



FACULTAD DE DERECHO

Arbitraje Internacional

Aspectos Fundamentales del International Center for Dispute Resolution: Arbitraje de Emergencia, Medidas Provisionales, y Sumisión de Nueva Parte al Proceso

Autor: Ignacio Mesa Vilallonga

Curso y grupo: 5º Doble Grado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas (E3) C
Derecho Procesal

Tutora: Marta Gisbert Pomata

Madrid
Abril de 2019

ÍNDICE

1. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	3
2. LISTADO DE ABREVIATURAS	4
3. INTRODUCCIÓN	5
3.1. Planteamiento, objetivo y finalidad del trabajo	5
3.2. Metodología	6
4. ARBITRAJE: HISTORIA Y ANTECEDENTES	8
5. ARBITRAJE INTERNACIONAL	12
6. EL ARBITRAJE COMERCIAL EN EL INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTIONS	21
6.1. Arbitraje Comercial Internacional	21
6.2. International Center for Dispute Resolution: Aspectos Fundamentales	23
6.2.1. El Procedimiento Arbitral de Emergencia	24
6.2.2. Las Medidas Cautelares o Provisionales	29
6.2.3. Sumisión de Nueva Parte al Proceso Arbitral	33
7. CONCLUSIÓN	37
8. BIBLIOGRAFÍA	40

1. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

Resumen: En el siguiente trabajo se llevará a cabo una investigación sobre el arbitraje comercial internacional, especialmente enfocado en analizar los aspectos fundamentales de este procedimiento bajo las reglas de la institución estadounidense del *International Center for Dispute Resolution*. La investigación profundiza en estudiar los principales aspectos procesales de la institución, y su contexto internacional. Se basa en la historia del arbitraje y los convenios internacionales, en especial, en la Convención de Nueva York, para contextualizarla. La metodología seguida consiste en la búsqueda de doctrina de la materia usando distintas bases de datos, así como la búsqueda de legislación de los cuerpos normativos institucionales y procesales más representativos del arbitraje comercial internacional. El trabajo concluye en que la fiabilidad del procedimiento arbitral comercial internacional, y en concreto, las reglas del *International Center for Dispute Resolution*, suponen un óptimo método de resolución de conflictos internacionales.

Palabras clave: Arbitraje, Arbitraje internacional, Arbitraje Comercial Internacional, AAA, Procedimiento, ICDR, Convención de Nueva York, Arbitraje de Emergencia, Sumisión de Tercera Parte, Medidas Provisionales.

Abstract: In the following work a research investigation on International Commercial Arbitration will be carried out, especially focused on analysing the fundamental aspects of this procedure under the rules of the American institution of the International Center for Dispute Resolution. The research deepens in studying the main aspects of the institution, and its international context. The history of arbitration and international conventions, especially the New York Convention, is used to contextualize it. The methodology followed consists in searching for the doctrine of the subject using different databases, as well as the search for legislation of the most representative institutional and procedural normative bodies of International Commercial Arbitration. The work concludes that the reliability of the international commercial arbitration procedure, and specifically, the rules of the International Center for Dispute Resolution, represent an optimal method of resolving international conflicts.

Key Words: Arbitration, International Arbitration, International Commercial Arbitration, AAA, Procedure, ICDR, New York Convention, Emergency Arbitration, Third Party Submission, Interim Relief.

2. LISTADO DE ABREVIATURAS

ICDR: *International Center for Dispute Resolution*

p.: Página

pp.: Páginas

Ap.: Apartado

FAA: *Federal Arbitration Act*

CNY: Convención de Nueva York

ICC: *International Chamber of Commerce*

CNUDMI: Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional

PCA: *Permanent Court of Arbitration*

CISG: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

GATT: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio

AAA: *American Arbitration Association*

UNCITRAL: *United Nations Commission on International Trade Law*

SIAC: *Singapore International Arbitration Center*

3. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la siguiente investigación se llevará a cabo un análisis del arbitraje como método de resolución de conflictos internacionales, sistema alternativo a la vía judicial. El trabajo se enfocará en los aspectos fundamentales del arbitraje entre particulares bajo las reglas de la institución norteamericana *International Center for Dispute Resolution* (en adelante ICDR). Se investigarán tres aspectos procesales fundamentales de esta institución. En primer lugar, el procedimiento del arbitraje de emergencia, en segundo lugar, la implementación de medidas provisionales y, finalmente, se expondrá la investigación llevada a cabo acerca de la sumisión de una nueva parte no signataria al proceso.

3.1. Planteamiento, objetivo y finalidad del trabajo

El trabajo se intenta plantear de forma coherente y lógica, con el fin de que se parta de lo general para desembocar en lo específico. Comenzará con una breve explicación histórica universal del arbitraje como medio de resolución de conflictos. A continuación, se recabará información doctrinal sobre el arbitraje en su vertiente internacional, para así finalmente, centrarse en una profunda investigación doctrinal sobre la institución americana de la ICDR y sus aspectos fundamentales. Esta última parte del cuerpo de la investigación ocupará la mayor parte de este trabajo, sin desdeñar de las demás partes. La investigación estará compuesta por distintas opiniones doctrinales de autores estadounidenses. Se buscará con esta investigación profundizar lo máximo posible en las características de estos aspectos procesales del organismo, su alcance e implicación en su modo de resolver las controversias mercantiles internacionales. Todo ello desde el punto de vista de los expertos en la materia. No se pretende que este trabajo sea descriptivo del procedimiento, sino que otorgue una visión doctrinal de los hechos más relevantes de los procedimientos arbitrales internacionales llevados a cabo de acuerdo con sus normas.

La investigación se organiza en tres grandes partes. La primera (*Arbitraje: Historia y Antecedentes*), será la primera introducción general hacia el fenómeno investigado. Es la parte más genérica del trabajo, y recoge brevemente la evolución del proceso arbitral desde sus orígenes hasta nuestros días. La segunda gran parte es la del *Arbitraje Internacional*. Aquí, además de orientar la parte anterior hacia un ámbito más

internacional, se expondrán los principales convenios internacionales que componen el entramado jurídico internacional del arbitraje. Esta parte estará dedicada en gran parte a mostrar los resultados de la investigación acerca de la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, más conocida como la Convención de Nueva York. Se considera que esta Convención es el pilar básico sobre el que se asienta el arbitraje internacional, y es por eso por lo que se explicará de forma más detallada, además de que, algunos aspectos procesales de la ICDR se compararán con lo que establezca este Convenio. La tercera parte es la más extensa de la investigación, y explica en detalle los tres aspectos procesales anteriormente mencionados a la luz de la doctrina estadounidense. Esta parte se denomina *Arbitraje Comercial en el International Center for Dispute Resolution*. A su vez, estará dividida en tres apartados, que coinciden con las tres figuras que se investigarán: el procedimiento arbitral de emergencia, las medidas provisionales, y la sumisión de una tercera parte.

El trabajo finalizará con una conclusión de los principales descubrimientos realizados a lo largo de la investigación, evaluando la aplicabilidad de este método en el marco de las relaciones comerciales internacionales.

El principal objetivo del trabajo consiste en la investigación doctrinal de la materia para lograr una mayor comprensión de la figura del arbitraje internacional regido por la ICDR, y así, dar a conocer sus ventajas como medio de resolución de conflictos, adecuado a las cambiantes necesidades comerciales de las partes involucradas en un proceso arbitral global.

Por lo tanto, la finalidad del trabajo es investigar el arbitraje internacional de acuerdo con la ICDR, centrándose en tres aspectos procesales fundamentales de la institución, de tal forma que se presenten sus reglas procesales como un sólido, efectivo, fiable, seguro y prometedor método de resolución de conflictos del futuro.

3.2. Metodología

Cada parte del trabajo estará basada en doctrina encontrada en distintas fuentes. De esta forma, la primera fuente de investigación empleada para la realización de este trabajo es el libro de los autores FOLBERG, GOLANN, STIPANOWICH, y KLOPPENBERG,

“*Arbitration: Theory, Practice and Law*”. De aquí se pretende obtener doctrina especialmente enfocada en la teoría general y el desarrollo histórico del arbitraje. No obstante, la parte histórica y teórica pretende ser completada con bibliografía encontrada en bases de datos como *Lexis Advance Research* y Aranzadi Instituciones.

Para llevar a cabo la investigación relativa al arbitraje internacional, y muy especialmente, a la propia institución de la ICDR, se usarán artículos académicos, principalmente obtenidos de la base de datos americana *Lexis Advance Research*. No podía faltar en este análisis jurídico, un enfoque legislativo y jurisprudencial de la materia, aunque no será el material más ampliamente empleado ya que se entiende que el tema se enfocará de forma más precisa con los estudios realizados por expertos. Al ser la jurisprudencia estudiada principalmente americana la base de datos más empleada es la que se ha mencionado antes.

Este trabajo tiene una importancia especial para el autor. Considera que el devenir económico, político, legislativo y social del panorama global se inclina a fomentar procesos y métodos legales de resolución de conflictos que se adecúen a las exigencias de esta nueva realidad. De esta forma, el arbitraje permite adecuarse a esta realidad, máxime cuando hablamos de un ámbito internacional, donde más que hacia una pluralidad de complejos entramados procesales, se debe tender hacia la agilización, practicidad y especificidad de la resolución de los conflictos. Esta realidad está siendo cada vez más aceptada, y por eso considera el autor que el trabajo supone una beneficiosa aportación de interés para el desarrollo de los métodos alternativos de resolución de conflictos privados internacionales.

4. ARBITRAJE: HISTORIA Y ANTECEDENTES

El arbitraje tiene una prolija historia al haberse empleado por numerosas culturas a lo largo del tiempo. Ya en la Biblia, por ejemplo, encontramos al Rey Salomón, conocido por su sabiduría y bien hacer a la hora de tomar decisiones conflictivas. Si bien, es cierto que no es un buen ejemplo de arbitraje como tal, ya que ese entiende que la figura regia ejercía en la monarquía israelita el papel de juez supremo. No obstante, algunos de los criterios que empleó para resolver conflictos, bien se pueden relacionar con algunos tipos de arbitraje, como el arbitraje de equidad¹. Recordemos la famosa disputa conocida como *El Juicio de Salomón*² que el famoso artista Peter Paul Rubens recreó en su obra homónima de 1617.³

Se han encontrado también pruebas que indican que la técnica del arbitraje se empleó entre los comerciantes de grano fenicios. En la antigua Roma, aparece la figura del *arbiter*, uno de los sabios ancianos de la comunidad que se encargaría de resolver los conflictos entre particulares. Es en Inglaterra en el año 1281 cuando el sistema del arbitraje se reconoce como una vía válida de resolución de conflictos⁴.

El desarrollo del Derecho Mercantil en Europa, a raíz del Mercantilismo del siglo XVI, hizo necesario un sistema de resolución de conflictos que fuese menos engorroso y más ágil que el proceso judicial. Estos procedimientos de resolución de disputas fueron creados y administrados por grupos de comerciantes, es decir, comunidades de mercaderes. Era un método creado para sus necesidades comerciales. En estos procedimientos, aquellos miembros de los grupos con más experiencia y renombre resolvían los conflictos entre las partes. Los ancianos, considerados los más sabios, estaban encargados de diseñar las cuestiones formales e informales de la resolución de conflictos. Además, con el fin de fomentar las actividades comerciales, los sistemas

¹ Definición dada por el Tribunal Arbitral de Barcelona en su sitio web: “*Aquel arbitraje en el cual el árbitro resuelve el conflicto mediante un laudo que emite de conformidad con su más leal saber y entender, según su sentido natural de lo justo.*”

http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=104&Itemid=109&lang=es
(Visitado por última vez el 9 de abr. de 2019).

² Libro I de los Reyes: (3: 16-28)

³ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, Editorial Wolters Kluwer, Nueva York, 2016, pp. 544-545

⁴ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, Editorial Wolters Kluwer, Nueva York, 2016, p. 545

legales de los Estados delegaban en miembros de los gremios, especialmente los navales, la autoridad para resolver disputas entre miembros de la comunidad por incumplimientos contractuales y normativos. También se les permitía imponer sanciones, multas e incluso excluir del comercio⁵.

Puede considerarse que es en este momento histórico cuando surge el arbitraje con carácter vinculante (*Binding Arbitration*), que se probó como una vía más eficiente y efectiva que la judicial⁶.

En Estados Unidos, el origen del arbitraje no es muy distinto. A lo largo del periodo colonial, el arbitraje se empleaba como medio de resolución de las disputas internas que surgiesen en una industria o localidad. Por ejemplo, en el año 1768 la Cámara de Comercio de Nueva York (*New York Chamber of Commerce*), fundó un sistema de resolución de disputas que estaba fundamentalmente basado en la práctica comercial, más que en la legislación vigente. Se considera que es el comité arbitral más antiguo de Estados Unidos⁷.

Más aún, fue el primer presidente de Estados Unidos, George Washington quien no solo ejerció como árbitro en disputas entre particulares, si no que llegó a incluir en su testamento una cláusula arbitral incoando a los herederos a resolver las posibles disputas que pudiesen surgir, por medio del concierto de, en sus propias palabras, “*tres hombres imparciales e inteligentes*”⁸. Pero no fue George Washington el único presidente de los Estados Unidos con experiencia en el campo del arbitraje. También Abraham Lincoln

⁵ VAN WEZEL STONE, K., en “*Article: rustic justice: community and coercion under the Federal Arbitration Act*”, 77 N.C.L. Rev. p. 93, Ap. IV

⁶ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, Editorial Wolters Kluwer, Nueva York, 2016, p. 545.

⁷ VAN WEZEL STONE, K., en “*Article: rustic justice: community and coercion under the Federal Arbitration Act*”, 77 N.C.L. Rev. p. 93, Ap. IV. 1990.

⁸ “*I hope and trust, that no disputes will arise concerning the devises of this will; but if, contrary to expectation, of the usual technical terms, or because too much or too little has been said on any of the Devises to be consonant with law, My Will and direction expressly is, that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and understanding, two to be chosen by the disputants – each having a choice of one – and the third by those two. Which three men thus chosen, shall, unfettered by Law, or legal constructions; declare their Sense of the Testator’s intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the Parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States.*” Fragmento del testamento de George Washington citado por FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, cit. p. 545.

ejerció de abogado de parte representando los intereses de sus clientes en Illinois y actuó de árbitro en cuestiones relativas a la fijación de fronteras entre propiedades de fincas.⁹

A finales del siglo XIX y principios del XX, con la aparición de las organizaciones comerciales, el arbitraje en Estados Unidos se expandió rápidamente¹⁰.

Originariamente, la regulación del arbitraje en Estados Unidos estaba fundamentalmente basada en el sistema legal británico del *Common Law*, que enfatizaba la figura de la “doctrina de la revocabilidad”¹¹. Esta doctrina se mantuvo vigente hasta 1920, cuando se promulgó el *New York Arbitration Act*¹², ley que validó los acuerdos arbitrales y que servirá de precedente del *Federal Arbitration Act*¹³ (en adelante FAA). Hoy, el FAA es la norma reguladora de la ejecución de los acuerdos arbitrales en Estados Unidos¹⁴.

Muchas asociaciones tanto industriales como comerciales han patrocinado sociedades privadas dedicadas a la resolución de conflictos entre particulares y relativas a la negociación colectiva de condiciones laborales entre empleados y las patronales. Este fenómeno experimentó su desarrollo, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX¹⁵. Hoy en día, el empleo del arbitraje es distinto según la legislación en la que encuentra cabida. En Estados Unidos, supone una muy extendida forma de resolver conflictos de forma alternativa a la vía judicial.¹⁶

⁹ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, Editorial Wolters Kluwer, Nueva York, 2016 *cit.* p.545.

¹⁰ VAN WEZEL STONE, K., en “*Article: rustic justice: community and coercion under the Federal Arbitration Act*”, 77 N.C.L. Rev. p. 93, Ap. IV. 1990.

¹¹ La doctrina de la revocabilidad es una línea de pensamiento doctrinal que defendía la revocabilidad de la cláusula arbitral por cualquiera de las partes siempre que se hiciera antes de que el árbitro hubiese emitido el laudo. Es decir, si una de las partes se negaba a arbitrar, la otra parte estaba impedida a reclamar la celebración del arbitraje. Para más información ver IN RE SMITH & SERVICE., en “*A Court of Equity had no power to decree specific performance of an agreement to refer to arbitration*”, 25 L.R. pp. 545, 547 (Q.B.D. 1890).

¹² Véase en: 1920 N.Y. Laws ch. 275, 2 (current version at N.Y. C.P.L.R. 7501-7514 (McKinney 1998 & Supp. 1999))

¹³ VAN WEZEL STONE, K., “*Article: rustic justice: community and coercion under the Federal Arbitration Act*”, 77 N.C.L. Rev. 93, Ap. IV

¹⁴ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, *cit.* p.547.

¹⁵ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, *cit.* p.546.

¹⁶ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, *cit.* p.546.

En relación al arbitraje internacional, también podemos hacer una pequeña introducción histórica. En primer lugar, es importante aclarar que se trata de un fenómeno jurídico reciente. Aunque el arbitraje es un método de resolución de conflictos con una larga historia, a mediados del siglo XIX, tanto en Europa como en Estados Unidos, fue percibido como un “medio residual” de resolución de las controversias. Así, a finales de éste siglo, las cláusulas contractuales de arbitraje internacional eran frecuentemente anuladas e invalidadas, los laudos arbitrales eran constantemente revisados y, en ocasiones, reescritos. La única forma que existía de ejecutar un laudo arbitral internacional era por la mera voluntad de los tribunales nacionales, cuya única motivación era la de respetar los principios voluntarios de reconocimiento de laudos internacionales¹⁷.

Sin embargo, hoy en día esta percepción ha cambiado. El arbitraje internacional goza de un alto estatus de reconocimiento, y es considerado como una herramienta clave en el panorama mercantil y comercial internacional, hasta el punto de considerarse como la forma habitual de resolver las disputas comerciales internacionales. Se puede afirmar que prácticamente todos los contratos internacionales incluyen una cláusula arbitral¹⁸. De esta forma, toda nación que desee participar en la economía global debe ajustar sus leyes a los requerimientos procesales del arbitraje internacional.

¹⁷ ROGERS, C.A. en “*Fit and function in legal ethics: developing a code of conduct for international arbitration*”, 23 Mich. J. Int'l L. p. 341. 2002.

¹⁸ Estudios demostraron que el 90% de los acuerdos internacionales contenían cláusulas arbitrales. Ver en BERGER, K. P., en “*International Economic Arbitration*” 8., n.62., 1993. Citado en ROGERS, C.A. “*Fit and function in legal ethics: developing a code of conduct for international arbitration*”, 23 Mich. J. Int'l L. 2002.

5. ARBITRAJE INTERNACIONAL

El arbitraje se ha convertido en la mejor forma de resolver conflictos internacionales. El término internacional hace referencia a arbitrajes caracterizados por la distinta nacionalidad de las partes, o por que la disputa tiene un alcance global, afectando a intereses de las partes que se encuentren radicados en distintas naciones. Otra motivación para recurrir a un arbitraje internacional es la de encontrar un lugar neutral en el que desarrollar el procedimiento. Suelen caracterizarse por ser casos más complejos que los que se desarrollan a nivel nacional, porque tienen elementos que los dificultan, como la diversidad de lenguas, sistemas legales, divisas, y distintos orígenes económicos y políticos¹⁹.

Expone la doctrina distintas razones por las que el arbitraje se ha desarrollado tan intensamente como método de resolución de disputas internacionales. Entre ellas, podemos encontrar: i) en primer lugar, la neutralidad de los árbitros, que otorga de mayores garantías al proceso al evitar que una de las partes se encuentre en una posición de superioridad frente a la otra al litigar en su Estado de nacionalidad y de acuerdo con sus normas; ii) en segundo lugar, existe una garantía de ejecución internacional de los laudos, que se encuentra basada en las convenciones y acuerdos internacionales en materia de arbitraje; iii) en tercer lugar, la flexibilidad y adaptabilidad de los procesos; iv) en cuarto lugar, la mayor privacidad y confidencialidad del arbitraje respecto de los procedimientos judiciales; v) en quinto lugar, la posibilidad de que las partes elijan como árbitros a expertos en la materia objeto de disputa, lo que permitirá un mayor conocimiento del asunto y una resolución más precisa a las necesidades de las partes, y finalmente; vi) la continuidad de la labor del árbitro, que conoce de la disputa desde su inicio hasta su conclusión.²⁰

Hasta hace cerca de treinta años, el arbitraje internacional era un proceso *ad hoc*²¹ basado en el consentimiento y compromiso entre las partes y caracterizado por su informalidad y mutua buena fe. Las decisiones arbitrales no se tenían en especial consideración por su

¹⁹ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, *cit.* pp. 562 y 563.

²⁰ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, *cit.* p. 563.

²¹ Adecuado, apropiado, dispuesto especialmente para un fin. Véase en Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=0jmLlgY> (Visitado por última vez el 31 de mar. de 2019).

precisión legal y seguridad jurídica, sino por considerarse un procedimiento práctico, basado en la sabiduría y tradiciones de un determinado sector o ámbito. El árbitro era concebido como una especie de autoridad patriarcal, que superaba los conocimientos de las partes sobre una determinada materia al ser un experto perteneciente al mismo sector que las partes enfrentadas. La actuación arbitral debía consistir en dirimir la cuestión de forma justa y equitativa, permitiéndole excusar la literalidad de los términos del contrato e incluso las provisiones legales aplicables al contrato. Estas clases de procesos han supuesto el reconocimiento de distintos modos de procesos arbitrales internacionales, como por ejemplo el procedimiento *ex aequo et bono*²²²³.

Otro atributo básico del arbitraje internacional es el empleo de la *Lex Mercatoria*²⁴. Esta *Lex Mercatoria* no solo ha sido empleada por las partes de los procedimientos arbitrales como base jurídica de sus pretensiones, sino también por los académicos del arbitraje para permitir que los árbitros adecuasen sus resoluciones a las necesidades de las partes, así como a sus usos y costumbres comerciales. Otra vía de adecuación de la legislación a las necesidades del arbitraje fue por la vía de las interpretaciones. Se trataron de interpretar ciertos principios comerciales de Derecho Internacional de tal forma que se adecuasen a las necesidades específicas de cada arbitraje y sus fines. Al ser la autonomía de la voluntad la base de la *Lex Mercatoria*, su principal distintivo va a ser la buena fe de las partes. El deseo de las partes de enfrentarse de buena fe permite que el árbitro llegue a una solución más justa y equitativa, de tal forma que se respetan los lazos y relaciones

²² Doctrina formal que permite que el árbitro pase por alto reglas auxiliares como códigos de conducta procesal, con tal de que llegue a una solución justa. Para más información sobre esta teoría, véase LECUYER-THIEFFRY, C. y THIEFFRY, P. en “*Negotiating Settlement of Dispute Provisions in International Business Contracts: Recent Developments in Arbitration and Other Processes*”, 45 Bus. Law. P. 577 (1990). Citado en ROGERS, C.A. en “*Fit and function in legal ethics: developing a code of conduct for international arbitration*”, 23 Mich. J. Int'l l. 2002.

²³ ROGERS, C.A. en “*Fit and function in legal ethics: developing a code of conduct for international arbitration*”, 23 Mich. J. Int'l l. p. 353. 2002.

²⁴ Definición de *Lex Mercatoria* por ARANZADI INSTITUCIONES: Dentro de las relaciones jurídicas privadas de carácter internacional, es aquel catálogo de normas de naturaleza contractual y basadas en la costumbre, que ha sido creado por los propios usuarios de la ley, es decir, las partes del contrato. Tiene como base el principio de autonomía de la voluntad, ya que, en ocasiones, los conflictos internacionales que se suscitan no pueden ser resueltos de acuerdo con las disposiciones legales nacionales o supranacionales, que no se adecúan propiamente a la problemática. Se trata de un derecho creado por los propios contratantes, que son operadores del tráfico comercial internacional. En ocasiones pueden cristalizar en leyes consuetudinarias, contratos tipificados, condiciones generales de la contratación. Algunos organismos internacionales han contribuido a la recopilación de estas prácticas. Véase el ejemplo de los INCOTERMS. Para más información sobre la *Lex Mercatoria* acúdase a CARBONNEAU, T.E., en “*Lex Mercatoria and Arbitration*” (rev. ed., Thomas E. Carbonneau ed.), 1998.

comerciales de las partes más allá de las disputas contractuales que puedan surgir²⁵. Estos académicos del arbitraje orientaron sus estudios hacia los objetivos de resolver las disputas comerciales y mantener las buenas relaciones mercantiles entre las partes. Así crearon los fundamentos básicos del arbitraje internacional moderno²⁶.

En los últimos veinte años los negocios internacionales han aumentado su cuantía y alcance. Con este incremento de actividad comercial, la competencia y diversidad de negocios se ha multiplicado. Por ello, una visión de un procedimiento arbitral internacional basado en el informalismo, la autonomía de la voluntad, la extremada flexibilidad procesal y el buen hacer de las partes se queda anticuado para la nueva realidad comercial, que reclama procedimientos más estandarizados. Así, el desarrollo comercial internacional actual ha exigido y fomentado la aparición de procedimientos más legalizados y formalizados, que den mayor seguridad y confianza a las partes. En su concepción final, el arbitraje internacional se ha considerado como un método de litigación internacional, más que como una vía alternativa de resolución de conflictos. Este fenómeno se conoce como la “judicialización”²⁷ del arbitraje²⁸.

El proceso arbitral, que como se ha explicado anteriormente estaba sujeto a la improvisación y a una interpretación normativa en ocasiones extremadamente extensiva, se ha vuelto más preciso y definido, tanto en contenido como en forma. Con las nuevas reglas, las partes difícilmente otorgan a los árbitros un poder suficiente como para decidir la disputa de manera amigable e informal. Por el contrario, se les exige mayor transparencia y responsabilidades. Así como las antiguas reglas arbitrales otorgaban al árbitro una gran discreción a la hora de decidir y evaluar, las reglas modernas han impulsado el control de las presentaciones de pruebas por parte de los litigantes, limitando la libertad de actuación de los árbitros a la evaluación de las pruebas que se les presentan.

²⁵ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, cit. p. 573.

²⁶ ROGERS, C. A. en “*Fit and function in legal ethics: developing a code of conduct for international arbitration*”, 23 Mich. J. Int'l L. 360. 2002.

²⁷ Para más información acerca de la “judicialización” arbitral véase LILLICH, R. B. y BROWER, C.N., en “*International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity*” (eds., 1993). Los autores hacen una defensa del balance entre flexibilidad y certeza procesal. Citado en ROGERS, C. A. en “*Fit and function in legal ethics: developing a code of conduct for international arbitration*”, 23 Mich. J. Int'l L. 2002.

²⁸ ROGERS, C.A. en “*Fit and function in legal ethics: developing a code of conduct for international arbitration*”, 23 Mich. J. Int'l L. 2002.

Su evaluación debe realizarse de acuerdo con reglas formales. Además, los laudos arbitrales internacionales son publicados con mayor frecuencia y algunos son citados como base de los argumentos de las decisiones de otros paneles arbitrales, como si de jurisprudencia arbitral se tratara²⁹.

Así las cosas, el antiguo empleo de la *Lex Mercatoria* se ha convertido en parte de la historia del arbitraje internacional, siendo su empleo extremadamente raro. En sustitución de la *Lex Mercatoria*, se emplean cláusulas arbitrales que permiten llevar a cabo lo que se conoce como “*choice of law*”, es decir, la elección de la jurisdicción que se va a aplicar para dirimir el enfrentamiento entre las partes. Estas cláusulas permiten a las partes aumentar la predictibilidad de las transacciones internacionales, ya que elegirán un marco legislativo sólido, evitando aquellos que consideren que no están desarrollados para el negocio que lleven a cabo. Por lo tanto, podemos afirmar que la evolución del arbitraje internacional ha girado hacia un sofisticado y formal método de resolución de disputas con un componente internacional, y que su evolución debe ser hacia su asentamiento como sistema ampliamente reconocido y empleado³⁰.

La realidad de que el arbitraje juegue un papel tan relevante en lo que a la resolución de disputas internacionales se refiere, se debe a que la gran mayoría de Estados han firmado convenciones y tratados internacionales para facilitar la celebración de arbitrajes internacionales. Consideran algunos autores que la convención internacional más importante en este aspecto es el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmado en Nueva York y comúnmente conocido como la Convención de Nueva York (en adelante, CNY). La mayoría de los Estados del mundo han firmado esta Convención, que establece una plataforma para el reconocimiento y ejecución de las cláusulas y laudos de arbitrajes internacionales que hayan sido acordados o firmados en distintos Estados³¹.

²⁹ ROGERS, C.A. en “*Fit and function in legal ethics: developing a code of conduct for international arbitration*”, 23 Mich. J. Int'l L. p. 364. 2002.

³⁰ ROGERS, C.A. en “*Fit and function in legal ethics: developing a code of conduct for international arbitration*”, 23 mich. j. int'l l. p. 364. 2002.

³¹ FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, cit. p. 570.

La CNY ha sido ratificada por 159³² naciones y entró en vigor el 7 de junio de 1959³³. Esta Convención aporta la infraestructura jurídica internacional básica de la que dependen la aplicación y cumplimiento de las cláusulas y laudos arbitrales que se den en relaciones jurídicas transfronterizas privadas. Se centra en dos partes del proceso arbitral: su inicio (cláusula o acuerdo arbitral) y su final (laudo arbitral), y no se entretendrá con otras partes del proceso, salvo que una determinada parte procesal perjudique a las partes por alguna peculiaridad de la naturaleza internacional del proceso³⁴. Se trata del régimen legal central aplicable a los laudos y acuerdos arbitrales internacionales. La Convención contiene reglas uniformes y obligatorias que regulan el reconocimiento y aplicabilidad de estas dos partes del proceso arbitral en los Estados firmantes. La CNY también ha aportado los principios reguladores básicos de las distintas legislaciones estatales en materia de arbitraje, al actuar como guía para el resto de los ordenamientos jurídicos³⁵.

Como se ha explicado con anterioridad, la CNY nace como necesidad de afrontar los retos y satisfacer las necesidades de un cambiante marco comercial internacional. La Convención estaba orientada a facilitar el comercio internacional, y en particular, a actualizar la desfasada regulación internacional del arbitraje que se encontraba recogida en el Protocolo de Ginebra de Cláusulas Arbitrales de 1923, y la Convención de Ginebra de Laudos Arbitrales de 1927. El primer borrador de la CNY se preparó en 1953 por la Cámara Internacional de Comercio (ICC), porque el Protocolo de Ginebra de 1923 no se adecuaba a la realidad del comercio moderno. Fue entonces cuando se presentó el borrador de un tratado mejorado, que perseguía el objetivo de establecer un nuevo sistema internacional de reconocimiento de decisiones arbitrales³⁶.

Así las cosas, la ICC junto con el Consejo Social y Económico de las Naciones Unidas, asentaron las bases para llevar a cabo una conferencia de tres semanas en la ciudad de

³² Según datos de la página Web de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Visitada por última vez el 1 de abr. de 2019)

³³ Artículo XII de la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Nueva York. 1959.

³⁴ BOWMAN, J.P., en “*The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*”, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 2000. Ap. II. B. 1. p.178.

³⁵ BORN, G.B., en “*The New York Convention: A Self-Executing Treaty*”, 40 Mich. J. Int'l L. p. 115. Ap. I. A. 2018.

³⁶ BORN, G.B., en “*The New York Convention: A Self-Executing Treaty*”, 40 Mich. J. Int'l L. p 116. Ap. I. A. 2018.

Nueva York: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial. A ella acudieron, en 1955, delegados de 45 Estados. Esta Conferencia sería posteriormente conocida como la Conferencia de Nueva York, que estaría encargada de elaborar el borrador de la hoy CNY. La propuesta inicial fue considerada como innovadora y moderna. Creó por primera vez un régimen legal para el proceso arbitral internacional³⁷.

Inicialmente, la intención era mantener aquellos artículos referidos a la validez formal del acuerdo arbitral, y por otro lado referirse al arbitraje en cuanto al proceso. No obstante, esto no fue posible realizarlo. La extensión del borrador, que abarcaba lo relativo a los acuerdos y decisiones arbitrales, convirtió a la CNY en el primer instrumento internacional que aunaba en un texto los dos principales elementos del arbitraje³⁸.

La CNY fue unánimemente aprobada, siendo traducida la última versión en inglés, español, francés, ruso y chino. Estaba formada unas escasas páginas y siete artículos que contenían la esencia de lo que se pretendía regular. A continuación, se explicará en líneas generales lo más destacable de su articulado.

La CNY reconoce la validez de las cláusulas arbitrales establecidas de forma previa al surgimiento de disputa, como la de las que se establecen para arbitrar un conflicto que ya surgido. El Tratado también requiere, para que sus disposiciones sean aplicables, que la cláusula arbitral se encuentre incurra en el contrato de forma escrita. Además, aporta unas bases tasadas para la oposición al reconocimiento y ejecución de los laudos³⁹. En cuanto a los campos de aplicación, la CNY establece que se enfocará en abordar el marco legal concerniente a los laudos arbitrales extranjeros. Es decir, como se establece en el artículo I de la Convención, se aplicarán sus disposiciones legales a los laudos extranjeros y a aquellos que no son considerados como laudos locales en el Estado en el que se pretende su reconocimiento. En esta definición también cabe la concepción de laudo extranjero como aquel laudo dictado en un Estado extranjero con respecto a una cuestión que es

³⁷ BORN, G.B., en *“The New York Convention: A Self-Executing Treaty”*, 40 Mich. J. Int’l L. 119. Ap. I. A. 2018. Ap. I.

³⁸ BORN, G.B., en *“The New York Convention: A Self-Executing Treaty”*, 40 Mich. J. Int’l L. 120. Ap. I. A. 2018. Ap. I.

³⁹ BOWMAN, J.P., en *“The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act”*, 11 Am. Rev. Int’l Arb. 1. 2000. Ap. II. A. p. 179.

puramente doméstica para el Estado donde se ha dictado el laudo⁴⁰. La CNY se aplica a cláusulas y laudos arbitrales que surjan como consecuencia de relaciones legales o contractuales y, además, autoriza a los Estados parte a elegir el momento de ratificación de la Convención, con el fin de lograr reciprocidad con el reconocimiento de laudos y acuerdos arbitrales por parte de los terceros Estados. Para terminar con la aplicabilidad de la CNY se dirá que a diferencia del Protocolo de Génova de 1923 y la Convención de Génova de 1927, no dependerá su aplicación de la nacionalidad de las partes⁴¹.

El artículo II de la Convención no es especialmente claro en lo que la ejecución de los acuerdos⁴² se refiere. Por un lado, determina que los acuerdos del tipo de los de sumisión⁴³ al arbitraje deben estar firmados, mientras que los contratos que contengan cláusulas arbitrales ya incluidas no es necesario que estén firmados para que el acuerdo sea ejecutable⁴⁴. Esta falta de claridad en la indicación se debe a que este artículo fue escrito “a contrarreloj”, con la clara consecuencia de que no se abordó propiamente la óptima determinación del ámbito de su aplicación⁴⁵.

La CNY aborda la problemática del nombramiento de los árbitros de forma muy genérica. Únicamente el artículo V establece que la ejecución de un laudo y la obligatoriedad de cumplimiento de un acuerdo o cláusula arbitral pueden ser rechazados si hay pruebas de que la composición del panel arbitral fue contraria al acuerdo de las partes, y si se compuso sin acuerdo de las partes, fue contraria a la ley del Estado en el que se llevó a cabo el arbitraje. Por otro lado, la Convención requiere que cada Estado reconozca todo

⁴⁰ De acuerdo con las explicaciones del profesor VAN DEN BERG, A.J., “[...] *Although the Convention is primarily intended to facilitate arbitration in international commerce, it does not contain any indication that the underlying transaction should be international [...] The delegates [...] took it for granted that the Convention would apply to foreign awards concerning domestic transactions*”. Citado en BOWMAN, J.P., “*The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*”, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 1. 2000.

⁴¹ BOWMAN, J.P., en “*The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*”, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 1. 2000. Ap. II. A. 2. p. 180.

⁴² Entiéndase por acuerdo arbitral como término genérico de todas sus variaciones: tanto de sumisión como cláusula arbitral.

⁴³ Acuerdo arbitral por el que las partes se comprometen a someter sus disputas a un arbitraje una vez haya surgido la controversia. A diferencia del acuerdo de sumisión, la cláusula arbitral se incluye en el contrato de forma previa a la aparición de la disputa, de forma que prevé una solución en caso de que aparezca. Véase en FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG en, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, cit. p. 574.

⁴⁴ BOWMAN, J.P., en “*The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*”, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 1. 2000. Ap. II. A. 3. p. 180-182.

⁴⁵ BORN, G.B., en “*The New York Convention: A Self-Executing Treaty*”, 40 Mich. J. Int'l L. p. 122. Ap. I. A. 2018.

acuerdo o cláusula escrita por el que las partes sometan al arbitraje las diferencias que se susciten entre ellas. Por lo que determina el texto legal que establecer un acuerdo arbitral, sea de la clase que sea, es válido, y que por tanto los tribunales de los Estados parte deben ordenar a las partes el cumplimiento de esta cláusula⁴⁶.

La Convención aclara que el deber que tienen los tribunales de reconocer las cláusulas o acuerdos arbitrales firmados es excusable en el caso de que se demuestre judicialmente que ese acuerdo o cláusula es nulo, inoperativo, inválido o incapaz de ser llevado a cabo. Todo esto lo encontramos en el artículo II de la Convención. En relación a los requisitos para aplicar los acuerdos arbitrales, requiere la Convención que aquella parte que desee el reconocimiento de sus acuerdos arbitrales debe aportar a los órganos judiciales de los Estados Miembros el acuerdo o laudo original y autenticado, o bien sus copias oficiales certificadas. De esta forma, la parte que presenta esta evidencia otorga prueba suficiente para el reconocimiento del acuerdo o laudo⁴⁷.

No obstante, es posible que el reconocimiento de la cláusula o el laudo no se lleve a cabo. De esta forma, el artículo V de la CNY establece una serie de causas por las que los tribunales de un Estado están habilitados para denegar el reconocimiento y aplicación de un laudo o acuerdo. Una sorprendente causa incluida en el artículo que impide el reconocimiento es la de que la parte frente a la cual el panel ha fallado y determinado un laudo desfavorable, no hubiese sido informada de manera escrita de los procedimientos arbitrales. Esta referencia a los “procedimientos arbitrales” se establece como base para rechazar la aplicación en ausencia de noticias acerca de la existencia de ningún procedimiento arbitral, y en particular, la falta de notificación para que la parte acuda a la audiencia. Esta disposición también puede ser interpretada de tal forma que, a falta de un acuerdo arbitral propiamente firmado, los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se pretende aplicar un laudo o acuerdo arbitral deben observar la ley del Estado en el que tuvo lugar el arbitraje, aunque el procedimiento fuese acorde con lo establecido por las partes⁴⁸.

⁴⁶ BOWMAN, J.P., “*The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*”, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 1. 2000. Ap. II. A. 4. p. 185.

⁴⁷ BOWMAN, J.P., “*The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*”, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 1. 2000. Ap. II. A. 8. p. 189.

⁴⁸ BOWMAN, J.P., “*The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*”, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 1. 2000. Ap. II. A. 8. p. 193.

Especial relevancia tiene también la presencia en la CNY de la cláusula “*More-Favourable-Right*.” Entiende la doctrina que este derecho se encuentra recogido en el artículo VII de la Convención. Este artículo establece que ninguna disposición del tratado puede privar a ninguna de las partes del arbitraje de valerse de un acuerdo o laudo arbitral que sea aceptado por las leyes del Estado en el que pretende ser aplicado o reconocido. Este artículo actúa de contrapeso del artículo V, que como hemos visto determina las causas por las que se puede denegar un reconocimiento arbitral. Este contrapeso demuestra la clara tendencia que existe en la redacción de la CNY hacia el reconocimiento de los acuerdos y laudos arbitrales⁴⁹.

La jurisprudencia americana, en el caso *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*⁵⁰, se entendió que el artículo V otorga un estándar discrecional para determinar la inaplicabilidad de los acuerdos. Mientras que, por el contrario, el artículo VII permitía una protección tal, que consideraba que los derechos de reconocimiento de la parte vencedora no se verían alterados ni siquiera aunque la Convención no existiese⁵¹.

Otras leyes importantes de ámbito internacional son la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, firmado en Nueva York en el año 2014, y las Leyes Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) y sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)⁵².

⁴⁹ BOWMAN, J.P., en “*The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*”, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 1. 2000. Ap. II. A. 8. p. 195.

⁵⁰ *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic*, United States District Court of Columbia. July 31, 1996. 939 F. Supp. 907. En este caso la corte falló a favor de Chromalloy Aeroservices, ejecutando un laudo de 17 millones de dólares que había sido emitido por un panel arbitral en el Cairo, Egipto. Este laudo se aplicó en Estados Unidos aún en contra de la orden de los tribunales egipcios de que se reconociese su aplicabilidad. Las razones que dieron los tribunales egipcios fueron que el laudo adolecía de causas que lo hacían incompatible con la ley egipcia. Los tribunales americanos confiaron en la doctrina de *la Most-Favourable – Right provision* para aplicar la Convención y favorecer la aplicabilidad del laudo.

⁵¹ BOWMAN, J.P., en “*The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*”, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 1. 2000. p. 195-196.

⁵² Arbitraje y Conciliación comercial internacionales. CNUDMI. Véase en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration.html (Visitado por última vez el 2 de abr. de 2019).

6. EL ARBITRAJE COMERCIAL EN EL INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTIONS

6.1. Arbitraje Comercial Internacional

Tras una introducción a la historia del arbitraje y una aproximación al fenómeno del arbitraje internacional, se continuará con la explicación del arbitraje comercial desde una perspectiva internacional.

Como se ha explicado, el arbitraje comercial internacional tiene su base en la *Lex Mercatoria* y en los tratados internacionales que anteriormente fueron analizados. A este aspecto internacional se le unen las normas y directrices que regulan el tránsito comercial de cada Estado. Ambas tradiciones legales, tanto la de ámbito internacional como la de ámbito nacional, tienen un impacto en el arbitraje internacional moderno. Son también estas tradiciones las que han hecho que el arbitraje comercial internacional tenga como objetivo el desarrollo de procedimientos con un bajo coste y con las mayores obligaciones formales, pero con la agilidad propia de las exigencias comerciales modernas.

Estas modernas tradiciones se diferencian claramente en el panorama arbitral comercial internacional si comparamos la estructura procesal arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje⁵³ (PCA, de sus siglas en inglés) con la de otros procedimientos arbitrales comerciales. La PCA es responsable de resolver disputas entre Estados, así como entre Estados y particulares. Por un lado, existen procedimientos arbitrales que siguen las tradiciones de la *Lex Mercatoria*, mientras que otros como los de la PCA tienen grandes formalidades⁵⁴.

En cuanto a las bases jurídicas del arbitraje comercial internacional, reconoce la doctrina que tiene dos tradiciones legales. La primera de ellas es la tradición legal internacional orientada a conseguir la armonización de las leyes arbitrales. La segunda de ellas es la

⁵³ La Corte Permanente de Arbitraje es una organización intergubernamental fundada en 1899, que ofrece una variedad de servicios de resolución de disputas internacionales. Para más información véase: <https://pca-cpa.org/en/home/> (Visitado por última vez el 3 de abr. de 2019).

⁵⁴ TRAKMAN, L.E. ““Legal Traditions” And International Commercial Arbitration”, 17 Am. Rev. Int'l Arb. 1. p. 684. Ap. V. 2006.

tradición legal internacional pública, que incluye todos aquellos tratados, convenios y regulación internacional orientada a reducir las barreras del comercio entre Estados⁵⁵.

La primera de las tradiciones, la de la armonización, se identifica con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (con siglas en inglés CISG) en 1980. Este tratado supuso la creación de unas directrices que gobernarán la formación de contratos de compraventas internacionales, así como de las indemnizaciones. Pero sobre todo ha actuado como guía de un movimiento armonizador internacional, que continúa regulando la adecuación de las cláusulas contractuales a las transacciones internacionales. Es en este sentido, en el que las partes que eligen resolver sus disputas por la vía del arbitraje comercial internacional se benefician de un cuerpo legal jerárquicamente superior a las leyes y tribunales nacionales, que supone un instrumento de análisis del marco legal internacional.

En cuanto a la tradición legal pública, el considerado por la doctrina como el mayor éxito comercial legal para la comunidad internacional es el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, del inglés *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT). Este acuerdo firmado en 1948 creó la infraestructura necesaria para reducir las barreras entre negocios internacionales. Este convenio multiplicó el tráfico internacional, y propició un clima global favorable para la inversión y el comercio de bienes y servicios entre particulares, así como el desarrollo de las naciones en vías de desarrollo. En este contexto, el arbitraje comercial internacional experimentó una notable expansión como consecuencia de la multiplicación del conjunto de disputas comerciales internacionales surgidas en cumplimiento de este acuerdo⁵⁶.

El incremento de los tratados internacionales bilaterales y multilaterales en materia comercial ha supuesto que el nuevo régimen de arbitraje comercial internacional también se oriente a defender los intereses particulares de los Estados. De esta forma, el bilateralismo también ha supuesto un impulso de este tipo de arbitrajes. En este sentido

⁵⁵ TRAKMAN, L.E. “*Legal Traditions*” *And International Commercial Arbitration*”, 17 Am. Rev. Int'l Arb. 1. p. 684, 687. Ap. V. 2006.

⁵⁶ TRAKMAN, L.E. “*Legal Traditions*” *And International Commercial Arbitration*”, 17 Am. Rev. Int'l Arb. 1. p. 686. Ap. V. 2006.

se pueden encontrar artículos de tratados internacionales que vinculan a las naciones a resolver sus disputas por la vía arbitral, como por ejemplo el artículo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA)⁵⁷.

6.2. International Center for Dispute Resolution: Aspectos Fundamentales

El ICDR fue fundado en el año 1996 y fue concebido como la división internacional de la AAA. Actualmente, es el proveedor de servicios de resolución de conflictos líder mundial en conflictos empresariales en lo que a transacciones internacionales se refiere. Se creó con el fin de que las partes de un conflicto internacional tuviesen el servicio de calidad ofrecido por la AAA⁵⁸, creándose así una infraestructura arbitral que pudiese adecuarse a las exigencias internacionales. Sus servicios incluyen arbitraje, mediación, administración y asesoramiento procesal. Desde su fundación, la ICDR ha sido reconocida como la institución líder en innovación procesal, y es por eso por lo que la siguiente parte del trabajo se centrará en mostrar algunas de sus innovaciones⁵⁹. Su ámbito de aplicación se extiende a todos aquellos arbitrajes acordados bajo las reglas de la AAA pero que tengan un componente internacional⁶⁰.

En esta parte del trabajo se investigará sobre tres aspectos procesales que se consideran claves en el arbitraje internacional y en los que la ICDR representa una de las instituciones paradigmáticas de su implementación y desarrollo. En primer lugar, se hablará del mecanismo arbitral de emergencia (*Emergency Arbitration Mechanism*), se continuará con una muestra de los resultados de la investigación llevada a cabo en cuanto a la implementación de medidas cautelares, y finalizará con la exposición de la tercera innovación, que consiste en la introducción de una nueva parte en el proceso arbitral cuando no ha firmado el contrato internacional.

⁵⁷ TRAKMAN, L.E. “*Legal Traditions*” And International Commercial Arbitration”, 17 Am. Rev. Int'l Arb. 1. Ap. p. 688. VI. 2006.

⁵⁸ La Asociación de Arbitraje Americano es una organización sin ánimo de lucro con una larga historia y experiencia en la Resolución de Conflictos. Ofrece servicios tanto a empresas como particulares. La principal labor de la AAA dentro del procedimiento de resolución de conflictos consiste en administrar los casos desde su apertura hasta su resolución. Ofrece servicios en todo Estados Unidos. Para más información véase: <https://www.adr.org/about> (Visitado por última vez el 4 de abril de 2019)

⁵⁹ Para más información sobre la ICDR, véase https://www.icdr.org/about_icdr (Visitado por última vez el 4 de abr. de 2019).

⁶⁰ LEMENEZ, G. y QUIGLEY, P. “*The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure In Action Part II: Enforcing Emergency Arbitrator Decisions*”, 63 DISP. RESOL. J. p. 66, pp. 68-69. 2009.

6.2.1. El Procedimiento Arbitral de Emergencia

En el arbitraje internacional surge la necesidad de solicitar un procedimiento arbitral de emergencia cuando una de las partes necesita urgentemente una solución legal antes de la constitución del panel arbitral. Además, esta solución no puede esperar a la constitución del panel ante la inminente amenaza de que se modifique de forma perjudicial el estado de una determinada circunstancia en un determinado momento o se le cause un daño irreparable. Esta medida no puede esperar a que termine el procedimiento arbitral⁶¹.

Tradicionalmente estas circunstancias eran tenidas en cuenta por los tribunales estatales, que tomaban una serie de medidas en función de la situación y de las medidas solicitadas por las partes. Actualmente, un buen número de instituciones arbitrales han adoptado reglas orientadas a otorgar formas de medidas de emergencia, que son dadas por un árbitro de urgencia antes de que se constituya el panel arbitral⁶².

De acuerdo con Barry Fletcher, jefe del área de Arbitraje y Resolución de Conflictos de *LexisNexis*, un árbitro de emergencia es un árbitro designado por una institución arbitral debido al surgimiento de unas circunstancias extraordinarias, y que ha sido designado exclusivamente para determinar si debe haber, y en su caso, cuál es el remedio temporal otorgable a la parte que lo reclama⁶³. Es decir, es nombrado para otorgar las medidas cautelares pertinentes, que no pueden esperar a que sean concedidas por un panel arbitral.

En primer lugar, se hablará de la justificación que exige la ICDR para que se considere necesario la concesión de un árbitro de emergencia.

La principal característica de esta exigencia en la ICDR es su mayor permisibilidad de concesión que en otras instituciones. Por ejemplo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) ofrece en sus *Model Law on International Commercial Arbitration* la constitución de un tribunal arbitral de

⁶¹SHERWIN, P.J.W. y DOUGLAS, C.R. en “*Interim Relief Under International Arbitration Rules And Guidelines: A Comparative Analysis*”, 20 Am. Rev. Int'l Arb. p. 317. Ap. II. 2009.

⁶²HAKIMI, N. en “*Designing An Emergency Arbitration Mechanism For Afghanistan: A Composite Of Successful Models From The International Community*”, 22 Sw. J. Int'l L. p. 269. Ap. II. A. 2016.

⁶³FLETCHER, B. en “*Emergency Arbitration – What's it all About?*” LexisNexis Disp. Resol., 2013.

emergencia. No obstante, incluye su artículo 17 A) dos condiciones que las partes deben cumplir para que se constituya⁶⁴⁶⁵.

Por el contrario, las partes que se sometan a las reglas de la ICDR podrán solicitar un arbitraje de emergencia con el único límite de que ellas mismas hubiesen limitado expresamente en el acuerdo arbitral el empleo de este proceso. Es decir, es potestad de las partes solicitarlo siempre que no se lo hubiesen prohibido mutuamente o ya hubiesen incluido otro tipo de medida provisional, distinta al arbitraje de emergencia. Exigen las reglas de la ICDR un requisito formal. Este consiste en que el documento de demanda de un arbitraje de emergencia se puede entregar de forma posterior a la solicitud del arbitraje, pero debe ser anterior a la demanda de inicio del proceso arbitral común. De acuerdo con el artículo 37 de las reglas del procedimiento arbitral de la ICDR (*International Dispute Resolution Procedures*), aquel solicitante de un arbitraje de emergencia debe demostrar: i) la naturaleza del alivio que pretende buscar; ii) las razones de la urgencia de tales medidas y; los argumentos legales de los que se vale para defender su solicitud. De igual forma, se le requiere al solicitante que notifique su solicitud a las otras partes del proceso, o que demuestre su disposición e intentos de notificarles⁶⁶.

En segundo lugar, se explicará sucintamente el proceso de selección de los árbitros de emergencia.

Las reglas de la ICDR prevén que después de recibir la solicitud de arbitraje de emergencia, un administrador de la institución nombrará un árbitro de emergencia de una lista compuesta por los candidatos a este puesto. Las reglas otorgan un único día de plazo para que el administrador haga su selección de la lista de árbitros de emergencia (artículo 37. ICDR). Antes de que el árbitro sea seleccionado, el candidato debe dar a conocer toda

⁶⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Art. 17. A):

(1) “*The party requesting an interim measure under article 17(2)(a), (b) and (c) shall satisfy the arbitral tribunal that: (a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and (b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination.*”

⁶⁵ HAKIMI, N. en “*Designing An Emergency Arbitration Mechanism For Afghanistan: A Composite Of Successful Models From The International Community*”, 22 Sw. J. Int'l L. p. 272, 273. Ap. II. A. 2016.

⁶⁶ HAKIMI, N. en “*Designing An Emergency Arbitration Mechanism For Afghanistan: A Composite Of Successful Models From The International Community*”, 22 Sw. J. Int'l L. p. 277, 279. Ap. II. B. 2016.

causa por la que pueda incurrir en un conflicto de intereses. Las partes tienen entonces un plazo de un día para impugnar el nombramiento del árbitro. Por tanto, es la propia institución de la ICDR la encargada de decidir la aceptación del trámite del arbitraje de emergencia y determina la adecuación del candidato al puesto. Entienden los autores, que al ser éstas unas decisiones importantes, deben de ser tomadas por profesionales con posiciones de responsabilidad dentro de la ICDR⁶⁷.

El tercer aspecto que se debe estudiar del arbitraje de emergencia es la extensión de la autoridad y de los poderes que corresponden al árbitro seleccionado. En este aspecto, consideran los autores que las reglas de la ICDR son particularmente innovadoras. Otorgan una gran variedad de discrecionalidad y poderes a los árbitros de emergencia. Esta discrecionalidad alcanza el ámbito procesal del procedimiento de emergencia, es decir, los árbitros designados específicamente para esta tarea pueden, por ejemplo, establecer el horario de las audiencias o determinar la admisibilidad de las pruebas presentadas (artículo 37.4 ICDR Rules). Los árbitros de emergencia de la ICDR tienen los mismos poderes que cualquier árbitro de un procedimiento arbitral común. De acuerdo con el anterior artículo, el árbitro de emergencia puede prestar cualquier medida que considere necesaria, como, por ejemplo, medidas de protección y conservación de la propiedad. En cuanto a la forma en la que se otorgan las medidas a aplicar, pueden darse por medio de una orden o un laudo provisional, que además tiene la especialidad de que se trata de una decisión que puede ser modificada posteriormente si las circunstancias que dieron lugar a su emisión cambian⁶⁸.

La interpretación doctrinal del apartado 6) del artículo 37 sugiere que el mandato del árbitro de emergencia termina cuando se constituye el panel arbitral para dirimir la disputa, pero no la decisión que se ha tomado que, como a continuación se explicará, se le otorga la misma fuerza que a un laudo. Además, salvo que las partes así lo acuerden, el árbitro de emergencia no debe ser miembro del panel arbitral. Una vez se haya constituido el panel arbitral, podrán los árbitros que lo componen modificar o eliminar los órdenes o laudos provisionales que hubiesen emitido los árbitros de emergencia

⁶⁷HAKIMI, N. en *“Designing An Emergency Arbitration Mechanism For Afghanistan: A Composite Of Successful Models From The International Community”*, 22 Sw. J. Int'l L. p. 280. Ap. II. C. 2016.

⁶⁸HAKIMI, N. en *“Designing An Emergency Arbitration Mechanism For Afghanistan: A Composite Of Successful Models From The International Community”*, 22 Sw. J. Int'l L. p. 280, 281. Ap. II. C. 2016.

durante su mandato temporal. Observan los autores que estas amplias potestades que se otorgan a los árbitros de emergencia, en especial la de dictar órdenes con la validez de laudos, suponen un importante progreso en la materia. Principalmente porque, de acuerdo con la anteriormente explicada CNY, únicamente pueden ser aplicados en otros Estados aquellas decisiones que tengan categoría de laudos. Como las órdenes que toman los árbitros de emergencia no se consideran que tengan la misma fuerza legal que un laudo, estas órdenes no serían efectivas en terceros Estados. Es por esto por lo que la ICDR les otorga fuerza de laudo, para que puedan incardinarse dentro del ámbito de aplicación legal de la CNY y sean plenamente eficaces allí donde deban tener efectos⁶⁹.

Esta ventaja también puede suponer un inconveniente. Si se les dotase a estas órdenes la misma eficacia que un laudo arbitral, se caería en el riesgo de que las partes abusen del procedimiento arbitral de emergencia como forma de evitar el procedimiento arbitral habitual. En otras instituciones arbitrales, como la *Singapore International Arbitration Center* (SIAC), las medidas de emergencia dejan de existir si no se compone un tribunal arbitral para dirimir la disputa dentro de los noventa días siguientes a la emisión de la medida de emergencia⁷⁰. De esta forma, la SIAC protege su procedimiento arbitral común de los abusos del procedimiento de urgencia. No obstante, sí que existe en estas reglas la posibilidad de que un árbitro que haya formado parte del panel de emergencia lo sea del que posteriormente se constituya.

Por tanto, bajo las reglas de la ICDR una de las partes puede obtener una medida de emergencia que le sirva como remedio a sus pretensiones, y como este remedio tiene la misma validez que un laudo, puede evitar iniciar un procedimiento arbitral posterior. Por tanto, establecer un mecanismo semejante al de la SIAC ayudaría a evitar un uso fraudulento de este mecanismo.

Un mecanismo semejante lo encontramos en las reglas de la ICC. Sus reglas contemplan que cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia puede ser modificada o anulada

⁶⁹ HAKIMI, N. en “*Designing An Emergency Arbitration Mechanism For Afghanistan: A Composite Of Successful Models From The International Community*”, 22 Sw. J. Int'l L. p. 281. Ap. II. D. 2016.

⁷⁰ Para más información véase: “*Singapore International Arbitration Center SIAC Rules*”. Schedule 1 Emergency Arbitrator. 6th Ed. 2016.

⁷¹ BOSE, R. y MEREDITH, I., en “*Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis*”. 15 International Arbitration Law Review. p. 186. 2012.

por una decisión posterior de un panel arbitral (artículo 29 ap. 3). Además, establece el apartado 6 del artículo 2 del apéndice V de estas reglas que el árbitro de emergencia no puede actuar como árbitro del panel arbitral que posteriormente se establezca, ni siquiera, aunque las partes así lo deseen y acuerden⁷².

Por lo tanto, concluye la doctrina que el tratamiento de la figura del árbitro difiere entre las instituciones presentando tales diferencias beneficios e inconvenientes. En lo que respecta al procedimiento llevado a cabo de acuerdo con las reglas de la ICC, se refuerza la garantía de un proceso independiente, al existir determinadas trabas al acceso de los árbitros de emergencia a los paneles arbitrales posteriores. Sin embargo, por otro lado es beneficioso que los árbitros de emergencia tengan la posibilidad de acceder al panel arbitral posterior, ya que se otorgará al proceso de una mayor precisión. Los árbitros que conocieron la disputa en el proceso de emergencia resolverán de mejor manera la cuestión que se les presente en el procedimiento habitual, al haberlo conocido ya. Pero, por otro lado, la participación en los dos procedimientos puede incrementar el riesgo de parcialidad.

Como última parte del procedimiento arbitral de emergencia se abordará la cuestión relativa a la aplicabilidad de la decisión del árbitro de emergencia.

Como se explicó anteriormente, la CNY es de aplicación a todas las decisiones arbitrales que se dicten con forma de laudo. Esto implica que, si una decisión arbitral de emergencia se dicta con forma de laudo, y las partes son nacionales de Estados firmantes de la Convención, les serán de aplicación sus reglas. La doctrina considera que en el resto de los casos la aplicabilidad de las medidas provisionales que no se dicten con forma de laudo quedarán a la voluntad de las partes. Cabría la posibilidad de recurrir a la vía judicial para que se aplicasen de forma forzosa, aunque esta opción presenta el riesgo de que los tribunales revisen la orden y no llegue a ser ejecutable⁷³.

⁷² Para más detalle véase: International Chamber of Commerce: Arbitration Rules. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#top> (Visitado por última vez el 7 de abr. de 2019).

⁷³ HAKIMI, N. en “*Designing An Emergency Arbitration Mechanism For Afghanistan: A Composite Of Successful Models From The International Community*”, 22 Sw. J. Int'l L. p. 283. Ap. II. E. 2016.

En relación a este aspecto, en la ICDR no aparece una regulación clara respecto a la ejecución de las medidas cautelares en Estados Unidos. Por esa razón, los autores estudian este fenómeno en cuanto a la legislación americana y hacen un ejercicio de extrapolación. Como regla general, se establece que la AAA y los tribunales americanos consideran que las medidas provisionales son vinculantes, y por tanto, eficaces y ejecutables como si fuesen decisiones firmes. La jurisprudencia americana⁷⁴ avala esta consideración y considera que las decisiones arbitrales que contengan medidas provisionales son plenamente aplicables, ya que, si no lo fueran, la figura de la medida provisional quedaría vacía de contenido y sentido. Por tanto, se consolida en Estados Unidos la figura del arbitraje de emergencia como una medida provisional efectiva⁷⁵.

6.2.2. Las Medidas Cautelares o Provisionales

A continuación, se explicará otra de las innovaciones que presenta la ICDR. Esta innovación guarda relación con la anteriormente citada, que puede considerarse como una forma de medida cautelar o provisional. Brevemente se explican algunos de los requisitos fundamentales de las medidas provisionales.

Cuando una parte busca una medida provisional, lo que más valora es el tiempo. El tiempo que transcurre desde que se presenta la solicitud de concesión de una medida provisional hasta que se otorga el remedio provisional. Los límites temporales pueden tener un impacto significativo en el proceso de concesión de medidas provisionales, ya que, si una medida provisional no se da a tiempo, puede que ya no sea posible mantener el *status quo* que antes se explicaba⁷⁶, y el daño puede ser irreparable.

Existen numerosas reglas procesales arbitrales que prevén mecanismos de concesión de medidas provisionales. Estas reglas son distintas según la institución encargada de dirimir el arbitraje. Existen reglas más flexibles, que otorgan un mayor margen de maniobra a los árbitros para que tomen sus decisiones, mientras que otras son más rígidas. Por ejemplo,

⁷⁴ United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. *Island Creek Coal Sales Co. v. Gainesville*, 79 F.2d 1046. 1984. / *Southern Seas Navigation Ltd. v. Petroleos Mexicanos*, 606 F. Supp. pp. 692, 694 (New York District Court. 1985)

⁷⁵ HAKIMI, N. "Designing An Emergency Arbitration Mechanism For Afghanistan: A Composite Of Successful Models From The International Community", 22 Sw. J. Int'l L. 269. Ap. II. E. 2016.

⁷⁶ SHERWIN, P.J.W. y DOUGLAS, C.R. "Interim Relief Under International Arbitration Rules And Guidelines: A Comparative Analysis", 20 Am. Rev. Int'l Arb. p. 320. Ap. II. B. 2009.

algunas reglas establecen el tipo de remedio que se le debe otorgar a una parte en una determinada situación, mientras que otras reglas establecen que será apropiado cualquier remedio que considere el árbitro como ajustado o necesario. El poder que se le otorga al árbitro es una circunstancia que debe ser muy tenida en cuenta de acuerdo con la doctrina. Existe la posibilidad de que el árbitro al que se le atribuye la potestad de dictar las medidas provisionales no tenga los poderes necesarios para garantizar el tipo de remedio que requiere la parte. Esto puede generar una situación de indefensión de esta parte frente a la imposibilidad de que su pretensión sea atendida⁷⁷.

Los estándares de aplicabilidad de las medidas provisionales también son variables dependiendo de la institución arbitral y los tribunales, incluso entre los de la misma jurisdicción⁷⁸. Existen autores que han criticado la falta de especificidad en la determinación de unos estándares apropiados para guiar la aplicación de las medidas provisionales. Defienden estos autores que con unos estándares estables se resolvería el problema de la generalizada reticencia de los árbitros a conceder este tipo de medidas⁷⁹.

La exigibilidad de las medidas provisionales que se dictan por medio de laudos provisionales suele ser voluntaria, ya que las partes pueden temer que los tribunales actúen contra la parte que no la cumpla de forma voluntaria⁸⁰. Sin embargo, sigue habiendo ocasiones en las que una de las partes no accede al cumplimiento de las medidas cautelares. Es por esto por lo que hay autores que defienden que las partes tengan la posibilidad de aplicar dichas medidas provisionales de manera unilateral⁸¹. Por otro lado, como se ha visto anteriormente, las medidas cautelares que se otorguen con forma de laudo arbitral son plenamente eficaces y aplicables en el ámbito internacional.

⁷⁷ SHERWIN, P.J.W. y DOUGLAS, C.R. en “*Interim Relief Under International Arbitration Rules And Guidelines: A Comparative Analysis*”, 20 Am. Rev. Int'l Arb. p. 343. Ap. II. 2009.

⁷⁸ LOWRY, H.P. en “*Recent Developments in Commercial Arbitration*”. 10 ILSA. J Int'l & Comp L. p. 335. (2004).

⁷⁹ WONG, J. en “*The Issuance of Interim Measures In International Disputes: A Proposal Requiring a Reasonable Possibility of Success on the Merits*”, 33 GA. J. INT'L & COMP. L. pp. 605, 616 (2005). Citado en SHERWIN, P.J.W. y DOUGLAS, C.R. en “*Interim Relief Under International Arbitration Rules And Guidelines: A Comparative Analysis*”, 20 Am. Rev. Int'l Arb. pp. 345-349. Ap. II.

⁸⁰ ZICHERMAN, D.L. en “*The Use of Pre-Judgment Attachments & Proceedings: A Comparative Analysis of the British & American Approaches*” 50. U. PITT. L. REV. p. 667. 1989.

⁸¹ FERGUSON, S. M. en “*Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results*”, 12 Currents: Int'l Trade L.J. 55, pp. 55-57 (2003).

En otras ocasiones, las medidas cautelares tienen la característica de ser medidas que se toman de forma previa a la constitución del panel arbitral. Por lo general, en todas las instituciones arbitrales se suelen tomar dos medidas provisionales de forma previa a la constitución del panel. Éstas son: la aceleración de los trámites a la hora de componer el panel arbitral, de forma que se componga en un periodo de tiempo inferior al que se prevé habitualmente; y, en segundo lugar, nombrar a un árbitro provisional para que determine el remedio temporal a aplicar. La figura del árbitro de emergencia, que antes se explicó, se puede incardinar dentro de este grupo de medidas cautelares⁸².

Otra forma de remedio provisional son las solicitudes de medidas provisionales hechas “*Ex parte*”. Se consideran como tales aquellas hechas por una de las partes sin conocimiento de la contraria. El fundamento de esta medida radica en la sospecha de mala fe procesal de la parte contraria, que podría destruir pruebas o tomar medidas encaminadas a evitar que el proceso se decante en su contra al esclarecerse un determinado hecho. Existe doctrina contraria a las medidas “*Ex parte*” porque consideran que se trata de una decisión unilateral de una parte, que oculta información del proceso a otra, de forma que se pierde la auténtica esencia del proceso arbitral, que tiene como base el consentimiento mutuo de las partes⁸³.

También encontramos la posibilidad de que las partes acudan a una institución judicial que garantice ciertas medidas provisionales. En ocasiones, esta medida es necesaria. Como, por ejemplo, en el caso anteriormente explicado de las medidas provisionales “*Ex parte*”. En estas ocasiones, al entenderse que la parte contraria actuará de mala fe, es necesario acudir a la vía judicial para lograr una medida cautelar totalmente efectiva. Otro dilema que no puede ser resuelto por la vía arbitral es el de la posesión de un tercero de determinados activos o bienes afectos al litigio. En estas situaciones, el tercero se encuentra vinculado con más fuerza por una orden judicial que por una orden arbitral, ya que el contrato no le vincula, salvo que nos encontremos en uno de los supuestos de sumisión de tercera parte al proceso, que se explicará más adelante.

⁸² SHERWIN, P.J.W. y DOUGLAS, C.R. en “*Interim Relief Under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis*”, 20 Am. Rev. Int'l Arb. pp. 350-354. Ap. II. 2009.

⁸³ FRARACCIO, V.M. en “*Ex Parte Preliminary Orders in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*”, 10 Vindobona J. Int'l Com. L. & Arb. pp. 271-272. 2006.

Finalmente, encontramos como última medida cautelar posible la del procedimiento acelerado. El procedimiento acelerado no se trata de una medida provisional propiamente dicha, sino más bien de una clase de procedimiento arbitral. Se da en aquellas situaciones en las que es necesario que el laudo arbitral se otorgue en un plazo de tiempo más corto que el habitualmente establecido. Es decir, se acortan los periodos de tiempo para llevar a cabo determinadas actuaciones procesales. De hecho, considera la doctrina que este procedimiento puede ser más apropiado para aquellas situaciones en las que las partes necesiten que la controversia se resuelva de manera ágil, porque si solicitasen otro tipo de medida provisional, el fin del procedimiento podría retrasarse al haberse exigido una determinada solución para un problema inmediato. Podemos decir entonces que la diferencia entre ambas medidas se encuentra en la inmediatez del alivio que se requiere⁸⁴.

La flexibilidad del arbitraje, así como su eficiencia se deja entrever también en este aspecto del proceso arbitral. Hay reglas que contienen determinados procedimientos acelerados dependiendo de la cuantía del proceso, mientras que existen otras que permiten a las partes elegir los plazos en los que se debe resolver el procedimiento en estos casos⁸⁵.

En lo que a las medidas provisionales en la ICDR respecta, se pueden destacar una serie de características que llevan a concluir que esta institución primará el interés por conseguir un proceso flexible y ágil. De esta forma, el primer aspecto destacable es la total libertad de los árbitros en lo que a las medidas provisionales se refiere. Como se establece en el apartado 1 del artículo 21, los árbitros podrán tomar “cualquier medida que consideren necesaria”. Estas medidas pueden ser medidas provisionales diversas, como órdenes de protección de la propiedad, y pueden tener forma de laudos parciales (ejecutables internacionalmente, como se ha explicado anteriormente). El tribunal también debe justificar todas las medidas que tome. Como también se explicó antes, esto puede suponer un retroceso en el proceso, a cambio de mayores garantías formales. Además, una vez las partes hayan incluido en su acuerdo de arbitraje la voluntad de regirse por las reglas de la ICDR, estarán vinculadas por los laudos y decisiones parciales que se tomen en el seno del proceso, por lo que deberán de cumplirse de inmediato, y no

⁸⁴ SHERWIN, P.J.W. y DOUGLAS, C.R. en “*Interim Relief Under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis*”, 20 Am. Rev. Int'l Arb. p. 356. Ap. II. 2009.

⁸⁵ Véase un ejemplo en el artículo 39, apartado 6 en: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/basicdoc/partD.htm> (Visitado por última vez el 8 de abril de 2019)

podrán recurrirse en la vía judicial⁸⁶. Bajo las reglas de la ICDR impiden que las partes soliciten una medida provisional en la modalidad de “*Ex parte*” (art. 16).

En la misma línea de búsqueda de flexibilidad, la ICDR establece límites temporales para determinadas partes del procedimiento como la composición del tribunal, pero no establece un límite temporal a la finalización del procedimiento general. Verdaderamente llamativo es que estas reglas no ofrezcan un cauce específico para la composición acelerada del panel arbitral (art. 17.2), pero sí que admiten la posibilidad de que las partes busquen remedios provisionales en los órganos judiciales (art. 21.3).

Una importante novedad llamativa de este cuerpo normativo radica en el procedimiento de emergencia que se explicó unas líneas más arriba, es considerado por algunos autores como un mecanismo que diferencia positivamente el procedimiento de la ICDR de otros llevados en otras instituciones. Este mecanismo estaba orientado a aportar un remedio provisional a las partes de forma previa a la formación del panel arbitral⁸⁷. La regulación de este procedimiento la encontramos en el artículo 37 de las reglas.

6.2.3. Sumisión de Nueva Parte al Proceso Arbitral

La última parte que se va a tratar en este trabajo de investigación es el de la incorporación al proceso de una tercera parte que no ha firmado el acuerdo o cláusula arbitral.

Como se ha explicado, la posibilidad u obligación de una parte a someterse a un procedimiento arbitral aparece en el momento en el que presta su consentimiento a someterse al arbitraje. Este consentimiento se representa en la firma del contrato que incluye el acuerdo arbitral. Este requisito aparece tanto en el artículo 1 de las reglas de la ICDR, como en la CNY, tratándose por tanto de un requisito indispensable para que los laudos arbitrales sean ejecutables. Así las cosas, será complicado vincular a terceras partes que tengan alguna relación con el contrato en el que se incluye la cláusula pero no

⁸⁶ ICDR *International Commercial Arbitration Rules* art. 27. Ap 1.

⁸⁷ FRIEDMAN, M. Et al. en “*International Legal Developments in Review: 2006 Disputes*”, 41 Int'l Law. 251, pp. 286-287. 2007. Citado en SHERWIN, P.J.W. y DOUGLAS, C.R. en “*Interim Relief Under International Arbitration Rules and Guidelines: A Comparative Analysis*”, 20 Am. Rev. Int'l Arb. 2009.

lo hubiesen firmado. Por tanto, las instituciones de arbitraje internacional toman medidas para enfrentarse a estas situaciones⁸⁸.

En cuanto a la aplicación de estas reglas por la ICDR, considera la AAA que el consentimiento de las partes es un requisito esencial para que tenga lugar un procedimiento arbitral entre ambos. No obstante, en la ICDR y en otras instituciones como la ICC y el *International Center for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID) se está observando una tendencia a extender el alcance el proceso arbitral a aquellas partes que no sean firmantes del contrato, pero con la que alguna de las partes tenga una especial relación, o tengan una especial vinculación con el objeto del proceso⁸⁹. No obstante, aunque las reglas de la ICDR establezcan que únicamente el panel arbitral está habilitado para determinar si un acuerdo arbitral es válido en cuanto a las partes que firman el acuerdo arbitral, la última palabra en este sentido la tendrán los tribunales⁹⁰.

La primera cuestión que aparece en este sentido es la posibilidad de unificar en un único procedimiento a distintas partes de otros procedimientos distintos. La regla jurisprudencial americana establece que los árbitros no pueden acordar la unificación de procesos, por lo que únicamente se puede llevar a cabo si así lo prevén las partes en el acuerdo arbitral, y siempre que no haya oposición por ninguna parte⁹¹. Sin embargo, los órganos judiciales americanos han tendido recientemente a coincidir con las reglas de la AAA y otras instituciones arbitrales en que, si las partes así lo acuerdan se unifiquen los procesos arbitrales que compartan causa y partes.

⁸⁸ LAMM, C.B. y AQUA, J.A. en “*Defining The Party - Who Is A Proper Party In An International Arbitration Before The American Arbitration Association And Other International Institutions*”, 34 Geo. Wash. Int'l L. Rev. p. 712. 2003.

⁸⁹ LAMM, C.B. y AQUA, J.A. “*Defining The Party - Who Is A Proper Party In An International Arbitration Before The American Arbitration Association And Other International Institutions*”, 34 Geo. Wash. Int'l L. Rev. p. 713. 2003.

⁹⁰ Esto es de aplicación en la legislación norteamericana. Así lo demuestra la jurisprudencia en US Supreme Court. *AT&T Techs. v. Communs. Workers of Am.*, 475 U.S. p. 643. 1986. Citado en LAMM, C.B. y AQUA, J.A. en “*Defining The Party - Who Is A Proper Party In An International Arbitration Before The American Arbitration Association And Other International Institutions*”, 34 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 2003.

⁹¹ *Rolls-Royce Indus. Power, Inc. v. Zurn EPC Serv.*, No. 01-C5608, 2001 WL 1397881, at 2 N.D. Ill. 2001. Citado en LAMM, C.B. y AQUA, J.A. en “*Defining The Party - Who Is A Proper Party In An International Arbitration Before The American Arbitration Association And Other International Institutions*”, 34 Geo. Wash. Int'l L. 2003. En este caso se denegó la consolidación de dos procedimientos separados regidos bajo las normas de la AAA porque las partes así lo acordaron, aunque los arbitrajes surgieran de las mismas cláusulas arbitrales y compartiesen los mismos hechos.

En cuanto al consentimiento a la ampliación del proceso, las reglas de la ICDR, por medio de la AAA, acceden a ampliar el ámbito de aplicación de un acuerdo arbitral a aquellas partes no signatarias que guarden relaciones jurídicas con las partes y que tengan que ver con el objeto del proceso. Además, para que los acuerdos y laudos arbitrales que se den para con estas partes no signatarias sean ejecutables de acuerdo con la CNY, no se requiere que se preste el consentimiento expreso al contrato (por medio de una firma), sino que será suficiente con que exista un acuerdo arbitral y que la tercera parte acceda a someterse a él⁹².

En muchas ocasiones, y especialmente en los arbitrajes internacionales, los casos que se presentan ante tribunales arbitrales suelen ser asuntos de una gran complejidad, que involucran tanto a las partes como a terceras personas signatarias de contratos con las partes. Si un contrato contiene una cláusula arbitral, pero otros no, puede que distintas jurisdicciones coincidan y se produzcan conflictos de jurisdicción, reduciendo la eficiencia que caracteriza al arbitraje. De esta forma, la AAA y por tanto la ICDR, han establecido en sus reglas que un tercero no signatario del acuerdo arbitral puede incorporarse como parte de un procedimiento arbitral, así como ser llamado a participar en el mismo, cuando una de las partes, de las que originariamente firmaron en contrato con la cláusula arbitral, firme otro contrato con este tercero. En este último contrato debe estar incorporada al menos una referencia a la cláusula arbitral incluida en el contrato principal⁹³.

También merecen mención las disputas jurisdiccionales que puedan surgir con partes no signatarias, en los estadios iniciales del proceso arbitral. El artículo 15, apartado 3 de las reglas de la ICDR establece que, si una parte quiere oponerse a la jurisdicción de un tribunal o panel arbitral, debe hacerlo antes de que se envíen los escritos de defensa. Así, tanto las partes como las terceras partes deben oponerse a la aplicación de una determinada jurisdicción, de forma previa a la composición del tribunal o de que haya dictado una decisión prejudicial, en su caso. En el caso de Estados Unidos, se debe

⁹² Véase en New York Convention. Art. II (1): *"Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which all the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. ..."*

⁹³ LAMM, C.B. y AQUA, J.A. en *"Defining The Party - Who Is A Proper Party In An International Arbitration Before The American Arbitration Association And Other International Institutions"*, 34 Geo. Wash. Int'l L. Rev. p. 728. 2003.

invocar esta pretensión mediante escrito presentado ante los tribunales competentes por razón de materia⁹⁴.

⁹⁴ LAMM, C.B. y AQUA, J.A. “*Defining The Party - Who Is A Proper Party In An International Arbitration Before The American Arbitration Association And Other International Institutions*”, 34 Geo. Wash. Int'l L. Rev. p. 735. 2003.

7. CONCLUSIÓN

Tras haber llevado a cabo esta investigación se llegan a una serie de conclusiones.

En primer lugar, se concluye en que el arbitraje internacional es un cauce procesal que evoluciona y se adecúa a la realidad económica, comercial y social de una manera mucho más rápida y eficaz que los mecanismos procesales judiciales. Esto queda demostrado con el desarrollo que ha experimentado a lo largo de la historia. Inicialmente, se basaba en el mecanismo del *Common Law* anglosajón y su Doctrina de la Revocabilidad, para después fundamentarse en la flexibilidad de la *Lex Mercatoria* como muestra de la agilidad y flexibilidad que exigía el tráfico mercantil del momento, y finalmente transformarse en la mejor forma de resolver conflictos internacionales con el surgimiento de las grandes convenciones y acuerdos internacionales.

Tras la investigación histórica se llega a la conclusión de que el futuro del arbitraje comercial internacional se encuentra garantizado como sólido método de resolución de conflictos transfronterizos. Esto es debido principalmente al sustento que otorgan los tratados internacionales, en especial la CNY. Al estar esta Convención orientada específicamente al reconocimiento y ejecución de los laudos y acuerdos arbitrales, y encontrarse firmada por la mayor parte de Estados del mundo, se ha conseguido un respaldo internacional de esta práctica procesal que lo hace más formal, más barato, y más cohesionado y armonizado, pero sin renunciar a la flexibilidad y agilidad que lo caracteriza.

Flexibilidad, agilidad, formalidad y seguridad. Estas son las cuatro características que se destacan en esta investigación de los aspectos fundamentales analizados en el procedimiento de arbitraje comercial de la ICDR. Se explicarán las conclusiones por partes, de acuerdo con los aspectos estudiados.

En lo que al procedimiento arbitral de emergencia respecta, se llega a la conclusión de que la institución de la ICDR es más permisiva que otras en cuanto al acceso de las partes al procedimiento de emergencia, al exigir unos requisitos de solicitud más laxos que los recogidos en otras organizaciones. La única limitación de las partes para que sea aplicado, así como la presencia de requisitos institucionales para su solicitud, confirman la

flexibilidad y formalidad de este proceso, lo que es acorde con la tendencia regulatoria internacional. La flexibilidad del proceso queda igualmente demostrada con la amplia gama de poderes que se les conceden a los árbitros de emergencia para conseguir el remedio requerido por las partes. También se desprende de la vía de elección de los árbitros, que se trata de un procedimiento ágil, ya que no da la posibilidad de que las partes se enzarzen en una disputa sobre la determinación de este árbitro.

Como se ha dicho, el procedimiento se considera seguro, porque las decisiones que se tomen tendrán validez de laudo en las arenas internacionales, y además, existen mecanismos que evitan el abuso de este procedimiento, como que las decisiones de los árbitros pueden ser modificadas por el panel que se constituya en el futuro. Además, se encuentra incardinado en los requerimientos establecidos por la CNY.

En cuanto a las medidas cautelares otorgadas en el marco normativo de la ICDR, se confirma la faceta de la ICDR como una institución que aporta un mecanismo flexible y ágil. Como se ha explicado, se otorga total libertad a los árbitros para tomar las medidas que consideren más ajustadas a las necesidades de las partes. Aportan igualmente agilidad al impedir que se prolongue excesivamente el proceso si se interpone una apelación ante un tribunal, ya que no está permitido el recurso de estas decisiones en vía judicial.

Y, por último, en cuanto a la sumisión al procedimiento de una tercera parte ajena al arbitraje, se concluye en que la ICDR contiene unas reglas que, aunque promueven la acomodación del proceso a cada caso, su aplicabilidad en este aspecto estará subordinada a la decisión de los tribunales, quienes decidirán sobre la inclusión o exclusión de una tercera parte en el proceso. No obstante, los mecanismos previstos para incluir una parte ajena al contrato en el proceso son bastante proclives a ello. Como se ha explicado, únicamente se requiere conocimiento de contrato con cláusula arbitral para que se incluya a una tercera parte en el proceso.

Por todo lo anteriormente investigado, se concluye en que los tres aspectos del proceso arbitral gobernado por la ICDR suponen una prueba de la acertada decisión que supondría acceder a este organismo como institución reguladora del arbitraje comercial internacional. Su adaptabilidad a las circunstancias, agilidad en el dictamen del laudo, seguridad jurídica otorgada a las partes, e institucionalidad de procesos, la hacen

merecedora de la privilegiada posición que ostenta en el cambiante panorama del arbitraje comercial internacional como institución de resolución de conflictos.

8. BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- American Arbitration Association. (4 de abril de 2019). *About AAA*: Obtenido del sitio web de la American Arbitration Association: <https://www.adr.org/about>.
- BERGER, K. P., en “*International Economic Arbitration*” 8., n.62., 1993.
- BORN, G.B., en “*The New York Convention: A Self-Executing Treaty*”, 40 Mich. J. Int'l L. 2018.
- BOSE, R. y MEREDITH, I., en “*Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis*”. 15 International Arbitration Law Review. 2012.
- BOWMAN, J.P., en “*The Panama Convention and its Implementation Under the Federal Arbitration Act*”, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 2000.
- CARBONNEAU, T.E., “*Lex Mercatoria and Arbitration*” (rev. ed., Thomas E. Carbonneau ed.), 1998.
- Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1 de abril de 2019). Estados parte de la Convención de Nueva York. Obtenido del sitio web de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_stat.us.html.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2 de abril de 2019): Arbitraje y Conciliación comerciales internacionales. Obtenido del sitio web de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration.html
- Diccionario de la Real Academia Española. (31 de marzo de 2019). Significado *Ad Hoc*. Obtenido del sitio web del Diccionario de la Real Academia Española: <https://dle.rae.es/?id=0jmLlgY>.
- FERGUSON, S. M. en “*Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results*”, 12 Currents: Int'l Trade L.J. 2003.
- FLETCHER, B. en “*Emergency Arbitration – Whas't it all About?*” LexisNexis Disp. Resol., 2013.
- FOLBERG., GOLANN., STIPANOWICH., y KLOPPENBERG, “*Arbitration: Theory, Practice and Law*”, Editorial Wolters Kluwer, Nueva York, 2016.
- FRARACCIO, V.M. en “*Ex Parte Preliminary Orders in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*”, 10 Vindobona J. Int'l Com. L. & Arb. 2006.
- HAKIMI, N. en “*Designing An Emergency Arbitration Mechanism For Afghanistan: A Composite Of Successful Models From The International Community*”, 22 Sw. J. Int'l L. 2016.
- International Center for Dispute Resolution. (4 de abril de 2019): *About ICDR*. Obtenido del sitio web de la International Center for Dispute Resolution: https://www.icdr.org/about_icdr.
- IN RE SMITH & SERVICE., en “*A Court of Equity had no power to decree specific performance of an agreement to refer to arbitration*”, 25 L.R. 1890.

- LAMM, C.B. y AQUA, J.A. en “*Defining The Party - Who Is A Proper Party In An International Arbitration Before The American Arbitration Association And Other International Institutions*”, 34 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 2003.
- LECUYER-THIEFFRY, C. y THIEFFRY, P. “*Negotiating Settlement of Dispute Provisions in International Business Contracts: Recent Developments in Arbitration and Other Processes*”, 45 Bus. Law. 1990.
- LEMENEZ, G. y QUIGLEY, P. “*The ICDR's Emergency Arbitrator Procedure In Action Part II: Enforcing Emergency Arbitrator Decisions*”, 63 Disp. Resol. J. 2009.
- Libro I de los Reyes: (3: 16-28)
- LILLICH, R. B. y BROWER, C.N., “*International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity*”. 1993.
- LOWRY, H.P. en “*Recent Developments in Commercial Arbitration*”. 10 ILSA. J Int'l & Comp L. 2004.
- *Permanent Court of Arbitration*. (3 de abril de 2019). Home: <https://pca-cpa.org/en/home/>.
- ROGERS, C.A. en “*Fit and function in legal ethics: developing a code of conduct for international arbitration*”, 23 Mich. J. Int'l L. 2002.
- SHERWIN, P.J.W. y DOUGLAS, C.R. en “*Interim Relief Under International Arbitration Rules And Guidelines: A Comparative Analysis*”, 20 Am. Rev. Int'l Arb. 2009.
- TRAKMAN, L.E. “*Legal Traditions" And International Commercial Arbitration*”, 17 Am. Rev. Int'l Arb. 1. 2006.
- Tribunal Arbitral de Barcelona. (9 de abril de 2019). Definición “Arbitraje de equidad”. Obtenido del sitio Web del Tribunal Arbitral de Barcelona: http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=104&Itemid=109&lang=es.
- VAN WEZEL STONE, K., en “*Article: rustic justice: community and coercion under the Federal Arbitration Act*”, 77 N.C.L. Rev. 1990.
- ZICHERMAN, D.L. en “*The Use of Pre-Judgment Attachments & Proceedings: A Comparative Analysis of the British & American Approaches*” 50. U. Pitt. L. Rev. 1989.

LEGISLACIÓN

- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York. 1959.
- International Center for Settlement of Investment Disputes. (8 de abril de 2019): Rules Of Procedure For The Institution Of Conciliation And Arbitration Proceedings (Institution Rules). Obtenido del sitio web de la ICSID: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/basicdoc/partD.htm>.
- International Chamber of Commerce Rules of Arbitration. ICC. 2017.
- International Dispute Resolution Procedures. ICDR. 2014.
- Model Law on International Commercial Arbitration. UNCITRAL. 1985.
- Singapore International Arbitration Center SIAC Rules. 6th Ed. 2016.