



## Medidas cautelares en el arbitraje

### *Precautionary Measures in Arbitration*

“Sobre lo señalado, es cierto que ni en el artículo 47 ni en el 48 de la norma especializada, ni en ningún otro de la norma que regula el arbitraje se establecen requisitos procesales de manera detallada como en el Código Procesal Civil sobre las medidas cautelares, sin embargo, sí se realizan indicaciones especiales y en algunos casos opuestas a lo señalado por la norma procesal civil que, en atención al principio de especialidad, deben prevalecer y ser respetadas por quien dicta la medida cautelar, ya sea en sede arbitral o en sede judicial”.

**Fiorella Casaverde\***

166

**Resumen:** El arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos cuya celeridad y eficiencia ha generado que su uso se extienda exponencialmente. Este trabajo discute la importancia de la tutela cautelar efectiva de las partes que han optado por someter sus controversias a arbitraje, con especial énfasis en las particularidades que caracterizan a las medidas cautelares otorgadas en sede arbitral, y una figura de reciente aparición: el árbitro de emergencia.

**Abstract:** Arbitration is an alternative mechanism of dispute resolution whose efficiency and speed has generated its extension exponentially. This work discusses the importance of the effective precautionary measure effective of the parties that have chosen to submit their disputes to arbitration, with special emphasis on the particularities that characterize the precautionary measures granted at the arbitration site, and a figure of recent appearance: the emergency arbitrator.

**Palabras clave:** Tutela cautelar, arbitraje de emergencia.

---

\* Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Piura. Candidata a magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha desempeñado como secretaria arbitral del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú desde el año 2015 hasta el año 2017. Actualmente, se desempeña como secretaria arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

**Keywords:** Precautionary measures, emergency arbitrator.

**Sumario:** 1. La importancia de la tutela cautelar en el arbitraje y cómo influye que no exista un tribunal al que se pueda recurrir directamente. 2. Medidas cautelares antes de la constitución del Tribunal Arbitral. 3. ¿El Poder Judicial puede dictar una medida cautelar pese a que existe un Tribunal Arbitral constituido?. 4. Contenido de las decisiones cautelares y cuál es la ley que aplican los Tribunales Arbitrales cuando se les solicita una medida cautelar. 5. Reglas que sí impone la Ley de Arbitraje sobre medidas cautelares. 6. La ejecución de las medidas cautelares. 7. Medidas cautelares otorgadas fuera del país. 8. El árbitro de emergencia. 9. Las características esenciales del arbitraje de emergencia. 10. ¿Vulnera de alguna manera el convenio arbitral?. 11. La ejecutabilidad de las medidas cautelares dictadas por los árbitros de emergencia.

### **1. La importancia de la tutela cautelar en el arbitraje y cómo influye que no exista un tribunal al que se pueda recurrir directamente**

El tiempo es un elemento vinculado a la resolución de controversias, tanto en los procesos judiciales como arbitrales. El tiempo que tome la emisión de la sentencia o el laudo puede influir en que su efectividad sea posible o no.

Para garantizar una real tutela de los derechos de las partes, la normatividad prevé la figura de las medidas cautelares. Estas son [...] definidas como “herramientas utilizadas por los tribunales durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la *litis* de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final”<sup>1</sup>.

En las siguientes páginas, analizaremos la regulación que tienen las medidas cautelares cuando la controversia debe resolverse en la jurisdicción arbitral. A nivel nacional, es el Decreto Legislativo N° 1071 la norma que regula el arbitraje y la que dispone

lo pertinente a medidas cautelares en sus artículos 47° y 48°.

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, considerado jurisdicción especial, se diferencia de la jurisdicción ordinaria (es decir, la que corresponde al Poder Judicial) en que no cuenta con un tribunal constituido al que se pueda recurrir de manera inmediata. En el arbitraje, en primer lugar, nace el litigio y, posteriormente, se organiza y constituye el tribunal que lo resuelve. Es por esta razón que, en el inciso 1 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje, se establece que, 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.

De acuerdo a la Ley de Arbitraje, es a partir de la constitución del Tribunal Arbitral que este asume competencia para conocer las medidas cautelares que soliciten las partes, según el inciso 2 del artículo 27°. Al respecto, la Ley refiere que una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el Tribunal Arbitral se considerará válidamente constituido.

1 Francisco Gonzáles de Cossío, *Arbitraje* (México: Editorial Porrúa, 2004), 625.

Sobre lo indicado, nos parece importante recalcar dos puntos en los que se suele incurrir en error respecto a la relación entre constitución del Tribunal Arbitral y la competencia que este asume sobre la controversia. El primero es el utilizar como sinónimo de la constitución del Tribunal Arbitral a la audiencia de instalación, y el segundo es considerar que, mientras no se constituya el Tribunal Arbitral, no se puede obtener tutela cautelar.

Sobre el primer punto, como bien indican Castillo, Sabroso y Chipana<sup>2</sup>, es necesario establecer que la constitución del Tribunal Arbitral no coincidirá necesariamente con su instalación. La instalación del Tribunal Arbitral supone el hecho de que se haya llevado a cabo la audiencia en la cual se establecen todas las reglas del proceso que se inicia, además de otras estipulaciones que configuran un contrato celebrado entre las partes y los árbitros. No obstante, cada vez es más frecuente, al menos en los arbitrajes de tipo institucional, que las reglas del arbitraje se fijen mediante una resolución u orden procesal, lo que se traduce en que no en todos los casos se lleve a cabo una “instalación del proceso arbitral”, lo cual no significa que sin dicha audiencia el Tribunal aún no se entienda constituido y, por tanto, asuma competencia para conocer los temas de fondo (entre ellos, las medidas cautelares).

## 2. Medidas cautelares antes de la constitución del Tribunal Arbitral

Quienes nos dedicamos a la rama de arbitraje conocemos que no pocas veces las partes e incluso los abogados que las patrocinan insisten en apresurar el proceso de constitución del Tribunal Arbitral, sustentando su interés en presentar una medida cautelar, porque consideran que las medidas

cautelares relacionadas a procesos arbitrales solo pueden solicitarse ante el Tribunal Arbitral.

Al respecto, los incisos 4, 5 y 6 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje regulan aquellas medidas cautelares que se solicitan en sede judicial. Obviamente, esta posibilidad solo existe en tanto aún no exista un Tribunal Arbitral constituido. La Ley, además, señala claramente que esto no es incompatible con la jurisdicción arbitral que corresponda ni significa una renuncia al arbitraje.

Dado que la medida cautelar es provisional e instrumental, dependerá directamente de la resolución definitiva del conflicto que le proporcione la jurisdicción competente. Por ello, en el inciso 4 del artículo 47° de la Ley, se indica que, ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes. Es decir, quien obtuvo la medida cautelar en su favor, deberá remitir la solicitud de arbitraje a su contraparte (en el caso de arbitrajes ad hoc) o presentar la solicitud arbitral en la institución arbitral designada (en el caso de los arbitrajes institucionales) si no lo hubiere hecho con anterioridad. Cabe recalcar que este es un plazo de caducidad, por lo que, si no se cumple la medida cautelar, esta pierde sus efectos.

Asimismo, la Ley establece que, si no se constituye el Tribunal Arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho.

Una vez se constituye el Tribunal Arbitral, este asume total competencia sobre el caso. De este modo, en el inciso 5 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje se establece que, constituido el Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad

2 Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya y Jhoel Chipana Catalán, «La Constitución del Tribunal Arbitral y las Medidas Cautelares en el Arbitraje», *Arbitraje PUCP*, n.º 3 (2013): 9, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9382>.

## **Medidas cautelares en el arbitraje**

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 que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al Tribunal Arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el Tribunal Arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

En relación a lo dispuesto en el inciso bajo comentario, consideramos que, si bien cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de la constitución del Tribunal y pedir que se le remita el expediente del proceso cautelar, debería preverse una obligación de la parte beneficiaria de la medida cautelar de informar al Tribunal Arbitral constituido de las medidas cautelares que tuviera en su favor en sede judicial. Esto último se justifica en el hecho que no es poco frecuente que dicha información se remita en plazos muy superiores a lo pertinente y que, incluso, exista una superposición de actuaciones judiciales y arbitrales cuando, por ejemplo, se formula oposición a la medida cautelar y esta continúa tramitándose en sede judicial; ello, pese a que ya existe un Tribunal Arbitral constituido, que no ha tomado conocimiento de la medida que existe fuera del proceso arbitral.

Finalmente, el inciso 6 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje señala que el Tribunal Arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el Tribunal Arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.

El Tribunal Arbitral es competente para dictar medidas cautelares, así como, para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado o que hayan sido dictadas por autoridad judicial. Esta facultad puede iniciarse por petición de las partes o por decisión del propio Tribunal Arbitral, por lo que se debe tener en cuenta que las medidas cautelares no dictadas dentro del proceso arbitral no se encuentran fuera de la competencia del Tribunal Arbitral.

### **3. ¿El Poder Judicial puede dictar una medida cautelar pese a que existe un Tribunal Arbitral constituido?**

De acuerdo al inciso 9 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje, en el arbitraje internacional, las partes, durante el proceso de las actuaciones, pueden, también, de manera excepcional, solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del Tribunal Arbitral, la adopción de medidas cautelares.

De acuerdo a la normatividad vigente, dos requisitos son necesarios para que el Poder Judicial pueda emitir una medida cautelar cuando ya existe un Tribunal Arbitral constituido: el primer requisito es la autorización del Tribunal Arbitral y el segundo es que se trate de un arbitraje internacional.

Esta excepción tiene su sustento en que, cuando se trate de arbitrajes internacionales, existe la posibilidad de que los bienes o derechos relacionados a la controversia y, por ende, a la medida cautelar que se solicite, se encuentren en otro país al que se encuentra el Tribunal Arbitral, por lo que, a fin de garantizar la efectividad de la medida cautelar, se permite la participación del Poder Judicial.

#### 4. Contenido de las decisiones cautelares y cuál es la ley que aplican los Tribunales Arbitrales cuando se les solicita una medida cautelar

De acuerdo al inciso 2 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje, por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el Tribunal Arbitral ordena a una de las partes:

- a. Que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia;
- b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
- c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
- d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

De la lectura de los literales a, b, c y d del inciso 2 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje, se advierte que el Tribunal Arbitral puede emitir medidas cautelares de innovar y de no innovar, medidas cautelares

de tipo genérico, así como, medidas asegurativas para una futura ejecución forzada. No obstante lo indicado por la norma, nos parece que, reconocida la facultad a los Tribunales Arbitrales de dictar medidas cautelares, estos están autorizados para dictar la medida cautelar que consideren acorde al caso que se someta a su resolución, independientemente de que se encuentre o no expresamente prevista en la Ley de Arbitraje.

En relación a lo señalado, la doctrina se cuestiona si para la emisión de una medida cautelar el Tribunal Arbitral y/o el juez (en caso se solicite un medida cautelar fuera de proceso) pueden o no recurrir a la aplicación del Código Procesal Civil.

Al respecto, Amprimo Plá<sup>3</sup> manifiesta que hay quien sostiene que el juez debe exigir el cumplimiento de las condiciones que contempla el Código Procesal Civil y actuar conforme lo dispone esta normativa: por ejemplo, que se debe ofrecer contracautela y que el pedido es concedido o rechazado sin conocimiento de la parte afectada. Sin embargo, el autor considera que ello no es correcto, pues la Ley de Arbitraje del Perú no contempla requisitos -solo habla de la contracautela en términos potestativos- y el procedimiento ordinario contempla que, antes de resolver, se ponga en conocimiento la solicitud de medida cautelar a la parte contraria.

Para Amprimo Plá<sup>4</sup>, tanto en las medidas cautelares otorgadas en sede judicial como en sede arbitral solo se debe seguir lo que indica la Ley de Arbitraje, habida cuenta de que la Décima Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1071 contempla el principio de prevalencia cuando señala que “las disposiciones

3 Natale Amprimo Plá, «La Tutela Cautelar Arbitral», *Ius et Praxis*, n.º 44 (2013): 67, <http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/2813>.

4 *Ibid.*

## Medidas cautelares en el arbitraje

procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil”.

Sobre lo señalado, es cierto que ni en el artículo 47° ni en el 48°, ni en ningún otro de la mencionada Ley se establecen requisitos procesales de manera detallada (como en el Código Procesal Civil sobre las medidas cautelares). Sin embargo, sí se realizan indicaciones especiales y, en algunos casos, opuestas a lo señalado por la norma procesal civil que, en atención al principio de especialidad, deben prevalecer y ser respetadas por quien dicta la medida cautelar, ya sea en sede arbitral o en sede judicial.

La emisión de una medida cautelar debe cumplir con la motivación necesaria, para lo cual los tribunales arbitrales pueden recurrir a las características elementales de la figura, así como, a los presupuestos que ella engloba.

Consideramos, al igual que Castillo, Sabroso y Chipana<sup>5</sup>, que las medidas cautelares relacionadas a la jurisdicción arbitral tendrán las mismas características que ha indicado el Derecho Procesal; es decir, estas serán instrumentales, variables, temporales o provisionales, accesorias e implicarán un prejuzgamiento.

Sobre lo indicado, Ledesma<sup>6</sup> señala lo siguiente respecto a cada característica:

- **Instrumentales y Accesorias:** La medida cautelar no tiene un fin en sí misma sino que nace y permanece al servicio del proceso. Está siempre subordinada a un fallo definitivo. Se orienta, más que actuar el derecho, a conseguir o asegurar la eficacia práctica de la sentencia<sup>7</sup>.
- **Variable:** La variación permite la mutación de los elementos de la resolución cautelar, atendiendo a la modificación de las circunstancias sobre cuyas bases se decretaron, así como también, su restablecimiento en consonancia con nuevos elementos de juicio que se aporten. Por lo tanto, pueden ser sustituidas unas por otras, ampliadas, revocadas o reducidas en cualquier momento luego del examen correspondiente<sup>8</sup>.
- **Temporal o provisional:** La medida cautelar no es permanente ni absoluta, ni se puede asociar la cosa juzgada material a ella. Eso significa que tiene una duración limitada en el tiempo porque está relacionada con el fallo definitivo. De esta manera, una medida cautelar solo mantiene sus efectos mientras no se dicte la resolución final en el expediente principal<sup>9</sup>.
- **Prejuzgamiento:** Prejuzgar importa emitir opinión precisa y fundada sobre puntos concretos que deberán ser motivo de decisión antes de la oportunidad fijada para pronunciarse<sup>10</sup>.

5 Castillo Freyre, Sabroso Minaya y Chipana Catalán, «Constitución del Tribunal Arbitral», 12.

6 Marianella Ledesma Narváez, *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil* (Lima: Gaceta Jurídica, 2013), 483.

7 *Ibíd.*, 489.

8 *Ibíd.*, 494.

9 *Ibíd.*, 487.

10 *Ibíd.*, 485.

Del mismo modo, consideramos que pese a que no se señala expresamente en la Ley, al momento en que el Tribunal Arbitral deba resolver una medida cautelar, se deben considerar los presupuestos indicados por la doctrina procesal: a) La verosimilitud del derecho y b) El peligro en la demora.

Según el primer presupuesto, si la medida cautelar tiende a asegurar la efectiva tutela de una pretensión principal, es razonable que la adopción de esta medida tenga la apariencia de un buen derecho, que no responde a que la pretensión sea probablemente estimada, sino a que pueda serlo<sup>11</sup>. El Tribunal Arbitral, al analizar un pedido de medida cautelar, deberá examinar qué tan posible es que la pretensión llegue a estimarse.

En cuanto al peligro en la demora, quien resuelve la medida cautelar debe no solo apreciar la apariencia del derecho que invoca la parte peticionante de la medida, sino también, el peligro de que el probable derecho sea violado o que, sin la efectividad de la cautela, pueda permanecer insatisfecho<sup>12</sup>.

Como indicamos, la Ley de Arbitraje no hace referencia expresa a la verosimilitud del derecho ni al peligro en la demora; sin embargo, estos presupuestos deben ser analizados por los Tribunales Arbitrales. Sostener lo contrario implicaría otorgar un excesivo margen de discrecionalidad a quienes están encargados de resolver el pedido cautelar, lo que produciría el dictado de una serie de medidas cautelares que no contengan una motivación mínima.

## 5. Reglas que sí impone la Ley de Arbitraje sobre medidas cautelares

A diferencia de lo que estipula el Código Procesal Civil, en el cual las medidas cautelares se resuelven sin correr traslado a la contraparte contra quien se las solicita, la Ley de Arbitraje, en el inciso 3 del artículo 47°, indica que el Tribunal Arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento de la solicitud a la otra parte; es decir, la norma especial invierte la regla prevista por la norma procesal. No obstante, esta Ley no es tajante sobre esa indicación, ya que establece que, excepcionalmente, se podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre.

De esta manera, dicha norma tiene por regla que la parte contra la que se solicita la medida cautelar tome conocimiento de la misma antes de que el Tribunal resuelva el pedido cautelar. De esta manera, las medidas cautelares emitidas en arbitraje no son *in audita partes*, salvo que la parte solicitante demuestre que si la parte contraria toma conocimiento del pedido cautelar, dicha situación perjudicará su emisión o cumplimiento.

El inciso 7 del artículo 47° establece, además, que el Tribunal Arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, 77.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, 80.

## Medidas cautelares en el arbitraje

Finalmente, el inciso 8 del artículo 47° establece que el solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos, daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes; siempre que el Tribunal Arbitral determine ulteriormente que, según las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el Tribunal Arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

Sobre este punto, Castillo, Sabroso y Chipana<sup>13</sup> cuestionan que se pueda conceder un monto indemnizatorio, que no ha sido pretendido, sin haberse dado derecho a contradicción en torno a su cuantía o procedencia, sin que se haya abierto a prueba o sin que se hayan ofrecido medios probatorios en cuanto a la misma es decir, que se conceda por entera discreción (o arbitrariedad) del Tribunal Arbitral. Así mismo, los autores señalan que el inciso 8 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje vulnera los principios básicos del Derecho Procesal y constituye una norma que no se ajusta a los principios básicos de contradicción y de equilibrio que deben regir en todo proceso, pues otorga a los tribunales arbitrales una facultad absolutamente arbitraria.

No compartimos la posición de los autores señalados, ya que, de acuerdo a la norma citada, el Tribunal Arbitral queda autorizado a “condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios”, siempre y cuando el Tribunal determine: a) Que el solicitante es responsable, b) Que no se debió emitir la medida cautelar y c) Que se ha generado un perjuicio. Si bien el texto no indica que se debe realizar el contradictorio pertinente, es evidente que el Tribunal Arbitral deberá realizar la evaluación respectiva garantizando el derecho de defensa de ambas partes, respetando así el debido proceso.

Finalmente, mediante Decreto de Urgencia N° 020-2020 publicado el 24 de enero de 2020, se ha modificado el numeral 2 del artículo 8 de la norma que regula el arbitraje, disponiendo que la parte que solicite una medida cautelar en un proceso en el cual la contraparte sea el Estado deberá ofrecer como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. Asimismo, indica que la contracautela la establecerá el juez o el tribunal arbitral ante quien se solicite la medida cautelar y que dicho monto no deberá ser menor a la garantía de fiel cumplimiento.

Sobre la modificación referida en el párrafo precedente, esta representa una evidente desigualdad de armas para las partes del proceso, una vulneración al principio de razonabilidad y un desincentivo para presentar medidas cautelares, ya que, si la garantía mínima que podrá aprobar el juez o Tribunal Arbitral como contracautela no puede ser menor a la garantía de fiel cumplimiento, podrán existir numerosos casos en los que la medida cautelar que se pretenda obtener sea por una pretensión que represente un monto menor al 10% del valor del contrato (garantía de fiel cumplimiento), por lo que exigir un monto equivalente resulta irracional y discriminatorio.

## 6. La ejecución de las medidas cautelares

El artículo 48° de la Ley desarrolla lo relacionado a la ejecución de las medidas cautelares. Al respecto, declara expresamente que el Tribunal Arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario (o conveniente) requerir la asistencia de la fuerza pública.

13 Castillo, Sabroso y Chipana, «Constitución del Tribunal Arbitral», 14.

Si bien el Tribunal Arbitral tiene la facultad de ejecutar medidas cautelares, no es menos cierto que el árbitro no posee la *coertio* de la jurisdicción ordinaria. De este modo, si la medida cautelar dictada por un Tribunal Arbitral no es cumplida voluntariamente por la parte a quien se dirige, la única manera de lograr su ejecución es a través del apoyo del Poder Judicial.

Así como el Tribunal Arbitral está facultado para dictar medidas cautelares, puede también disponer su ejecución. Actualmente, se tiene mucho mayor respeto por las medidas cautelares dictadas por Tribunales Arbitrales. Sin embargo, aún existe resistencia a su cumplimiento por algunos sectores, por lo que la Ley de Arbitraje, contemplando esta posibilidad, establece en el inciso 2 de su artículo 48° que, en los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien, por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

Por otro lado, de acuerdo al inciso 2 del artículo 48° de la Ley de Arbitraje, es la parte beneficiada con la medida cautelar la que puede solicitar su ejecución en sede judicial; no obstante, el Tribunal Arbitral, de considerarlo, podrá de manera discrecional requerir directamente el apoyo judicial para lograr la ejecución de la medida.

La norma, además, señala, en el inciso 3 del artículo 48°, que la autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. En ese sentido, si existiera alguna duda sobre la resolución cautelar dictada por un Tribunal Arbitral, el juez encargado de su ejecución o las partes podrán solicitar la aclaración o precisión

sobre la misma o sobre la ejecución cautelar. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al Tribunal Arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

## 7. Medidas cautelares otorgadas fuera del país

El inciso 4 del artículo 48° de la ya mencionada Ley establece que toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral, cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano, podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75°, 76° y 77° de la citada norma.

Los referidos artículos están relacionados con la denegación, el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros; sin embargo, las medidas otorgadas en el extranjero, al igual que los laudos, podrán ser denegadas. Para el caso de la solicitud de reconocimiento y ejecución de una medida cautelar otorgada en el extranjero, la Ley de Arbitraje establece las siguientes particularidades:

- a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento solo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 75°, o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d del artículo 48°.
- b. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del Tribunal Arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9° de la Ley de Arbitraje; es decir, los documentos dirigidos a una autoridad judicial nacional deben ser redactados en español o acompañarse de traducción simple, salvo que la autoridad judicial considere que debe presentarse una traducción oficial. Asimismo, los

## Medidas cautelares en el arbitraje

documentos que se presenten a la autoridad judicial deben estar debidamente autenticados.

- c. Los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 76° serán de diez (10) días.
- d. La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el Tribunal Arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.
- e. La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

### 8. El árbitro de emergencia

En la búsqueda por garantizar la tutela cautelar de las partes que se someten a arbitraje, nacen nuevas figuras como el árbitro de emergencia, cuyas características y lineamientos dependen del cuerpo normativo que las acoja.

Hasta antes de la aparición de esta figura, solo existían dos maneras de solicitar la emisión de una medida cautelar cuando nos encontramos en un proceso arbitral: la primera era dirigirse directamente

al Poder Judicial y la segunda, esperar a que el Tribunal Arbitral se constituyera.

No obstante, se reconoció la necesidad de que la tutela arbitral no se restringiera a la posibilidad de someter los temas de fondo a arbitraje, con las ventajas de celeridad, especialidad y confidencialidad que esto representa, sino, también, que las partes puedan solicitar tutela cautelar inmediata bajo estos parámetros, sin necesidad de esperar a que se constituya el Tribunal Arbitral o sin tener que recurrir al Poder judicial. En pocas palabras, se reconoció la necesidad de una tutela cautelar pre arbitral en sede arbitral. Antes de este reconocimiento, esta tutela cautelar pre arbitral solo podía ser concedida por el Poder Judicial.

La doctrina reconoce como antecedente directo del árbitro de emergencia al *Pre Arbitral Referee* de la *International Chamber of Commerce de París* (ICC), el cual en 1990 buscó otorgar una herramienta que facilitara la emisión de medidas cautelares en sede arbitral. Este procedimiento permite la designación inmediata de una persona conocida como “Réferi”, quien tiene el poder de emitir ciertas órdenes antes de que dicho caso sea conocido por un tribunal o por la jurisdicción nacional competente. Sin embargo, dado que dichas reglas no estaban incorporadas en el cuerpo de su reglamento y exigían un pacto expreso de las partes para su aplicación (sistema *opt-in*), su uso ha sido muy restringido<sup>14</sup>.

Una de las principales diferencias entre el árbitro de emergencia y el *Pre Arbitral Referee* es el sistema de aplicación. Mientras que el Referee es un sistema *opt-in*, en el cual es necesario el pacto expresamente de las partes para su aplicación, el árbitro de emergencia

14 Huáscar Ezcurra y Julio Olórtégui, «Y ahora ¿quién podrá defendernos?: El árbitro de emergencia», en *Litigio Arbitral: El Arbitraje desde otra perspectiva*, ed. por Alfredo Bullard (Lima: Palestra, 2016), 195.

es un sistema *opt-out*, en el cual va a ser necesario el pacto expreso de las partes para su exclusión de uso dentro del proceso arbitral<sup>15</sup>. De esta manera, si las partes se han sometido a la administración del proceso arbitral por una institución arbitral que prevé reglas de arbitraje de emergencia, dicha institución estará, en consecuencia, autorizada para utilizar el procedimiento de árbitro de emergencia, salvo que las partes de manera expresa excluyan esa posibilidad.

La primera institución en adoptar reglas sobre el arbitraje de emergencia, en el año 2006, fue el Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR), siendo seguida, entre otras, en el año 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 el año 2012, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) en el año 2013, y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) en el año 2014<sup>16</sup>.

A nivel nacional, la figura del árbitro de emergencia es regulada por primera vez por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) en su reglamento, vigente desde el 1 de enero de 2017, seguida por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la cual incluyó esta figura en su reglamento vigente desde el 15 de junio de 2017. No obstante, la figura del árbitro de emergencia aún no ha sido regulada en la Ley de Arbitraje.

A través del árbitro de emergencia, se otorga a las partes la posibilidad de solicitar a la institución arbitral correspondiente el nombramiento de un árbitro para la adopción de las medidas cautelares urgentes<sup>17</sup>, lo que garantiza una tutela cautelar inmediata en la propia jurisdicción arbitral.

A modo de resumen, Ezcurra y Olórtgui señalan respecto al árbitro de emergencia que “[l]as partes podrán recurrir a la figura del árbitro de emergencia, el cual, en un procedimiento contradictorio, breve pero intenso, emitirá una orden razonada, en la cual analice la concurrencia de los requisitos exigidos para la estimación, o en su ausencia, desestimación, de las medidas solicitadas, sin prejuzgar el fondo del asunto y pronunciándose, en todo caso, acerca de la condena de costas”<sup>18</sup>.

## 9. Las características esenciales del arbitraje de emergencia

Como indicamos al momento de iniciar el análisis de la figura del árbitro de emergencia, su regulación y características dependerán del reglamento de arbitraje pertinente o de la Ley de Arbitraje que acoja dicha figura. Sin perjuicio de ello, en este apartado explicaremos las características comunes a esta figura, haciendo la precisión que las partes deberán considerar la revisión del reglamento al cual se han sometido.

15 Fernando Capuñay Chafloque, Gianfranco Ferruzo Dávila y Bryan Cillóniz Atoch, «Debe implementarse el arbitraje de emergencia en el Perú», *Arbitraje PUCP*, n.º 6 (2016): 14, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17016>.

16 Enrique Fernández Masía, «La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 9, n.º1 (2017): 86, doi: 10.20318/cdt.2017.3614.

17 *Ibid.*, 85.

18 Ezcurra y Olórtgui, «Y ahora ¿quién podrá defendernos?», 202.

## Medidas cautelares en el arbitraje

### a) Designación del árbitro de emergencia

Dada la celeridad con la que se busca conseguir la emisión de la medida cautelar, la institución arbitral designará a un árbitro que tenga disponibilidad inmediata, y a tiempo completo, para poder tramitar el procedimiento y adoptar una decisión. De esta manera, en la mayoría de regulaciones las partes no participan en el proceso de designación del árbitro<sup>19</sup>.

### b) Imparcialidad e independencia

La figura del árbitro representa a un tercero que resuelve una controversia y, por tanto, por regla general, deberá cumplir con los mismos estándares de imparcialidad e independencia que cualquier administrador de justicia. Por ende, el árbitro designado deberá presentar su declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. Dicha declaración será enviada por la secretaría de la institución arbitral correspondiente a las partes, pudiendo estas últimas, en el plazo que corresponda, formular recusación<sup>20</sup>.

### c) Ámbito de competencia

El árbitro de emergencia tiene competencia plena para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas, pero solo sobre estas, por lo que su competencia se limita única y exclusivamente a dicha labor. Las facultades del árbitro de emergencia cesarán una vez que el expediente haya sido trasladado al Tribunal Arbitral<sup>21</sup>. En relación a lo señalado, el árbitro

de emergencia puede dictar todas las medidas cautelares que la norma de arbitraje le permita.

### d) Celeridad

La celeridad en la adopción de la decisión por parte del árbitro de emergencia es su principal característica y, debemos reconocerlo, el fundamento de su existencia. Aunque cada reglamento establece un plazo máximo distinto para que el árbitro emita su decisión, en todos ellos se refleja la misma idea de que una de las ventajas más relevantes para acudir a esta figura ha de ser la rapidez en la toma de las decisiones<sup>22</sup>.

### e) Respeto por los estándares mínimos de motivación y análisis al momento de conceder la medida cautelar

A pesar del silencio de los reglamentos institucionales sobre esta cuestión y la gran discrecionalidad otorgada al árbitro de emergencia, este último ha de evaluar la petición de acuerdo con los presupuestos tradicionales previstos para la adopción de las medidas cautelares por parte de los tribunales arbitrales<sup>23</sup>.

### f) Fuerza vinculante

Desde el momento en que una medida cautelar es emitida por el árbitro de emergencia, las partes quedan obligadas a cumplir su contenido. En todo

<sup>19</sup> *Ibíd.*, 87.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, 91.

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> *Ibíd.*

caso, cabe que el árbitro de emergencia, si así se le solicitase, pueda modificar, dejar sin efecto o anular su decisión previa. El Tribunal Arbitral, por el contrario, no queda vinculado en ningún momento por lo dictado en el arbitraje de emergencia, actuando de manera totalmente independiente, motivo por el cual, una vez constituido, puede confirmar, modificar o dejar sin efecto la decisión adoptada por el árbitro de emergencia<sup>24</sup>.

#### 10. ¿Vulnera de alguna manera el convenio arbitral?

Por el momento, el arbitraje de emergencia solo puede ser utilizado por las partes que estén sometidas a un reglamento de arbitraje que contemple esta figura. Estos cuerpos normativos han buscado superar los límites que podría representar, para esta figura, la existencia de un sometimiento expreso de las partes en litigio a la jurisdicción arbitral y a las posibles materias que se pueden resolver en arbitraje conforme al convenio.

A través del sistema *opt-out*, las instituciones arbitrales garantizan que, una vez que las partes se someten a un determinado arbitraje institucional, el concreto procedimiento del árbitro de emergencia, regulado en el reglamento de esa institución, está también incluido en su acuerdo, a no ser que las propias partes de manera expresa señalen que no quieren someterse específicamente a dichas disposiciones<sup>25</sup>.

En ese sentido, si las partes se someten a un reglamento que regula la figura de árbitro de

emergencia, automáticamente están autorizadas para utilizar esta herramienta, lo cual no vulnera su convenio arbitral.

#### 11. La ejecutabilidad de las medidas cautelares dictadas por los árbitros de emergencia

Fernández señala que es posible diferenciar tres importantes problemas en relación con la ejecutabilidad de las decisiones adoptadas en un procedimiento arbitral de emergencia: a) El exacto estatus del árbitro de emergencia o, dicho de otra manera, la consideración del mismo como un verdadero árbitro en relación con las leyes nacionales sobre arbitraje (dado que las mismas en su gran mayoría no hacen referencia a este procedimiento), b) La naturaleza temporal de las decisiones del árbitro de emergencia, y c) La forma en que se plasma la decisión del árbitro de emergencia<sup>26</sup>.

Sobre el primer cuestionamiento, el autor refiere que la mayoría de legislaciones nacionales guardan silencio sobre esta figura, lo que dificulta establecer un estatus claro del árbitro de emergencia y de la ejecutabilidad de sus decisiones. No obstante, existe la tendencia a que las normas de arbitraje nacionales empiecen a reconocer dicha figura. Así, tenemos que, en el año 2012, se modificó la Ley de Arbitraje internacional de Singapur para incluir, dentro de la definición de Tribunal Arbitral, al árbitro de emergencia, nombrado conforme a lo pactado por las partes e incluyendo las reglas de arbitraje aplicables a una institución<sup>27</sup>. De igual manera, la Ley de Arbitraje de Hong Kong, en el año 2013, incorporó el procedimiento de árbitro de emergencia. Igualmente, Nueva Zelanda, en el año

24 *Ibíd.*, 93.

25 *Ibíd.*, 87.

26 *Ibíd.*, 93.

27 *Ibíd.*, 94.

## Medidas cautelares en el arbitraje

2016, incluyó la figura del árbitro de emergencia en su definición de Tribunal Arbitral.

En relación a la segunda observación, se indica que la naturaleza temporal de las medidas adoptadas por los árbitros de emergencia supone el mayor obstáculo para su ejecución por parte de los tribunales estatales, especialmente cuando se trata de medidas cautelares que fueron dictadas en el extranjero<sup>28</sup>. Sobre este punto, el citado autor señala que las medidas cautelares dictadas por árbitros de emergencia solo tienen vigencia hasta que el Tribunal Arbitral asume competencia, por lo que este puede dejarlas sin efecto, modificarlas o revocarlas, lo que dificulta su ejecución. Ello, además, aunado a que las mismas, generalmente, se dictan bajo el ropaje de órdenes procesales y no de laudos, existiendo jurisdicciones que no aceptarán su ejecución por no cumplir con el requisito de representar decisiones finales.

Por último, la tercera observación se encuentra directamente relacionada con la segunda y se refiere a que las decisiones de los árbitros de emergencia pueden adoptar la forma de laudos o de órdenes, lo que puede influir en su ejecutabilidad, ya que existen ordenamientos que solo reconocen la ejecución de laudos<sup>29</sup>.

A nivel nacional, gracias al artículo 48° de la Ley de Arbitraje, la ejecutabilidad de las decisiones de los árbitros de emergencia no deberá presentar ningún problema. Independientemente del tipo de nomenclatura que se le dé a la decisión sobre la solicitud cautelar -ya sea la de laudo o de orden-, siempre que dicho artículo sea interpretado de forma correcta (extendiendo sus efectos a las decisiones

de los árbitros de emergencia), la ejecución de dichas decisiones, realizadas tanto por árbitros de emergencia nacionales como extranjeros, no deberá generar mayor complejidad<sup>30</sup>.

## Bibliografía

Amprimo Plá, Natale. «La Tutela Cautelar Arbitral». *Ius et Praxis*, n.º 44 (2013): 59-79. <http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/2813>.

Bordachar Urrutia, Rodrigo. «Medidas Cautelares en Arbitraje y la Incorporación del Árbitro de Emergencia». *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 13 (2015): 71-91. <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/2359>.

Capuñay Chafloque, Fernando, Gianfranco Ferruzo Dávila y Bryan Cillóniz Atoch. «Debe implementarse el arbitraje de emergencia en el Perú». *Arbitraje PUCP*, n.º 6 (2016): 9-18.

Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya y Jhoel Chipana Catalán. «La Constitución del Tribunal Arbitral y las Medidas Cautelares en el Arbitraje». *Arbitraje PUCP*, n.º 3 (2013): 7-17. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9382>.

Fernández Masiá, Enrique. «La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 9, n.º 1 (2017): 82-98. doi: 10.20318/cdt.2017.3614.

28 *Ibíd.*, 95-96.

29 *Ibíd.*, 96.

30 Ezcurra y Olórtegui, «Y ahora ¿quién podrá defendernos?», 205,206.



González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2004.

Ezcurra, Huáscar y Julio Olórtegui. «Y ahora ¿quién podrá defendernos?: El árbitro de emergencia». En *Litigio Arbitral: El Arbitraje desde otra perspectiva*, editado por Alfredo Bullard, 193-207. Lima: Palestra, 2016.

Ledesma Narváez, Marianella. *La Tutela Cautelar en el Proceso Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

Queija, Sonia. «El procedimiento de árbitro de emergencia: ¿la mejor opción?». *Forseti: Revista de Derecho*, 17 de marzo del 2018. Acceso el 25 de octubre de 2019. <https://forseti.pe/periodico/articulos/el-procedimiento-de-arbitro-de-emergencia-la-mejor-opcion/>. 