral cuya fuente es el acuerdo de voluntades. Lo anterior, toda vez que, si se trata de un instituto de naturaleza jurisdiccional por prescripción legal, no cabe dotar de un tratamiento jurídico distinto de aquel dado a los tribunales ordinarios del país y someterse a lo que la misma ley dispone relacionado con la fuerza ejecutoria y cualidad de cosa juzgada de sus resoluciones. Por el contrario, si el arbitraje es un procedimiento de naturaleza convencional, con efectos vinculantes pero circunscritos a las partes, las consecuencias jurídicas de las actuaciones de los árbitros frente a terceros carecerán de un mérito distinto a aquel dado por particulares en el ámbito del derecho privado.

Sobre este punto, es preciso tener presente que existen razones históricas, normativas, doctrinarias y jurisprudenciales, que permiten afirmar la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en nuestro país, en que los jueces árbitros son tribunales -ya sea aquellos nombrados por las partes o no-, que ejercen jurisdicción dentro de la esfera de su competencia y cuya fuente es la misma ley.

Desde el punto de vista histórico, un análisis propio de los cuerpos normativos que constituyen las fuentes mismas de la regulación que posteriormente se tradujo en las disposiciones vigentes permite arribar a la conclusión que nuestro ordenamiento jurídico siempre a decantado por la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Así, “Libro de los Jueces”, en su capítulo XIII, del Título I, del Libro II, al regular el estatuto de los jueces, establecía que los mismos serían aquellos nombrados por la autoridad (el “príncipe”), o designada por las partes de común acuerdo o por otros jueces, en subsidio. Lo anterior, sin ofrecer distingos. Igual disposición se encuentra en Las Siete Partidas, particularmente en la Partida 3ª, Título IV, leyes 23º a 35º, que trata a los árbitros como jueces. Posteriormente, las leyes marianas, particularmente el Decreto Supremo de 8 de febrero de 1837, les reconocen mérito ejecutivo a las sentencias dictadas por los jueces árbitros en igual término que a aquellas emanadas por jueces ordinarios.

Un análisis desde el punto de vista normativo, permite arribar a la misma conclusión expuesta. El artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales (COT) establece, dentro de los tribunales a quienes le “*corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República*”; a los “*jueces árbitros*”, quienes “*se registrarán por el título IX de este Código*”. Luego, la misma definición de árbitro contenida en el artículo 222 del COT precisa que los mismos son jueces, ya sea nombrados por las partes o por la autoridad judicial; respecto de quienes se aplican las causales de implicancia y recusación respecto de los jueces. Además, existen distintas disposiciones en el COT que se refiere a los árbitros como jueces o tribunales. A lo recién expuesto, se suman distintas disposiciones vigentes del Código de Procedimiento Civil que regulan igualmente aspectos procedimentales del arbitraje, particularmente en su Título VIII del Libro Tercero; utilizando las mismas nomenclaturas de aquellas propias de los jueces. Así, se incluyen referencias a la práctica de las “*notificaciones*”, la manera de pronunciar una “*sentencia y a cualquier acto de substanciación del juicio*”, distintas normativas propias de los procedimientos y los requisitos de la “*sentencia*” que dicte el juez árbitro.

Luego, la doctrina nacional y la jurisprudencia han sido contestes con dicho análisis, reafirmando de manera prácticamente unánime la naturaleza jurisdiccional del arbitraje interno. Así, Aylwin Azócar, Romero Seguel, Jequier Lehuedé, Figueroa Valdés y Vasquez Palma, entre varios otros.

Así, al tratarse las medidas precautorias -dictadas en sede prejudicial o no- de actos propios de naturaleza jurisdiccional, emanados por tribunales propiamente tales, le corresponde dictarlas al juez árbitro legalmente constituido y competente, a las partes acatarlas y a los terceros darle igual tratamiento que al que le darían a resoluciones emanadas de tribunales ordinarios -salvo si ordenan el empleo de la fuerza pública u otros apremios-.

El artículo 635 del CPC establece la regla general en materia de ejecución de las resoluciones emanadas por los árbitros, estableciendo, en sus incisos primero y segundo, que “*para la ejecución de la sentencia definitiva*” estará disponible la misma sede arbitral como la justicia ordinaria, y que “*tratándose de otra clase de resoluciones corresponde al árbitro ordenar su ejecución*”. Luego, el inciso tercero, establece una limitación, en los siguientes términos: “*Sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras*

medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto.”

De esta manera, el árbitro tiene competencia para “ordenar la ejecución” de todas las resoluciones emanadas por el mismo, salvo si los actos de cumplimiento de la respectiva resolución exigen “procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso”. Esto último corresponde a lo que en doctrina se ha denominado falta de imperio del árbitro.

Siguiendo a Aylwin, dicha falta de imperio consiste en que “*priva a los árbitros del poder que tienen los jueces ordinarios de requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones; pero no priva a estas de fuerza ejecutoria*”¹⁵. Luego el mencionado autor precisa que “*las resoluciones arbitrales tienen en Chile por sí mismas mérito ejecutivo, esto es, llevan anejo el poder jurídico de ser cumplidas con el auxilio de la fuerza pública, son susceptibles de ejecución forzada; sin que para ello requieran de homologación ni ejecutur previo de ninguna autoridad,*”¹⁶ citando luego historia del establecimiento del actual Código Orgánico de Tribunales, en que se discutió una iniciativa que buscaba establecer un procedimiento declaratorio en la justicia ordinaria antes de ejecutar la arbitral, que no prosperó.

Compartimos totalmente dicha aproximación y hacemos propio los argumentos contenidos en un reciente informe relativo al artículo 635 del Código de Procedimiento Civil, que, luego de un análisis del mismo concluye que “*la disposición contenida en el inciso tercero del artículo 635 del CPC debe ser interpretada restrictivamente, extendiéndose únicamente a aquellos procesos que requieran la práctica de medidas compulsivas para obtener el cumplimiento forzado, esto es, el auxilio de la fuerza pública.*”¹⁷

4.2. Unicidad Procedimental.

Como segundo punto de análisis, es necesario discurrir en torno a la extensión de la cláusula arbitral contenida en una convención y si puede o no abarcar las actuaciones prejudiciales. Es decir, si la prórroga de la competencia pactada entre las partes mediante un acuerdo de arbitraje -ya sea cláusula compromisoria o contrato de compromiso- se extiende igualmente a la sede prejudicial.

Desde luego y como regla general cabe destacar que las medidas prejudiciales en general y prejudiciales precautorias en particular, son fases de un solo procedimiento integrado e inescindible. Desde luego la norma general y común del juicio ordinario así lo contempla

¹⁵ Aylwin, supra, p. 406.

¹⁶ Aylwin, supra, p. 406.

¹⁷ Frías Ossandón, Nicolás. (2022). “Proceso arbitral y facultad de imperio de los jueces árbitros a la luz del artículo 635 del Código de Procedimiento Civil”. *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, (9). <https://doi.org/10.7764/rda.0.9.49969>, Ver las conclusiones 3 y 4.

La cuarta conclusión es igualmente pertinente “4. Las resoluciones judiciales emanadas de los jueces árbitros son una manifestación de su poder-deber de jurisdicción y en consecuencia se encuentran sometidas al mismo estatuto jurídico que el de las resoluciones de los tribunales ordinarios de justicia. En consecuencia, es contrario al ordenamiento jurídico vigente y al principio de legalidad, el otorgar un tratamiento diferenciado a una resolución de naturaleza no compulsiva emanada de un juez árbitro, respecto de aquella emanada de un juez de letras.”

en el artículo 253 del C.P.C. al señalar que: Todo juicio ordinario comenzará por demanda del actor, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de este Libro, es decir, precisamente del Título relativo a las Medidas Prejudiciales, de manera que el “juicio”, puede iniciarse por medidas prejudiciales que forman parte del mismo. El legislador habla del “juicio ordinario”, es decir, de una unidad procedimental, cuestión que se refrenda en tanto las medidas preparatorias, son las necesarias para que el demandante pueda entrar en el juicio (Artículo 273 inciso final); las probatorias lo son para generar prueba anticipada del mismo juicio, y las precautorias en esta sede lo son para asegurar el resultado de la acción y pueden ser decretadas en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda (artículo 290). En todas ellas, además, el legislador exige que para decretarlas: deberá el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos (artículo 287), demostrando esa unicidad que no admite solución de continuidad.

Lo que se viene sosteniendo ocurre asimismo con las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva que son ciertos procedimientos judiciales previos, que puede iniciar el acreedor en contra del deudor, destinados a perfeccionar o completar el título con el cual pretende iniciar una ejecución posterior. En el caso de la acción de desposeimiento de la finca hipotecada o acensuada, por ejemplo, el procedimiento judicial previo es para permitir el pago de la deuda o el abandono de la finca que, de no producirse, abren paso al juicio ejecutivo u ordinario de desposeimiento conforme a la calidad del título.

No altera la unicidad que se viene predicando la circunstancia que, conforme se ha reconocido a esta altura de manera pacífica, puede el tribunal ordinario, mientras no se ha constituido el tribunal arbitral, conocer de las medidas prejudiciales, imperado por su deber de inexcusabilidad contemplado en el artículo 76 inciso 2º de la Constitución Política y 10 inciso 2º del COT. Lo anterior se inserta en la convergencia del apoyo colaborativo de la jurisdicción estatal en la eficacia de la jurisdicción arbitral, tanto en esta materia como en muchas otras, tan diversas como el nombramiento mismo de los árbitros, la práctica de determinadas pruebas y su indispensable contribución con las facultades de imperio de que carecen los árbitros.

Todas estas gestiones tienen en común que con ellas se empieza el juicio según lo refiere el artículo 253 del CPC antes citado. Y ello es porque se trata de gestiones absolutamente conexas con el juicio posterior, verdaderos antecedentes del mismo que dan origen temprano a la secuencia de actos jurídico-procesales que conforman el proceso. Es tan clara esa conexión que la doctrina jurisprudencial invariable de la Excma. Corte Suprema, a propósito del efecto interruptivo de la prescripción por las gestiones preparatorias, ha señalado lo siguiente: la gestión preparatoria de notificación de protesto de cheque y el juicio posterior, en este caso ejecutivo, constituyen una unidad procesal, aun cuando materialmente existan dos expedientes diversos” (énfasis agregado)¹⁸

Por consiguiente, de lo anterior queda claro, como una cuestión de principios, que las medidas prejudiciales se integran a la demanda y secuela del juicio como una fase anticipada del mismo, pero sin ruptura de la inescindible unicidad procedimental, de manera que el

¹⁸ (Casación Fondo Rol 16.604/2015). Lo mismo ha dicho en las causas Rol 35493-2015, Rol 62159-2016 y Rol 10.376-2017.

estatuto procedimental acordado por las partes resulta imperativo tanto para la justicia arbitral, como para la justicia ordinaria en su función de apoyo y colaboración a la primera.

4.3. Posibilidad de que los Árbitros decreten medidas prejudiciales.

Sobre este aspecto, Aylwin afirma, en el marco del análisis de un fallo de la Corte Suprema del año 1997, que para efectos de analizar si es posible que los árbitros dicten medidas prejudiciales, es preciso distinguir entre dos actos distintos: la constitución del tribunal arbitral y el inicio del juicio arbitral. Así, el mencionado autor sostiene “*resulta indudable que mientras los árbitros no se constituyan legalmente a través de la aceptación del encargo y el juramento, no podría ser posible que ante ellos pudiera solicitarse una medida prejudicial. La razón es muy sencilla: mientras no se constituya legalmente el tribunal arbitral, éste no existe, de tal manera que sólo podrían solicitarse a la judicatura ordinaria. En cambio, si el tribunal arbitral ya se ha constituido legalmente, pero aún no se inicia el procedimiento arbitral pues todavía no se presenta la demanda (CPC, art. 253), creemos que sería perfectamente posible que las partes pudieran solicitar a árbitros que decreten una medida prejudicial precautoria, toda vez que ya son jueces.*”¹⁹

Compartimos totalmente lo expuesto. En efecto, el distingo principal que es preciso realizar es si existe o no un tribunal arbitral constituido frente al cual sea posible ocurrir. En el mismo sentido mencionado, Vasquez ha afirmado que “*en cuanto a las medidas prejudiciales, si el árbitro ya ha aceptado el cargo, no parece lógico vetarle la facultad de dictarlas*”²⁰, citando luego un fallo del año 1984 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que es explícito al respecto en fundamentar dicha posibilidad el principio de la autonomía de la voluntad.²¹

En específico, Aylwin es claro al afirmar que “***los compromisarios tienen facultad para decretar contra las partes sujetas a su jurisdicción, las medidas prejudiciales*** de que trata el Título IV del Libro II del CPC, puesto que ellas no constituyen medios de apremio, sino que tienen por objeto preparar el juicio.”²² (énfasis agregado). Lo anterior, con la única limitación, consistente en que no pueden ordenar actos de apremio u otras medidas compulsivas, contando con facultades para ejecutar cualquiera otra clase de actos. Es más, el mencionado autor fundamenta que los árbitros pueden decretar apercibimientos de distinta naturaleza, sin perjuicio que para el cumplimiento de los mismos sea necesario concurrir a la justicia ordinaria. Así, analizando un fallo de la Corte Suprema, Aylwin afirma que “*los árbitros pueden apercibir aún con arrestos y multas, y no solo a las partes, sino a terceros. Lo cual, naturalmente, no significa que ellos puedan hacer efectivos estos apercibimientos, pues para ello deben solicitar el auxilio de la justicia.*”²³

¹⁹ Aylwin, p. 417.

²⁰ Vásquez, tratado, p. 295.

²¹ Stiven Cangas, Edwin con Albailay Carrasco, Jorge” 7 de noviembre de 1984.

²² Aylwin, p. 409.

²³ Aylwin, p. 410.

4.1. Relación entre el árbitro de emergencia y el tribunal arbitral (problemas de continuidad e identidad).

Existe, en general, un segundo aspecto sustantivo tratado por los diversos estatutos jurídicos arbitrales consistente en la relación que existe entre el árbitro de emergencia y el tribunal arbitral. A rasgos generales, de la regulación de este elemento se desprende que su finalidad es evitar o prevenir un problema de continuidad entre ambos durante el desarrollo del *iter procesal* arbitral, especialmente en lo que a la extensión jurisdiccional respecta.

Como se ha señalado *supra*, las disposiciones reglamentarias o estatutarias comparadas convergen en que la extensión jurisdiccional del arbitraje de emergencia principia con su nombramiento o designación (en algunas sedes se complementa con la transmisión del expediente al árbitro de emergencia) y finaliza con la intervención jurisdiccional del tribunal arbitral propiamente constituido, una vez que este último se constituye y asume su encargo.

De esta forma, dentro de su respectiva órbita jurisdiccional y con base en las normas comparadas, el árbitro de emergencia se encuentra facultado para dictar medidas provisionales o cautelares urgentes y agota su competencia al concederlas o denegarlas. Por su parte, se establece -en general- que una vez constituido el tribunal arbitral e iniciado el ejercicio de su competencia para tramitar y resolver el fondo del asunto, las decisiones del árbitro de emergencia no le son vinculantes.

De ello se deriva que el tribunal arbitral se encuentra revestido de amplias facultades, entre las que se encuentran:

- a) Determinar la modificación, anulación o rescisión de las medidas de emergencia decretadas o las modificaciones a ellas hechas por el propio árbitro de emergencia, o incluso decretar u ordenar otras nuevas.
- b) Decidir acerca de las solicitudes, peticiones o reclamaciones que las propias partes formulen respecto al procedimiento de arbitraje de emergencia que fue sustanciado.
- c) Resolver acerca de la distribución de las costas del procedimiento.
- d) Pronunciarse sobre cualquier pretensión que se desprenda de la ejecución o inejecución de las decisiones del árbitro de emergencia.

Esta es la situación general en el derecho comparado, de manera que “[t]an pronto como se constituya el tribunal arbitral definitivo, el árbitro de emergencia deja de desempeñar sus funciones” y complementariamente “en la mayor parte de los Reglamentos institucionales, sino en todos, se permite al tribunal arbitral pronunciarse sobre la decisión del árbitro de emergencia, ya sea para mantenerla, modificarla o anularla”²⁴.

Dicho lo anterior, el punto de análisis en esta materia recae en el criterio que se utiliza para determinar el momento en que se produce el relevo de jurisdicción entre el árbitro de

²⁴ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (2017): “El arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras”, *Revista Argentina de Arbitraje*, N°1: p. 11.

emergencia y el tribunal arbitral, pues en algunas sedes se emplea el criterio de la *transmisión, remisión o entrega del expediente arbitral* (por ejemplo, en el Reglamento de la ICC), mientras que en otras mayoritarias se opta por el criterio de la *constitución del tribunal arbitral* (por ejemplo, en el Reglamento del Centro de Arbitraje de Singapur, *SIAC Rules*). Nada obsta, empero, que habitualmente ambos criterios operen coetáneamente; lo relevante es que la jurisdicción sea ejercida sin solución de continuidad, considerando la señalada unidad procedimental.

Ahora bien, en cuanto a los criterios utilizados para determinar la extensión jurisdiccional del árbitro de emergencia, se hace presente que -atendiendo a las normas propias del ordenamiento jurídico chileno- es preciso considerar que es necesario contar con la instalación del tribunal arbitral de fondo mediante el cumplimiento de las solemnidades de *aceptación y juramento*, que es propio de las normas orgánicas de orden público, necesarias para poder tener por constituido el tribunal arbitral y legalmente investido de la función jurisdiccional.

El artículo 236 del Código Orgánico de Tribunales dispone que el árbitro que acepta el encargo deberá declararlo así, y jurará desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible. Dicha norma es complementada por el inciso primero artículo 240 del mismo cuerpo legal, pues los árbitros, una vez aceptado su encargo, quedan obligados a desempeñarlo. Acto seguido, el primer numeral del inciso segundo de dicha norma agrega que la referida obligación cesa si las partes ocurren de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros solicitando la resolución del negocio.

Por su parte, el artículo 17 del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (en adelante Reglamento CAM), relativo a la constitución del tribunal arbitral, dispone en su inciso final que el tribunal arbitral se considerará constituido a partir de la fecha de la aceptación y juramento por parte del árbitro, o del último de éstos si fueren varios.

A su vez, el artículo 18 del Reglamento CAM, sobre cese de funciones de los árbitros y prosecución del procedimiento arbitral, señala en el inciso primero que aceptado que fuere el encargo, y prestado el juramento, el árbitro queda obligado a desempeñar sus funciones. Igualmente, el artículo 22 del referido reglamento, sobre medidas cautelares, señala que, una vez constituido, el tribunal arbitral estará facultado para ordenar medidas cautelares de acuerdo con lo establecido en la ley.

En consecuencia, puede argüirse de forma plausible que -a efectos de la implementación del arbitraje de emergencia en sede de arbitraje doméstico chileno- y en forma consistente con el derecho comprado, podría establecerse como criterio de extensión jurisdiccional la fórmula siguiente: el *árbitro de emergencia* ejerce su jurisdicción desde el momento en que se encuentre legalmente instalado, es decir, que el cargo haya *debidamente aceptado y juramentado* hasta el momento en que, a su vez, se encuentre legalmente instalado *el tribunal arbitral* que conocerá el juicio, esto es, nuevamente, desde la aceptación y juramento del árbitro o del último de ellos, el cual se hará cargo del procedimiento sin solución de continuidad.

Es preciso tener presente que en conformidad a las normas contenidas en el título II del Reglamento CAM –acorde con las disposiciones citadas del COT-, el tribunal arbitral se entiende constituido – instalado- una vez que el árbitro ha sido nombrado, ha aceptado el cargo y prestado el juramento respectivo, lo que ocurre una vez transcurrido el plazo propio para que las partes se opongan a la designación del mismo, dentro del plazo de 5 días dispuesto en el artículo 16 del Reglamento CAM. Mientras esté pendiente la aceptación y juramento del árbitro designado -i.e. hasta que no se haya constituido el tribunal arbitral- mantendrá competencia el árbitro de emergencia, respecto de la medida decretada, de manera que no haya solución de continuidad.

Como consecuencia de lo anterior, estas etapas del iter arbitral se estructurarían de la siguiente forma: (i) el árbitro de emergencia -desde su aceptación y juramento- se encuentra facultado para sustanciar el procedimiento arbitral de emergencia y decretar las medidas respectivas; (ii) su competencia se extenderá hasta el momento en que el tribunal arbitral de fondo quede debidamente constituido (aceptación y juramento del árbitro o los árbitros correspondientes), momento a partir del cual éste estará investido de jurisdicción y competencialmente facultado para conocer, juzgar y efectivizar las cuestiones relativas a dicho procedimiento - dándole plena continuidad- y las medidas eventualmente decretadas. En ese mismo acto de aceptación y juramento, el árbitro debiese hacer una declaración consistente en que conoce el expediente o carpeta electrónica de emergencia, individualizándola en dicha actuación y haciéndose cargo de ella para dar curso a la mentada unidad procedimental.

Sin embargo, todo lo precedentemente dicho se apoya en el supuesto de que el árbitro de emergencia no se hará cargo del juicio propiamente tal. Dicho de otro modo, existe -por así decirlo- un problema anterior al de la continuidad jurisdiccional que se ha analizado *supra* y que es el problema de determinar si puede o debe existir identidad entre el arbitraje de emergencia y el arbitraje que conozca el fondo.

Como se ha reseñado en el análisis de las regulaciones comparadas, todas las experiencias revisadas optan por establecer que el árbitro de emergencia se vea impedido de obrar como árbitro propiamente tal en arbitrajes posteriores relacionados con la controversia. Es decir, no puede haber identidad -total o parcial, si se quiere- entre quien conoce del arbitraje de emergencia y quien conoce del arbitraje definitivo.

Empero, en algunos casos excepcionales, las propias normas se abren a la posibilidad de que el árbitro de emergencia conozca y resuelva del juicio posterior. En ese sentido, dos estatutos destacables resultan coincidentes:

1. En el caso del Centro de Arbitraje de Singapur, se dispone que el árbitro de emergencia no puede actuar como árbitro en un futuro arbitraje entre las partes en relación a la disputa en cuestión, salvo que las partes acuerden lo contrario.
2. De forma semejante, en el caso del Centro de Arbitraje de Madrid se señala que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro de emergencia no podrá actuar como árbitro en cualquier arbitraje posterior relacionado con la controversia que haya dado origen a la solicitud de nombramiento de árbitro de emergencia.

Por lo tanto, se advierte que existe un asunto de identidad que precede a lo que se ha denominado como problema de continuidad. Esto es relevante en cuanto la regulación de la relación entre el árbitro de emergencia y el tribunal arbitral naturalmente variará según si existe identidad o continuidad entre uno y otro. Por una parte, si no existe identidad, pero sí continuidad, corresponde remitirse a lo señalado en el inicio de este acápite. En cambio, en el caso de que exista o pueda existir identidad, resulta apropiado resaltar los aspectos que a continuación se explican.

En primer lugar, no se han explicitado -en general- las razones favorables o desfavorables para la identidad en cuestión. Ahora bien, puede desprenderse que las razones para no optar por la identidad, es decir, que el árbitro de emergencia no pueda intervenir en el arbitraje posterior obedecen principalmente a la necesidad de evitar el prejuzgamiento de la controversia de fondo. Se advierte que el pronunciamiento que el árbitro de emergencia haga en sede de urgencia conjugado con su subsistencia en el conocimiento y resolución del fondo podría eventualmente constituir una forma de que se precipite la opinión resolutive.

Fernández Masiá abunda en la primera mirada, en el siguiente sentido: *“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 litigio”*²⁵.

Sin embargo, ello podría utilizarse como una cuestión positiva, ya que puede considerarse que no resultaría inconveniente si una de las razones para haber comprometido la controversia era la predictibilidad. En ese sentido, Figueroa Valdés señala que una de las ventajas del arbitraje de emergencia *“dice relación con la predictibilidad de la decisión”* y agrega que por *“la singularidad de las materias y el nivel de especialización de los tribunales arbitrales, será más probable poder predecir una decisión favorable de un árbitro de emergencia que aquella que tome un tribunal ordinario de justicia”*²⁶.

En cambio, lo que hace aconsejable la posible subsistencia del árbitro de emergencia sería su mayor conocimiento e interiorización tanto respecto de las partes como del caso en sí, a lo que se agrega la mayor fluidez en el iter arbitral, contribuyendo a la celeridad y rapidez que se espera. En ese sentido, es posible advertir que uno de los objetivos de las diversas regulaciones es asegurar que la designación del árbitro de emergencia esté lo menos expuesta a impugnaciones que dilaten indebidamente la cautela solicitada, además de que las habilidades de conducción del árbitro de emergencia designado contribuyan a la satisfacción oportuna de lo esperado por las partes²⁷. De esta forma, autores concluyen que *“la exigencia de celeridad provoca que debemos decantarnos por la constitución de un órgano arbitral unipersonal; esto es, por la designación de un único árbitro de emergencia, evitando las dilaciones que no*

²⁵ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique (2016): “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, N°1: p. 93.

²⁶ Op. cit., Figueroa Valdés, 2017, p. 2.

²⁷ CARLEVARIAS, Andrea y FERIS, José Ricardo (2018): “Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases”, *ICC Digital Library*, p. 12.

*son más que la consecuencia natural de las deliberaciones para la constitución del tribunal arbitral, tanto en la designación del tercer integrante del colegio arbitral como del contenido de la resolución sobre la adopción de las medidas cautelares ante causam*²⁸.

Con todo, debe tenerse presente que el peligro de eventual prejuzgamiento es consustancial a toda medida cautelar, incluso a propósito de las decretadas en el curso del juicio arbitral. Pareciera no estar ahí la cuestión sino más bien en aspectos extraprocesales del instituto y de su alineación con las experiencias comparadas, es decir, en cuestiones de conveniencia.

En segundo lugar, la regulación debiera determinar la oportunidad procesal a efectos de que las partes puedan convenir la continuidad del árbitro de emergencia. En ese sentido, será necesario establecer si ese acuerdo: (i) debe efectuarse *ex ante* a la decisión del árbitro de emergencia; (ii) debe efectuarse *ex post* a dicho pronunciamiento; o (iii) si puede proceder en ambos casos.

Cada opción naturalmente estará revestida de ventajas y desventajas. Si se permite que ocurra *ex ante*, se da mayor certeza a las partes, pero podría comprometerse la efectividad de la tutela urgente que se solicita. Por otro lado, si la oportunidad en que las partes acuerden convenir la continuidad del árbitro de emergencia sea *ex post*, no se compromete la eficacia de la cautela, pero resultaría eventualmente posible que la parte desfavorecida o perdedora no quiera convenir en la continuidad del árbitro de emergencia que resolvió en su contra, salvo que no se advierta en ello una anticipada pérdida de imparcialidad, tal y como ocurre por lo demás y sin cuestionamientos en sede prejudicial ante los tribunales ordinarios y en sede judicial y arbitral a propósito del otorgamiento de medidas cautelares, en que la misma ley no contempla afectación alguna a la garantía de imparcialidad del juzgador.

En tercer lugar, resultará apropiado determinar otros aspectos de este acuerdo, entre ellos, su contenido, su forma y su presentación (sea ante el propio árbitro de emergencia o ante el órgano respectivo, por ejemplo, Consejo o Secretaría de la sede respectiva). A este respecto es evidente que entre mayor sea la precisión y la calidad de la regulación del acuerdo, menos comprometida se verá la efectividad de la tutela urgente que se solicita.

En cuarto lugar, otro aspecto al que habrá que prestarle atención será a la forma en que se procederá a la constitución del tribunal arbitral en caso de permitirse la continuidad del árbitro de emergencia. Esto deberá analizarse en su mérito, pero resultará relevante desde el momento en que, tal como acontece en diversas sedes de las analizadas, es habitual que el procedimiento del arbitraje de emergencia esté condicionado a la presentación de una solicitud de arbitraje (definitivo), de manera que, por ejemplo, el proceso de impugnación de nombramiento del árbitro de emergencia también podría reverberar en la constitución del propio tribunal arbitral.

En quinto lugar, en este punto también será importante la existencia y regulación de una nómina de árbitros de emergencia (como varias sedes lo contemplan). Aquí podría

²⁸ BLANCO GARCÍA, Ana Isabel (2020): “Árbitro de emergencia: el refuerzo de la tutela cautelar (*ante causam*) en el arbitraje institucional”, *Revista de Derecho Thémis*, 77: p. 258.

producirse una hipótesis no tan conveniente en cuanto las partes podrían eventualmente “optar” de cierta forma a la designación del árbitro de emergencia mediante una suerte de análisis probabilístico. Esto dependerá de lo siguiente: (i) si la nómina de árbitros de emergencia y la de árbitros “definitivos” es la misma, no habrá mayor complicación; pero (ii) si la nómina de árbitros de emergencia no fuese la misma que la de árbitros “definitivos” (por exceso o por defecto) y se conjugase esta circunstancia con la posibilidad de que las partes convengan en la continuidad del árbitro de emergencia, podría eventualmente ocurrir que derechamente opten por el árbitro de emergencia con continuidad a fin de reducir las posibilidades que se designe algún árbitro que sólo figura en la nómina de árbitros “definitivos”.

Finalmente, en aquellos casos en que, de una u otra forma, se permita la continuidad del árbitro de emergencia, habrá que analizar la existencia de algún mecanismo de corrección que ofrezca una mejor garantía a las partes (por ejemplo, la regulación de las nóminas ya dichas, una regulación más exhaustiva del régimen de inhabilidades, un proceso de nombramiento más acucioso, entre otros).

4.2. Relación entre el árbitro de emergencia y los tribunales ordinarios (problema de concurrencia o exclusividad).

La doctrina y la jurisprudencia internacional son contestes al permitir la coexistencia del tribunal arbitral y los tribunales estatales respecto de la solicitud de medidas cautelares, contemplando un caso de competencia acumulativa o preventiva, que permite el derecho al solicitante de optar por la sede que estime más adecuada. En efecto, *“existiendo un acuerdo de arbitraje, la opinión prácticamente unánime de la doctrina y jurisprudencia es de permitir la coexistencia de jurisdicciones concurrentes -judicial y arbitral- donde se pueda discutir el establecimiento de medidas cautelares en arbitraje comercial internacional”*²⁹.

La interacción entre estas sedes debe ser de mutua cooperación, guiada por el principio de mínima intervención de los tribunales estatales, principio derivado de la autonomía de la voluntad expresada en el acuerdo de arbitraje y que ha sido ampliamente acogido por nuestra jurisprudencia. Siguiendo a Bordachar, *“donde hay mayor grado de libertad individual y reconocimiento de la autonomía privada, la regulación del arbitraje es una consecuencia lógica de admitir la existencia del derecho individual de las partes de elegir el foro que resolverá sus controversias. En tal situación, la intervención de la judicatura estatal será menor y más reducida, tradicionalmente relegadas a funciones de apoyo al proceso arbitral”*³⁰.

Este principio se aplica con especial fuerza en nuestro país, en que el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales ha definido a los árbitros como *jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio*. Según lo expuesto precedentemente, la doctrina y jurisprudencia chilenas contestemente se refieren al árbitro como un juez, que ejerce jurisdicción propiamente tal, cuya fuente es la misma ley, que además regula la extensión y alcance de la misma.

²⁹ BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo (2015): “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”. Derecho y Ciencias Sociales, octubre 2015: pp. 71-91.

³⁰ Ídem.

La mayoría de los reglamentos que reconocen el arbitraje de emergencia a nivel comparado consagran las ideas recién explicadas. Solo a modo ilustrativo:

1. Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres³¹. En su punto 25.3 permite a las partes optar entre los tribunales ordinarios y el árbitro de emergencia para solicitar la adopción de medidas cautelares o provisionales antes de la constitución del tribunal arbitral e incluso después, por causas excepcionales y con autorización del árbitro.
2. Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid³². Este cuerpo privado no regula la posibilidad de recurrir ante la justicia ordinaria antes de la constitución del tribunal arbitral. Sin embargo, la Ley de Arbitraje de España³³, en su artículo 11 señala que *“El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.”*
3. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC)³⁴. En su Art. 29.7. señala que el estatuto del arbitraje de emergencia no pretende impedir que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes a una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de presentar una solicitud de dichas medidas, e incluso después, en circunstancias apropiadas de conformidad con el Reglamento. Según estas normas, cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial competente no se considera una infracción o una renuncia al acuerdo de arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior, la relación entre el árbitro de emergencia y la justicia ordinaria no ha estado exenta de ciertas tensiones. A continuación, se analizan las principales problemáticas a nivel comparado.

i. Competencia exclusiva y excluyente.

A pesar de que las leyes y reglamentos de arbitraje por lo general consagran los principios de colaboración entre tribunales estatales y arbitrales, una aplicación estricta del principio de mínima intervención de la justicia ordinaria puede llevar a interpretar que la competencia del árbitro de emergencia excluiría la facultad de la primera de dictar medidas cautelares.

De esta manera, el sólo hecho de que las partes sometan un convenio arbitral a un **reglamento que contempla la figura del árbitro de emergencia excluiría la posibilidad de recurrir a los tribunales estatales**. Existe jurisprudencia inglesa encaminada en esta dirección:

³¹ London Court of International Arbitration Rules (2020).

³² Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid (2020)

³³ Ley de Arbitraje Ley 60/2003.

³⁴ Arbitration and Mediation Rules of the International Chamber of Commerce (Septiembre de 2021).

1. *Seele Middle East FZE v. Scull International SA Co*³⁵. En esta causa, los jueces ingleses 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. Interpretando el argumento en sentido contrario, el tribunal consideró que, habiéndose pactado la posibilidad de recurrir a un arbitraje de emergencia, es necesario acudir primero a él y sólo excepcional y subsidiariamente a la justicia ordinaria.
2. *Gerald Metals SA v. The Trustees of the Timis & others*³⁶. En este fallo se rechaza la solicitud de una medida cautelar por haberse pactado el reglamento del LCIA, que contempla la figura del árbitro de emergencia. Para este tribunal, sólo se podría optar por la justicia ordinaria cuando el árbitro fuese incapaz o inadecuado para resolver tal petición.

Esta situación puede ser inesperada y perjudicial para las partes de un convenio arbitral, especialmente en ciertos casos en que recurrir a la justicia ordinaria resultaría conveniente por su facultad de imperio u otras circunstancias particulares.

No obstante que en nuestro ordenamiento jurídico dicho problema no tendría lugar, toda vez que, por un lado, por aplicación de las disposiciones propias de la competencia relativa aparece de manifiesto que las partes pueden prorrogar tácitamente la competencia contenida en una cláusula arbitral a los juzgados civiles naturalmente competentes. Por otro lado, tampoco se ve complicación toda vez que, al no existir un tribunal arbitral de emergencia constituido, en virtud de los principios de inexcusabilidad (artículo 76 inciso segundo de la Constitución Política de la República) y de prevención en el conocimiento (artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales), el juez civil naturalmente competente debe conocer del asunto sometido a su conocimiento, incluyendo, por cierto, las medidas prejudiciales precautorias.

ii. Renuncia a solicitar medidas cautelares ante los órganos jurisdiccionales.

Íntimamente relacionado con lo anterior, la renuncia a la facultad de solicitar medidas cautelares a la justicia ordinaria ha sido debatida en el foro internacional. Para algunos, dicha renuncia es consecuente con el carácter disponible y arbitrable de la controversia; para otros, el carácter irrenunciable de la tutela efectiva podría suponer un obstáculo: “*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 (...) No es admisible que quienes desean ejercer el referido derecho constitucional por la vía arbitral, 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*”³⁷.

Concurrimos con lo recién expuesto. La solución al caso en comento debiese ser abordada con una regulación en el Reglamento del CAM Santiago que autorice a las partes

³⁵ [2013] EWHC 4350 (TCC).

³⁶ [2016] EWHC 2327 (Ch).

³⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos “Tutela cautelar y arbitraje”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXII, 2007, p. 60.

explícitamente a concurrir en sede prejudicial alternativamente a la justicia ordinaria como a la justicia arbitral de emergencia, es decir, como señalábamos, sería un caso de competencia acumulativa. Sin embargo, la opción en sede prejudicial de una sede excluiría a la otra en virtud de la regla de prevención que recoge el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales. Es decir, solicitada una medida prejudicial en sede judicial no procedería acceder por ejemplo ante su negativa al árbitro de emergencia y viceversa.

iii. Influencia del laudo de emergencia en la posibilidad de impugnar el laudo final ante la justicia ordinaria.

Sin entrar en la discusión sobre la naturaleza del laudo de emergencia, los reglamentos establecen unánimemente su revocabilidad, tanto por el mismo árbitro de emergencia como por el tribunal arbitral, si así lo estima conveniente. Y es que la adopción de una medida cautelar en caso alguno implica la aceptación de la pretensión principal: según lo expuesto precedentemente, no hay que olvidar que la naturaleza misma de estas medidas es cautelar o sea de aseguramiento de la eficacia de la pretensión que pueda ser acogida al resolverse el fondo del asunto por el tribunal arbitral.

Pese a ello, en una causa española sobre impugnación de un laudo por *extrapetita*, la parte demandada solicitó la denegación de la pretensión del actor por no haber preparado debidamente el recurso, dado que no se opuso al laudo de emergencia que concedía una medida cautelar.³⁸

Si bien el Tribunal Supremo español denegó la impugnación por otros motivos, sin atender al argumento referido, puede ser conveniente limitar esta posible influencia del laudo de emergencia en los tribunales estatales, especificando que en nada incidirá, ni en la dictación del laudo definitivo ni en posibles recursos que procedan en contra del laudo.

iv. Posibilidad de que el tribunal arbitral modifique la medida cautelar adoptada por el juez ordinario y viceversa.

Tal como se expuso anteriormente, una relación cooperativa entre los tribunales ordinarios y el árbitro de emergencia es beneficiosa para las partes y es la única forma de garantizar sus garantías constitucionales. Sin embargo, la interacción entre estas sedes puede generar ciertas interrogantes que, frente a un vacío legal o reglamentario, deberán ser contestadas por la justicia ordinaria y/o arbitral.

Así, entre otras preguntas que pueden surgir, destacan las siguientes: ¿qué sucede en caso de contradicción entre la decisión del árbitro de emergencia y un tribunal ordinario? ¿Podría una parte, disconforme con la decisión arbitral adoptada, acudir ante la justicia ordinaria? ¿Puede el árbitro modificar una medida cautelar adoptada por un tribunal estatal y viceversa?

³⁸ STSJ Comunidad de Madrid 54/2017, 26 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/696539697>

La regulación en nuestro ordenamiento del árbitro como juez para todos los efectos, incluyendo las normas de competencia -entre otras la del artículo 111 del COT relativa a la extensión de la misma- junto con la aplicación del principio de mínima intervención de la justicia estatal deberían conducir a resolver estas materias otorgándole preferencia a la decisión arbitral mediante la renuncia a los recursos ante los tribunales ordinarios, y así deberá expresarse claramente en el Reglamento Procesal.³⁹

4.3. Procedencia de las medidas *ex parte* o *inaudita parte* dictadas por el árbitro de emergencia.

Otra de las grandes controversias que surge en el derecho comparado en el contexto del arbitraje de emergencia dice relación con la procedencia de medidas *ex parte* o *inaudita parte*. Es decir, medidas que se solicitan y resuelven - en principio - sin notificar y sin audiencia de aquella parte contra quien se solicitan. En ese sentido, Blanco García expone que “(...) *de forma evidente, estamos ante la necesidad de garantizar, por un lado, la eficacia del arbitraje, cuya urgencia justifica estas medidas y, por otro lado, los principios de audiencia, contradicción e igualdad propios de toda vía de tutela, aunque sea en un momento procesal posterior*”⁴⁰.

Como se puede desprender de la sección 1.2. del presente Informe, todos los Reglamentos sujetos a análisis exigen que presentada la solicitud se lleve a cabo la notificación o comunicación de la misma a la contraparte, excluyendo la procedencia de medidas *ex parte* o *inaudita parte*. Se presenta una tendencia generalizada en el derecho comparado que considera que el reconocimiento y otorgamiento de este tipo de medidas no se conformaría a las garantías del debido proceso ni a los principios que rigen el arbitraje. Es más, la mayoría de la literatura que existe en relación a la posibilidad de que se concedan medidas *ex parte* en el procedimiento arbitral se limita a los casos en que el Tribunal Arbitral ya se encuentra constituido.

Sin perjuicio de lo anterior, existen una serie de argumentos en virtud de los cuales la posibilidad de que el árbitro de emergencia dicte medidas sin notificar y sin audiencia de la contraparte no solo es beneficiosa para la institución del arbitraje de emergencia y para las partes que se someten a ella, sino que es absolutamente necesario e indispensable postergar el contradictorio precisamente para garantizar la eficacia de las medidas cautelares, cuestión inherente al derecho a la tutela efectiva impetrada por quien solicita la medida. Lo anterior, siempre que se cumplan con determinados estándares que aseguren la observancia posterior de las garantías del debido proceso, como se expondrá a continuación.

Es más, podría considerarse que la imposibilidad de dictación de medidas *ex parte* por los árbitros de emergencia es una de las razones por las que las partes preferirán concurrir ante los tribunales ordinarios de justicia, justamente en aquellos casos en que la exigencia de notificación de la solicitud pueda conceder a la contraparte un espacio para frustrar la eficacia de la medida antes de que esta sea concedida por el árbitro de emergencia. De

³⁹ SÁNCHEZ, Lorenzo “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional”, Arbitraje, vol. IX, N°1, 2016: pp. 13-44

⁴⁰ BLANCO GARCÍA, Ana Isabel (2020): “Árbitro de Emergencia: el refuerzo de la tutela cautelar (ante causam) en el arbitraje institucional”. THEMIS Revista de Derecho, enero - junio 2020: pp. 253-263.

hecho, en un reporte de la Cámara de Comercio Internacional en relación a los procedimientos de los árbitros de emergencia, se menciona que, en algunos casos, a pesar de la existencia y el reconocimiento del arbitraje de emergencia, ciertas medidas provisionales sólo se encuentran disponibles ante las Cortes estatales y justamente menciona la situación en que sea necesario que la medida se conceda *ex parte*⁴¹.

Es interesante destacar la posición presentada por la delegación de Estados Unidos ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Si bien en este caso la discusión giró en torno al reconocimiento de las medidas *ex parte* en el contexto del procedimiento arbitral que se desarrolla ante el tribunal arbitral ya constituido, los argumentos que se exponen a favor de este tipo de medidas pueden incluso extrapolarse al caso en que nos encontremos ante un árbitro de emergencia, dado que los fines de estas medidas y los principios detrás de los procedimientos destinados a dictarla son equiparables.

Los argumentos más relevantes que se presentaron en dicha oportunidad pueden resumirse de la siguiente manera⁴²:

- a) Si bien las partes tienen la posibilidad de recurrir ante los tribunales ordinarios de justicia para solicitar que se decreten este tipo de medidas, la premisa fundamental en torno al arbitraje dice relación con que las partes han voluntariamente escogido someter la resolución de la disputa en sede arbitral.
- b) La concesión de medidas *ex parte* no violaría las garantías del debido proceso. Ello, fundado en que los mismos tribunales ordinarios tienen la facultad de dictar dichas medidas dentro de ciertos límites, siempre y cuando se tomen determinados resguardos. Además, la necesidad de preservar medios de prueba o evitar que ciertos bienes desaparezcan de la esfera de alcance del tribunal, se condicen con la garantía esencial de justicia - y, podemos agregar- de tutela judicial efectiva.
- c) La experiencia ha demostrado que la mayoría de las medidas cautelares dictadas en sede arbitral son cumplidas voluntariamente por las partes, sin necesidad de recurrir a los tribunales ordinarios de justicia para su ejecución.

A lo anterior se suma el argumento expuesto por Lee Anna Tucker⁴³, quien da cuenta del hecho de que las partes han decidido de común acuerdo someterse a la aplicación de un determinado Reglamento y dicho Reglamento es parte de lo que ella llama un “*paquete de compromiso*” dentro del cual se reconoce la posibilidad de que el árbitro busque las formas de evitar la frustración de las medidas que concede, ello sujeto a ciertos resguardos.

⁴¹ COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR: “ICC Commission Report. Emergency Arbitration Proceedings” (abril, 2019).

⁴² CASTELLO, James (2004): “Summary of Position of the US Delegation at the Meeting of the UNCITRAL Working Group, New York, February 23-27, 2004”. Disponible en: <https://2009-2017.state.gov/s/1/2004/78113.htm>. Fecha de consulta: 4 de junio de 2022.

⁴³ TUCKER, Lee Anna (2011): “Interim Measures under Revised UNCITRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty.”, *International Commercial Arbitration Brief*, vol. 1, N° 2: pp. 15-23.

Dziurda y Górska⁴⁴, en relación a la posibilidad de reconocer la validez y ejecutabilidad de medidas *ex parte* dictadas por un tribunal arbitral cuando la sede del arbitraje es Polonia, exponen que si dicha medida se basa en una autorización otorgada por las partes, no habría motivos válidos para denegar su ejecución (exequátur) por un tribunal nacional e incluso en ese caso el hecho de que la medida sea solicitada por una sola parte no determina que se rompa con el principio de igualdad que la ley polaca exige en relación a estas medidas. Todo ello basado en el principio dispositivo en virtud del cual las partes tienen derecho a determinar, según la ley vigente en Polonia, el procedimiento a seguir en sede arbitral - cosa que creemos se puede extrapolar al acuerdo en virtud del cual las partes se someten al Reglamento de un Centro de Arbitraje que permite que el árbitro de emergencia conceda medidas *ex parte*.

Asimismo, es relevante destacar que si bien uno de los argumentos en virtud de los cuales se ha desechado la posibilidad de permitir al árbitro de emergencia dictar este tipo de medidas es la observancia de la garantía de bilateralidad de la audiencia y contradicción en el contexto del debido proceso, en realidad la pugna entre dichos principios y el principio de tutela judicial efectiva también integrante del debido proceso. A mayor abundamiento, al respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional manifestando que “*el principio de bilateralidad de la audiencia acepta excepciones por la urgente necesidad de adoptar prontamente providencias cuya dilación podría acarrear graves consecuencias*⁴⁵”, lo que se suma a lo expuesto por Colombo en orden a que “*No obstante, en casos excepcionales y por razones de conveniencia procesal, el legislador puede aplicar el principio de la unilateralidad, lo que realiza con frecuencia en los procedimientos monitorios, cautelares (...). En tal caso, la unilateralidad queda compensada con la racionalidad que debe tener el procedimiento y con la preparación del juez ante el cual se tramita el proceso*⁴⁶”.

No vemos por qué dichas razones no se podrían aplicar al arbitraje, ni por qué debiese tener un tratamiento distinto una medida prejudicial precautoria solicitada *ex parte* ante un tribunal ordinario frente a una solicitada ante un centro de arbitraje institucional para su conocimiento por un árbitro de emergencia. Lo anterior, especialmente en circunstancias que la solicitada es parte de un acuerdo arbitral que contiene regulación del arbitraje de emergencia y que deja abierta la posibilidad de escoger entre la sede arbitral y la justicia ordinaria para dichos efectos.

A mayor abundamiento, es totalmente pacífico que, durante un procedimiento arbitral, por aplicación del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil se decreten medidas cautelares sin conocimiento de la parte contraria; entendiéndose que se trata de formas legítimas de postergación de la bilateralidad y del contradictorio que se justifica en función de la eficacia de la medida y en relación a la eficacia de la tutela solicitada.

⁴⁴ SANTACROCE, Fabio G. (2015): “The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?”, Oxford University Press on behalf of the London Court of International Arbitration. *Arbitration International*, 31, 283–312.

⁴⁵ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE REFORMA PROCESAL PENAL: Tribunal Constitucional chileno, Rol N.º 349, 30 de abril de 2004.

⁴⁶ COLOMBO CAMPBELL, Juan (2003): “El Debido Proceso Constitucional”, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Resulta apropiado analizar el caso del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, dado que en su Artículo 9B.⁴⁷ dispone que el Árbitro de Emergencia puede llevar a cabo el procedimiento de emergencia de la forma que más considere apropiado según las circunstancias la naturaleza del procedimiento y la necesidad de brindar a cada parte, sólo si es *posible*, la oportunidad de ser consultada. Esto último, sumado al hecho de que expresamente se permite al árbitro tomar una decisión sin necesidad de llevar a cabo una audiencia con las partes, ha llevado a considerar que las normas permitirían la concesión de medidas *ex parte*.

En ese mismo sentido se pronuncia Santacrose⁴⁸, quien considera que gracias a esta norma el árbitro podrá conceder medidas sin consultar a la parte contra quien se solicita la medida y que el problema de dichas medidas en realidad se convertiría en un problema de ejecutabilidad dado que la Convención de Nueva York exige que se respete la posibilidad que tienen todas las partes de ser oídas.

Por último, el Chartered Institute of Arbitration expone sobre ciertas pautas que es necesario observar en relación a las medidas provisionales dictadas por árbitros, que buscan asegurar que estas se ajusten a la observancia de las garantías del debido proceso. Particularmente en relación a las medidas *ex parte* se considera que estas son procedentes, en la medida que⁴⁹:

- a) La contraparte sea notificada de la decisión que tome el árbitro en relación a la medida solicitada.
- b) Se le otorgue a la contraparte copia de todos los antecedentes presentados por el solicitante.
- c) Se conceda a la contraparte la posibilidad de ser oída una vez que la medida ya haya sido dictada.
- d) El árbitro tenga en consideración que se está concediendo la medida sin escuchar a la contraparte, por lo tanto el análisis de los antecedentes presentados debe ser extremadamente riguroso.
- e) Se enfatice en el hecho de que la medida provisional, en caso de ser concedida, sólo puede ser eficaz por un cierto período de tiempo y siempre y cuando se haya permitido a la contraparte oponerse a ella.

En conclusión, consideramos esencial el reconocimiento de la posibilidad de que los árbitros de emergencia dicten, en determinadas y excepcionales circunstancias, medidas sin necesidad de notificar u oír -en un principio- a la parte en contra de quien se solicitan, postergando el contradictorio cautelar. Ello dado que, de lo contrario se restaría eficacia, abonando que las partes decidan concurrir a los tribunales ordinarios de justicia para la obtención de estas medidas que les posibilitaría su obtención *ex parte*.

⁴⁷ London Court of International Arbitration Rules (2020).

⁴⁸ DZIURDA, Marcin y GORZKA, Olga: Discussion on the availability of tribunal-ordered *ex parte* interim measures – comments from the Polish perspective.

⁴⁹ CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS (2016): “International Arbitration Practice Guideline. Applications for Interim Measures”.

5. Conclusiones

A raíz del análisis señalado precedentemente, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

- 5.1. El derecho a la tutela judicial efectiva que se traduce en un acceso rápido, eficiente y efectivo por parte del justiciable a la tutela jurisdiccional, tiene como consecuencia el deber de regular y determinar procedimientos y mecanismos específicos de tutela durante todo el íter procesal, acordes con los derechos y garantías propias de un debido proceso, incluyendo la sede prejudicial.
- 5.2. Por otro lado, el arbitraje en nuestro país es un instituto de naturaleza jurisdiccional, lo que se traduce en el hecho que los árbitros son jueces para todos los efectos legales, que ejercen dicha función pública por así disponerlo la misma ley y ello con la extensión y alcance que la misma ley determina, incluyendo la sede prejudicial en sus diversas expresiones.
- 5.3. Las medidas prejudiciales en general y prejudiciales precautorias en particular, son fases de un solo procedimiento integrado e inescindible, tanto en el ámbito de la justicia estatal como arbitral, de manera que la incorporación de esta institución da aplicación práctica a esa necesaria unidad procedimental.
- 5.4. Dentro del catálogo de medidas prejudiciales disponibles en conformidad al ordenamiento jurídico, las medidas precautorias son las más intensas, al traer como consecuencia genérica la afectación de las facultades del futuro demandado sobre la administración y/o disposición de bienes que conforman su patrimonio.
- 5.5. Esas medidas prejudiciales precautorias en sede arbitral, conocidas al amparo de la institución comúnmente denominada “arbitraje de emergencia”, cuentan con un conocido uso y desarrollo en el derecho arbitral comparado. Así, los principales centros de arbitraje a nivel internacional cuentan con estos mecanismos desde hace al menos diez años, regulando distintas etapas del procedimiento, tales como, los sistemas de designación del árbitro, inhabilidades, los requisitos de la solicitud, su tramitación, la posibilidad de exigir o no una caución, si pueden o no proceder *ex parte* y hasta qué momento llega su jurisdicción o competencia.
- 5.6. Luego del análisis efectuado, es posible arribar a las siguientes recomendaciones preliminares para la implementación en el CAM Santiago de la institución del árbitro de emergencia:
 - 5.6.1. Reglamentar una expedita tramitación de la solicitud, declaración de inhabilidades y constitución del árbitro de emergencia, sus costos (tasa administrativa y honorarios del árbitro) con plazos muy breves y acotados de actuación, tanto para la institución que administra el arbitraje como para el árbitro designado y la dictación de sus resoluciones. Considerar que en contra de estas últimas solo procederían recursos ante y para ante el propio

árbitro de emergencia y posteriormente, ante y para ante el tribunal arbitral definitivo.

Sobre estos aspectos, nuestra sugerencia , a partir de la experiencia comparada, es disponer de un plazo de dos días hábiles contados desde la presentación de la solicitud para que el Consejo del CAM -mediante un comité especialmente designado al efecto- realice la designación. Los estatutos del CAM deberán especificar y/o disponer que este comité pueda sesionar por vías telemáticas, bastando la certificación de la Secretaría Ejecutiva de la realización de la sesión, de la asistencia de los respectivos Consejeros y los acuerdos adoptados.

5.6.2. Mantener una **nómina especial y diferenciada** de los jueces árbitros de emergencia respecto de aquellos que sean llamados a resolver el fondo del litigio sometido arbitraje. El Árbitro de emergencia no podrá tramitar el arbitraje posterior, a menos que las partes de común acuerdo convengan en su continuidad, conforme es lo usual en el derecho arbitral comparado.

5.6.3. Mantener el mismo **estándar de inhabilidades** actuales del árbitro, especificando el deber de transparentar de inmediato cualquier posible conflicto de interés en caso de duda.

La sugerencia es que las partes dispongan de un máximo de dos días hábiles para formular una inhabilidad al nombramiento. En el evento que se trate de una medida concedida *ex parte* y se acogiere la declaración de inhabilidad, se mantendrá la medida decretada hasta su mantención, modificación o revocación por parte del nuevo árbitro de emergencia que se designe.

5.6.4. En cuanto a la regla general de **tramitación del mismo** se sugiere guiarse por las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, esto es, en general con audiencia del solicitado y tramitación incidental, con la salvedad que en caso alguno podrá tener una duración superior a 10 días hábiles desde que el árbitro de emergencia acepte el encargo. Igualmente, según procediera por aplicación del CPC y tratándose de casos justificados que deberá fundamentar particularmente, se podrán decretar las medidas *ex parte*, permitiendo el ejercicio posterior del derecho de contradicción, una vez notificadas.

5.6.5. Respecto de las medidas prejudiciales precautorias, **exigir la constitución de una caución**. El Reglamento Arbitral deberá reglamentar el tipo de cauciones privilegiando su liquidez y efectividad y la forma expedita de rendirla. La caución garantizará los perjuicios que eventualmente se causen con estas medidas conforme a las reglas generales, en el entendido que ellas se decretan bajo responsabilidad del solicitante.

En cuanto al tipo y naturaleza de la caución, se sugiere incorporar una regulación similar a la contenida en el artículo 178 del Proyecto de Código Procesal Civil, precisando que la caución puede ser real o personal y que es deber del árbitro calificar previamente su suficiencia, privilegiando su liquidez y efectividad.

- 5.6.6. En el evento que se conceda la medida prejudicial precautoria solicitada, nacerá la carga procesal del solicitante de presentar la solicitud de arbitraje junto a la demanda arbitral anunciada, dentro de diez contados desde la fecha de la resolución arbitral que otorgue la medida, ampliable a un máximo de 30 días por resolución fundada. Igualmente, deberá solicitar en la demanda la mantención de la medida, en conformidad al artículo 280 del CPC. La no presentación de la solicitud dentro de plazo hará caducar ipso facto la medida, lo que constatará y así declarará el propio árbitro de emergencia o en su caso, el árbitro que conociere de la acción deducida, haciendo responsable al solicitante de los perjuicios en conformidad a la ley.
- 5.6.7. Además, se sugiere disponer de un regla especial de responsabilidad respecto del solicitante a favor de quien se hubiese concedido una medida prejudicial y presentare una demanda manifiestamente infundada o bien si se tratare de una medida cautelar dolosa o abusiva. Será competencia del tribunal arbitral de fondo así decretarlo, al momento de emitir su respectivo laudo arbitral.
- 5.6.8. También, se recomienda disponer que el árbitro de emergencia mantendrá competencia hasta la aceptación y juramento por parte del tribunal arbitral de fondo, de manera que la jurisdicción sea ejercida sin solución de continuidad. En este caso, el tribunal arbitral de fondo tendrá competencia para alzar, modificar o ampliar la medida precautoria que hubiese sido decretado.
- 5.6.9. Se sugiere precisar en el Reglamento del CAM, que se trata de un sistema facultativo -esto es que no excluye pedir alternativamente la medida prejudicial en sede ordinaria-, aplicable *in actum* a los procedimientos arbitrales vinculados al reglamento vigente del CAM, a partir de una fecha determinada de entrada en vigor. Con todo, se precisará que, prevenido su conocimiento en sede prejudicial por parte del tribunal arbitral de emergencia, no se podrá concurrir a la justicia ordinaria.
- 5.6.10. En cuanto a la tarifa del CAM Santiago y honorarios del árbitro por estos servicios, se sugiere seguir la experiencia revisada en los demás centros de arbitraje internacional, esto es, determinar un importe fijo tanto respecto de la tasa administrativa como de los honorarios arbitrales, y ello con independencia de la cuantía anunciada por el solicitante.

Santiago, 9 de agosto 2022.

José Pedro Silva Prado
Director
Programa Reformas a la Justicia UC

Nicolás José Frías Ossandón
Subdirector
Programa Reformas a la Justicia UC