

Fernando Capuñay Chafloque*

Gianfranco Ferruzo Dávila**

Bryan Cillóniz Atoche***

¿DEBE IMPLEMENTARSE EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN EL PERÚ?

1. ¿Qué es lo que se viene con el presente trabajo?

Hace unos años atrás, uno de los presentes autores escribió un breve artículo sobre cuando termina la función arbitral, hoy, conjuntamente con mis coautores hemos procedido a analizar y a debatir sobre cuando comienza la función arbitral y sobre todo por qué este tema no es sólo un simple debate teórico, sino que tiene fuertes implicancias en la práctica arbitral cotidiana, principalmente en lo relacionado al otorgamiento de medidas cautelares en sede arbitral, para finalmente aterrizar en la figura del árbitro de emergencia y su gran importancia en las primeras fases del proceso arbitral.

2. ¿Qué es y cuándo comienza la función arbitral?

2.1. ¿Qué es la función arbitral?

Antes de entrar a analizar cuándo comienza la función arbitral, debemos iniciar explicando qué es o qué se entiende por “función arbitral”. La función arbitral no es otra cosa que la forma de “decir el derecho”¹ que tienen los árbitros

respecto a una controversia que ha sido puesta a su conocimiento. Este tema ha generado, genera y seguirá generando diversas pasiones y debates acalorados, que pareciesen nunca acabar cual cuestión bizantina, sin embargo, en lo que respecta al ordenamiento jurídico peruano esta cuestión ha quedado cerrada con la promulgación de la Constitución Política de 1979, la cual establece en su artículo 233° que “no existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral...”. Nuestra actual Constitución Política (de 1993) ha mantenido este lineamiento, volviendo a reconocer en su artículo 139° al arbitraje como jurisdicción³, y en ese mismo sentido el Tribunal Constitucional en el conocido Caso Cantuarias³ ha reafirmado el carácter jurisdiccional del arbitraje en el ordenamiento jurídico peruano. Quiere decir que, si el árbitro ejerce función jurisdiccional, entonces el árbitro tiene por función resolver controversias⁵, sin olvidarse que además está llamado a constituirse como pacificador⁶ y no un instigador de las mismas. En eso consiste la función arbitral en la capacidad que tiene el árbitro de resolver las controversias puestas a su conocimiento.

* Magister en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN, abogado especialista en mecanismos alternativos de solución de controversias (arbitraje, negociación, conciliación extrajudicial y dispute boards), contrataciones con el Estado, derecho administrativo, derecho corporativo, derecho contractual y derecho de seguros. Árbitro en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio Principal del Estudio Capuñay & Cieza Abogados.

** Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Con práctica legal en mecanismos alternativos de solución de controversias (arbitraje, negociación y conciliación extrajudicial), derecho administrativo, contrataciones con el Estado, derecho civil y derecho corporativo. Secretario Arbitral Ad hoc. Asociado del Estudio Capuñay & Cieza Abogados.

*** Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Con práctica legal en arbitraje, derecho civil y derecho corporativo. Miembro del Equipo de Solución de Controversias del Estudio Capuñay & Cieza Abogados.

2.2. ¿Cuándo comienza la función arbitral?

Si revisamos la Ley de Arbitraje, observamos que esta es clara al señalar que la función arbitral comienza desde la CONSTITUCIÓN del Tribunal Arbitral, sin embargo, como procederemos a revisar ut infra en algunos reglamentos de las principales instituciones arbitrales del Perú se tiene por iniciada la función arbitral la INSTALACIÓN del Tribunal Arbitral y no la constitución como señala la ley.

En efecto, si revisamos el artículo 47° de la Ley de Arbitraje, se observa lo siguiente:

“Artículo 47.- Medidas cautelares.
1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias [...]”. (Énfasis nuestro).

Esto quiere decir que la función jurisdiccional del árbitro, para otorgar inclusive medidas cautelares dentro de un proceso arbitral, inicia desde que el Tribunal Arbitral o el Árbitro Único queden constituidos, sin embargo ¿cuándo sucede ello? En el caso del Árbitro Único, este queda constituido con la aceptación del encargo, quiere decir, que cuando la persona propuesta para ser árbitro remite su carta de aceptación comunicando su decisión a la parte que lo ha designado (o a las partes en controversia⁷) y en el caso de un Tribunal Arbitral, la constitución

sucede con la aceptación del último árbitro, quien generalmente es el Presidente del Tribunal, y una vez transcurrido el plazo para la recusación, sin que haya mediado alguna⁸.

En efecto, y en palabras de la profesora GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, con la aceptación “la función jurisdiccional es atribuida a una persona en concreto para resolver una disputa en concreto”, originándose, además, la obligación del árbitro de cumplir fielmente con el encargo⁹.

Pero, como ya habíamos antelado líneas arriba la función arbitral, en algunos casos (sea por voluntad de las partes o sea por reglamentación institucional¹⁰) puede supeditarse no a la constitución del Tribunal Arbitral, sino a la instalación del mismo.

Este es el caso de los reglamentos arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima¹¹(CCL), el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú¹²(CARC PUCP), el Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental de Lima¹³ (CIP Lima).

Mención particular merecen los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú¹⁴(AmCham Perú), del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Peruana de la Construcción¹⁵ (CAPECO) y del Sistema Nacional de

¹JARROSSON, Charles: “La notion d’arbitrage”. En: “El Contrato de arbitraje”. 1ra. Ed., 1ra. Reimp., Universidad del Rosario y Legis, Colombia, 2008, pp. 7 – 8.

²Constitución 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 [...]**. (Énfasis nuestro).

³Constitución Política del Perú 1993:

“Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

al acto formal de la instalación del Tribunal.

3. ¿Qué medidas cautelares pueden dictar los árbitros?

Hablar de medidas cautelares en sede arbitral es tratar sobre un tema que en su oportunidad fue bastante conflictivo, pero que en la actualidad se ha tornado pacífico en consideración al gran número de leyes arbitrales y de reglamentos institucionales que reconocen la facultad de dictar medidas cautelares a los árbitros. Lo que, a consideración de determinados autores, sigue siendo materia de debate son los alcances y la estructura procedimental del poder cautelar que poseen los árbitros.²⁰

A nivel doctrinario hay autores que han sostenido que, por regla general, los árbitros no pueden dictar medidas cautelares (más aún si estas son compulsorias)²¹, otros han señalado que si no existe norma u acuerdo que reconozca dicha potestad a los árbitros, estos carecerían de la misma, por cuanto se entiende que el arbitraje es una “jurisdicción de excepción”, en ese sentido no podría interpretarse extensivamente facultades que no le han sido reconocidas por la ley o por las partes. Por otro lado, hay autores que señalan que, teniendo el árbitro “jurisdicción” esto es la potestad de poder “decir derecho” también tiene la potestad de adoptar todas aquellas ²² medidas que aseguren la eficacia de lo que se resuelva ²³.

Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA OSCE) ¹⁶. En los casos de la AmCham y CAPECO, sus reglamentos siguen el mismo sentido que la Ley de Arbitraje, estableciendo que la función arbitral comienza con la constitución del Tribunal Arbitral, en cambio, en el caso del SNA OSCE la función arbitral comienza “una vez iniciado el proceso arbitral”. ¹⁷

Pareciese suponer que la función arbitral iniciaría con la presentación de la respectiva petición de arbitraje, ya que con este documento se entiende iniciado formalmente el proceso arbitral, sin embargo el proceso arbitral regulado conforme a las normas del SNA OSCE tiene la peculiaridad de iniciar no con la petición sino con la respectiva demanda arbitral, con lo cual, la función arbitral inicia cuando el demandante presenta su respectivo escrito postulatorio ¹⁸.

Empero, en la práctica local y cotidiana no es común, de hecho es casi improbable, que los árbitros procedan a ejercer su función arbitral antes de la instalación, aún en los arbitrajes ad hoc, pese a que la ley y algunos reglamentos así lo permiten como hemos acabado de observar, lo cual conlleva, como bien señala el profesor KUNDMÜLLER a una “innecesaria “procesalización” del arbitraje, “jurisdiccionalizándolo” desde la instalación de los árbitros” ¹⁹ cuando los mismos pueden ejercer válidamente su función jurisdiccional desde la constitución sin necesidad de esperar

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. [...]. (Énfasis nuestro).

⁴Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC “Fernando Cantuarias Salaverry”, Parágrafo § 1.2. Contenido en el sitio web: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

⁵GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John: “Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration”. 1st. Ed., Kluwer Law International, Netherlands, 1999, p. 449.

⁶Si bien es cierto el profesor argentino GOZAÍNI limita la función arbitral a la pacificación, no por ello deja de ser cierto que el árbitro también está llamado a ser pacificador dentro de las controversias puestas a su conocimiento. Véase: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: “Formas alternativas para la resolución de conflictos”. 1ra. Ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1995, p. 125.

Esta última postura es más acorde con la naturaleza reconocida que tiene el árbitro en el ordenamiento jurídico peruano, ya que, siendo el árbitro un privado que ejerce función jurisdiccional debe contar no solo con los poderes suficientes para resolver las controversias puestas a su conocimiento, sino que además debe contar con la capacidad de otorgar tutela cautelar al que lo solicita y prueba, puesto que la tutela jurisdiccional no se agota con su simple reconocimiento de garantía de acceso a la justicia, sino que además debe ser efectiva²⁴. Entendiendo efectividad no sólo como resolución por parte del Tribunal Arbitral, sino también como capacidad de evitar todo tipo de acción u omisión que pueda privar de contenido el derecho reconocido por los árbitros en el laudo arbitral.

Sin perjuicio de las posiciones doctrinarias que puedan desarrollarse a favor o en contra, lo cierto es que conforme a la Ley de Arbitraje, los árbitros sí poseen la facultad de dictar medidas cautelares, e incluso si revisamos cualquier reglamento arbitral podremos observar que dicha facultad se encuentra plenamente reconocida, sin embargo, conviene preguntarnos ¿qué medidas cautelares pueden dictar los árbitros? Fiel a su estilo “anti procesalista” la literatura especializada ha señalado que los árbitros tienen la potestad de dictar los siguientes tipos de medidas cautelares que (i) mantengan o restablezcan el status

quo, (ii) impidan (o abstengan de llevar a cabo) algún daño o perjuicio al proceso arbitral, (iii) preserven bienes que permitan el cumplimiento del mandato arbitral y (iv) preserven elementos de prueba.

Sin embargo, fuera del nomen iuris que se le ponga a dichas medidas, lo cierto es que estas se adecuan a los tipos genéricos de²⁵: (i) no innovar, (ii) innovativa, (iii) para futura ejecución forzada y (iv) prueba anticipada²⁶, sin limitarse sólo a esas²⁷. No es intención del presente trabajo profundizar en los tipos de medidas cautelares que pueden dictar los árbitros, pero si es oportuno precisar que dicha lista es meramente enunciativa y no limitativa del poder del Tribunal Arbitral para dictar las medidas cautelares que resulten necesarias y adecuadas a la luz de las circunstancias particulares de cada caso en concreto²⁸. Esto quiere decir que válidamente un árbitro puede ordenar una medida cautelar compulsoria, pero ¿podría ejecutarla?

El artículo 48° de la Ley de Arbitraje establece que los árbitros sí pueden ejecutar las medidas cautelares que dictan²⁹ salvo que sea necesario el uso de la fuerza pública³⁰, en ese supuesto el árbitro tendría que recurrir al juez de apoyo para que este pueda hacer uso de su coertio y ejecutar dicha medida cautelar, esto debido a que por su propia naturaleza el uso de la fuerza pública queda en monopolio del

⁷GARBERÍ LLOBREGAT, José: “Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Tomo I”. 1ra. Ed., Bosch, España, pp. 359 – 360.

⁸ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María: “Medidas cautelares”. En: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y SOTO COAGUILA, Carlos: “Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Tomo I”. 1ra. Ed., Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, p. 550.

⁹GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, Elena: “Aceptación de los árbitros”. En: PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: “Comentarios a la Ley de Arbitraje”. 1ra. Ed., Wolters Kluwer, España, 2013, p. 421.

¹⁰Cabe precisar que la Ley de Arbitraje tiene un carácter de supletoriedad a la voluntad de las partes o al reglamento de arbitraje aplicable (en atención a lo señalado en el numeral 3 del artículo 34° de la Ley).

¹¹Artículo 50°.- Medidas cautelares **1. Una vez instalado, el Tribunal Arbitral**, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias [...]. (Énfasis nuestro).

Estado (en la persona de los jueces ordinarios).

4. ¿Qué es un árbitro de emergencia?

Hablar del árbitro de emergencia es hablar de una figura que se originó como concepto teórico, pero que rebasó el mismo hasta hacerse una realidad palpable y necesaria con la finalidad de atender un problema concreto en la práctica arbitral, esto es, el acceso a la tutela cautelar antes de que el Tribunal Arbitral se constituya ³¹.

Aunque la Ley de Arbitraje peruana (y de hecho todas las legislaciones especializadas en arbitraje que se inspiran en la Ley Modelo UNCITRAL) reconoce la posibilidad de que las partes puedan recurrir al juez de apoyo para solicitar medidas cautelares antes de iniciado el proceso arbitral, sin que ello implique incompatibilidad alguna ³² o signifique una renuncia al arbitraje ³³, lo cierto es que la idea de un acceso mucho más rápido y eficaz a la tutela cautelar, ha convertido cada vez más atractiva esta figura en la práctica arbitral internacional ³⁴. Ejemplos ilustrativos de la práctica cotidiana no faltan, por ejemplo, imaginemos por un momento a dos empresas internacionales que se dedican a la explotación minera en el Perú, la primera de estas llamada “A” pretende demandar por cifras millonarias a otra empresa llamada “B” por un incumplimiento contractual grave, dicho

contrato contiene un convenio arbitral en donde se establece que la sede arbitral es el Perú y el arbitraje será administrado por un prestigioso centro arbitral de la localidad. La futura demandante toma conocimiento de que su contraparte se encuentra en un avanzado proceso de retiro (financiero, comercial, factual) del mercado peruano, con lo que se evidenciaría un peligro en el cumplimiento del laudo que expida el Tribunal Arbitral a futuro. La empresa “A” inicia el arbitraje consuespectiva petición y la empresa “B” no impulsa como corresponde (porque no le conviene) el inicio del proceso arbitral.

¿Qué tendría que hacer la empresa “A” para salvaguardar el cumplimiento de lo que se laude? Naturalmente, y en condiciones normales, tendría que solicitar una medida cautelar ante el juez de apoyo, lo cual significaría que la parte interesada deba solicitar una medida cautelar fuera del proceso. Sin embargo en un arbitraje formalmente iniciado ³⁵ la autoridad competente ya no sería el juez de apoyo, sino los árbitros, pero por más que el arbitraje haya iniciado “formalmente”, mientras que el Tribunal no se constituya este no habría asumido funciones, razón por lo cual la parte interesada deberá recurrir al juez de apoyo para salvaguardar sus intereses. Es ante esa problemática (y también necesidad) que aparece y toma importancia la figura del árbitro de emergencia, cuya función se limita al conocimiento y adopción de medidas cautelares que por su propia naturaleza son urgentes y no pueden esperar

¹² Artículo 77^o.- Medida cautelar en sede arbitral

Una vez instalados, y a pedido de cualquiera de las partes, los árbitros podrán dictar las medidas cautelares que consideren necesarias [...]. (Énfasis nuestro).

¹³ Artículo 42. Medidas Cautelares

El Tribunal Arbitral, una vez instalado, puede, a pedido de Parte, dictar cualquier medida cautelar [...]. (Énfasis nuestro).

¹⁴ Artículo 37. Medidas cautelares

1. **Una vez constituido el tribunal arbitral**, a petición de cualquiera de las partes, puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias [...]. (Énfasis nuestro).

¹⁵ Artículo 48.- Medidas cautelares

Una vez constituido, el Tribunal Arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias [...]. (Énfasis nuestro).

hasta la constitución del Tribunal Arbitral que atenderá el fondo de la controversia³⁶, y mucho menos el tiempo que puede tardar el juez de apoyo en adoptar la misma en sede judicial. Empero, ¿esta figura puede ser aplicada en el Perú?, ¿se aplica de igual forma en un arbitraje ad hoc y uno institucional?, ¿se limita sólo a los arbitrajes institucionales?, ¿se aplica por defecto o debe ser expresamente pactado? Estas son unas de las cuestiones que intentaremos analizar en el presente trabajo y en los acápites que continúan.

4.1. ¿Cómo aparece el árbitro de emergencia en el arbitraje?

La figura del árbitro de emergencia tiene su antecedente inmediato en la figura del Pre Arbitral Referee de la International Chamber of Commerce de Paris (ICC) sin embargo la gran diferencia entre una y otra figura radica en el sistema de aplicación.

Mientras que el Referee es un sistema opt-in (en donde es necesario el pacto expresamente de las partes para su aplicación³⁷) el árbitro de emergencia es un sistema opt-out (en donde va a ser necesario el pacto expreso de las partes para su exclusión de uso dentro del proceso arbitral).³⁸ En el caso peruano, la Ley de Arbitraje no regula dicha figura, tampoco existe a la fecha institución arbitral que haga expresa regulación de la misma en sus reglamentos arbitrales, con lo cual deberíamos

preguntarnos si dicha figura puede ser aplicada aún sin contar con regulación expresa.

Para el caso de los arbitrajes ad hoc entendemos que no se generaría mayor inconveniente en lo que respecta a su aplicación, ya que la Ley es una norma de carácter supletoria a la voluntad de las partes, en ese sentido, de existir acuerdo de las partes dentro del convenio arbitral para la utilización de un arbitraje de emergencia, en caso sea requerido, no debería existir problema o inconveniente alguno para la utilización en las etapas previas del proceso arbitral.

Más aún si tenemos en consideración, como ya lo hemos desarrollado líneas arriba, que el ordenamiento jurídico peruano sí reconoce a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares con lo cual el árbitro de emergencia (quien no deja de ser un árbitro único) podría sin inconveniente alguno otorgar una medida cautelar solicitada ex parte.

Situación distinta se genera en el caso de los arbitrajes institucionales, en los cuales las reglas arbitrales están pre establecidas por el Centro de Arbitraje y muchas veces no pueden ser cambiadas o modificadas por las partes³⁹, sin embargo, consideramos que de existir acuerdo expreso en el convenio arbitral para la utilización de dicha figura, el reglamento de arbitraje no debería ser impedimento alguno para su utilización, esto sin perjuicio de que los Centros de Arbitraje puedan modificar

¹⁶Artículo 53. Medidas cautelares

Una vez iniciado el proceso arbitral, las partes sólo podrán solicitar medidas cautelares ante el Tribunal Arbitral [...]. (Énfasis nuestro).

¹⁷Conforme al artículo 33° de la Ley de Arbitraje, de igual modo en casi todos los reglamentos arbitrales conocidos. Sobre este punto véase KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz: "Inicio del arbitraje". En: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y SOTO COAGUILA, Carlos: "Opus Citatum", pp. 382 y ss.

¹⁸Conforme a lo establecido en el artículo 25° de citado reglamento arbitral.

¹⁹KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz: "Opus Citatum". En: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y SOTO COAGUILA, Carlos: "Opus Citatum", p. 389.

sus reglamentos para regular la figura del árbitro de emergencia y su aplicación en los arbitrajes administrados por dichos centros.

4.2. ¿Qué ventajas ofrece un procedimiento cautelar por árbitro de emergencia?

Sin lugar a dudas, la **celeridad** es la principal ventaja que otorga el procedimiento cautelar ante un árbitro de emergencia, ya que como procederemos a analizar más adelante, el procedimiento no debería superar como máximo los veinte días calendarios desde la solicitud de inicio de arbitraje de emergencia, y, de hecho las principales instituciones arbitrales en el extranjero regulan procedimientos de arbitraje de emergencia muy estrechos, cuyos plazos oscilan como máximo entre los quince a veinte días calendarios ⁴⁰.

Esto es una clara ventaja del procedimiento cautelar a cargo de un árbitro de emergencia ante el clásico proceso cautelar fuera del proceso en el Poder Judicial, el cual, como es de público conocimiento, adolece de muchos inconvenientes, tales como el tiempo para la revisión de lo peticionado y la sobrecarga del Poder Judicial, por lo que una solicitud cautelar en sede judicial recién sería atendida (con suerte) dentro de los seis meses de haber sido presentada. En ese tiempo, nuestra contraparte posiblemente habría movilizó el dinero de sus cuentas, transferido sus

propiedades o inclusive haberse declarado en bancarrota, con lo cual perderíamos la guerra sin siquiera haberla declarado.

La **especificidad** es el segundo gran motivo por el cual recurrir a un procedimiento de arbitraje de emergencia, ya que el árbitro de emergencia sólo se avoca al conocimiento de la petición cautelar, para evaluar su procedencia o no, y de corresponder la misma proceder a emitir el mandato cautelar. Una vez otorgado el mandato cautelar el árbitro de emergencia cesará funciones ⁴¹

Finalmente, y no por ello menos importante, la **confidencialidad**, la cual se traduce en el hecho de mantener en el fuero arbitral las controversias que serán puestas en conocimiento exclusivo de los árbitros, recuérdese que cuando las partes pactaron un convenio arbitral fue para excluirse de la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial, en ese sentido, al pedir una de las partes una medida cautelar fuera de proceso, termina recurriendo al único lugar al que no quiso recurrir desde un inicio: al Poder Judicial.

²⁰GUSY, Martin; HOSKING, James y SCHWARZ, Franz: "A guide to the ICDR international Arbitration rules". 1st. Ed., Oxford University Press, 2011, United Kingdom, p. 203.

²¹CAIVANO, Roque Jerónimo: "Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos". 1ra. Ed., ad hoc, Argentina, 1993, p. 213.

²²ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María: "Medidas...". En: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y SOTO COAGUILA, Carlos: "Opus Citatum", pp. 548 - 549.

²³MADRID HORNA, Víctor: "Las medidas cautelares en la LGA: Breves apuntes sobre su disponibilidad". En: VV.AA.: "Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Segunda Parte". 1ra. Ed., Estudio Mario Castillo Freyre y Palestra Editores, Lima, 2008, pp. 172 - 173.

Por otro lado, con la implementación y el uso del procedimiento de arbitraje de emergencia evitamos incrementar la carga procesal del Poder Judicial, ya que permitimos que la jurisdicción ordinaria atienda las controversias que le son propias a su fuero y mantenemos dentro del fuero arbitral las controversias que son (y deben ser) atendidas exclusivamente por los árbitros.

Cabe precisar que con lo antes señalado no intentamos excluir o limitar el poder que tienen los jueces ordinarios para expedir medidas cautelares fuera del proceso, ni tampoco estamos restando valor a la figura del juez de apoyo, sino todo lo contrario, se busca evitar incrementar las causas cautelares a ser atendidas por los jueces ordinarios cuando válidamente pueden ser atendidas por árbitros de emergencia, así como lo son por el Tribunal Arbitral cuando éste se encuentra válidamente constituido (e incluso instalado).

Recuérdese que el juez siempre mantendrá el monopolio de la fuerza pública para hacer cumplir lo ordenado por los árbitros por lo que la simbiosis árbitros (e incluso árbitros de emergencia) – jueces de apoyo siempre será necesaria y sumamente útil⁴².

4.3. La implementación del árbitro de emergencia en los arbitrajes ad hoc y arbitrajes institucionales

Comencemos por los arbitrajes institucionales, a nuestro entender la figura del árbitro de emergencia sí se adecuaría y hasta complementaria correctamente a un proceso arbitral administrado por un Centro de Arbitraje, ya que, como hemos observado líneas arriba, muchas veces la función arbitral se encuentra supeditada a la instalación de Tribunal Arbitral, con lo cual el periodo de tiempo comprendido entre el inicio formal del arbitraje (con la presentación de la petición de arbitraje) y la instalación de los árbitros puede verse suplido por el árbitro de emergencia en los casos en que sea urgente y necesario el otorgamiento de tutela cautelar a una de las partes.

En cambio muchas preguntas se generan en el caso de los arbitrajes ad hoc, una de ellas es ¿si esta figura es compatible con los arbitrajes ad hoc o si sólo se limita a los arbitrajes institucionales?

Si bien es cierto el arbitraje de urgencia usualmente se desarrolla en los arbitrajes institucionales consideramos que no existe (y no debería existir) inconveniente alguno para que este pueda desarrollarse dentro de los arbitrajes ad hoc.

Empero, ¿cómo se desarrollaría en los arbitrajes ad hoc?, ¿qué características o peculiaridades debería poseer el procedimiento de arbitraje de emergencia? En virtud de que no existe regulación en específico (ni en la Ley de

²⁴BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo: “Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”. En: CONSOLO, Analía (Coord. Esp.): “Derecho y Ciencias Sociales, N° 13”, 1ra. Ed., Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2015, p. 74.

²⁵ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María: “Medidas...”. En: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y SOTO COAGUILA, Carlos: “Opus Citatum”, p. 552.

²⁶ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María: Ídem, p. 551.

²⁷FRY, Jason; GREENBERG, Simon y MAZZA, Francesca: “The Secretariat’s guide to ICC arbitration”. 1st. Ed., International Chamber of Commerce, France, 2012, p. 289.

²⁸CARON, David y CAPLAN, Lee: “The UNCITRAL Arbitration rules. A commentary”. 2nd. Ed, Oxford University Press, Great Britain, 2013, pp. 597 – 598.

Arbitraje ni en los reglamentos arbitrales de las instituciones⁴³ arbitrales más reputadas de la localidad). proponemos lo siguiente:

Debe modificarse la Ley de Arbitraje con la finalidad de que se regule dicho procedimiento de manera genérica y flexible considerando lo siguiente: (i) La designación debe recaer en el Centro del Arbitraje de la localidad, (ii) el tiempo de duración del procedimiento debe ser de veinte días calendario y cuando exista incidente alguno (se recusa o se pone en tela de juicio al árbitro de emergencia) el plazo debe de ser de veinticinco días para que dentro del plazo de cinco días calendarios la Cámara de Comercio de la Localidad resuelva dicho incidente,

(iii) debe facilitarse el uso de medios electrónicos para las notificaciones de y para las partes excepto para la orden cautelar, y, (iv) los gastos arbitrales deben ser razonables con la finalidad de que se promueva el uso de este procedimiento.

No proponemos “copiar y pegar” el procedimiento contenido en reglamentos de institucionales arbitrales en el extranjero, sino que nos limitamos a poner en tapete un modelo lo suficientemente genérico para que pueda adecuarse a la necesidad del procedimiento caso por caso, tanto en los arbitrajes ad hoc como en los institucionales:



²⁹RIVERA, Julio César: “Medidas precautorias en los procedimientos arbitrales (con especial referencia al derecho argentino)”. En: “Revista Peruana de Arbitraje, N° 3”, 1ra. Ed., Grijley, Lima, 2006, p. 346.

³⁰ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María: “Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral”. En: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y SOTO COAGUILA, Carlos: “Opus Citatum”, p. 559

³¹ARIAS, David: “El procedimiento de árbitro de emergencia: una visión práctica”. En: JIMÉNEZ-BLANCO, Gonzalo: “Anuario de Arbitraje 2016”. 1ra. Ed., Thomson Reuters, Civitas y Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, España, 2016, p. 142.

³²Implicaría incompatibilidad cuando el Tribunal Arbitral ya se encuentra constituido, puesto que en ese caso el Tribunal ya habría iniciado funciones y sería el único competente para revisar la procedencia o no del otorgamiento de la medida cautelar solicitada, al respecto véase ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María: “Medidas...”. En: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y SOTO COAGUILA, Carlos: “Opus Citatum”, p. 554.

³³CROFT, Clyde; KEE, Christopher y WAINCYMER, Jeffrey: “A guide the UNCITRAL Arbitration rules”. 1st. Ed., Cambridge University Press, United Kingdom, 2013, p. 280 y ss.

³⁴RIVERA, Irma: “El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento”. En: GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César (Dir.): “Revista Arbitraje PUCP, N° 04”, 1ra. Ed., Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 169.

Recuérdese que la regla general en el arbitraje es que las medidas cautelares sean adoptadas a pedido de parte y con conocimiento de la otra, es decir, no se aplica por defecto la regla del inaudita altera pars a no ser que el solicitante pruebe la necesidad de aplicar la misma⁴⁴. Finalmente, la propia orden cautelar del árbitro de emergencia puede ser confirmada, modificada e incluso revocada por el Tribunal Arbitral que atiende el fondo de la controversia una vez constituido el mismo⁴⁵.

5. Consideraciones finales

Como puede observarse la figura del árbitro de emergencia sí es útil para el arbitraje, toda vez que responde a la necesidad específica de otorgar una medida cautelar en la propia sede arbitral, necesidad que no puede esperar hasta la constitución del Tribunal Arbitral y que puede verse aletargada en la sede judicial debido a la amplia carga procesal que esta posee.

Es por ello que los reglamentos arbitrales y

la propia Ley de Arbitraje deberían regular dicha figura, estableciendo un procedimiento que sea lo adecuadamente flexible para atender las necesidades propias de cada caso.

Finalmente, debe regularse el procedimiento de arbitraje de emergencia como un sistema opt-out y no como uno opt-in para promover así su uso en la práctica arbitral peruana.

Consideramos que esta figura se abrirá camino en el Perú, así como viene haciéndolo en la práctica arbitral internacional.

³⁵Recuérdese que el arbitraje inicia, en términos generales, con la petición de arbitraje tanto en los arbitrajes ad hoc como en los institucionales.

³⁶BETANCOURT, Milagros y OJEDA, Greyza: “El rol del árbitro de urgencia y las medidas cautelares anticipadas, especial referencia a Venezuela y a las normas del centro empresarial de conciliación y Arbitraje – CEDCA”. En: GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César (Dir.): “Opus Citatum”, pp. 31 – 32.

³⁷BETANCOURT, Milagros y OJEDA, Greyza: “Ídem”, p. 29.

³⁸FRY, Jason; GREENBERG, Simon y MAZZA, Francesca: “Opus Citatum”, p. 295.

³⁹En muchos casos la utilización de los reglamentos arbitrales implica “sometimiento al Centro” por vis atractiva la cual se encuentra expresamente regulada en muchos reglamentos arbitrales.

⁴⁰Por ejemplo la ICC establece un procedimiento de aproximadamente dieciocho días (incluido el plazo de designación del árbitro de emergencia y el plazo de resolución de dicho árbitro).

⁴¹GUSY, Martin; HOSKING, James y SCHWARZ, Franz: “A guide to the ICDR international arbitration rules”. 1st. Ed., Oxford University Press, United Kingdom, 2011, p. 309.

⁴²Como bien señala el profesor PAULSSON: “los entornos legales en los que el arbitraje prospera parecen ser aquellos en los que existe un diálogo real y constructivo entre el poder judicial y los que participan en el proceso arbitral”. Al respecto véase: PAULSSON, Jan: “La simbiosis de Jueces y Árbitros: un paso adelante en América Latina”. En: MCLEAN, Magaly y MORENO-VALLE, Jaime (Coords.): “Arbitraje comercial internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros”. 1ra. Ed., Organización de los Estados Americanos, Estados Unidos de América, 2015, p. 17.

⁴³BETANCOURT, Milagros y OJEDA, Greyza: “Opus Citatum”, p. 30.

⁴⁴MALLANDRICH MIRET, Nuria: “Medidas Cautelares y Arbitraje”. 1ra. Ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 205.

⁴⁵GUSY, Martin; HOSKING, James y SCHWARZ, Franz: “Opus Citatum”, p. 309.