



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La naturaleza jurídica del árbitro de emergencia en el
arbitraje institucional en el Perú**

Tesis para optar el Grado de
Máster en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Corporativo

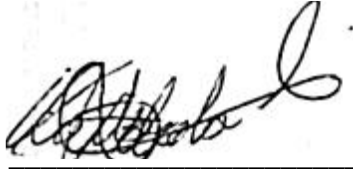
Ana Angélica Rodríguez Ramos

**Asesor(es):
Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal**

Piura, marzo de 2024

Aprobación

La tesis titulada “La naturaleza jurídica del árbitro de emergencia en el arbitraje institucional en el Perú”, presentada por la licenciada Ana Angélica Rodríguez Ramos en cumplimiento para optar el Grado de Máster en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Corporativo, fue aprobada por el director Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal.



Directora de tesis





Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Ana Angélica Rodríguez Ramos, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 47694450.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:
“La naturaleza jurídica del árbitro de emergencia en el arbitraje institucional en el Perú”
El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis¹ para optar el Grado de Maestro² de Máster en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Corporativo.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
 - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
 - Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal, identificado con DNI N° 02850865
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 15/03/2024.

.....
*Firma del autor optante*³

¹ Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

² Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

³ Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

A mis padres, mis hermanas y mi esposo, por ser mi motivación y soporte diario.



Agradecimientos

A la Dra. Karla Patricia Vilela Carbajal, por su paciencia, tiempo y sobre todo por compartirme su gusto por la investigación y conocimientos para lograr este trabajo.



Resumen

En nuestro país, el arbitraje es uno de los medios alternativos de solución de conflictos más utilizados y se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N°1071, decreto en el que se reconoce al tribunal arbitral la facultad para que una vez constituido, pueda otorgar medidas cautelares. Asimismo, dispone que para los casos en los que el arbitraje aún no haya iniciado o de haberse iniciado, aún no esté constituido el tribunal, corresponde a las partes solicitar las medidas cautelares ante la autoridad judicial, hecho que no será incompatible con el arbitraje. No obstante a lo dispuesto por la norma, actualmente en muchas ocasiones ya no es necesario que las partes acudan al Poder Judicial para solicitar una medida cautelar cuando el tribunal aún no se ha instalado, y esto se debe a que varios centros arbitrales en el Perú regulan en sus reglamentos o directivas internas a la figura del árbitro de emergencia, quien es una persona designada por la institución arbitral que administra el arbitraje, que tiene por finalidad conocer y resolver las solicitudes de medidas cautelares que las partes pudieran presentar antes del inicio del arbitraje o de que el tribunal se constituya.

Frente a la aparición del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, con este trabajo se busca analizar la legalidad de su participación en el marco de nuestro ordenamiento. Para esto, se estudiará la institución del arbitraje, la participación del árbitro, el otorgamiento de las medidas cautelares y puntualmente, el surgimiento y actuación del árbitro de emergencia en dos de las principales instituciones arbitrales del Perú, esto, a fin de identificar las notas características de su participación, lograr determinar si su naturaleza jurídica es la de un verdadero árbitro y determinar también si su implementación logra ser beneficiosa en nuestro ordenamiento.

Tabla de contenido

Introducción.....	8
Capítulo 1 El arbitraje en el Perú.....	10
1.1 Origen y definición del arbitraje.....	10
1.2 Naturaleza jurídica del arbitraje.....	11
1.2.1 Teoría contractualista.....	12
1.2.2 Teoría jurisdiccionalista.....	13
1.2.3 Teoría mixta.....	15
1.2.4 Teoría autónoma.....	16
1.3 La incorporación del arbitraje en el marco legal peruano.....	17
1.4 El convenio arbitral.....	19
Capítulo 2 El árbitro y las medidas cautelares.....	22
2.1 El árbitro.....	22
2.1.1 Requisitos para ser árbitro.....	22
2.1.2 Incompatibilidad para ser árbitro.....	24
2.1.3 Nombramiento e instalación del tribunal arbitral.....	27
2.2 La tutela cautelar: las medidas cautelares en el proceso arbitral.....	29
2.2.1 Derecho a la tutela judicial efectiva.....	30
2.2.2 La tutela cautelar y su relación con la tutela judicial efectiva.....	31
2.2.3 Tutela cautelar exclusiva de los árbitros.....	32
2.2.4 Las medidas cautelares: características y presupuestos.....	35
2.3 ¿La medida cautelar concedida por un árbitro incompetente vulnera la tutela judicial efectiva?.....	37
Capítulo 3 La participación del árbitro de emergencia en el arbitraje institucional.....	39
3.1 El origen del árbitro de emergencia.....	39
3.1.1 Surgimiento y antecedentes.....	40
3.2 El árbitro de emergencia en el Perú.....	42
3.2.1 La regulación del árbitro de emergencia en el Perú.....	43
3.2.2 Cuestiones sobre el árbitro de emergencia.....	46
3.3 La naturaleza jurídica del árbitro de emergencia en el Perú.....	49
Conclusiones.....	53
Referencias.....	55
Normativas.....	59

Introducción

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el cual, dos partes enfrentadas por una controversia, a fin de dar solución definitiva al conflicto, deciden recurrir voluntariamente a uno o varios árbitros. La decisión final con la que el tribunal resuelve la controversia se denomina laudo arbitral, y conforme lo establece la normativa vigente, produce plenos efectos de cosa juzgada y despliega fuerza ejecutiva inmediata.

Entre las principales ventajas que se advierten del arbitraje, resalta el hecho de que es un proceso mucho más abreviado que el judicial, lo cual permite obtener rápidamente un laudo que ampare lo solicitado. En este punto, resulta necesario también señalar que, en muchas ocasiones, el que los demandantes obtengan un laudo que les ampare lo solicitado es tan importante para ellos, como el hecho de contar rápidamente con una medida cautelar que les pueda asegurar desde un inicio su derecho.

Las medidas cautelares, conforme lo señala el artículo 47 del Decreto Legislativo N°1071, son medidas temporales que el tribunal arbitral *-una vez constituido-* adopta a petición de cualquiera de las partes para garantizar la eficacia del laudo. De no estar aún constituido el tribunal arbitral, también pueden ser solicitadas a una autoridad judicial, hecho que no es incompatible con el arbitraje, ni tampoco puede dar lugar a que sea considerado como una renuncia a él, ya que una vez constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir que se remita al tribunal el expediente del proceso cautelar, estando en estos casos la autoridad judicial obligada a remitirlo en el estado en que se encuentre.

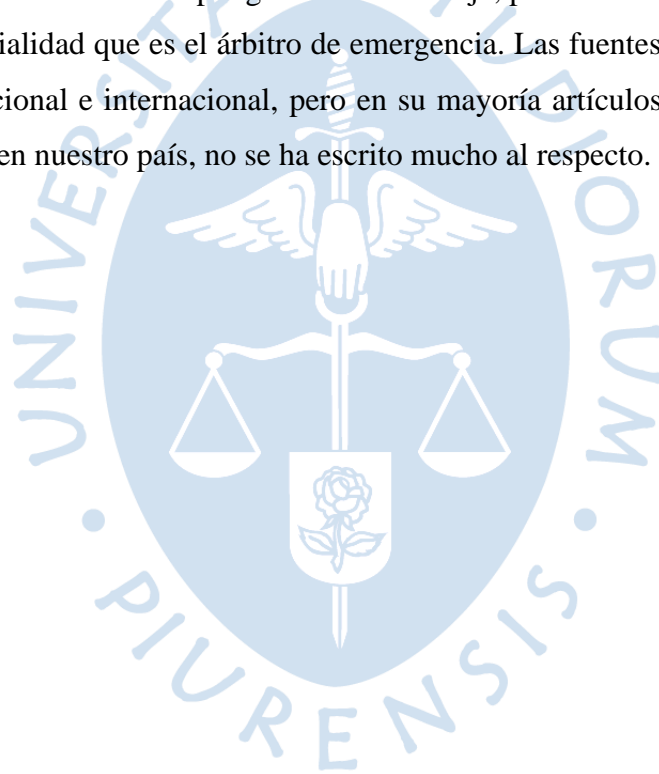
No obstante, a lo dispuesto por la norma, actualmente en muchas ocasiones ya no es necesario que las partes esperen que el tribunal arbitral se instale para solicitar una medida cautelar o que acudan al Poder Judicial para solicitarla *-cuando el tribunal arbitral aún no se ha instalado-*, y esto se debe a que varios centros arbitrales en el Perú regulan en sus reglamentos o directivas internas a la figura del árbitro de emergencia.

El árbitro de emergencia es una persona designada por la institución arbitral que administra el arbitraje, quien tiene por finalidad conocer y resolver las solicitudes de medidas cautelares que las partes pudieran presentar antes del inicio del arbitraje. Presenta como principal ventaja la celeridad, toda vez que su participación evita que las partes tengan que acudir al Poder Judicial quien suele demorar para conceder medidas cautelares, y además evita esperar a que se instale el tribunal arbitral, el cual, en muchos casos, entre no aceptaciones al cargo y recusaciones, puede demorar meses.

Ante la repentina aparición del árbitro de emergencia, se busca analizar la legalidad de su trascendente participación, la cual como se ha señalado, nace para conocer, revisar y otorgar medidas cautelares antes de que el tribunal arbitral se constituya, pese a que para estos casos, el Decreto Legislativo N°1071 señala que corresponde a las partes acudir a la vía judicial.

Así, en atención a lo antes mencionado, en la presente investigación, la cual se ha dividido en tres capítulos, se estudiará en el primer capítulo el arbitraje, en el segundo al árbitro y las medidas cautelares y en el tercero, la actuación del árbitro de emergencia en el Perú, a fin de lograr determinar si su naturaleza jurídica es la de un verdadero árbitro y si su implementación logra ser beneficiosa en nuestro ordenamiento.

En esta estructura, se podrá advertir que el método de investigación utilizado es el deductivo, pues se parte de un concepto general de arbitraje, para ir descendiendo poco a poco a la materia de especialidad que es el árbitro de emergencia. Las fuentes consultadas han sido libros, normativa nacional e internacional, pero en su mayoría artículos, pues al ser un tema relativamente nuevo en nuestro país, no se ha escrito mucho al respecto.



Capítulo 1

El arbitraje en el Perú

Como se sabe, al ser el hombre un ser social por naturaleza, se encuentra constantemente en convivencia con más personas, y a consecuencia de esto, muchas veces se llegan a generar diferencias o conflictos de toda índole. Frente a esto, y de manera general, podemos advertir que en nuestra sociedad existen dos formas de regulación mediante las cuales se puede poner fin al conflicto suscitado; la primera, que emana de la voluntad de los propios particulares, y la segunda, que emana de la intervención del Estado, siendo importante precisar que la primera, existe por regulación permisiva de las normas.

Así, cuando la regulación emana de la voluntad de los particulares, es decir, desde la facultad del individuo para autodeterminarse, podemos referirnos a los medios alternativos de solución de conflictos, los cuales, como su nombre lo indica, son medios o vías alternas a la judicial que son utilizados por los particulares para dar solución a sus conflictos. La negociación, mediación, conciliación y arbitraje son los principales mecanismos de solución de conflictos, pero no son los únicos, lo que implica que las personas, en ejercicio del principio de autonomía de voluntad, pueden llegar a utilizar vías adicionales a las ya mencionadas.

En nuestro país, el arbitraje es uno de los medios alternativos de solución de controversias más utilizados, y en el presente capítulo, a fin de empezar a enmarcarnos en el tema materia de la presente investigación, abordaremos el estudio de esta institución.

1.1 Origen y definición del arbitraje

Respecto al origen y nacimiento del arbitraje, Quiroga León citado por Vidal Ramírez, señala que esta institución

Ha existido desde la más remota antigüedad, se origina cuando los seres humanos toman conciencia de la necesidad de organizar su vida de relación y de confiar en un tercero la solución de sus conflictos. Es entonces que en aquellas organizaciones sociales anteriores a la formación del estado y a la creación de sus órganos jurisdiccionales, se confía en el anciano, en el sacerdote o en el poderoso la función de arbitrar el conflicto de intereses para solucionarlo, comprometiéndose los interesados en aceptar su decisión. Por ello puede afirmarse, sin duda alguna, que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que en su origen no constituyó una alternativa, sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal.¹

¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Gaceta Jurídica, primera Edición, mayo 2003. Págs.10-11.

El arbitraje, como modo de solucionar un conflicto de intereses y entendido como acción y efecto de arbitrar, deriva del latín *arbitrare*, que significa juzgar como árbitro, que a su vez deriva de *arbiter*, que significa el que asume el papel de juez entre las partes; en este sentido, se puede afirmar que el arbitraje es “el ejercicio de la facultad que ha recibido el árbitro para resolver un conflicto de intereses, esto es, para la composición de una *litis*”.²

Chipana Catalán lo define:

(...) como una institución que se origina en el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos, quienes deciden someter a una o a más personas (quienes deberán aceptar dicho encargo) la solución de un conflicto de intereses, respecto del cual estas partes tienen capacidad de disposición, obligándose a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin previo fallo arbitral (...).³

En este sentido, teniendo como punto de partida los principales caracteres del arbitraje, en líneas generales, se puede llegar a definir como una institución en la cual las partes de una determinada relación jurídica, someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas que versan sobre derechos arbitrables.

La rapidez, flexibilidad, especialización y confidencialidad son algunas de las principales ventajas que resaltan del arbitraje. Se considera un método rápido y flexible porque al estar basado en la autonomía de la voluntad de las partes, son ellas quienes pueden decidir cuándo y cómo resolver la controversia; es especializado porque se permite escoger al árbitro con conocimientos específicos sobre la materia objeto del conflicto y es confidencial a diferencia del proceso judicial, que es por esencia público.

Así, si bien inicialmente se había previsto el arbitraje para dar solución a temas eminentemente privados, debido a las grandes ventajas que ostenta esta institución, en la actualidad, el arbitraje se utiliza también para dar solución a las controversias que surgen en el ámbito público en el que el Estado es una de las partes, como por ejemplo, en el caso de las contrataciones con el Estado.

1.2 Naturaleza jurídica del arbitraje

Determinar la naturaleza jurídica del arbitraje ha generado grandes debates, y es que la discusión radica en dilucidar si su naturaleza pertenece a la concepción normativa pública o a la normativa privada. A la fecha, dicho debate no ha encontrado una solución universalmente aceptada ya que no existe una posición uniforme en la doctrina.

² Ídem. Pág. 21.

³ CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “Los árbitros y la Ley de Arbitraje del Perú”. En Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 30, septiembre 2014. Pág. 47.

Se suelen identificar cuatro teorías que explican su naturaleza jurídica, las mismas que, como es de esperarse, tienen mucho asidero en el ámbito doctrinal gracias a que sus defensores han escrito incasablemente. Estas cuatro teorías son: la teoría contractual, la jurisdiccional, la mixta o híbrida y la autónoma. La intención en este punto es detenerse en cada una de ellas, identificando sus principales notas características y problemas.

1.2.1 Teoría contractualista

Esta teoría parte de considerar que el arbitraje es un contrato, pues tal como lo señala Mallandrich:

(...) presta su atención en el elemento iniciador del arbitraje, en el convenio arbitral, que origina y funda el arbitraje. Para este sector doctrinal, en el que se debe destacar a Guasp Fernández, el laudo es la manifestación final del contrato inicial y, por lo tanto, éste comparte la naturaleza contractual.⁴

Asimismo, Gonzales de Cossio señala que, Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y consideran que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes. El corazón de la teoría contractual es que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Tanto el acuerdo como el laudo arbitral reflejan el carácter contractual del arbitraje.⁵

En el Perú, Bullard Gonzales es un claro defensor de esta teoría, y asegura que:

El arbitraje es, finalmente, un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso, más que una delegación de la justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias.⁶

En respuesta a los argumentos de esta tesis, Cantuarias Salaverry y Repetto sostienen que:

(E)l principal problema (...) con esta teoría, es que desconoce que el arbitraje también depende del reconocimiento estatal. En efecto, esta teoría desecha algo trascendental: la

⁴ MALLANDRICH, Miret Nuria. *Medidas Cautelares y arbitraje*. Atelier, Barcelona 2010. Pág. 65.

⁵ GONZALES DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa, México. Pág. 147.

⁶ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “¿Quién fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”. En <http://www.justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/EI%20Huevo%20y%20la%20Gallina%20-%20Alfredo%20Bullard.pdf> visitado el 15 de febrero de 2023.

necesidad del respaldo del Estado. Si el Estado no reconoce el arbitraje, el laudo no tendría otro valor que el de un simple contrato. Es más, sin el respaldo del Estado, estamos seguros que las actuaciones arbitrales difícilmente culminarían en laudo. En efecto, no es difícil imaginar que una de las partes iría al Poder Judicial, cada vez que quisiera paralizar el arbitraje.⁷

Teniendo en cuenta este escenario, se es de la opinión que la teoría contractual no es la que mejor explica la naturaleza jurídica del arbitraje, pues como se ha podido advertir, diversos aspectos de su construcción no logran sostenerse del todo desde el lado contractual, lo cual podría dar lugar a que algunas de sus afirmaciones sean refutadas fácilmente. Con esta opinión no se está negando el que hecho de que el arbitraje tenga elementos de naturaleza contractual, pues sí los tiene, pero estos están acompañados de aspectos de índole jurisdiccional.

1.2.2 Teoría jurisdiccionalista

Esta teoría señala que los árbitros son verdaderos jueces, llegando a desempeñar una función pública que la ley les encomienda, así, tal como lo señala Pugliani Guerra, aquí el interés más relevante no es necesariamente proteger la voluntad de las partes, sino el interés que tiene el Estado para mantener la paz social con una adecuada distribución de derechos según las normas que dicta; es en tal sentido que, siendo tan relevante este interés del Estado, se concluye que excepcionalmente los particulares (los árbitros) puedan ejercer la función jurisdiccional.⁸

Tal como se puede advertir, con esto se estaría llegando a postular una función pública, cuasi-judicial del árbitro como una alternativa del juez local, alegándose que el árbitro y el juez se parecen en varios sentidos, como por ejemplo que ambos derivan sus facultades del derecho nacional y que la regulación que se tiene para ellos de las obligaciones de independencia e imparcialidad son semejantes y en ocasiones idénticas. Por tales motivos, sostienen que el juez se parece al árbitro, siendo la única diferencia entre ellos que el primero fue nominado y facultado directamente por el Estado (su judicatura), mientras que el segundo fue nominado y facultado directamente por las partes; sin embargo, el origen último es el mismo: la permisión de ellos por el derecho⁹. Por ende, para esta tesis, la función que cumple el árbitro se equipara

⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO, José Luis. “La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino”. En Forseti, Revista de Derecho. En <http://159.203.123.197/revista/arbitraje-internacional/articulo/la-naturaleza-juridica-del-arbitraje-segun-el-tribunal-constitucional-peruano-riesgos-en-el-camino> visitado el 15 de febrero de 2023.

⁸ PUGLIANINI GUERRA, Luis. “La relación partes-arbitro”. En Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra, Volumen 19, agosto 2012. Págs. 25-27.

⁹ GONZALES DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje... Op. cit.* Pág. 146.

a la función decisoria que cumple un juez; de ahí que lleguen a sostener también la equivalencia entre una sentencia y un laudo arbitral.¹⁰

Como se puede apreciar, esta teoría pone énfasis no en la autonomía privada de las partes que da origen al arbitraje, sino más bien en la actividad que el árbitro realiza al interior de un procedimiento arbitral, es decir, en la solución de un conflicto de intereses vinculante para las partes y calidad de cosa juzgada de su pronunciamiento. Así, si bien los árbitros ejercen su función porque las partes lo acuerdan, su función finalmente es jurisdiccional por así lo dicta la ley.¹¹

Bajo esta misma línea, el Tribunal Constitucional peruano ha hecho suya esta teoría señalando que:

Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.¹²

Asimismo, Vidal Ramírez señala que:

el arbitraje es función jurisdiccional, pero no solo por la jerarquía de la norma que le da este reconocimiento sino porque los árbitros la ejercitan y el laudo, que resume la función arbitral, es un genuino acto jurisdiccional¹³; con esto, se quiere dejar sentado que “la jurisdiccionalidad del arbitraje (es) no solo por su reconocimiento constitucional, sino atendiendo a que la jurisdicción arbitral tiene su razón de ser en las controversias que se someten a la decisión de árbitros, quienes al solucionar dictan, dicen o declaran el derecho, con un laudo que al igual que una sentencia, si queda firme adquiere la autoridad de cosa juzgada.¹⁴

Ahora bien, se piensa que es un error sostener el carácter eminentemente público de la función arbitral apoyándose en la afirmación de que la ley, en tanto mecanismo de solución de controversias, es la que le da existencia jurídica y que por tanto, se debe tratar a los árbitros

¹⁰ CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “Los árbitros... *Op. cit.* Pág. 58.

¹¹ Ídem. Pág. 58.

¹² STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11.

¹³ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual... Op. cit.* Pág.31.

¹⁴ Ídem. Pág.36.

como funcionarios públicos, vale decir, como jueces que imparten justicia y sentencia en nombre del Estado en un proceso.¹⁵

Cantuarias Salaverry y Repetto al respecto sostienen que

El principal problema de esta teoría, es que no reconoce que la autonomía de la voluntad de las partes (principio fundamental en la contratación moderna y que es fruto de la libertad de todos los sujetos) es esencial para el nacimiento de la institución del arbitraje y para la aplicación de muchas de las reglas que requiere para su correcto funcionamiento (por ejemplo, libertad de regulación del procedimiento). Además, es sumamente riesgoso que se afirme que el arbitraje dependa de manera exclusiva de la voluntad del legislador. De ser ese caso, bastaría un simple cambio de las reglas de juego para que el arbitraje desaparezca y se convierta en un simple pacto sin mucho sentido.¹⁶

De la misma forma, es necesario hacer notar la enorme contradicción que encierra la idea de hacer del arbitraje una institución de jurisdicción estatal, ya que el arbitraje carece de una serie de importantes principios, derechos y garantías propios de la jurisdicción, como son la instancia plural, el juez natural, el procedimiento legal previamente establecido por ley, la publicidad en los procesos, la gratuidad, entre otros.¹⁷

1.2.3 Teoría mixta

Como se ha señalado, tanto la teoría contractual como la jurisdiccional tienen aspectos muy cuestionados. Por ejemplo, respecto de la teoría contractual se puede señalar que si bien es cierto que su naturaleza contractual resulta útil para iniciar el arbitraje, pues las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad han decidido acudir dicha vía, lo cierto es que una vez que inicia, la voluntad de las partes es limitada por la facultad que ostenta el tribunal arbitral para tomar decisiones en el proceso. De la misma manera, de la teoría jurisdiccional muchos cuestionan que se equipare al árbitro al juez, y el laudo a la sentencia judicial.

Ante esto, y del intento de unir estas dos escuelas, nace la teoría mixta o híbrida, la cual, al ser una compatibilización de ambas teorías, se sostiene de varios de los elementos que ostentan. Aquí, se reconoce no solo a la autonomía de la voluntad de las partes como esencial, sino que también se reconoce que sin el reconocimiento del Estado, el arbitraje llegaría a ser de poca utilidad. En este sentido, para esta teoría el arbitraje sería acuerdo de voluntades que tiene efectos jurisdiccionales.

¹⁵ CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “Los árbitros... *Op. cit.* Pág. 59.

¹⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO, José Luis. ... *Op. cit.*

¹⁷ CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “Los árbitros... *Op. cit.* Págs. 59-60.

Tal como lo señala Gonzales de Cossio, esta teoría fue desarrollada por el profesor Sauser-Hall en su reporte al *Institut de Droit International* en 1952, en el cual, argumentaba que el arbitraje no podía apartarse de todos los sistemas jurídicos, tenía que existir algún derecho que pudiera determinar la validez de la sumisión del arbitraje y la ejecutabilidad del laudo. Así, reconoció que cada arbitraje tiene su origen en un contrato privado, y que los árbitros designados y las reglas para regir el arbitraje dependen en forma primaria del acuerdo de las partes. Por consiguiente, sostenía que existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados de forma indisoluble.¹⁸

1.2.4 Teoría autónoma

La teoría autónoma es una versión refinada de la teoría mixta. Para quienes defienden esta tesis, el arbitraje no tiene naturaleza híbrida, pues su compleja configuración manifiesta que en realidad estamos frente a una institución autónoma, que debe dar origen a un estudio también autónomo que sistematice sus elementos y encuentre su lógica interna con el propósito de crear un conjunto de reglas e instituciones que respalden adecuadamente a los problemas que surjan en la teoría y en la práctica.¹⁹

Así, por ejemplo, Monroy Palacios define la naturaleza de la institución arbitral de la siguiente manera:

El arbitraje no es ni contractual, ni procesal, ni una mezcla de ambos. Es una disciplina autónoma que si bien puede construirse con ayuda de las demás parcelas del derecho, no se identifica con ninguna de ellas. Posee sus propios principios, problemas y especialistas, pero, lejos de aislarse, se integra con las demás ramas del derecho, sin perder su carácter autónomo. Por ello mismo, desde hace algunas décadas muchos juristas convienen en hacer referencia a una rama jurídica específica y diferenciada de las clásicas, cuyo nombre es el ‘Derecho del Arbitraje.’²⁰

En este sentido, después de haberse desarrollado brevemente cada una de las teorías, se coincide con la postura de Chipana Catalán²¹ al señalar que el arbitraje es producto de la interacción de una serie de figuras jurídicas que por su naturaleza pertenecen a distintas ramas del Derecho. Así, se piensa que la discusión no debe centrarse en delimitar y categorizar a raja tabla la interrelación de todos y cada uno de sus elementos, pues estamos frente a un fenómeno

¹⁸ GONZALES DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje... Op. cit.* Pág. 148.

¹⁹ Es de este parecer Lizbeth Panduro (Cfr. Panduro Meza, Lizbeth. Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad Derecho, mayo de 2011. Págs. 76 y ss)

²⁰ MONROY PALACIOS, Juan José. “Arbitraje, jurisdicción y proceso”. En Actualidad Jurídica. Lima, tomo 140, julio del 2005.

²¹ CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “Los árbitros... Op. cit. Pág. 65.

que con armonía y coherencia adopta las figuras, principios, instituciones, etc., que le son más útiles de las distintas áreas del Derecho, de manera que pueda otorgar al arbitraje las mejores herramientas que le permitan cumplir con su principal objetivo que es resolver una controversia.

1.3 La incorporación del arbitraje en el marco legal peruano

En el país, el arbitraje se introdujo a nuestro ordenamiento mediante el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1851, el cual, al seguir el modelo del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de España, lo legisló como una institución procesal.

El Código de Enjuiciamiento Civiles fue derogado y reemplazado por el Código de Procedimientos Civiles de 1912, y si bien se suponía que este sería más moderno que su predecesor, “siguió siendo procedimentalista, formalista y ritualista”²², y continuó la tradición española, legislando al arbitraje como juicio arbitral, pues estaba “marcadamente judicializado y la actuación de los árbitros sumamente regulada”²³, llegando a equipararse “a un juicio sujeto a revisión ante el Poder Judicial, lo cual restaba eficacia al laudo arbitral”²⁴. En este cuerpo normativo, el arbitraje se originaba en la cláusula compromisoria²⁵ y se concretaba en el compromiso arbitral; sin embargo, “La distinción entre ambos pactos y la obligación de celebrar el compromiso arbitral luego del nacimiento de la controversia, determinaba que el arbitraje resultara una institución poco práctica”.²⁶

Veinticuatro años más tarde, entró en vigencia el Código Civil de 1936, que guardó silencio absoluto sobre el arbitraje. El Código Civil de 1984, que entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año derogando el Código Civil de 1936, si bien mantuvo el juicio arbitral regulado en el Código de Procedimientos Civiles 1912, modificó aspectos de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral a fin de ayudar con la función arbitral y facilitar la ejecución de los laudos emitidos en el extranjero. En lo que respecta a los aspectos procesales del arbitraje y las normas del procedimiento, estas se mantuvieron reguladas en el Código de Procedimientos Civiles de 1912. Así, tal como lo señala Quiroga León, “Esto, sin duda, restó

²² QUIROGA LEÓN, Aníbal. “*La naturaleza procesal del arbitraje*”. En Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 46, octubre 2017. Pág. 99.

²³ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual...* Op. cit. Pág. 15.

²⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. “*El Arbitraje Nacional e Internacional en el Perú*”. En [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/816EDCD2C2C97A3C05257E2800601DBC/\\$FILE/Art%C3%ADculoArbitraje.26set05.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/816EDCD2C2C97A3C05257E2800601DBC/$FILE/Art%C3%ADculoArbitraje.26set05.pdf) visitado el 07 de febrero de 2022.

²⁵ La cláusula compromisoria era una estipulación contractual en virtud de la cual los contratantes se comprometían a someter a arbitraje los conflictos que se en el futuro pudieran surgir entre ellos, sustrayéndolos de la jurisdicción ordinaria. Se trataba, pues, de un convenio que era pactado con el carácter preliminar para el caso de conflicto pues, si éste se presentaba, se debía, entonces, celebrar el compromiso arbitral. (...). El compromiso arbitra era el convenio definitivo que se celebraba en cumplimiento de la cláusula compromisoria. En VIDAL RAMÍREZ, Fernando... Op. cit. Pág. 150.

²⁶ OSTERLING PARODI, Felipe. ... Op. cit.

técnica y eficacia a toda esta regulación que –siendo más avanzada que su predecesora- estuvo lastrada por esta sujeción procedimentalista y por el fraccionamiento del convenio arbitral entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.”²⁷

En 1992, a fin de modernizar el proceso civil, mediante el Decreto Legislativo N°768 se aprobó el proyecto de Código Procesal Civil, el cual, si bien derogaba el juicio arbitral, pasó a desarrollarlo bajo el nuevo concepto de Justicia Arbitral. Asimismo, propuso modificaciones al Código Civil, siendo una de las más resaltantes el que se elimine la cláusula compromisoria y se cambie la denominación de compromiso arbitral a la de convenio arbitral.

No obstante, todas estas modificaciones no lograron ser aplicables, ya que el 09 de diciembre de 1992, mediante Decreto Ley N°25935 se promulgó la Ley General de Arbitraje, derogándose tanto las disposiciones del régimen arbitral contenidas en el Código Civil de 1984 como las contenidas en el proyecto del Código Procesal Civil que entrarían en vigor en 1993. De esta forma, la regulación del arbitraje quedó unificada y sometida exclusivamente a su ley, la cual no solo mantuvo la diferenciación entre el arbitraje nacional e internacional al normarlos separadamente en dos secciones diferentes, sino que también puso fin a la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral recogida en el Código Civil de 1984, facilitando de esta manera el acceso, celeridad y efectividad del arbitraje.

El 06 de enero de 1996, esta norma es derogada por la Ley N°26572, Ley General de Arbitraje, “la cual seguía en lo básico a la Ley Modelo de UNCITRAL”²⁸; y algunos años después, el 27 de junio del 2008, se emite el Decreto Legislativo N°1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje o Ley de Arbitraje, el cual deroga la Ley N° 26572, y está en vigencia desde el 01 de septiembre de 2008. Al respecto, Quiroga León precisa que:

Esta norma reforzó el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas. Esta es la norma que rige a la fecha, (...).²⁹

En el marco constitucional, el arbitraje es el único medio alternativo de solución de controversias al que se le ha reconocido expresamente jurisdicción y esto se puede evidenciar

²⁷ QUIROGA LEÓN, Aníbal. “*La naturaleza ... Op. cit.*”, Pág. 103.

²⁸ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZALES, Alfredo. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje. Primera edición, Enero 2011. En <https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf> visitado el 07 de febrero de 2023

²⁹ QUIROGA LEÓN, Aníbal. “*La naturaleza... Op. cit.*”, Págs. 117-118.

en el art. 139 inc. 1 de la Constitución de 1993; no obstante, resulta pertinente precisar que este reconocimiento se realizó por primera vez en la Constitución de 1979³⁰.

Para finalizar, se debe hacer mención a los tratados y convenciones que forman parte del ordenamiento jurídico peruano, que regulan materia arbitral, entre los principales tenemos:

- a) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958. Esta Convención fue aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N.º 24810, publicada el 25 de mayo de 1988, y vigente desde el 5 de octubre de 1988.
- b) Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975. Fue ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N.º 24924, publicada el 10 de noviembre de 1988, y vigente desde el 21 de junio de 1989.
- c) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, adoptada en Montevideo el 8 de mayo de 1979. Fue aprobada por el Perú mediante Decreto Ley N.º 22953, de fecha 26 de marzo de 1980, ratificada el 9 de abril de 1980 y vigente desde el 14 de junio de 1980³¹.

1.4 El convenio arbitral

El inciso 1 del artículo 13 de la ley de arbitraje, define al convenio arbitral como el “(...) acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”, esta manifestación de voluntad de las partes puede ser expresa o tácita, anterior o posterior al conflicto.

Esta definición, calza con la definición de acto jurídico recogida en el art. 140 del Código Civil, toda vez que para que surja el convenio arbitral es necesario que las partes manifiesten la voluntad de someterse en su oportunidad a un tribunal arbitral y no a la jurisdicción ordinaria a cargo del Poder Judicial para la solución de sus controversias, con la excepción de los arbitrajes forzosos³¹. Por lo tanto, el “convenio arbitral, siendo un acto o negocio jurídico, le son exigibles los requisitos de validez que establece el art. 140 del Código Civil”³², esto es, que las partes que suscriben el convenio tengan capacidad para hacerlo, que el

³⁰ Constitución Política del Perú 1979

Artículo 233. Son garantías de la administración de justicia:

1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar.

Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.

³¹ El arbitraje forzoso es el que ha sido impuesto por el legislador, quien dispone quitar determinados litigios del ámbito de competencia de los jueces estatales, atribuyéndosela a los árbitros con carácter excluyente. Caivano, Roque J. *Arbitr... Op. cit.*, Pág. 83.

³² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual... Op. cit.*, Págs. 53-54.

objeto sea físicamente y jurídicamente posible, que el fin sea lícito y por último, que se observe la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Respecto a su formalidad, el artículo 13 de la ley de arbitraje señala que “El convenio arbitral deberá constar por escrito. (...)”, sin embargo, esta es una formalidad *ad probationem*, ya que su omisión no está sancionada con nulidad, siendo el mismo artículo el que establece una serie de excepciones a su cumplimiento riguroso.

Finalmente, en este punto se considera pertinente señalar que, en el convenio arbitral las partes pueden decidir si el arbitraje será de derecho o de conciencia en atención a los principios en los que se basarán los árbitros para tomar sus decisiones, y si será *ad hoc* o institucional en atención a la forma de funcionamiento en que deseen llevar el proceso.

El arbitraje será de derecho cuando los árbitros, que en general serán abogados, toman la decisión de conformidad con las leyes vigentes, y será de conciencia cuando la decisión se toma según el leal saber y entender del árbitro, siendo que para estos casos puede ser cualquier persona natural, mayor de edad y con pleno ejercicio de sus derechos.

Asimismo, el arbitraje será *ad hoc* cuando sean las partes las que decidan y acuerden con plena libertad todas las reglas del procedimiento, tales como la forma de integración y nombramiento de árbitros, la forma y contenido de la demanda arbitral, la forma de notificar, etc. En el arbitraje institucional, a diferencia del *ad hoc*, la decisión respecto a la forma de funcionamiento del proceso se encarga a centros o instituciones de arbitraje, quienes mediante su propio reglamento se encargan de administrar los procesos arbitrajes encomendados.³³ Como se puede advertir, este tipo de arbitraje tiene su rasgo distintivo en la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia, siendo que las partes acuerdan su participación con el ánimo de facilitar las actuaciones propias y de los árbitros a lo largo del proceso, principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladoras de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que este proporciona.³⁴

Como se ha desarrollado en el presente punto, si bien el convenio arbitral es el momento que tienen las partes para fijar todas las reglas del proceso, en la práctica esto no llega a ocurrir, pues lo que realmente suele suceder, es que las partes para no originar controversias al intentar ponerse de acuerdo respecto a las reglas del proceso, finalmente pactan en el convenio arbitral lo mínimo necesario, llegando a utilizar inclusive cláusulas modelo, las cuales en líneas

³³ CHANAME OBRE, Raúl y VERÁSTEGUI GASTELÚ, Simón Alejandro. “*El proceso de arbitraje en el Perú. El Arbitraje y Constitución*”. En Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 21, Palestra, diciembre 2012, Págs. 95-97.

³⁴ Ídem. Pág. 113.

generales solo establecen el acuerdo de las partes de someter a arbitraje las controversias que se puedan originar; y es justamente esto, lo que a la larga, al momento de llevarse a cabo el arbitraje, les llega a generar algunos problemas, tal como se desarrollará más adelante.



Capítulo 2

El árbitro y las medidas cautelares

2.1 El árbitro

En esta primera parte del segundo capítulo, se desarrollará la figura del árbitro, que es uno de los pilares del arbitraje, pues el buen desarrollo de esta institución se enmarcaría en dos puntos, el primero, la suscripción de un adecuado convenio arbitral y el segundo, la designación del árbitro. Así, para lograr el estudio de esta importante figura, es necesario partir no solo de su definición y función en el proceso, sino de lo que debe suceder de manera previa para que surja la figura del árbitro.

Ya se sabe que no hay arbitraje sin convenio arbitral. Ahora bien, de manera general se puede señalar que, existiendo el convenio, deberá producirse una controversia para que ante esto, las partes se pongan de acuerdo y designen a quien solucionará el conflicto, persona que recién después de aceptar la designación, se le denominará árbitro. Así, tal como lo señala Ledesma Narváez, “(...) la condición legal de árbitro se adquiere desde el momento en que este “acepta” desempeñarse como tal; la mera designación o nombramiento que hace la parte no lo constituye como tal (...)”.³⁵

En cuanto a su definición y función, Chipana Catán señala que puede ser árbitro:

(...) toda persona natural que posee plena capacidad de ejercicio y que, luego de haber aceptado la designación, tiene como función resolver la incertidumbre jurídica planteada por las partes dentro del arbitraje que garantice el respeto a la Constitución, a toda norma que interese al orden público y a las buenas costumbres y a las leyes imperativas.³⁶

Así, es claro que el árbitro es el tercero que resuelve la controversia y juega un rol fundamental durante todo el proceso; y tal como se verá a continuación, en la ley de arbitraje se contemplan diversos artículos que establecen los requisitos mínimos que deben cumplir aquellas personas que potencialmente actúen como árbitros.

2.1.1 Requisitos para ser árbitro

Respecto a la capacidad que deben ostentar, el artículo 20 dispone que “Puede ser árbitro la persona natural que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tenga incompatibilidad para actuar como árbitro y no haya recibido condena penal firme por delito doloso”. Así mismo, respecto a la nacionalidad, este artículo señala que “Salvo acuerdo

³⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Tercera Edición, diciembre 2014. Pág. 87.

³⁶ CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “*Los árbitros...* Op. cit. Pág. 68.

en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro”.

En cuanto a la profesión, el artículo 22 establece que, cuando se trate de arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requerirá ser abogado, salvo acuerdo en contrario; sin embargo, cuando se trate de un arbitraje internacional, no se requiere ser abogado para ejercer el cargo. Asimismo, precisa que cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados.

Tal como se puede advertir, en lo que respecta a los requisitos de capacidad, profesión y nacionalidad, esta regulación tiene la premisa de otorgar a las partes la mayor libertad posible para que escojan a sus árbitros; sin embargo, esto no siempre fue así.

En la derogada ley³⁷, el artículo 20 disponía que podían “actuar como árbitros las personas naturales, nacionales o extranjeras, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad y se encuentran en pleno ejercicio de los derechos civiles”, agregando que cuando “la cuestión controvertida deba resolverse con arreglo a derecho, el árbitro debe ser, además, abogado colegiado y mayor de veinticinco años”.

En este sentido, del contenido de la derogada norma se entendía que tanto los abogados menores de veinticinco años como los colegas no colegiados, no podían ser escogidos por las partes, exclusión que no tenía ningún sustento. Adicionalmente a esto, “El principal problema se presentaba en los arbitrajes de ‘derecho’. En primer lugar, la ley creaba un monopolio exclusivamente en favor de los abogados, el cual, para ser eliminado, requería que las partes pactaran expresamente en contrario. Es decir, para evitar la exclusiva intervención de los juristas, la LGA derogada exigía que las partes acordaran expresamente que el arbitraje sería de ‘equidad o conciencia’, condición *sine qua non* para la participación como árbitro de cualquier otro ‘común mortal’ que no fuera necesariamente abogado”.³⁸, colegiado mayor de veinticinco años. “Pero, como si todo lo dicho no fuera poco, la exigencia de la colegiación ante un colegio de abogados generaba indirectamente la imposibilidad de la participación de abogados extranjeros como árbitros de ‘derecho’ en los arbitrajes domésticos”.³⁹

Cantuarias Salaverry respecto a lo que la norma derogada dispuso, manifestaba que:

³⁷ Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo N°25935.

³⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “*Los árbitros en la nueva Ley General de Arbitraje (Ley N°26572)*”. Pág. 52. file:///C:/Users/USER/Downloads/15533-Texto%20del%20art%C3%ADculo-61662-1-10-20161006.pdf visitado el 24 de abril de 2023.

³⁹ Ídem.

Nosotros no compartimos esta encubierta prohibición no solo porque nuestra LGA está creando un monopolio en manos de los abogados peruanos, sino porque además se está presumiendo la ‘incompetencia’ de colegas extranjeros para resolver ‘conforme a derecho’ y se está negando a los particulares la facultad de decidir acerca de quiénes son para ellos los verdaderamente ‘competentes’.⁴⁰

Como se puede evidenciar, con la ley vigente se corrigieron estos excesos, lográndose establecer un marco normativo mucho más liberal, bajo la premisa de que hay que otorgar a las partes la mayor libertad posible para que escojan a sus árbitros.

Por último, pero no menos importante, el artículo 28 de la ley vigente contempla la independencia e imparcialidad como otro de los requisitos con los que deben cumplir aquellas personas que potencialmente actúen como árbitros. Esta independencia e imparcialidad que deben tener, no es solo respecto de las partes intervinientes en el procedimiento, sino también con respecto al objeto de la controversia; y tan es así, que una de sus consecuencias, es el deber de revelar por iniciativa propia y como condición para la aceptación del cargo, toda circunstancia que hiciera sospechar el no cumplimiento de estos requisitos.

Antes de terminar con este apartado, se considera pertinente aclarar que tal como se ha mencionado previamente, este comentario se ha realizado teniendo en consideración los requisitos mínimos impuestos por norma, siendo posible por tanto, que las partes o el reglamento de la institución arbitral, dispongan requisitos adicionales si así lo consideran pertinente.

2.1.2 Incompatibilidad para ser árbitro

Detenerse y dedicarle un apartado en este trabajo a la incompatibilidad para ser árbitro resulta de vital importancia, ya que es un tema que se encuentra íntimamente relacionado con una de las causales de anulación del laudo, la cual está contemplada en el literal c, inciso 1 del artículo 63 de la ley, y dispone que “El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación, alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.”

⁴⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “*Los árbitros en la nueva Ley General de Arbitraje: algunas reflexiones (Ley N°26572)*”. Revista del Foro. No. 2. Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1993. pp. 53, 76. file:///C:/Users/USER/Downloads/15533-Texto%20del%20art%C3%ADculo-61662-1-10-20161006.pdf visitado el 24 de abril de 2023.

Ahora bien, el artículo 21 de la ley, el cual consta de dos párrafos, contempla los supuestos de incompatibilidad para actuar como árbitro, y tal como se verá a continuación, de su redacción se debe entender que el primer párrafo corresponde a las incompatibilidades para ser árbitro en los arbitrajes entre privados, y el segundo párrafo aplicaría especialmente a los árbitros en arbitrajes en los que el Estado es parte.

Así, el primer párrafo dispone que “Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas”. Aquí, a diferencia de sus antecedentes normativos⁴¹, los cuales contenían una lista cerrada de las personas que no podían ser árbitros, se establece un precepto de carácter general que resulta más razonable, toda vez que tal como lo señala Chipana Catalán “el método de que una norma intente abarcar todas las hipótesis posibles de presentarse en la práctica se encuentra siempre con una realidad mucho más amplia que ofrece nuevos supuestos de hecho.”⁴²

El segundo párrafo, el cual fue incorporado posteriormente por el Decreto de Urgencia 020-2020, dispone que “En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, tiene incompatibilidad para actuar como árbitro/a, el que ha tenido actuación previa en el caso concreto que debe resolver, sea como abogado/a de alguna de las partes, como perito/a o el que tenga intereses personales, laborales, económicos, o financieros que pudieran estar en conflicto con el ejercicio de su función arbitral, sea como abogados/as, expertos/as y/o profesionales en otras materias.”

A fin de contextualizar rápidamente la emisión de este decreto y entender el sentido de la modificación a la ley, tal como lo señala su exposición de motivos⁴³, en el Perú se han visto muchos casos de corrupción en los arbitrajes en los que participa el Estado, en los que por su uso indebido, privados han logrado satisfacer sus intereses en detrimento de los intereses públicos, pues muchas veces el país se ha visto obligado a pagar grandes sumas de dinero a cuenta de los recursos públicos, siendo por ejemplo uno de los casos más conocidos de corrupción, los arbitrajes en los que participó la empresa brasileña Odebrecht.

Así, a fin de dar respuesta a este problema, el 24 de enero de 2020 el gobierno peruano emitió el Decreto de Urgencia 020-2020, mediante el cual se realizaron siete modificaciones y

⁴¹ Artículo 21 de la Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo N°25935 y artículo 26 de la Ley General de Arbitraje, Ley N°26572.

⁴² CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “Los árbitros... *Op. cit.* Pág. 157.

⁴³ MINJUS (2020). Exposición de motivos. <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2020/Enero/24/EXP-DU-020-2020.pdf> visitado el 11 de junio de 2023.

una incorporación en la ley de arbitraje, con el objetivo de prevenir la corrupción y asegurar la transparencia de los procesos en los que participe el Estado.

Sin embargo, si bien se entiende el fin que se buscaba atender, tal como lo indica Rabines Matta,

(...) no encontramos razón alguna para que el segundo párrafo del artículo 21 distinga las incompatibilidades que aplican para los arbitrajes entre privados de los arbitrajes en los que el Estado interviene como parte. Si se revisa atentamente la norma incorporada, se apreciará que esta describe aquellas relaciones que, de existir entre el árbitro y alguna de las partes, podría generar un conflicto de interés que descalificaría al primero para poder ejercer el cargo. Pese a lo anterior, entendemos que lo que el Estado peruano pretende con la adición del segundo párrafo a la norma es enfatizar los supuestos de conflicto de interés en los cuales una persona no debe aceptar su designación como árbitro en un proceso. Sin embargo, consideramos que no era necesaria una modificación normativa para lograr este cometido, (...) ⁴⁴ toda vez que (...) el requisito de independencia e imparcialidad de los árbitros ya se encuentra establecido en el artículo 28 de la Ley de Arbitraje, razón por la cual deviene en redundante. ⁴⁵

Sin perjuicio de lo anterior, es perfectamente entendible que las partes -sean ambos privados o uno de ellos el Estado- les preocupe por igual la ausencia de objetividad del árbitro durante el proceso, pues como ya se ha mencionado, la confianza en el arbitraje reposa en la elección de un buen árbitro.

Así, siendo la ley consiente de esto, establece que para los casos en los que aun después de su nombramiento, las partes tengan dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, éstas de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 28 de la ley, podrán recursarlo, a fin de que se proceda al nombramiento de un nuevo árbitro.

Tal como se puede advertir, la recusación es la expresión de rechazo de las partes en relación con los árbitros designados, la cual se encuentra motivada por la desconfianza sobre su idoneidad, imparcialidad o incumplimiento de sus deberes. En este sentido, Vidal Ramírez ⁴⁶ señala que la recusación es el acto por el cual una de las partes, o ambas, rechazan al árbitro

⁴⁴ RABINES MATTA, Rodrigo. “¿Justos pagan por pecadores? Analizando las modificaciones a las reglas del arbitraje contra el Estado peruano.” En <file:///C:/Users/USER/Downloads/23485-Texto%20del%20art%C3%ADculo-92308-2-10-20210330.pdf> visitado el 11 de junio de 2023.

⁴⁵ AYLLÓN YANAC, Carmela. “Cuando el remedio no alivia la enfermedad: El Decreto de Urgencia N°20-2020 y su propuesta de derogación”. En <https://ius360.com/cuando-el-remedio-no-alivia-la-enfermedad-el-decreto-de-urgencia-020-2020-y-la-propuesta-de-su-derogacion-carmela-ayllon/> visitado el 11 de junio de 2023.

⁴⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual... Op. cit.* Pág. 85.

nombrado por dudas de su idoneidad, imparcialidad o independencia, o por su incumplimiento de los deberes inherentes a la función arbitral, siendo que ésta puede ser planteada por las partes no solo cuando ellas son las que han nombrado a los árbitros y los nombrados designaron al tercero, sino también cuando estos hayan sido nombrados por un tercero o por una institución arbitral.

A criterio de Vidal Ramos

(...) la Recusación es el instrumento procesal que se le otorga a las partes a fin de que en diversos supuestos que consideren que existen dudas respecto de la imparcialidad o independencia de los árbitros, puedan invocar el retiro o alejamiento del Árbitro o los árbitros del proceso arbitral.⁴⁷

En este punto resulta necesario precisar que, salvo acuerdo en contrario, tal como lo dispone el literal a. del inciso 2 del artículo 29 de la ley de arbitraje, la parte que desee formular la recusación deberá hacerlo tan pronto como sea conocida la causal que la motiva, debiendo estar debidamente justificadas las razones en que se basa y debiendo presentar los documentos correspondientes para sustentarla. Resulta importante realizar esta precisión debido a que muchas veces la realidad demuestra que, a fin de entorpecer el proceso, las partes no cumplen con el requisito antes mencionado y terminan recusando a árbitros por “incompatibilidades” sin sustento, lo que origina no solo la paralización de los procesos, sino que también enturbian el trabajo de los propios árbitros, quienes tienen que estar presentando material probatorio para defenderse de causales absurdas alegadas por las partes; asimismo, esto ocasiona que los centros arbitrales, que son quienes resuelven la recusación, se sobrecarguen de ese tipo de trabajo, en vez de atender los documentos propios del proceso en trámite, lo cual empieza a restarle rapidez y confianza al arbitraje.

2.1.3 *Nombramiento e instalación del tribunal arbitral*

Como se viene analizando en el arbitraje, las partes, a través de convenio arbitral, acuerdan que el conflicto sea resuelto por un tercero imparcial denominado árbitro, quien en la práctica puede ser un árbitro único o un tribunal arbitral colegiado, siendo que la diferencia entre uno y el otro es únicamente el número de árbitros. Así, respecto al número de árbitros, el artículo 19 de la ley, como premisa principal dispone que las partes pueden fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral, siendo que solo en los casos en los exista duda o falta de acuerdo, serán tres árbitros.

⁴⁷ VIDAL RAMOS, Roger. “La recusación en el arbitraje de las contrataciones estatales”. En <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4392/4311> visitado el 07 de julio de 2023.

Como se puede advertir, la premisa principal de la ley para la fijación del número de árbitros, es no establecer límites en la conformación del tribunal arbitral; sin embargo, la práctica arbitral nos enseña que es poco probable que este no se vea conformado por máximo tres personas, debido a que son las partes quienes sufragan los costos que implican los honorarios de los árbitros y que un número mayor de árbitros determinaría una situación poco funcional.⁴⁸ En este sentido, tal como señala Chipana Catalán, se es de la opinión que el legislador cometió un error al no establecer como límite a la autonomía privada, el que el tribunal deba estar conformado por un número impar y es que los problemas que surjan sobre este tema podrían debilitar la consistencia y solidez de la institución.⁴⁹

Al respecto, Cantuarias Salaverry señala que:

La decisión legal de limitar la autonomía de la voluntad de las partes, exigiendo siempre que el tribunal arbitral sea impar, responde a un legítimo interés del Estado de asegurar la eficacia del arbitraje, ya que la existencia de tribunales arbitrales pares puede determinar que no se llegue a una decisión final por falta de mayoría.⁵⁰

En cuanto al nombramiento e instalación del tribunal, esto no debería tener complicación alguna, sin embargo, sí se pueden llegar a presentar circunstancias que retrasen la designación y posterior instalación del tribunal. En cuanto al nombramiento o designación del árbitro, la ley en su artículo 23 incorpora el principio de que la partes puedan determinar libremente el procedimiento para su nombramiento, siendo que para los casos en los que no exista acuerdo alguno, se aplicará el sistema supletorio que dispone la misma norma, y cuando este método falle y no resulte posible que el tribunal se constituya, la ley, a fin de evitar que se paralice el arbitraje por falta de árbitros, interviene una vez más señalando a la Cámara de Comercio como la entidad nominadora residual de árbitros.

Ahora bien, una vez comunicado el nombramiento a los árbitros, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 27 de la norma, estos, en el plazo acordado deberán comunicar su aceptación por escrito a fin de que el tribunal se considere válidamente constituido. Así en este momento se puede evidenciar que, tal como lo señala Ledesma Narváez:

(...) la condición legal de árbitro se adquiere desde el momento en que este “acepta” desempeñarse como tal; la mera designación o nombramiento que hace la parte no lo constituye como tal, pero la intervención del árbitro no está en función y bajo los

⁴⁸ CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “*Los árbitros...* Op. cit. Pág. 111.

⁴⁹ Ídem. Pág. 115.

⁵⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “*Los árbitros en la nueva Ley General de Arbitraje (Ley N°26572)*”. Pág. 51. En file:///C:/Users/USER/Downloads/15533-Texto%20del%20art%C3%ADculo-61662-1-10-20161006.pdf visitado el 24 de abril de 2023.

intereses de la parte que lo designó. No se puede establecer que se haya establecido una relación contractual entre ellos, sino que esta relación contractual comprende a ambas partes del arbitraje – tanto quien lo designó como quien no hizo esa designación-, de ahí que un acto primordial que surge luego de la aceptación del árbitro es comunicar el nombramiento que hizo su adversario. Es a partir de ese hecho (...) que quien nombró el árbitro queda vinculado con su designación.⁵¹

Resulta necesario evidenciar claramente cuál es el momento a partir del cual el tribunal se encuentra válidamente constituido, toda vez que esto, por ejemplo, lo habilita para accionar ante una solicitud de medida cautelar, pues tal como se señala en el inciso 1 del artículo 47 de la misma ley: “Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.”

Finalmente, es necesario señalar que el hecho de que se constituya el tribunal arbitral, no significa que este se encuentre firme, es decir, que no pueda ser cuestionado. Se dice esto, toda vez que tal como se ha expuesto en el punto precedente, contra esa aceptación del árbitro a desempeñar el cargo, cabría la posibilidad de que las partes lo recusen.

Así, teniendo en cuenta que con la constitución del tribunal se le otorga competencia para conocer las medidas cautelares que se puedan interponer, lo ideal sería que estas sean conocidas y resueltas por un tribunal que no haya sido cuestionado; sin embargo, esto es algo que no se puede controlar del todo, toda vez que las partes pueden recusar a los árbitros, no solo dentro de los primeros días de tomar conocimiento de su aceptación, sino durante todo el transcurso del proceso -tan pronto como se conozca la causal-, hasta como máximo y salvo pacto en contrario, una vez iniciado el plazo para la emisión del laudo, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 29 de la ley.

2.2 La tutela cautelar: las medidas cautelares en el proceso arbitral

En la segunda parte del capítulo, habiéndose tratado la institución del arbitraje y la figura del árbitro, resulta pertinente empezar a adentrarse más en el tema materia de esta investigación, el cual, está directamente relacionado con el árbitro y el dictado de medidas cautelares.

Así, tal como se verá a continuación, para empezar a enmarcar el desarrollo de este importante tema como son las medidas cautelares, resulta necesario empezar por entender de

⁵¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. ... *Op. cit.*, Pág. 87.

dónde nace la necesidad o justificación de que los árbitros, durante el proceso arbitral, puedan dictarlas.

2.2.1 *Derecho a la tutela judicial efectiva*

El derecho a la tutela judicial efectiva, tal como lo señala Gonzales Pérez, “Es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”; a que cuando se pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”⁵². Al respecto, Obando Blanco señala que:

(...) el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto sujeto de derechos, está facultado a exigirle al Estado tutela jurídica plena, y cuyo contenido básico comprende un “complejo de derechos”: derecho de acceso a la justicia, derecho al debido proceso, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.⁵³

Así, tal como se puede advertir, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho por cual toda persona, para el ejercicio o defensa de sus derechos, acude a los órganos jurisdiccionales a fin de ser atendida dentro de un proceso con garantías mínimas, garantías que se encuentran comprendidas en el complejo de derechos antes mencionado.

Si bien estas definiciones se dan dado para esclarecer y resaltar el importante papel que tiene de tutela jurisdiccional efectiva en el derecho procesal, lo cierto es que esta resulta exigible no solo en el proceso civil, sino también en el arbitral, al ser una vía que también administra justicia.

Landa Arroyo señala que:

(...) el arbitraje no puede desenvolverse al margen de la Constitución y del respeto por los derechos fundamentales de la persona, a riesgo que sea declarado inconstitucional; puesto que no se trata de un fin en sí mismo, sino de un medio o un instrumento para la resolución pacífica de controversias que versen sobre materias de carácter disponible por las partes, de conformidad con la Carta Magna.⁵⁴

Así, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al tener naturaleza constitucional, resulta aplicable tanto al proceso judicial como al arbitral, motivo por el cual su

⁵² GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Derecho a la tutela jurisdiccional*. Editorial Civitas, Madrid, Tercera edición 2001. Pág. 33.

⁵³ OBANDO BLANCO, Víctor. *El Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*. En: PRIORI POSADA, Giovanni F. *Proceso y Constitución*. Lima: ARA editores E.I.R.L, 2011, Pág. 152.

⁵⁴ LANDA ARROYO, Cesar. *El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: CASTILLO FREYRE, Mario. *Ponencias del segundo Congreso Internacional de arbitraje*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, primera edición, 2009, Pág. 16.

afectación puede ser invocada como causal de anulación de laudo de acuerdo a lo dispuesto por la Duodécima Disposición Complementaria del DLA”⁵⁵,

La cual establece que: “Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”.

El Tribunal Constitucional respecto a la tutela judicial efectiva ha señalado que:

Uno de los elementos que componen la tutela jurisdiccional y que la definen es la efectividad. La tutela jurisdiccional que la Constitución reconoce debe revestir, entre otras exigencias, efectividad. La tutela no se agota en la sola provisión de protección jurisdiccional, sino que esta debe estar estructurada y dotada de mecanismos que posibiliten un cumplimiento pleno y rápido de su finalidad, de modo que la protección jurisdiccional sea real, íntegra, oportuna y rápida.⁵⁶

Así, la eficacia de la tutela judicial implica “(...) que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones”⁵⁷; pues no resulta útil obtener una respuesta favorable, si esta finalmente no se logra efectivizar.

2.2.2 La tutela cautelar y su relación con la tutela judicial efectiva

Como se ha mencionado, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene las cuatro manifestaciones, siendo que para el desarrollo de este punto resulta necesario enfocarse en solo una de estas, la cual es el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues como se verá a continuación, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la tutela cautelar, que para Priori Posada, “es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a solicitar y obtener del órgano jurisdiccional –a través de una cognición sumaria- el dictado y la ejecución oportuna de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse”⁵⁸.

Amprimo Plá⁵⁹ señala que el contar con un debido proceso implica una doble vía, ya que se debe proteger no solo al demandado, sino también al demandante y sus derechos, entre

⁵⁵ REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. *La anulación de laudo arbitral por afectación a la tutela jurisdiccional efectiva*. En: *Constitución y proceso*. Lima: ARA editores E.I.R.L., 2009, Págs. 331-332.

⁵⁶ STC 06356-2006-PA/TC, fundamento 8.

⁵⁷ OBANDO BLANCO, Víctor. “*El Derecho...* Op. cit., Pág. 156.

⁵⁸ PRIORI POSADA, Giovanni F. *La Tutela Cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores, 2006. Pág. 142.

⁵⁹ AMPRIMO PLÁ, Natale. “*La tutela cautelar arbitral*”. En https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/75/58 visitado el 02 de julio de 2023.

los que se encuentra el derecho a conseguir que su pretensión sea atendida y ejecutada eficazmente, debiendo ser investido de cautela en los casos en los que -como lastimosamente suele suceder-, una de las partes pone trabas para obstaculizar la ejecución de lo que se pretende. Así, tal como lo señala Sevilla Agurto “(...) es necesario hacer que la tutela jurisdiccional sea efectiva, a pesar del tiempo que toma el proceso; por lo que la medida cautelar emerge como el instrumento adecuado para resolver dicho problema”⁶⁰.

El Tribunal Constitucional, respecto a la tutela cautelar ha señalado que:

Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139 inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta⁶¹.

Sin embargo, pese a todo lo dicho por la doctrina, la legislación y el Tribunal Constitucional sobre este tema, lo cierto es que en la realidad se puede constatar que no se logra la tan deseada efectividad de las resoluciones judiciales y arbitrales, siendo que esto puede deberse a que, en la práctica, los instrumentos que hay hasta el momento para garantizar esto, no están siendo utilizados correctamente. Por tal motivo, se hace necesario una revisión de este tema, en concreto, de las medidas cautelares, pues son estas uno de los instrumentos con los que las partes cuentan para lograr la efectividad.

Finalmente, resulta pertinente señalar que, la tutela cautelar se puede desarrollar tanto en sede judicial como arbitral. Y como se verá a continuación, es posible la intervención transitoria del juez para conocer medidas cautelares en los casos en los que aún no se haya instalado el tribunal arbitral y sea urgente la cautela.

2.2.3 Tutela cautelar exclusiva de los árbitros

Si bien es cierto que en el primer capítulo de este trabajo se señaló que una de las principales ventajas reconocidas del arbitraje es la rapidez del proceso, la realidad ha demostrado muchas veces que estos procesos duran más tiempo del que se cree, lo cual da lugar

⁶⁰ SEVILLA AGUSTO, Percy Howell. “Implicancias de la Medida Cautelar fuera del proceso”. En: Actualidad Civil, Instituciones de la Tutela Cautelar en el Código Procesal Civil Estudios Críticos. Pág 101.

⁶¹ STC 0023-2005-PI, fundamento 49.

a que el demandante quede sujeto a los mismo riesgos de infructuosidad que se soportan en el proceso judicial ordinario, pues tal como lo reconoce Amprimo Plá:

La experiencia demuestra que la parte que prevé que el laudo no le será favorable utiliza todos los mecanismos a su alcance para dificultar y entorpecer el arbitraje e, incluso, para imposibilitar al máximo la ejecución del laudo.⁶²

Así, al ser nuestro ordenamiento consciente de esta realidad, “Los árbitros no solo están facultados para dirimir el conflicto, sino que además tienen la posibilidad de dictar medidas cautelares orientadas a que se mantenga o restablezca el *statu quo* mientras se dirime la controversia (...)”⁶³, siendo que esta competencia ha sido expresamente prevista incluso desde la antigua ley de arbitraje (Ley N° 26572).

El artículo 81 de la antigua ley, el cual estaba referido al arbitraje nacional, disponía que “En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de este (...)”.

La ley vigente dedica tres artículos a la materia cautelar. El primero, el inciso 8.2 del artículo 8 correspondiente a la competencia en la colaboración y control judicial; el segundo, el artículo 47 correspondiente a las medidas cautelares, y el tercero, el artículo 48 correspondiente a la ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral. Para el desarrollo del presente punto, resulta necesario detenerse únicamente en los dos primeros artículos.

El inciso 8.2 dispone que “Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. (...)”. Y es que de su sola lectura parecería que son los órganos judiciales quienes, pese a que exista un convenio arbitral o esté por iniciar un arbitraje, ostentan la potestad cautelar en un proceso arbitral.

Sin embargo, este parecer desaparece con la lectura del artículo 47, el cual dispone que:

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, (...). 4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. (...) 5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes

⁶² AMPRIMO PLÁ, Natale. ... *Op. cit.*

⁶³ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. ... *Op. cit.*, Pág. 135.

puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en el que se encuentre, (...).

Así, conforme se puede advertir, el tribunal arbitral una vez constituido, tiene absoluta exclusividad⁶⁴ para conceder o rechazar una medida cautelar, y este se considerará válidamente constituido cuando, tal como lo dispone el inciso 2 del artículo 27 de la ley, se haya producido la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros. Antes de este momento, corresponderá a las partes solicitar la medida cautelar ante el Poder Judicial, hecho que no será incompatible con el arbitraje, resultando importante precisar que en estos casos, es decir, cuando la medida cautelar sea dictada por los jueces antes del proceso arbitral, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad, siendo que si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho, tal como lo dispone el inciso 4 del artículo 47 de la ley. Como señala Ledesma Narváez, “Esta exigencia del inicio del proceso justifica el carácter instrumental de la cautela, pues ella se subordina siempre a un proceso principal, existente o futuro”.⁶⁵

Ahora bien, respecto a lo que se viene desarrollando, es decir, al momento previo a la constitución del tribunal en el que las partes deben acudir al poder judicial a solicitar tutela de necesitarlo, se han logrado identificar dos supuestos dentro de los cuales las partes, dependiendo del reconocimiento o no que le tengan al convenio arbitral, se pueden encontrar. En el primer supuesto las partes sí reconocen la existencia del convenio arbitral y por lo tanto, de existir una urgencia de tutela cautelar y no estar constituido el tribunal arbitral, acuden ante el Poder Judicial en busca de esta. En el segundo supuesto, una de las partes no reconoce el convenio arbitral o trata de no reconocerlo, y por lo tanto, acude directamente al Poder Judicial a solicitar tutela, interponiendo su demanda y solicitando una medida cautelar, siendo que en estos casos, la otra parte al momento de ejercer su derecho de contradicción interpone una excepción de convenio arbitral; así, al tomar el juez conocimiento de esto, declarará nulo todo lo actuado y remitirá la medida cautelar en el estado en el que se encuentre al tribunal en caso éste ya esté constituido, de lo contrario, tal como se ha indicado, la remitirá una vez que se constituya. Conforme se puede advertir, en ambos casos, la fuerza del convenio arbitral da lugar a que,

⁶⁴ Esto vale solo para el arbitraje doméstico, por cuanto, conforme lo dispone el inc. 9 del artículo 47° LA, tratándose de un arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones arbitrales “pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes”.

⁶⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisdicción... *Op. cit.*, Pág. 139.

pese a que la medida cautelar se ha solicitado ante el juez en el Poder Judicial, una vez constituido el tribunal arbitral, corresponde a la autoridad judicial remitir el expediente cautelar en el estado en el que se encuentre.

Esclarecido el punto referido al inicio de la competencia del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, resulta pertinente precisar que una vez constituido el tribunal arbitral, el Poder Judicial -para el caso del arbitraje nacional- ya no tiene competencia para continuar dictando medidas cautelares, pues tal como lo dispone el inciso 1 del artículo 3 de la ley, “En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga”.

2.2.4 Las medidas cautelares: características y presupuestos

Ha resultado clara la importancia del desarrollo del otorgamiento de las medidas cautelares, pues como se viene analizando, ellas se manifiestan como un instrumento de ayuda para la efectividad de la tutela judicial.

Priori Posada señala que:

La medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo. Para ello, el órgano jurisdiccional que conoce el proceso cuya decisión se quiere garantizar (proceso principal), luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución, a pedido de parte, que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para garantizar la eficacia de la sentencia (medida cautelar).⁶⁶

Así, (...) el fundamento de una medida cautelar radica, principalmente, en el resguardo de bienes jurídicos, o de situaciones que tengan trascendencia jurídica, a fin de que no queden desprotegidos con anterioridad a la sentencia o laudo que se emitirá. En rigor, hay dos razones para esto: 1) proteger la situación de las partes, en espera de la solución del litigio existente, y 2) asegurar la ejecución de la decisión final; todo ello bajo un componente sumamente importante: el tiempo, pues el objetivo es lograr que la decisión que pueda obtenerse mediante el ejercicio e intervención de la acción jurisdiccional o arbitral no llegue demasiado tarde. En ese sentido, se trata de evitar que el tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento firme no suponga la pérdida de la finalidad del proceso. De esta forma, las medidas cautelares pretenden, en definitiva, salvaguardar derechos, siendo, su contenido, preventivo, temporal y variable.⁶⁷

⁶⁶ PRIORI POSADA, Giovanni F. ... *Op. cit.* Pág. 36.

⁶⁷ AMPRIMO PLÁ, Natale. ... *Op. cit.*

La instrumentalidad, autonomía, provisionalidad y variabilidad son características que se han reconocido a las medidas cautelares. Así, tienen un carácter instrumental o accesorio toda vez que dependen de un proceso principal; es decir, su finalidad es asegurar la efectividad del proceso principal, no pudiéndose entender de manera aislada. Desde el punto de vista de su tramitación, las medidas cautelares son autónomas, cuentan con autonomía procedimental, toda vez que tienen su propio procedimiento y requisitos, los cuales difieren del proceso principal.

Son provisionales toda vez que, al estar condicionadas a que se resuelva sobre el fondo del asunto, solo tendrán vigencia durante el proceso, una vez que se obtenga el pronunciamiento sobre el fondo, esta se extinguirá, pues tal como señala Sevilla Agurto “(...) nacen para garantizar un resultado y desaparece cuando dicho resultado es alcanzado”.⁶⁸

Y finalmente son variables, pues una vez solicitadas u otorgadas, es posible que estas varíen y se modifiquen en beneficio del correcto aseguramiento del interés que se pretende tutelar.

Ahora bien, abordado el tema de las características, corresponde señalar que, si bien la ley de arbitraje no lo dispone, existen tres presupuestos que deben concurrir para que el tribunal arbitral conceda una medida cautelar y son: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación.

Respecto a la verosimilitud del derecho invocado, el tribunal arbitral debe poder presumir que la demanda será favorable en base a la apariencia del derecho alegado, presunción que se puede sustentar en los argumentos o pruebas inicialmente ofrecidos. En este sentido, el tribunal únicamente debe llegar a considerar que lo petitionado tiene un respaldo jurídico razonable al momento en que se ha solicitado la medida cautelar.

Para el peligro en la demora, el tribunal debe verificar que exista una situación de peligro o urgencia, la misma que necesariamente debe hallarse en la propia demora que puede implicar el proceso. Así, con la verificación de este presupuesto estaría asegurando que la medida cautelar solo sea otorgada para los casos en los que realmente sirva como mecanismo para que el laudo se ejecute oportunamente.

Una vez que se cumple con los dos requisitos, correspondería que el tribunal otorgue la medida cautelar para asegurar la eficacia de la sentencia, debiendo en estos casos realizar un análisis de proporcionalidad entre la medida y lo que busca cautelar, para así otorgar la medida cautelar más idónea.

⁶⁸ SEVILLA AGUSTO, Percy Howell. “Implicancias de la Medida Cautelar fuera del proceso”. En: Actualidad Civil, Instituciones de la Tutela Cautelar en el Código Procesal Civil Estudios Críticos. Pág 104.

Estos tres presupuestos que han sido explicados brevemente, están contemplados en el artículo 611 del Código Procesal Civil y se considera que resultan exigibles no solo a los jueces sino también al tribunal arbitral en atención a que la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley establece que “A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.”

2.3 ¿La medida cautelar concedida por un árbitro incompetente vulnera la tutela judicial efectiva?

Si bien es cierto que las medidas cautelares son un instrumento de ayuda para lograr la efectividad de la tutela judicial, lo cierto es que en algunos casos la realidad ha demostrado que con su otorgamiento, no siempre se logra asegurar que lo resuelto sea efectivo. Uno de los motivos para que esto suceda, se debe a que las medidas otorgadas en el proceso, han sido dictadas por un juez o tribunal incompetente.

Castillo Córdova señala que:

La persona humana es fin en sí misma lo que define su valor: su dignidad humana. Cuando se le somete a proceso —en el ámbito que fuese: judicial, fiscal, militar, arbitral, administrativo, privado—, su calidad de ser digno exige que la decisión a la que se llegue sea justa. La justicia de la decisión no atañe sólo al contenido de la decisión, sino también al modo como se consigue y, desde luego, a las consecuencias que para terceros de ahí se derive. Así, por ejemplo, una decisión cuyo contenido habría sido el debido, pero que se ha obtenido con vulneración de derechos o bienes jurídico–fundamentales, es injusta. Una decisión injusta es una decisión indigna.⁶⁹

Teniendo en cuenta esto, se puede afirmar que el proceso arbitral exige que la decisión, sea adoptada a través de la observancia y respecto de los derechos, esto es, que sea una decisión justa. En este sentido, de no haberse observado y respetado los derechos en el proceso arbitral, el pronunciamiento del tribunal sería ineficaz, siguiendo esta misma suerte las medidas cautelares otorgadas debido al carácter instrumental que ostentan, pese a que esta se haya emitido bajo un adecuado análisis de todos sus presupuestos.

⁶⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “*Duración Razonable del procesamiento.*” En: https://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/11042/2085/Duracion_razonable_procesamiento.pdf?sequence=1&isAllowed=y visitado el 20 de julio de 2023.

Lo mismo sucedería en los casos en los que la medida haya sido dictada por un tribunal incompetente, pues desde la sola actuación del árbitro, se estaría vulnerando la tutela judicial efectiva. En ambos casos, las medidas otorgadas no podrán asegurar la efectividad del laudo, viéndose de esta forma frustrada la manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, resuelta necesario precisar que si bien la doctrina le denomina “árbitro incompetente”, en realidad no es incompetente sino incompatible, toda vez que recae sobre en alguna causal de recusación.



Capítulo 3

La participación del árbitro de emergencia en el arbitraje institucional

3.1 El origen del árbitro de emergencia

Como se ha desarrollado en la segunda parte del capítulo precedente, las medidas cautelares son un instrumento para lograr una tutela efectiva. Así, para ejercer esta tutela mediante la adopción de medidas cautelares, existen dos opciones, la primera es solicitarla en sede judicial y en la segunda, corresponde solicitarla directamente ante el tribunal arbitral, siendo que:

Entre las ventajas de esperar a que se constituya el tribunal arbitral y no acudir a las jurisdicciones nacionales, se puede argumentar la familiaridad y especialización existente de los árbitros en relación con el objeto de la disputa, consiguiéndose de este modo una mayor eficiencia y una reducción de costes, ya que el tribunal arbitral va a conocer de todas las cuestiones derivadas de la controversia que enfrenta a las partes, incluyendo la posibilidad de solicitar tutela cautelar.⁷⁰

Así, si bien normativamente se ha previsto la primera opción, es decir, que las partes puedan acudir a sede judicial a solicitar tutela antes de la conformación del tribunal, en la práctica del ejercicio del arbitraje internacional surgió la siguiente crítica ¿Por qué las partes deben volver a los tribunales estatales para solicitar una medida cautelar *ante causam* si estas ya han decidido someter su controversia a arbitraje y “huir” de la esfera judicial? Fernández Masía ha señalado que:

(...) esta opción puede ir en contra de las intenciones de las partes de mantener la existencia de la controversia de manera confidencial, así como el problema resultante de tener que acudir a unos tribunales que, en algunas ocasiones, no están familiarizados ni preparados para resolver cuestiones altamente complejas tanto fáctica como jurídicamente. Por último, y no menos importante, en determinadas ocasiones, es posible incluso, que se tengan que solicitar medidas cautelares que deben ejecutarse en dos o más Estados, con lo que la complejidad de la cuestión obligaría a acudir a distintos tribunales nacionales.⁷¹

⁷⁰ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. “La irrupción de árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”. En: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3614/2182> visitado el 10 de agosto de 2023.

⁷¹ Ídem.

Y es que dentro de todo, resulta entendible la crítica antes realizada toda vez que en ocasiones, la constitución del tribunal puede llegar a demorar hasta tres meses o incluso más, plazo que muchas veces dependerá de la intención que las partes tengan de cooperar.

Es bajo este contexto que surge el árbitro de emergencia, figura que llega para atender el “vacío” cautelar advertido por las partes en la etapa pre-arbitral, dotando al arbitraje de mayor eficiencia en la adopción de medidas cautelares.

Como se verá a continuación, la figura del árbitro de emergencia es una herramienta novedosa y de moderno desarrollo, motivo por el cual aún no existen abundantes pronunciamientos arbitrales, jurisprudencia ni doctrina que haya a profundidad esta figura. A nivel internacional, el primero en incorporar la institución del árbitro de emergencia como parte de su reglamento fue el Centro Internacional de Solución de Controversias (CISC) en el año 2006, siendo necesario precisar que previamente, en el año 1990, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ya había contemplado el primer reglamento que ofrecía dar solución a los problemas anteriormente señalados a través de un procedimiento precautorio pre-arbitral.

3.1.1 Surgimiento y antecedentes

Roncancio Martínez, respecto al surgimiento de esta nueva figura del árbitro de emergencia señala que “La primera institución que respondió a la necesidad de celeridad frente a las situaciones de emergencia fue desarrollada por la CCI y es conocida como el Procedimiento Precautorio Pre-arbitral”⁷², en el cual se contemplaron disposiciones que habilitaban a las partes a hacer efectivos sus derechos antes de la constitución del tribunal, en caso así lo deseen. Por tal motivo, al considerarse este procedimiento como antecedente previo a la figura del árbitro de emergencia, resulta necesario tratarlo brevemente en este apartado.

El 1 de enero de 1990, en la CCI entraron en vigencia las disposiciones de este procedimiento, las cuales no se incorporaron en el reglamento del centro arbitral de la CCI, sino que se consideraron en un texto independiente. Como se ha señalado, este procedimiento fue la primera forma en la que se buscó atender la necesidad de dictar medidas cautelares antes de que el tribunal se constituya, “Resultando ser una figura novedosa, pero con evidentes restricciones que conllevaron una limitada aplicación, tan es así que el primer caso en el que se hizo uso de esta herramienta data del 2001 y en sus 20 años de vida, tan solo 12 casos se habían sometido a este procedimiento”.⁷³

⁷² RONCANCIO MARTINEZ, Luis Carlos. “El Árbitro de Emergencia: un estudio comparado”. En: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/ae991786-3f36-4564-acf2-94f6176f128e/content> visitado el 07 de agosto de 2023.

⁷³ Ídem.

Una de sus principales características era que, al ser un procedimiento optativo, las partes expresamente debían aceptar que sus disposiciones se apliquen al arbitraje; no obstante, fue esta característica la que limitó considerablemente su uso, pues las partes restringían las reglas aplicables únicamente a las disposiciones del reglamento del centro arbitral de la CCI. Y es que la experiencia ha demostrado que cualquier sistema o cláusula que requiera de una aceptación adicional y expresa de las partes, en la práctica y por lo general, da como resultado una utilización muy reducida por parte de sus usuarios. Es por este motivo que esta característica de aceptación expresa, tal como se verá más adelante, fue abolida por poca utilidad.

En este procedimiento, la persona designada para resolver la medida cautelar fue denominada como “Tercero”, de esta forma se puede advertir “(...) que los redactores del reglamento se cuidaron de proibir la inclusión en el texto de la palabra *árbitro*, desnaturalizando así al tercero de las cualidades que detentan aquellos”⁷⁴, tales como el que la decisión que adopten no sea considerada como una sentencia -de árbitro-, motivo por el cual, su pronunciamiento no podía ser considerado dentro del estándar de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras, o mejor conocida como la Convención de Nueva York (CNY). Así, Fue esta decisión, la que contribuyó en parte a que la figura del tercero fuera eliminada de los posteriores reglamentos de los Centros de arbitraje para ser remplazada por la de Árbitro de Emergencia (...).⁷⁵

Finalmente, pese a las falencias antes indicadas del procedimiento precautorio pre-arbitral, resulta necesario precisar que tal como advierte Roncancio Martínez, esta herramienta: (...) cimentó las bases de muchos principios que rigen en el procedimiento del Árbitro de Emergencia contenido en los reglamentos, claro ejemplo de ellos son los principios de imparcialidad, independencia y no prejuzgamiento de la causa de fondo, consagrados en disposiciones del procedimiento precautorio pre-arbitral que consagran la imposibilidad de que el tercero conozca posteriormente como árbitro la controversia sustancial entre las partes a menos que las mismas pacten en contrario.⁷⁶

Ahora bien, en el marco internacional, el primer reglamento que contempló la figura del árbitro de emergencia fue el reglamento del CISC en su artículo 37, el mismo que entró en vigor el 01 de mayo de 2006, y teniendo en consideración las enseñanzas que dejó el procedimiento anterior respecto a la participación del tercero, procede a nombrarlo árbitro.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Ídem.

Entre sus características, se debe resaltar el ser un mecanismo que también a diferencia del procedimiento precautorio pre-arbitral, es de aplicación inmediata para quienes han pactado someterse al reglamento de la CISC, salvo que expresamente hayan acordado en contra.

Así, si bien CISC fue el primero en adoptar reglas sobre el arbitraje de emergencia, unos años después fue seguido por otros reglamentos internacionales, entre los que se encuentran:

(...), en 2010 por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) y el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC), la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) en 2012, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) en 2013, y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en 2014. (...).⁷⁷

3.2 El árbitro de emergencia en el Perú

Habiendo comentado el origen y actuación del árbitro de emergencia en el ámbito internacional, en este punto resulta necesario preguntarse ¿admite nuestra ley de arbitraje la posibilidad que las partes pacten en su convenio arbitral el uso de esta figura o que algún reglamento de Centro de Arbitraje lo regule? Al respecto, Ezcurra Rivero y Olortegui Huamán⁷⁸ señalan que, si la ley de arbitraje de un país prohíbe que los tribunales arbitrales puedan dar medidas cautelares, lo más seguro es que esta prohibición también se aplique para los árbitros de emergencia.

Para el caso de nuestro ordenamiento, tal como se ha indicado en el capítulo precedente, en el artículo 47 de la ley se reconoce al tribunal arbitral la facultad para que una vez constituido, adopte las medidas cautelares necesarias para garantizar la eficacia del laudo.

Entonces, al no existir alguna restricción en la Ley de Arbitraje con respecto a la facultad de los tribunales para emitir medidas cautelares, y teniendo en mente el principio de autonomía de la voluntad, no vemos razón alguna para que las partes no puedan pactar la designación de un ‘árbitro de emergencia’ que tenga la facultad de emitir medidas de urgencia—medidas cautelares previa constitución del tribunal arbitral- para de este modo evitar recurrir al Poder Judicial.⁷⁹

Como se advierte, la designación del árbitro de emergencia aplicaría únicamente cuando se necesiten medidas cautelares que no puedan esperar a la constitución del tribunal, debiendo para estos casos, la parte interesada exponer y sustentar que su necesidad es urgente y no puede

⁷⁷ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. ... *Op. cit.*

⁷⁸ EZCURRA RIVERO, Huáscar y OLORTEGUI HUAMAN, Julio. “Y ahora, ¿quién podrá defendernos? El árbitro de emergencia”. En <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4195/4145> visitado el 13 de agosto de 2023.

⁷⁹ Ídem.

esperar. Así, adicionalmente a los presupuestos que deben verificar los árbitros para la adopción de medidas cautelares durante el proceso arbitral, tal como lo señala Blanco García:

(...), cuando nos referimos a la tutela cautelar *ante causam* debemos añadir un elemento esencial adicional: la urgencia. En este sentido, debe quedar claro que cuando hacemos referencia a urgencia buscamos eludir excepcionalidad. De tal forma, si bien no contamos con un consenso unívoco sobre los elementos que definen el carácter de urgente de las medidas en el proceso, debe entenderse que concurre esta urgencia cuando se produce un *quantum* de peligro superior al que de por sí, sería suficiente para permitir la adopción de una medida cautelar.⁸⁰

Esclarecidas aún más las condiciones en las cuales actúa el árbitro de emergencia y en el entendido de que en el Perú, al facultarse en la ley de arbitraje el dictado de medidas cautelares a los árbitros, se está facultando también la actuación de los árbitros de emergencia, a continuación, se comentará la regulación del servicio de arbitraje de emergencia que brindan dos de los más relevantes Centro de Arbitraje del Perú, como lo son el Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Lima (CCL) y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), quienes han incluido esta figura a partir del año 2017.

3.2.1 La regulación del árbitro de emergencia en el Perú

En el Perú, el Centro de Arbitraje de la CCL reguló por primera vez la figura en el artículo 35 de su último reglamento, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 2017. En este artículo se señala que el procedimiento se encuentra contemplado a detalle en el Apéndice I del Reglamento, el cual se denomina “Reglas del Árbitro de Emergencia” y consta de 10 artículos. Así mismo, en este artículo se precisa que el derecho de las partes de recurrir a un árbitro de emergencia no impide que se pueda solicitar a la autoridad judicial competente que dicte medidas cautelares, además, también precisa que “Las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no son aplicables en los siguientes supuestos: a) si el convenio arbitral fue celebrado con antelación al inicio de vigencia del Reglamento; b) si las partes del convenio arbitral han excluido previa y expresamente su aplicación; o c) si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del árbitro de emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del

⁸⁰ BLANCO GARCÍA, Ana Isabel. “Árbitro de Emergencia: El refuerzo de la tutela cautelar (*ante causam*) en el arbitraje institucional”. En <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23480/22462> visitado el 15 de agosto de 2023.

Centro”⁸¹. Frente a esta última excepción, tal como se expondrá más adelante, se es de la opinión que, al no estar en juego la protección al bien común, no corresponde que se otorgue al Estado un tratamiento privilegiado ante el arbitraje de emergencia.

El procedimiento dispuesto en las Reglas del árbitro de emergencia inicia con la presentación de la solicitud de medida de emergencia ante el Centro, la cual, entre otros requisitos, debe estar acompañada del pago de los costos del procedimiento. La Secretaría, siempre que se hayan pagado los costos del procedimiento y exista un convenio arbitral que contemple al Centro, notifica la solicitud a la otra parte tan pronto como sea posible, salvo que considere que sea mejor que el tribunal se constituya para después remitirle la solicitud. De verificarse que no se ha realizado el pago correspondiente, la solicitud será rechazada, pudiendo la parte volver a presentarla posteriormente.

Recepcionada la solicitud sin observaciones, el Consejo en el plazo de dos (2) días, nombrará a un árbitro de emergencia seleccionado entre los que integran el Registro de Árbitros del Centro, siendo que, una vez nombrado, la Secretaría le remitirá los antecedentes de la solicitud de medidas de emergencia y notificará a las partes del nombramiento. Al ser nombrado, el árbitro de emergencia debe aceptar el encargo y suscribir una declaración de independencia e imparcialidad, y de existir dudas justificadas, las partes pueden recusarlo dentro de los tres (3) días de recibida la notificación de nombramiento o de conocido el hecho en que se funda.

En cuanto a la conducción del procedimiento, en estas reglas del Centro de Arbitraje de la CCL no se establecen plazos máximos, sino que estos se dejan a discrecionalidad del árbitro de emergencia, señalándose que debe conducir “(...) el procedimiento de la manera que estime conveniente según la urgencia y naturaleza de la medida solicitada, resolviendo en el menor tiempo posible”⁸².

Finalmente, respecto al pronunciamiento del árbitro de emergencia, en las reglas no se le denomina laudo, sino que se contempla de manera general como “decisión”, la misma que debe ser notificada a las partes dentro de quince (15) días contados a partir de la fecha en la que el árbitro de emergencia recibió la solicitud, plazo que no es definitivo toda vez que se puede ampliar por el acuerdo de las partes, por solicitud del árbitro de emergencia o cuando el Consejo así lo disponga.

⁸¹ Inciso 5, artículo 35 del Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro Arbitral de la Cámara de Comercio de Lima, vigente desde el 01 de enero de 2017.

⁸² Inciso 1, artículo 7 del Apéndice I - Reglas del Árbitro de Emergencia, del Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro Arbitral de la Cámara de Comercio de Lima, vigente desde el 01 de enero de 2017.

El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP es otra de las instituciones que ha regulado en nuestro país al árbitro de emergencia. Contempla esta figura en el artículo 66 de su reglamento, el mismo que entró en vigencia el 15 de junio del 2017 y al igual que en el Centro de la CCL, regula de manera independiente su participación, en este caso, en una directiva que consta de 14 artículos.

La directiva inicia con el árbitro de emergencia, indicando que “Por su solo sometimiento al arbitraje institucional administrado y organizado por el Centro, cualquiera de las partes que se encuentren en situación de urgencia podrán solicitar el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para que dicte las medidas correspondientes (...)”⁸³, precisando que se debe entender como urgente, “(...) aquella situación que no pueda esperar hasta la constitución del Tribunal Arbitral”⁸⁴, siendo que este servicio solo será aplicable para las partes que hayan suscrito el convenio arbitral después de la entrada en vigencia del Reglamento del 2017.

En cuanto al dictado de medidas cautelares, la directiva las denomina medidas de emergencia, las mismas que son dictadas por el árbitro de emergencia mediante una orden que incluirá el otorgamiento de las garantías correspondientes. Conforme se puede advertir, aquí el pronunciamiento del árbitro de emergencia tampoco adopta la denominación de laudo.

El procedimiento inicia con la presentación de la solicitud de arbitro de emergencia ante el Centro, quien en el plazo de un (1) día hábil verificará el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el Reglamento y Directiva, siendo que de tener observaciones, otorga al solicitante el plazo máximo de un (1) día hábil para subsanar su solicitud, y en caso no efectuarse la subsanación, se archivará sin perjuicio de que se pueda presentar una nueva solicitud, en caso aun sea oportuno.

Una vez aceptada la solicitud, el Centro procederá a designar a un árbitro de emergencia dentro de su nómina de árbitros, debiendo entre la presentación de la solicitud y la aceptación del árbitro transcurrir como máximo, tres (3) días hábiles. Con su aceptación, se constituye el árbitro de emergencia, debiendo en este momento, en caso corresponda, emitir pronunciamiento sobre si corresponde o no informar a la otra parte sobre la medida solicitada. Si el árbitro de emergencia decide que la medida debe ser tramitada con conocimiento de la contraparte, se correrá traslado a fin de que dicha parte se pronuncie en un plazo de hasta dos (2) días hábiles. Vencido el plazo otorgado, con la absolución de la contraparte o sin ella, el árbitro deberá resolver el pedido cautelar presentado en un plazo máximo de dos (2) días hábiles, debiendo

⁸³ Artículo 1 de la Directiva para el Servicio de Árbitro de Emergencia PUCP del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁸⁴ Ídem.

para esto evaluar la solicitud de medida de emergencia, admitiendo y/o solicitando medios probatorios de considerarlo. Si dentro de los quince (15) días hábiles de emitida la medida de emergencia no se presenta la solicitud arbitral, la medida caducará.

Al igual que sucede para el caso del árbitro de emergencia regulado por el Centro de Arbitraje de la CCL -y en general con todos los árbitros de emergencia- la obligación de imparcialidad e independencia se mantiene, pudiendo las partes recusarlo de tomar conocimiento de hechos o circunstancia fundadas. Finalmente, en lo que respecta a la regulación de esta figura por parte de las instituciones arbitrales, en Piura, este servicio no lo contempla ni el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio ni el Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros.

De los procedimientos antes comentados, tal como lo señala Blanco García⁸⁵ se pueden reconocer dos momentos; en el primero, se verifica la admisibilidad de la solicitud y en el segundo, el árbitro de emergencia evaluará si corresponde emitir de la medida solicitada.

Como se ha evidenciado, este es un procedimiento rápido por naturaleza que presenta varias cuestiones a comentar, las cuales se harán en el apartado siguiente.

3.2.2 Cuestiones sobre el árbitro de emergencia

De lo antes expuesto, se podría pensar que la participación del árbitro de emergencia no trae más que soluciones y beneficios a la parte solicitante y al arbitraje en general; sin embargo, al ser un procedimiento rápido por naturaleza, ha dado lugar a que se presenten varias cuestiones que se consideran necesarias de comentar en el presente apartado.

Tal como se ha evidenciado en los procedimientos antes descritos, el plazo que tienen las instituciones para designar al árbitro de emergencia varía entre 24 y 48 horas desde la recepción de la solicitud de arbitraje; sin embargo, se es de la opinión que en estos casos “No solo es importante que el árbitro de emergencia sea designado de manera celeré, sino que además debe ser elegido considerando su especialidad, experiencia e inmediata disponibilidad”.⁸⁶ A fin de cumplir con la exigencia de celeridad, en este procedimiento se ha optado únicamente por la constitución de un órgano arbitral unipersonal designado por el propio Centro, evitándose de esta forma las demoras que pueden ocasionar las partes en la elección y posterior constitución de tribunal.

El árbitro de emergencia, tal como lo disponen los reglamentos, mantiene la obligación de cumplir de unos requisitos mínimos, pues si bien se está ante un procedimiento especial, la neutralidad debe seguirse asegurando. Por tanto, se conserva el deber de revelación,

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ EZCURRA RIVERO, Huáscar y OLORTEGUI HUAMAN, Julio. ... *Op. cit.*

imparcialidad, independencia y disponibilidad, pudiendo las partes recusarlo de existir dudas sobre su independencia o imparcialidad; no obstante, lo cierto es que al contarse con periodos cortos de tiempo, lo más probable es que las partes no logren investigar sobre la imparcialidad e independencia del árbitro de emergencia que resolverá la medida solicitada. Por tal motivo, se es de la opinión que el que no se establezcan o detallen en los reglamentos el procedimiento y plazos para la recusación y su verificación por parte del Centro, no llega a ser lo más adecuado, toda vez que esto puede dar lugar a que se originen demoras que terminen obstruyendo esa rapidez tan deseada, siendo que también podrá afectar la celeridad, la falta de un plazo para que el árbitro de emergencia acepte el encargo.

En la regulación de este procedimiento, llama también la atención la facultad que las instituciones, en algunos casos, otorgan al árbitro de emergencia para dirigir el proceso; lo cual, si bien puede dar mayor celeridad, también puede llegar a afectar el debido proceso y los derechos de las partes. Ante esta preocupación “(...) surge una tesis según la cual, la decisión del Árbitro de Emergencia no es obligatoria y puede ser modificada o dejada sin efecto por él mismo, precisamente para evitar esa valoración superflua y que si el Árbitro lo considera necesario, proceda a analizar en mayor medida la decisión proferida.”⁸⁷ Bajo esta misma premisa, en lo que respecta a la eficacia del pronunciamiento del árbitro de emergencia, corresponde señalar que las medidas que adopta no son finales, son provisionales, no solo porque estas no resuelven la controversia sustancial, sino porque pueden posteriormente ser revisadas, modificadas y hasta dejadas sin efecto por el árbitro o tribunal arbitral.

En lo que respecta a la regulación contemplada por el Centro de Arbitraje de la CCL, llama la atención el trato privilegiado que se le otorga al Estado en el artículo 35 del reglamento el cual señala que “(...) las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no resultarán aplicables a las partes en los siguientes tres supuestos: (...) c) si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del Árbitro de Emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del Centro.” Como se mencionó en su momento, se es de la opinión que este tratamiento privilegiado no está justificado, y esto, debido a que aquí no está en juego ninguna protección al interés del bien común que el Estado representa. De considerarse que el árbitro de emergencia es una mala figura y que por ende atenta contra el bien común, no debería ser aplicable para nadie, ni para el Estado, ni para el privado. La única razón por la que el Estado debe tener un

⁸⁷ RONCANCIO MARTINEZ, Luis Carlos. ... *Op. cit.*

trato especial, es cuando está en juego el bien común, de lo contrario, y tal como sucede en este caso, se estaría ante un privilegio sin fundamento y por ende, mal otorgado.

En lo que respecta al dictado de medidas cautelares por el árbitro de emergencia, los dos reglamentos antes comentados las denomina “medidas de emergencia”, asumiéndose que el cambio de nombre se debe a que cuentan con la característica de ser especialmente urgentes, urgencia que finalmente no se llega a definir ni diferenciar de peligro en la demora considerado para el normal otorgamiento de las medidas cautelares⁸⁸.

Otra de las cuestiones a comentar, es el plazo que en los procedimientos se dispone para que la parte que resulta beneficiada con el otorgamiento de la medida de emergencia inicie su arbitraje. Como se señaló en su momento, el inciso 4 del Art. 47 de la ley respecto a las medidas cautelares dispone que: “Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.” En este sentido, se advierte que la ley contempla dos plazos y momentos diferentes a cumplirse para que se mantenga vigente la medida dictada. El primero que corresponde al plazo máximo de diez (10) días siguientes al dictado de la medida para que la parte beneficiada inicie el arbitraje, y el segundo corresponde al plazo máximo de noventa (90) días siguientes al dictado de la medida para que el tribunal arbitral se constituya, de lo contrario, de no cumplirse el plazo para iniciar el arbitraje ni el plazo para que el tribunal se constituya, la medida *ante causam* dictada por la autoridad judicial caducará de pleno derecho.

Al respecto, la directiva del Centro de Arbitraje de la PUCP únicamente dispone un plazo máximo para presentar la solicitud, el cual es de quince (15) días hábiles que se computan desde emita la orden que contiene la medida de emergencia, de lo contrario caducará. Y para el caso de la CCL, también se dispone un plazo para presentar la solicitud; sin embargo, este plazo el cual es de diez (10) días, empieza a computarse no a partir del dictado de la medida, sino a partir del día siguiente de recibida la solicitud, plazo que no es máximo toda vez que se hace la precisión que de considerarlo pertinente, el árbitro de emergencia puede ampliarlo, siendo que en los casos en los que no se logre presentar la solicitud, el procedimiento terminará quedando sin efecto la decisión emitida por el árbitro de emergencia. Conforme se puede advertir, en estos

⁸⁸ Tal vez se emplea esa denominación porque quieren abarcar también otras medidas distintas a las medidas cautelares, tales como las medidas anticipadas, medidas autosatisfactivas.

procedimientos únicamente se contempla el plazo para presentar la solicitud, no señalándose nada respecto al plazo adicional para que el tribunal se constituya; sin embargo, ante el vacío, en atención a la jerarquía normativa, se es de la opinión que en estos casos correspondería aplicar también el plazo dispuesto por la ley de arbitraje para la constitución del tribunal.

Si bien en este apartado se han comentado algunos de los temas que han llamado la atención en la regulación del árbitro de emergencia en el Perú, resulta necesario resaltar una vez más, que se está ante una figura relativamente nueva, motivo por el cual, su participación aún no está regulada a detalle.

3.3 La naturaleza jurídica del árbitro de emergencia en el Perú

Tal vez desde un inicio muchos se han preguntado si el árbitro de emergencia es una figura legal o no en nuestro ordenamiento. Esta es una duda que se puede responder fácilmente ya que si bien la ley no contempla esta figura, no se puede olvidar que la fuente primigenia del arbitraje es la voluntad de las partes, y si éstas en ejercicio de su voluntad han acordado acogerse a las reglas de un centro de arbitraje que regula al árbitro de emergencia, no habría actuación ilegal en ningún sentido. El que la voluntad de las partes sea la fuente principal del arbitraje se puede corroborar del contenido mismo de la ley, la cual en diversos apartados de sus artículos establece que las disposiciones ahí contenidas, solo serán aplicables en los casos en los que las partes no hayan acordado o estipulado algo en contra.

Revisada la participación del árbitro de emergencia en el país, resulta pertinente dar respuesta la pregunta que motivó la presente investigación ¿estamos realmente frente a un árbitro o es que acaso se trata de un nuevo y diferente personaje de la institución arbitral? A fin de dar respuesta a esta interrogante y dado que sobre este tema no se ha escrito, en este apartado, se analizará desde distintas perspectivas la actuación que viene realizando el árbitro de emergencia para de esta forma, determinar si su naturaleza jurídica realmente es o no la de un árbitro. Para este análisis, se partirán de temas desarrollados en el presente trabajo tales como la jurisdicción arbitral, su denominación, origen histórico y su lado normativo.

Aceptando que el arbitraje sea una verdadera jurisdicción y que por tanto, el árbitro ejerce los 5 poderes, el árbitro de emergencia también debería ostentar esos 5 poderes plenos; sin embargo, al tener una participación muy limitada, esto no resulta posible. Desde la *notio*, el árbitro de emergencia solo conoce sobre la medida cautelar solicitada, pero no el fondo de la controversia como tal; desde la *vocatio*, no puede mandar a llamar a todo el que considere que puede participar, sino que solo resuelve entre las dos partes lo que se le ha pedido; la *coertio* y la *excetuiio* si las podría tener; y el *iudicium* que es el aplicar el derecho en lo que corresponde, lo tendría únicamente en lo que corresponde a las medidas cautelares solicitadas. En este

sentido, tal como se puede advertir, se estaría ante el ejercicio de unos poderes incompletos, motivo por el cual, por el lado de la jurisdicción no tendría la calidad de árbitro.

Por el lado de su denominación, se es de la opinión que tampoco se le puede equiparar al árbitro, pues ¿cuál sería la necesidad de ponerle una etiqueta diferenciadora si se considera un verdadero árbitro? Es justamente porque no son iguales. Desde el punto de vista del origen histórico, tal como se ha señalado en puntos precedentes, cuando se creó esta figura se le denominó a este nuevo personaje Tercero, por el mismo hecho de que no era un árbitro y si posteriormente se cambió su denominación, fue porque lo que se buscaba era que la decisión que tomara pueda ser ejecutada en el ámbito internacional.

Desde el lado de la normativa, como se ha visto, la regulación del arbitraje de emergencia cuenta con una normativa especial que es definida por cada institución arbitral que decide contemplar esta figura, normativa a la que en principio no se le aplicarían las disposiciones de un árbitro común, pues al atender actuaciones diferentes no resulta posible llegar a equiparar los supuestos; incluso su nombramiento es diferente, al árbitro de emergencia lo designa el Centro, debiendo ser siempre un árbitro único, siendo que para los otros casos, al estar presente el elemento de la voluntariedad, son las partes quienes tienen la facultad para elegirlos, pudiendo llegar a dirimir la controversia un tribunal arbitral colegiado.

Todas las rutas antes revisadas dan lugar a que se concluya que el árbitro de emergencia no es realmente un árbitro. En esta línea, se es de la opinión que el arbitraje de emergencia es una etapa preliminar del arbitraje, en el cual, este nuevo personaje es un tercero que dirige las actuaciones preliminares, un tercero preliminar, que está antes del inicio de arbitraje y por ende, antes del árbitro.

Ahora, ¿resulta necesaria su participación? Como primera respuesta se podría indicar que no es necesaria porque nuestro ordenamiento ya contempla la participación del poder judicial para el dictado de medidas cautelares previo al inicio del arbitraje; sin embargo, teniendo en cuenta que en estos casos las partes por medio del convenio arbitral ya han acordado apartarse de esa vía, resulta entendible que se haya buscado implementar esta figura a fin de evitar que las partes, pese al acuerdo adoptado, regresen nuevamente al poder judicial cuando necesiten plantear una medida. Así, tal como lo ha señalado Blanco García “La creación de esta figura particular no es, en definitiva, una opción; sino que responde a una necesidad”.⁸⁹

No se puede negar que la implementación de esta figura significa un enriquecimiento a esta institución, pues habilita a las partes de una nueva opción para dar atención a sus derechos

⁸⁹ BLANCO GARCÍA, Ana Isabel. ... *Op. cit.*

de considerar que están o pueden llegar a verse afectados; pero sobre todo lo que resaltar más de esta figura, es la independencia que brindar al arbitraje, pues ya no es necesario que las partes, antes del inicio del arbitraje o al no encontrarse constituido el tribunal, tengan que acudir al Poder Judicial a solicitar medidas cautelares. El que mediante el arbitraje de emergencia se pueda otorgar una medida cautelar antes de la constitución del tribunal en forma rápida y eficaz, otorga a esta la figura gran importancia y hace atractivo su uso; sin embargo, lo cierto es que en nuestro país, la regulación de esta figura y de su procedimiento cuenta aún con muchos vacíos que no incentivan su aplicación.

Tal como lo reconoce Vega Espinoza, (...) creemos que lo trascendental no es solo la incorporación de la figura del árbitro de emergencia en nuestros reglamentos; visto a que, si no es aplicada correctamente, podemos encontrarnos con un panorama negativo sin utilidad para el arbitraje. Gran parte del éxito de esta figura dependerá de la forma de regulación de los Centros de institucionales, la posibilidad de acceder al inicio del procedimiento – el costo que demandará para activarlo –, el cuidado de la confidencialidad de las medidas y la experiencia e imparcialidad de los árbitros designados.⁹⁰

Conforme se puede advertir, la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento no solo debe estar respaldado por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales internacionales, sino que se debe analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales para que su implementación en nuestro país sea favorable.

Se está a favor de la inclusión del árbitro de emergencia, pero con mejores reglas de juego o reglas de juego más definidas y expresas, sobre todo teniendo en cuenta que por los problemas que han venido aconteciendo en el arbitraje, esta institución aun no recupera del todo su prestigio, existiendo temor y desconfianza para usarlo, el mismo que puede seguir creciendo si se empiezan a incluir figuras que no cuenten con reglas claras y bien definidas. En este sentido, en la medida en que no solo se replique la regulación internacional y se resuelvan las cuestiones que se han planteado, será provechosa la implementación del árbitro de emergencia en nuestro país, pues tal como lo ha señalado Blanco García:

(...) De no existir, cualquier decisión respecto de las medidas *ante causam* solicitadas quedaría en manos de los jueces. Con el árbitro de emergencia se supera este obstáculo

⁹⁰ VEGA ESPINOZA, Daniel Christian. “La incorporación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento”. En <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/18068/18313> visitado el 27 de agosto de 2023.

y, además, se permite garantizar una tutela arbitral completa, acudiendo de este modo de manera eficaz a la tutela judicial en vía subsidiaria exclusivamente cuando sea necesaria, cumpliendo la voluntad de las partes que, en su momento, decidieron optar por esta vía de tutela arbitral.⁹¹



⁹¹ BLANCO GARCÍA, Ana Isabel. ... *Op. cit.*

Conclusiones

Primera. En nuestro país, el arbitraje es uno de los medios alternativos de solución de controversias más utilizado, el cual tiene entre sus principales ventajas la rapidez, flexibilidad, especialización y confidencialidad. Su buen desarrollo se puede enmarcar en dos puntos, el primero, en la suscripción de un adecuado convenio arbitral y el segundo, en la designación del árbitro, que es el tercero que resuelve la controversia y juega un rol fundamental durante todo el proceso. La ley de arbitraje contempla requisitos mínimos que deben cumplir aquellas personas que potencialmente actúen como árbitros; sin embargo, nada impide que las partes o el reglamento de la institución arbitral a la que se someta potencialmente un arbitraje, establezcan requisitos adicionales.

Segunda. El nombramiento e instalación del tribunal, no debería tener complicaciones, sin embargo, sí se pueden presentar circunstancias que retrasen la designación y posterior instalación del tribunal. El tribunal se considera válidamente constituido cuando se haya producido la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, resultando importante identificar este momento toda vez que esto lo habilita para que, entre otras cosas, pueda tomar acciones en cuanto a la eventual solicitud de medidas cautelares.

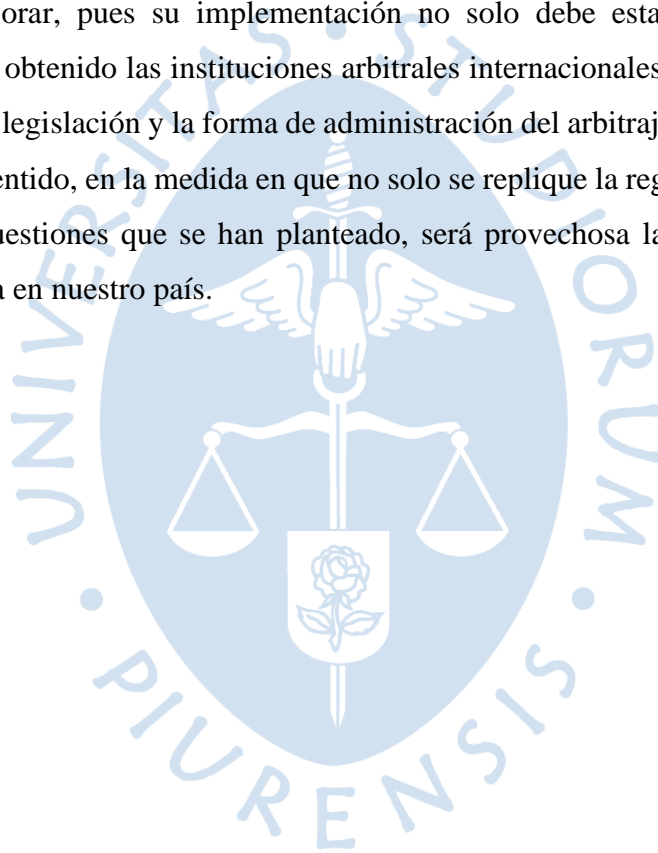
Tercera. Si bien es cierto que una de las principales ventajas reconocidas del arbitraje es la rapidez, la realidad ha demostrado que estos procesos duran más tiempo del que se cree, lo cual da lugar a que el demandante quede sujeto a los mismos riesgos de infructuosidad que se soportan en el proceso judicial ordinario. Así, al ser nuestro ordenamiento consciente de esta realidad, en la ley de arbitraje se ha contemplado expresamente la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares.

Cuarta. El tribunal arbitral una vez constituido, tiene absoluta exclusividad para conceder o rechazar una medida cautelar; antes de este momento, tal como lo dispone la norma, corresponderá a las partes solicitar la medida cautelar ante el poder judicial, hecho que no será incompatible con el arbitraje, ya que por la fuerza del convenio arbitral, una vez constituido el tribunal, corresponderá a la autoridad judicial remitir el expediente cautelar en el estado en el que se encuentre.

Quinta. Evidenciado el hecho de que tribunal arbitral puede llegar a demorar varios meses en constituirse y existiendo el deseo de las partes de no tener que acudir a los tribunales estatales a solicitar medidas cautelares *ante causam* al haber suscrito el convenio arbitral, se crea en el ámbito internacional la figura del árbitro de emergencia, quien nace para dar respuesta a las necesidades de las partes ante el “vacío” cautelar, buscando lograr así una mayor eficiencia del sistema arbitral en el ámbito de la adopción de las medidas cautelares.

Sexta. Revisada la naturaleza jurídica del árbitro de emergencia desde distintas perspectivas, se ha logrado concluir que en nuestro país, su naturaleza no es la de ser un árbitro en sí, sino que se trata de un nuevo personaje que dirige las actuaciones preliminares a quien se le podría denominar “Tercero Preliminar”.

Séptima. La implementación del árbitro de emergencia enriquece la institución arbitral, pues ayuda a crear una mayor independencia al arbitraje de la jurisdicción ordinaria; sin embargo, lo cierto es que en nuestro país, la regulación esta figura y de su procedimiento cuenta aún con muchos vacíos que no incentivan su aplicación. Así, si bien se está a favor de la inclusión del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, se es de la opinión que su regulación debe mejorar, pues su implementación no solo debe estar respaldada por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales internacionales, sino que también se debe analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales. En este sentido, en la medida en que no solo se replique la regulación internacional y se resuelvan las cuestiones que se han planteado, será provechosa la implementación del árbitro de emergencia en nuestro país.



Referencias

- AMPRIMO PLÁ, Natale. *La tutela cautelar arbitral*. 2013. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/75/58 (último acceso: 2 de julio de 2023).
- AYLLÓN YANAC, Carmela. «Cuando el remedio no alivia la enfermedad: El Decreto de Urgencia N-° 20-2020 y su propuesta de derogación.» *IUS 360. El portal jurídico de Ius et Veritas*. 2021. <https://ius360.com/cuando-el-remedio-no-alivia-la-enfermedad-el-decreto-de-urgencia-020-2020-y-la-propuesta-de-su-derogacion-carmela-ayllon/> (último acceso: 11 de junio de 2023).
- BLANCO GARCÍA, Ana Isabel. «Árbitro de Emergencia: El refuerzo de la tutela cautelar (ante causam) en el arbitraje institucional .» *THÉMIS-Revista de Derecho. Universitat de Valencia*. 2020. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23480/22462> (último acceso: 15 de agosto de 2023).
- BULLARD GONZALES, Alfredo. «¿Qué fue primero; el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación.» *Revista justicia y derecho*. 2013. <http://www.justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/El%20Huevo%20y%20la%20Gallina%20-%20Alfredo%20Bullard.pdf> (último acceso: 15 de febrero de 2023).
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Los arbitros en la nueva Ley General de Arbitraje (Ley N° 26575).» 2016. 51.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, y José Luis REPETTO. «La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino.» *Forseti, Revista de Derecho*. 2014. <http://159.203.123.197/revista/arbitraje-internacional/articulo/la-naturaleza-juridica-del-arbitraje-segun-el-tribunal-constitucional-peruano-riesgos-en-el-camino> (último acceso: 15 de febrero de 2023).
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «Duración razonable del procesamiento.» *Actualidad jurídica: Información especializada para abogados y jueces, tomo 194, 200*. 2010. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2085/Duracion_razonable_procesamiento.pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso: 20 de julio de 2023).
- CHANAME OBRE, Raúl, y Simón Alejandro VERÁSTEGUI GASTELÚ. *El proceso de arbitraje en el Perú. El Arbitraje y Constitución*. Vol. 21. Palestra: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2012.
- CHIPANA CATALÁN, Jhoel. *Los árbitros y la Ley de Arbitraje del Perú*. Vol. 30. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

- EZCURRA RIVERO, Huáscar, y Julio OLÓRTEGUI HUAMÁN. «Y ahora, ¿quién podrá defendernos? El arbitro de emergencia.» *Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*. 2019. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4195/4145> (último acceso: 13 de agosto de 2023).
- FERNÁNDEZ MASÍAS, Enrique. «La irrupción de árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional.» *Cuaderno de derecho transnacional. Universidad Carlos III de Madrid e-Revistas*. 2017. <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3614>; <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3614/2182> (último acceso: 10 de agosto de 2023).
- GONZALES DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2004.
- GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Derecho a la tutela jurisdiccional*. Tercera edición. Madrid: Civitas, 2001.
- LANDA ARROYO, César. *El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: CASTILLO FREYRE, Mario. *Ponencias del segundo Congreso Internacional de arbitraje*. Lima: Palestra editores, Mario Castillo Freyre editores, 2009.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Tercera Edición. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.
- MALLANDRICH, Miret Nuria. *Medidas Cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010.
- MINJUS. *Exposición de motivos*. 2020. <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2020/Enero/24/EXP-DU-020-2020.pdf> (último acceso: 11 de junio de 2023).
- MONROY PALACIOS, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso.» *Actualidad Jurídica*, tomo 140, julio 2005.
- OBANDO BLANCO, Víctor. «El Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.» *PRIORI POSADA, Giovanni F. Proceso y Constitución* (ARA editores E.I.R.L), 2011: 152.
- OSTERLING PARODI, Felipe. «El Arbitraje Nacional e Internacional en el Perú.» *Artículo Arbitraje*, Lima, setiembre de 2005. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/816EDCD2C2C97A3C05257E2800601DBC/\\$FILE/Art%C3%ADculoArbitraje.26set05.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/816EDCD2C2C97A3C05257E2800601DBC/$FILE/Art%C3%ADculoArbitraje.26set05.pdf) (último acceso: 7 de febrero de 2022).

- PANDURO MEZA, Lizbeth. «Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje.» Tesis de licenciatura en Derecho, Facultad Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
- PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores, 2006.
- PUGLIANINI GUERRA, Luis. «La relación partes-arbitro.» *Biblioteca de Arbitraje del Estudio*. Lima: Palestra Editores SAC, 2012.
- QUIROGA LEÓN, Anibal. *La naturaleza procesal del arbitraje*. Vol. 46. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.
- RABINES MATTA, Rodrigo. «¿Justos pagan por pecadores? Analizando las modificaciones a las reglas del arbitraje contra el Estado peruano.» *THEMIS Revista de Derecho*. 2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7882632> (último acceso: 11 de junio de 2023).
- REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. «La anulación de laudo arbitral por afectación a la tutela jurisdiccional efectiva.» *Constitución y proceso* (ARA editores E.I.R.L), 2009.
- RONCANCIO MARTÍNEZ, Luis Carlos. «El Árbitro de Emergencia: un estudio comparado.» 2015. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/ae991786-3f36-4564-acf2-94f6176f128e/content> (último acceso: 7 de agosto de 2023).
- SEVILLA AGUSTO, Percy Howell. «Implicancias de la Medida Cautelar fuera del proceso.» *Actualidad Civil, Instituciones de la Tutela Cautelar en el Código Procesal Civil Estudios Críticos*. 2010.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, y Alfredo BULLARD GONZALES. «Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje.» *Instituto Peruano de Arbitraje, tomo I, primera edición*. 2011. <https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf> (último acceso: 7 de febrero de 2023).
- VEGA ESPINOZA, Daniel Christian. «La incorporación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento.» *Pontificia Universidad Católica del Perú* . 2017. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/18068/18313> (último acceso: 27 de agosto de 2023).
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Primera edición. Gaceta Jurídica, 2003.
- VIDAL RAMOS, Roger. «La recusación en el arbitraje de las contrataciones estatales.» *Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*. 2015.

<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4392/4311> (último acceso: 7 de julio de 2023).



Normativas

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979

DIRECTIVA PARA EL SERVICIO DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA DEL CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, vigente desde el 15 de junio del 2017.

LEY GENERAL DE ARBITRAJE, Decreto Legislativo N°25935

LEY GENERAL DE ARBITRAJE, Ley N°26572.

REGLAMENTO Y ESTATUTO DE ARBITRAJE DEL CENTRO ARBITRAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA, vigente desde el 01 de enero de 2017.

STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11.

STC 0023-2005-PI, fundamento 49.

STC 06356-2006-PA/TC, fundamento 8.

