

“NO UTILIZAR EN CASO DE EMERGENCIA”: 5 PATOLOGÍAS LATENTES EN EL PROCEDIMIENTO DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA PERUANO

“DO NOT USE IN CASE OF EMERGENCY”: 5 LATENT PATHOLOGIES IN PERUVIAN EMERGENCY ARBITRATOR PROCEEDING

Christian M. Collantes Rojas*
Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados

The emergency arbitrator proceeding has managed to enhance and provide efficiency and celerity to the system of precautionary measures, for the benefit of effective jurisdictional protection prior to the constitution of the arbitral tribunal. However, such proceeding could be undermined, and the interim relief granted be frustrated, due to bad practices.

In this paper, the author analyses the existence of pathological scenarios in the Peruvian emergency arbitration proceeding, which may undermine its purpose. Some of these pathological scenarios refer to guerrilla tactics used by the party affected with the precautionary measure, others are covered by regulatory gaps and some of them are based on the procedure's own regulations, by defrauding it through the irregular exercise of a right.

KEYWORDS: *Emergency arbitrator proceedings; precautionary measures; effective jurisdictional protection; pathologies.*

El procedimiento de arbitraje de emergencia, qué duda cabe, ha logrado dinamizar y dotar de eficiencia y celeridad al sistema peruano de otorgamiento de medidas precautorias en beneficio de una tutela jurisdiccional efectiva antes de la constitución de un tribunal arbitral. Sin embargo, dicho procedimiento podría ser minado, y la tutela cautelar concedida frustrarse, en determinadas situaciones, debido a la mala praxis de alguna de las partes.

En el presente trabajo, el autor analiza la existencia de escenarios patológicos en el procedimiento de arbitraje de emergencia peruano, los cuales pueden socavar su finalidad. Algunos de estos escenarios se corresponden con tácticas de guerrilla utilizadas por la parte afectada con la medida precautoria. Otros se amparan en vacíos normativos y algunos otros, inclusive, se basan en la propia regulación del procedimiento, defraudándolo a través del ejercicio irregular de un derecho.

PALABRAS CLAVE: *Árbitro de emergencia; medidas cautelares; tutela jurisdiccional efectiva; patologías.*

* Abogado. Postgrado en Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje de Inversión por la American University Washington College of Law. Asociado en Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados (Lima, Perú). Contacto: ccollantes@npg.pe

La responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente al autor y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de la entidad privada para la cual presta sus servicios profesionales.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 7 de julio de 2020.

I. GENERALIDADES

“La justicia que llega tarde no es justicia” es una buena frase para ilustrar la necesidad particular de tutela cautelar, sea ante la justicia ordinaria o la arbitral.

Es harto conocida la demora que, normalmente, existe en la justicia ordinaria peruana para conseguir una medida cautelar fuera del proceso. Una decisión del juez cautelar puede demorar desde algunas semanas hasta un par de meses o quizás más¹. Ello, sin dejar pasar la escasa predictibilidad producto de fallos contradictorios emitidos por las Salas Comerciales, así como la falta de especialización en controversias sobre determinados sectores: energía, hidrocarburos, construcción, entre otros.

Por otro lado, la constitución de un tribunal arbitral puede tomar algún tiempo y durante este periodo el estado de las cosas puede modificarse en forma sustancial. Como desarrollaremos más adelante, no existen mecanismos dentro de nuestro ordenamiento jurídico que permitan garantizar la celeridad de la constitución del tribunal arbitral o árbitro único, a efectos de peticionar ante estos una medida precautoria. Ello pone en riesgo la seguridad jurídica del peticionante en el sentido de que no puede darse por sentado que los activos en disputa no desaparecerán hasta la constitución del tribunal arbitral.

Hasta hace poco en Perú, una parte que buscaba auxilio en caso de emergencia previamente a la constitución de un tribunal arbitral no tenía más remedio que recurrir a la justicia ordinaria. Sin embargo, la realidad de los hechos nos muestra que, cuando la controversia surge, la etapa más temprana de la disputa es, muy a menudo, la fase temporal en donde una medida de urgencia más se puede necesitar (Born, 2009, p. 1943). Así, presentar una solicitud cautelar ante la justicia ordinaria suele ser poco atractivo e ineficiente, básicamente, por las mismas razones por las cuales las partes eligieron el arbitraje en primera instancia.

Frente a ello, surge la figura del árbitro de emergencia, institución que ha recibido una exitosa acogida en las diferentes instituciones arbitrales a nivel mundial mediante su incorporación expresa en sus reglamentos desde hace casi quince años.

El primer centro de arbitraje en adoptar reglas sobre el arbitraje de emergencia fue el Centro Internacional de Resolución de Disputas (en adelante, ICDR) en el 2006, seguido, en el 2010 por el

Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (en adelante, SCC) y el Singapore International Arbitration Centre (en adelante, SIAC). Por su parte, en el 2012 lo hizo la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI); en el 2013, el Hong Kong International Arbitration Centre (en adelante, HKIAC); y, la London Court of International Arbitration (en adelante, LCIA) en el 2014.

El Perú no ha sido ajeno a acoger dicho procedimiento. Los centros de arbitraje más reconocidos del país han incluido en sus reglamentos el procedimiento de árbitro de emergencia. Así tenemos al Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2017) y al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2017) y su Directiva (2019).

Adicionalmente, cabe resaltar el reconocimiento del procedimiento de arbitraje de emergencia por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) a través de su Directiva 004-2020-OSCE/CD, Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Especializado y Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del SNA-OSCE.

Bajo este contexto, analizaremos brevemente cómo es entendida o debe entenderse la tutela cautelar en sede arbitral.

II. MEDIDAS PRECAUTORIAS EN SEDE ARBITRAL

Las medidas precautorias son un instrumento de eficacia de todo proceso y el arbitral no es la excepción. Los procesos arbitrales caracterizados por su flexibilidad y la posibilidad de adecuar el proceso a las necesidades particulares de las partes en un litigio usualmente establecen que los árbitros pueden dictar medidas cautelares para evitar la frustración de la decisión que lo resuelve. Sobre las funciones principales de la tutela cautelar, Fernández Rozas señala que

[l]a justicia cautelar desempeña un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias por su doble cometido: proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas y asegurar la ejecutoriedad de la decisión final. [...]. Las medidas cautelares son las encargadas de evitar el fallo frustrado y los daños inminentes, o ya iniciados, durante la tramitación del juicio,

¹ Sencillamente, los plazos establecidos en el Código Procesal Civil peruano no se respetan.

en cualquiera de las materias sometidas a proceso. Así pues, la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial. Puede afirmarse que su adopción constituye un verdadero derecho fundamental del justiciable tanto en el proceso judicial como en el arbitral (2007, p. 24).

En lo que en sentido general atañe, la doctrina internacional define a las medidas precautorias como laudos u órdenes dictados con el propósito de proteger a una de las partes en el procedimiento, o a ambas, del daño que pudieran sufrir en el curso del procedimiento arbitral, y se proponen preservar una situación jurídica o de hecho y pueden extenderse más allá de la mera conservación del *status quo* para requerir el restablecimiento de una situación previamente existente en el asunto o la realización de ciertos actos (Born, 2009, p. 1943). Encontraremos definiciones similares en Fouchard, Gaillard y Goldman (1999, pp. 709-734), así como en Craig, Park y Paulsson (2000, pp. 460-469).

Por su parte, la práctica en arbitraje comercial internacional ha venido demostrando que el árbitro tiene el poder inherente de emitir cualquier tipo de orden que estime conveniente para preservar los derechos de las partes y asegurar la efectividad de la jurisdicción y autoridad del tribunal arbitral. Así lo entendió el árbitro único en el Caso CCI 10681 de la Cámara de Comercio Internacional de París cuando afirmó lo siguiente:

Furthermore, international commercial arbitration practice shows that arbitration tribunals have inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the parties and to ensure that the tribunal jurisdiction and authority are made fully effective (2011)².

Estas medidas de aseguramiento de la eficacia del laudo pueden consistir en acciones orientadas a mantener o reestablecer el *statu quo* durante la tramitación del procedimiento arbitral e impedir

que se agrave la disputa hasta la emisión del laudo, por ejemplo, evitar la ejecución de cartas fianza o solicitar su reducción, evitar la aplicación de penalidades contractuales, evitar la aplicación de cláusulas de *backcharge* o contracargo (ejecución de la prestación incumplida a través de tercero), mantener el estado de suspensión de un proyecto de infraestructura, entre otros.

Este tipo de medidas, conocidas como medidas de no innovar, son frecuentemente solicitadas y concedidas en arbitrajes internacionales desde ya hace bastante tiempo³. A modo de ejemplo, Stephen R. Bond afirma lo siguiente:

[...] Secondly, there may be a need, in the course of the arbitral proceedings, for the parties to do or abstain from doing certain acts. An example would be an order or recommendation that a party suspend the calling under a bank guarantee, so that the status quo between the parties may be preserved until a final decision on the merits of the dispute (1993, p.4)⁴.

De igual manera, estas medidas pueden consistir también en medidas orientadas a modificar u ordenar el cese de una acción a efectos de impedir algún daño actual o inminente o menoscabo del arbitraje. Tradicionalmente se conocen como medidas innovativas.

En el Perú, el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante, DLA), establece el marco legal para que los árbitros adopten las medidas cautelares necesarias para garantizar la eficacia del laudo, a petición de cualquiera de las partes, conforme se aprecia a continuación:

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 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.

² “Adicionalmente, la práctica en el arbitraje comercial internacional demuestra que los tribunales arbitrales tienen la facultad inherente de emitir las órdenes que sean necesarias para conservar los derechos de las partes y garantizar que la jurisdicción y autoridad del tribunal sean plenamente efectivas” [traducción libre].

³ A título de ejemplo, según recoge la doctrina, medidas similares dictadas en sede arbitral fueron adoptadas en los casos *Framatome S.A. c. Organización de Energía Atómica de Irán* (1982) (González de Cossío, 2013, p. 45) y el Caso CCI No. 5887 (1991) (Yesilirma, 2005, p. 258).

⁴ “[...] puede darse la necesidad, en el curso del procedimiento arbitral, de que las partes realicen o se abstengan de realizar determinadas actuaciones. Un ejemplo sería la orden o recomendación de que una parte se abstenga de ejecutar una garantía bancaria, de modo que el *statu quo* entre las partes pueda preservarse hasta que se emita una decisión final sobre el fondo de la disputa” [traducción libre].

2. 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 (2008).

Ahora bien, a pesar de que los ordenamientos jurídicos nacionales, como en el caso peruano, establecen la posibilidad de que los árbitros concedan medidas cautelares durante el arbitraje a efectos de preservar la eficacia del laudo final que ponga fin a la controversia, lo cierto es que dicha posibilidad nace a partir de la constitución del tribunal arbitral, dejando a las partes desprotegidas o a merced de la justicia cautelar ordinaria durante todo el período que sea necesario hasta que el tribunal arbitral se constituya.

La inclusión de la figura del árbitro de emergencia, a nivel internacional desde hace casi quince años y desde el 2017 a nivel local, pretende solucionar ese problema. La oferta de árbitros nacionales e internacionales que ofrecen los centros arbitrales en nuestro país es muy amplia y los procedimientos de arbitraje de emergencia siguen la influencia de las principales instituciones arbitrales a nivel internacional.

La urgencia de tutela cautelar previa a la constitución de un tribunal arbitral se ve mejor cubierta con la oferta del mercado privado que con la siempre limitada oferta judicial del Estado, monopólica y, por tanto, con escaso o nulo incentivo de mejorarse y adaptarse en beneficio de los usuarios. Pero, ¿qué tan importante ha sido el desarrollo del procedimiento de arbitraje de emergencia a nivel internacional? Y más importante aún, luego de tres años desde su inclusión en nuestro país ¿funciona bien en nuestro sistema jurídico? ¿qué problemas

se han presentado? ¿o es que acaso se trata de un procedimiento inmaculado frente al siempre criticado proceso judicial cautelar?

Antes de analizar estas cuestiones, consideramos relevante contextualizar al procedimiento de arbitraje de emergencia a nivel internacional, esto es, en el arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversión.

III. PROCEDIMIENTO DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

El procedimiento de árbitro de emergencia ha tenido una especial relevancia en el arbitraje internacional, principalmente en el arbitraje comercial internacional. En principio, porque las partes muy a menudo y generalizadamente, desconfían de las cortes nacionales, más aún si se trata de jurisdicciones extranjeras. Es usual que las partes duden o tengas cierto recelo respecto de la imparcialidad de un tribunal nacional en particular.

Por otro lado, al igual de lo que sucede con el arbitraje frente a la justicia ordinaria, las partes prefieren acudir por tutela cautelar ante un árbitro de emergencia, pues así mantienen la confidencialidad de los procedimientos. Pero, además, no son pocas las jurisdicciones extranjeras que, por el formalismo propio de su jurisdicción, prohíben que un abogado extranjero litigue ante sus cortes. A diferencia de lo que ocurriría ante un juez, al someterse ante un árbitro de emergencia, la parte solicitante no necesitará del apoyo adicional de un abogado local del país de la sede de la controversia para que se encargue de la solicitud judicial auxiliar.

Así también, de cara al tribunal arbitral que decidirá sobre el fondo de la controversia, se elimina el riesgo latente de un eventual prejuicio o sesgo de los méritos que usualmente se asocia con la búsqueda de medidas provisionales.

En lo que al uso del procedimiento de árbitro de emergencia en el arbitraje de inversión se refiere, es claro que el mismo no se ha implementado con la misma frecuencia que en el arbitraje comercial (Swee, 2016, p. 534). De hecho, el procedimiento de arbitraje de emergencia no está contemplado en las reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) o las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (en adelante, UNCITRAL), las cuales representan el grueso de los arbitrajes sobre controversias de tratados de inversión.

Tres cuerpos normativos sobre el particular se han dedicado sobre el procedimiento de árbitro de emergencia para controversias de inversión: las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, Reglas SCC), las Reglas de Arbitraje de Inversión del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (en adelante, Reglas SIAC) y las Reglas de Arbitraje de Inversión Internacional de la Comisión Internacional China de Arbitraje Económico y Comercial (en adelante, CIETAC). Según un informe de la Cámara de Comercio Internacional (CCI, 2014, p. 2), 18% de los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI) hacen referencia a las reglas de arbitraje de la CCI, mientras que las Reglas SCC están disponibles bajo sesenta (60) BIT y el Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, ECT).

De la información que se ha podido recabar a la fecha, se han identificado ocho (8) casos conocidos en los que se invocó el procedimiento de árbitro de emergencia respecto de disputas sobre tratados de inversión (Chatzipavlou, 2017, p. 11; Dahlquist, 2016, pp. 261-271). Todos estos se condujeron bajo los auspicios de las Reglas SCC, excepto dos casos de ECT:

- *Evrobalt LLC c. Moldova* (TBI Rusia-Moldavia).
- *Griffin Group c. Polonia* (TBI Luxemburgo-Polonia).
- *JKX Oil & Gas plc, Poltava Gas B.V. y Poltava Petroleum Company JV c. Ucrania* (TCE y TBI Reino Unido - Ucrania).
- *Kompozit LLC c. Moldova* (TBI Rusia-Moldavia).
- *Puma Energy Holdings (Luxemburgo) SARL c. Benin* (TBI Bélgica /Luxemburgo-Benin).
- *TSIKinvest LLC c. Moldova* (TBI Rusia-Moldavia).
- *Mohammed Munshi c. Mongolia* (Tratado de la Carta de la Energía-TEC).
- *Okuashvili c. Georgia* (TBI Reino Unido-Georgia).

En los TBI suscritos por Perú no se han identificado casos en los que se haya hecho referencia a alguno de los cuerpos normativos descritos y, en consecuencia, a su acceso a las reglas de árbitro de emergencia.

Pues bien, tal como sugiere el título de este trabajo y las interrogantes planteadas anteriormente, consideramos que a pesar del buen funcionamiento del procedimiento de arbitraje de emergencia a nivel internacional y sus ventajas manifiestas, su aplicación dentro del sistema jurídico peruano aún presenta ciertos inconvenientes, algunos de ellos, críticos, no sin advertir de su amplio margen de beneficio y eficiencia respecto del proceso judicial cautelar peruano.

En esta ocasión no ahondaremos en tópicos que ya han sido abordados ampliamente en nuestro medio. Los mencionamos brevemente:

- La experiencia y disponibilidad para asumir el encargo de árbitro de emergencia: en este procedimiento es insuficiente el tiempo como para permitir al árbitro una curva de aprendizaje. Bien se ha señalado que existe una presión a la institución arbitral para poder identificar y designar a la persona adecuada y que tenga una disponibilidad inmediata y a tiempo completo en las siguientes, más o menos, dos semanas que se tienen para poder tramitar el procedimiento y adoptar una decisión (Fernández Masiá, 2017, p. 90).
- *Conflict check*: el árbitro de emergencia dispone de muy poco tiempo para evaluar conflictos de interés con las partes y sus representantes. De hecho, desde su designación hasta su aceptación, dispone de horas para determinar si su relación con las partes o sus representantes afecta su imparcialidad o independencia.
- Si debe ser o no *inaudita pars*⁵: la regla debería ser la del respeto del contradictorio y trato igualitario a las partes y la excepción, la decisión del pedido sin conocimiento de la contraparte, siempre y cuando justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre.
- Necesidad de emitir una orden temporal por el árbitro de emergencia destinado a mantener el estado de las cosas hasta la emisión

⁵ Al respecto el numeral 3 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), acerca de las medidas cautelares, establece que

3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, 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 la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

de la orden cautelar definitiva: ello, a efectos de evitar una afectación al derecho del peticionante hasta la emisión de la decisión cautelar.

Como ya hemos adelantado, a continuación, presentaremos cinco escenarios patológicos que hemos advertido en el quehacer diario del procedimiento de arbitraje de emergencia peruano, así como algunas propuestas prácticas para corregirlos a partir de la experiencia local e internacional sobre la materia. Esto, sin perjuicio, claro está, de que existan o puedan presentarse otros escenarios patológicos, además de los descritos.

Así las cosas, hemos identificado las siguientes patologías:

- a) Errada importación de prácticas y requisitos propios del proceso cautelar ordinario, inaplicables al arbitraje en general, y al proceso de árbitro de emergencia en particular.
- b) Restricción injustificada en el derecho de acción cautelar y, en consecuencia, en el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva.
- c) Utilización de tácticas de guerrilla, a efectos de conseguir que la medida precautoria caduque.
- d) Interposición injustificada de recursos impugnativos contra la orden emitida por un árbitro de emergencia, como si se tratara de un proceso ordinario.
- e) Trabas a la ejecutoriedad de las decisiones del árbitro de emergencia.

En los siguientes acápites, desarrollamos cada una de ellas.

IV. PRIMERA PATOLOGÍA: LAS NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL NO RESULTAN APLICABLES AL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE DE EMERGENCIA NI AL ARBITRAJE EN GENERAL, NI SIQUIERA DE MANERA SUPLETORIA

Es una mala práctica forzar la aplicación del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) para aplicarlo a medidas cautelares dentro de un arbitraje o en un arbitraje de emergencia, cuando estas últimas tienen un tratamiento y naturaleza distinta, diferente a las de un proceso judicial cautelar.

El propio DLA excluye de su marco normativo al CPC. Así lo hace el artículo 34 del DLA cuando señala que son de aplicación supletoria a esta norma (i) los principios arbitrales; y, (ii) los usos y costumbres en materia arbitral, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones:

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. **A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas** teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, **se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral.**
4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos (2008) [el énfasis es nuestro].

Si ello no fuera suficiente, la Décima Disposición Complementaria del DLA refuerza que sus disposiciones, incluyendo el artículo 34 precitado, prevalecen sobre las normas del CPC: “[l]as disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil” (2008).

Además, la propia exposición de motivos del DLA termina por aclarar cualquier duda sobre el particular al precisar lo siguiente:

Artículos 47 y 48:

Los artículos 47 y 48 regulan con precisión y de manera comprehensiva las funciones tanto de tribunales judiciales como de tribunales arbitrales en la adopción y ejecución de medidas cautelares. En esa línea **se establecen principios distintos a los contemplados en la regulación procesal civil**, como el que las medidas cautelares se dictan sin oír a la otra parte. La norma propone que la regla sea la notificación a la otra parte, salvo que ello pueda frustrar la eficacia de la medida (2008) [el énfasis es nuestro].

En el mismo sentido, dentro de la doctrina nacional más especializada en la materia, Santistevan de Noriega señala que

[e] DL N° 1071 excluye al Código procesal Civil como fuente supletoria del arbitraje ya que, según postula, las partes pueden determinar

libremente las reglas a las que se sujetara el tribunal en las actuaciones arbitrales y, a falta de acuerdo, queda dentro de la discrecionalidad del tribunal decidir las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso (2008, pp. 91-92) [el énfasis es nuestro].

A pesar de la claridad de la norma, se cree y postula en la práctica que las medidas cautelares dictadas en sede arbitral, incluidas las otorgadas por un árbitro de emergencia, deben cumplir con los requisitos del CPC. Dicha afirmación, en realidad, no tiene soporte legal alguno y se trata más bien de una costumbre procesal indebidamente importada al arbitraje.

No obstante, en su momento, un sector muy autorizado de la doctrina nacional equiparó referencialmente los requisitos propios de tutela cautelar requerida en sede judicial al arbitraje:

[...] para la concesión de una medida cautelar en sede arbitral, consideramos que no es exigible algún requisito especial que las diferencia de cualquier otra medida de esta naturaleza, así los árbitros deben verificar i) la verosimilitud o apariencia del derecho invocado en la demanda, ii) el peligro en la demora [...] la adecuación, que implica que las medidas cautelares sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de tutela, es decir, con las pretensiones de la demanda y iv) la contracautela (Arrarte Arisnabarreta, 2008, pp. 128-129).

Respetuosamente, disentimos de la precitada posición toda vez que los requisitos de las medidas cautelares en sede judicial no deben ser considerados, ni siquiera referencialmente, en sede arbitral, conforme al propio DLA.

El DLA no establece requisitos para que se otorgue una medida cautelar, simplemente señala que dicha medida debe buscar garantizar la eficacia del laudo. Sin perjuicio de ello, los requisitos sobre los que trata la doctrina arbitral internacional (Voser y Boog, 2011, pp. 81-92; Bühler, 2011, pp. 93-98) en materia de medidas cautelares, y que sí son aplicables bajo el entendimiento del artículo 34 del DLA (los principios arbitrales y los usos y costumbres en materia arbitral) son los siguientes:

A. *Prima facie case* o probabilidad de éxito

Existen posiciones de todo tipo respecto del estándar *prima facie case* como requisito para conceder

una medida precautoria en el arbitraje⁶. Por ejemplo, el artículo 17A de la Ley Modelo de UNCITRAL, requiere “una posibilidad razonable de que [la] demanda sobre el fondo del litigio prospere” (2006). Sin embargo, este requisito no debe confundirse con la verosimilitud del derecho, que es un requisito propio de jurisdicciones civiles, en las que se piensa más bien en un estándar más estricto del *fumus bonis iuris* (Cameron, 2017).

En el caso del *prima facie case* no es necesario, en modo alguno, acreditar de modo fehaciente e indiscutible el derecho sobre el que se discute en el proceso. El propósito mismo de proporcionar una medida expedita y el mandato temporal de un árbitro de emergencia excluye *per se* una revisión sustantiva de los méritos de un caso. Como señala Abascal “el requisito *prima facie* debe permanecer como una prueba *prima facie*, siendo un umbral bajo solo para evitar una afirmación frívola o vejatoria que es manifiestamente sin mérito” (2006, p. 764).

B. Peligro de daño inminente por la demora del arbitraje

Como ha señalado la doctrina internacional, en algunas ocasiones, se hace necesario que se tomen medidas urgentes para mantener el statu quo o para prevenir un daño irreparable (Fouchard *et al.*, 1999, p. 721). Es decir, que el retardo en la emisión del laudo originará un daño y se corre el riesgo de que este se ejecute sin eficacia práctica alguna.

A diferencia de lo que ocurre en sede judicial, en arbitraje comercial internacional, el daño irreparable equivale a la acusación de un **daño sustancial**. Si este requisito se interpretara en sentido estricto, el estándar para la concesión de tutela cautelar en un arbitraje sería prácticamente inalcanzable, dado que la mayoría de las medidas cautelares solicitadas en el marco de relaciones comerciales nacionales e internacionales van dirigidas a evitar la ocurrencia de un daño económico o comercial, que casi siempre podrá ser reparado mediante condena al pago de la apropiada indemnización por daños y perjuicios en el laudo final.

Así lo entiende, por ejemplo, Gary Born cuando señala lo siguiente:

Obviously, it is difficult (and not infrequently impossible) in commercial cases to demonstrate truly ‘irreparable’ harm that cannot be compensated by money damages in a final award; a literal ‘irreparable harm’ requirement would

⁶ Un informe sobre las decisiones de los árbitros de emergencia en 2015–2016 emitido por la SCC revela interpretaciones mixtas sobre el estándar de méritos y puede dar mejores luces sobre el particular (Havedal, 2017).

limit provisional measures principally to cases where one party was effectively insolvent or where enforcement of a final award would be impossible. In reality, however, most decisions which state that damage must be 'irreparable' do not appear to apply this formula, but instead require that there be a material risk of serious damage to the plaintiff (2014, p. 2471)⁷.

C. Razonabilidad

La medida precautoria debe ser idónea para poder garantizar la eficacia del laudo que ampare determinada pretensión. La relación entre medida cautelar y pretensión es de idoneidad y proporcionalidad, y a ello se refiere la razonabilidad, como presupuesto de las medidas cautelares.

Como se indicó al inicio del presente trabajo, el tribunal arbitral cuenta con un poder general de cautela amplio para conceder la medida que considere más apropiada a los hechos descritos y prueba aportada, en función a los presupuestos de verosimilitud y peligro en la demora debidamente acreditados. Dicho esto, se debe fomentar desde todos los frentes la erradicación en la práctica arbitral de toda connotación, ritualismos y formalidades de corte procesal. Sobre el particular, Bullard González apunta lo siguiente:

[...] cuando los abogados procesalistas o mejor dicho "procesaloides" (muchas veces disfrazados de "expertos" con "vocación" arbitral) se ven en la incapacidad de combatir la competencia con armas propias, recurren a la competencia desleal de manipular las normas y los conceptos arbitrales. Pretenden que las leyes sigan su lógica y sus principios alejan al arbitraje de su verdadero propósito, neutralizando sus ventajas. Y los reconoceremos porque el lenguaje y las ideas sonarán extrañas, complejas y ajenas para quien está acostumbrado a arbitrar.

Para ello utilizan justamente un lenguaje propio de los sistemas legales formales. Se amparan en un derecho de defensa entendido en su concepción excesivamente formalista (en la que es la forma y no la garantía real de un trato equitativo sustantivo) y en la necesidad del cumplimiento de una "función nomofiláctica" que en el arbitraje no es necesario porque como vimos, la naturaleza competitiva del mismo cumple dicho rol (2012, p. 59)⁸.

Por lo expuesto, respecto de este primer escenario patológico, consideramos que, bajo ningún concepto, para evaluar el otorgamiento de una medida precautoria en el arbitraje en general, y específicamente en el procedimiento de arbitraje de emergencia, debe tomarse en cuenta, ni supletoria ni referencialmente, los requisitos contenidos en el CPC.

V. SEGUNDA PATOLOGÍA: EL REQUISITO DE CONTRACAUTELA NO DEBE SER EXIGIBLE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN LOS QUE EL ESTADO ES PARTE

A través del Decreto de Urgencia 020-2020, el Gobierno peruano ha incorporado un segundo párrafo al artículo 8.2 del DLA que señala que cuando el Estado sea la parte afectada con una medida cautelar se exigirá como contracautela una fianza bancaria no menor al monto de la garantía de fiel cumplimiento establecida en el contrato, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial:

1. **Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.** Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
2. 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. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la

⁷ "Obviamente, es difícil (y no pocas veces imposible) en los casos comerciales demostrar un daño verdaderamente 'irreparable' que no pueda ser compensado como una indemnización monetaria en un lado; el requisito literal de un 'daño irreparable' limitaría las medidas precautorias principalmente a los casos donde una de las partes fuera efectivamente insolvente o en los que la ejecución de un laudo fuera imposible. Sin embargo, en realidad, la mayoría de las decisiones que prevén dicho requisito no parecen aplicar la fórmula comentada, sino que, por el contrario, exigente que exista un riesgo material de daño grave para el demandante" [traducción libre].

⁸ Véase también Bullard González (2007).

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. El monto de la contracautela lo establece el/ la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda (2020) [el énfasis es nuestro].

Dicha modificación, en principio, evidencia una diferencia injustificada a favor del Estado en cuanto establece una carga adicional para que el contratista pueda accionar su derecho a obtener una medida cautelar.

Por otro lado, la modificación se ha hecho dentro del artículo 8 referido, como lo señala su título, a la “competencia en la colaboración y control judicial”. Además, se ha modificado específicamente el numeral 2 de dicho artículo, que inicia su redacción con la expresión “**para la adopción judicial** de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial” (2020) [el énfasis es nuestro]. Si bien es cierto que el nuevo párrafo incorporado menciona que “el monto de la contracautela lo establece el/ la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar” (2020), lo cierto es que el artículo 8.2 se refiere a las medidas cautelares solicitadas en sede judicial.

Así las cosas, si consideramos la redacción inicial del inciso 2, podría interpretarse que la contracautela solo aplica si la medida cautelar se solicita judicialmente, pero no aplica cuando se pide y adopta en sede arbitral. Inclusive, en el supuesto negado de incluir a las medidas cautelares adoptadas por un tribunal arbitral dentro del alcance de la modificación, la *fattispecie* de la norma no hace alusión alguna al procedimiento de árbitro de emergencia.

El otorgamiento de una medida cautelar en sede arbitral en Perú tiene su propia regulación y está establecida en un artículo distinto del DLA, esto es el artículo 47 que, vale la pena señalar, no ha sido modificado. Además, este artículo establece el poder de los árbitros de modificar los términos de cualquier medida cautelar emitida en sede judicial, por lo cual podría pensarse que hasta podrían eliminar cualquier contracautela impuesta por el Poder Judicial, toda vez que el artículo 47 no la exige.

Por otro lado, desde una perspectiva constitucional, queda la duda sobre la constitucionalidad de la norma, pues el contratista se encuentra frente a una barrera injustificada y desproporcionada para el ejercicio de la tutela cautelar. ¿En tal sentido, sería factible la aplicación de control difuso por parte de los árbitros? Nuestra respuesta es afirmativa.

Es factible postular la aplicación de un control difuso arbitral amparándonos en el artículo 138 de la Constitución⁹ y los precedentes pertinentes del Tribunal Constitucional:

24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; «por el contrario a dicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51. o [...] más aún si ella misma artículo 38.» impone a todos -y no solo al Poder Judicial- el deber de respetarla, cumplirla y defenderla» (Expediente 142-2011-PA/TC, 2011).

¿Pero cuáles serían los derechos vulnerados por esta modificación? Consideramos que, al incluir una carga adicional injustificada, para que un contratista pueda accionar su derecho a obtener una medida cautelar, se estaría vulnerando, principalmente, el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva del accionante.

En cualquier caso, creemos que esta modificación es inaplicable al procedimiento de árbitro de emergencia, y está motivada en la errada creencia de que los resultados desfavorables al Estado en los arbitrajes obedecen exclusivamente al sistema arbitral. Un análisis más minucioso del problema hace notar que las fuentes de estas deficiencias se advierten desde la etapa de planeamiento, a través de expedientes técnicos errados, deficientes consultas u observaciones por los participantes de la licitación, inexperiencia en la gestión contractual por el personal de la entidad contratante, fallas de coordinación interna entre las dependencias de la entidad, entre otros.

⁹ “[...] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior” (Const. 1993, art. 138).

Finalmente, si bien es cierto que el Decreto de Urgencia 020-2020 no establece la fecha de su entrada en vigor, de conformidad con el artículo 109 de la Constitución Política del Perú¹⁰, el decreto es obligatorio desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. Por lo tanto, no es posible su aplicación retroactiva como se ha identificado que se ha planteado en sendos casos arbitrales.

VI. TERCERA PATOLOGÍA: USO DE TÁCTICAS DE GUERRILLA PARA EVITAR LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y LA MEDIDA PRECAUTORIA QUEDE SIN EFECTOS

En este escenario nos encontramos ante un claro supuesto de fraude a la ley, pues a través del uso de las normas del DLA se busca dejar sin efecto las medidas cautelares concedidas por el árbitro de emergencia. Nos explicamos.

El artículo 47 del DLA establece que, luego de ejecutada la medida cautelar, el demandante debe iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes y, además, que el tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia se constituya **dentro de los noventa días de dictada la medida**, bajo apercibimiento de que caduque (2008).

Artículo 47.- Medidas cautelares

[...]

1. 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 (2008)** [el énfasis es nuestro].

El problema surge cuando la parte afectada con la medida cautelar, de mala fe, usa todos los medios –legales– para evitar la constitución del tribunal arbitral, o cuando menos, para postergar su constitución a fin de que venza el plazo para que la medida caduque de pleno derecho, evidenciando un ejercicio irregular y abusivo de su derecho. Es decir, la parte perjudicada por la medida precautoria otorgada usa indebidamente las reglas pre-

vistas en los reglamentos, directivas y el DLA para obtener un beneficio indebido: la caducidad de la medida cautelar concedida. Sobre el particular, respecto del ejercicio irregular del derecho de defensa, se ha referido que

[...] el abuso del derecho de defensa se presentará en todos aquellos casos en los que el titular de dicho derecho utilice los medios de defensa que le confiere el ordenamiento jurídico para conseguir intencionalmente, fines u objetivos distintos a aquellos previstos legalmente para casa medio de defensa, generando un daño ilícito a su contraparte (Priori Posada, 2008, p. 331).

Dentro del elenco de tácticas de guerrilla reconocidos por la doctrina internacional (Horvath & Neil, 2017, p. 133) y ejercicio abusivo del derecho, a efectos de evitar o retrasar la constitución del tribunal arbitral, tenemos:

- Consultas reiterativas impertinentes a los miembros del tribunal arbitral.
- Pedidos de separación o inhibición sin fundamento de los miembros del tribunal arbitral.
- Recusaciones de mala fe al árbitro de la contraparte, al propio árbitro designado por la parte recusante o contra todo el colegiado.
- Cuestionamientos de mala fe a la experiencia profesional de los árbitros. Por ejemplo, la exigencia de acreditación de capacitaciones sobre materias relacionadas al fondo de la controversia, cuando el árbitro de emergencia solo debe realizar un análisis *prima facie case*.
- Solicitud de desistimiento y posterior solicitud de que se deje sin efecto la solicitud de desistimiento.

Estas prácticas ya están identificadas por la doctrina más autorizada del arbitraje y las han catalogado como tácticas de guerrilla, pues ponen en peligro la correcta realización del proceso, a saber:

[...] **Las tácticas dilatorias utilizadas con relativa frecuencia en los procedimientos de arbitraje constituyen hoy su verdadero cáncer, ante el que los árbitros deben reaccionar de forma clara y rotunda.** De entre los diferentes protagonistas que intervienen en el arbitraje, la figura del árbitro, y sobre todo la del presidente del Tribunal Arbitral, tiene la máxima relevancia en la prevención y lucha contra las

¹⁰ "Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte" (Const. 1993, art. 47.4).

tácticas dilatorias. El reticente a participar en un procedimiento de arbitraje efectúa a veces diferentes intentos que, si tiene éxito por la debilidad del árbitro, pueden llevar a naufragar el procedimiento arbitral. Por el contrario, cuando las partes ven que el tribunal, garantizándoles sus derechos de defensa, no permite abusos dilatorios, se convierten en más razonables y meditan mucho más de sus peticiones (Cremades Sanz-Pastor, 1998, p. 5) [el énfasis es nuestro].

Estas tácticas de guerrilla tendrían como principales rasgos característicos (Halprin, 2019, p. 88):

- Violación o abuso no ético de la ley o reglas de procedimiento (invocar la ley o las reglas para fines distintos de los originalmente previstos).
- El objetivo previsto es obstruir, retrasar, descarrilar y/o sabotear el arbitraje.
- La ejecución es deliberada, es decir, una decisión táctica consciente.

Como ha señalado Sussman, “the use of guerrilla tactics, those intended to obstruct, delay or derail an arbitration” (2013, p. 48)¹¹. Y así es. Este tipo de conductas vulneran la buena fe arbitral que deben observar las partes en el arbitraje, el cual se encuentra normado en el artículo 38° del DLA: “[l]as partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje” (2008).

¿Cómo frenar estas estrategias procesales de mala fe? La práctica internacional ha sugerido de manera unánime condenar estas conductas desleales a través de la condena de gastos arbitrales que el tribunal del fondo de la controversia efectuará al laudar. Sin embargo, consideramos que esta solución no abarca a las medidas precautorias emitidas por el árbitro de emergencia.

Una posible solución sería la de evaluar la inclusión de pretensiones cautelares ante el árbitro de emergencia orientadas a que la contraparte, por ejemplo:

- Se abstenga de realizar cualquier acto que ponga en peligro la ejecución de la medida cautelar.
- De ser el caso, se ordene el cese de toda actividad contraria a derecho.

- De ser el caso, que se retrotraigan las actuaciones realizadas al momento anterior a la afectación, sin perjuicio del resarcimiento por los daños causados.

Por supuesto que no se trata de una solución definitiva del problema, sin embargo, debe considerarse toda medida destinada a mitigar lo más que se pueda un eventual daño, más aún si tenemos en cuenta el estándar de dificultad de superar un presunto fraude a la ley.

Finalmente, es de precisar que, en casos especiales, como el de la Directiva para el Servicio de Arbitro de Emergencia del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, solo se establece un plazo de quince días hábiles desde emitida la orden que contiene la medida de emergencia para que el solicitante presente su solicitud de arbitraje, bajo apercibimiento de que la medida cautelar caduque. De similar manera, el Apéndice I: Reglas del Árbitro de Emergencia del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, establece un plazo de diez días hábiles desde emitida la orden que contiene la medida de emergencia para que el solicitante presente su solicitud de arbitraje (2017).

Conforme se aprecia de ambos casos, nada se dice sobre un plazo para la constitución del tribunal arbitral. Por lo tanto, somos de la opinión de que la pretendida aplicación supletoria del plazo de 90 días para la constitución del tribunal arbitral, bajo apercibimiento de que la medida cautelar quede sin efectos es, en realidad, inaplicable para los procedimientos de arbitraje de emergencia y, por tanto, debe erradicarse.

VII. CUARTA PATOLOGÍA: NO CORRESPONDE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO CONTRA LA DECISIÓN U ORDEN EMITIDA POR UN ÁRBITRO DE EMERGENCIA

El problema aquí está referido a una malentendida doble instancia arbitral en el procedimiento de arbitraje de emergencia, como si se trata de un proceso judicial. No existe una doble instancia en el arbitraje en general y mucho menos en el procedimiento de arbitraje de emergencia. Sucede que la parte afectada con la medida cautelar contenida en la orden del árbitro de emergencia, interpone recurso de anulación de laudo, e, inclusive, solicitudes de rectificación, aclaración, interpretación y exclusión. Ello no es correcto.

¹¹ “El uso de tácticas de guerrilla, aquellas destinadas a obstruir, retrasar o descarrillar un arbitraje” [traducción libre].

Se han identificado casos privados en los que la parte afectada con la medida, inclusive, exige la celebración de audiencias presenciales como condición para la emisión de una decisión final del árbitro de emergencia y, ante la negativa, se reserva su derecho de interponer recurso de anulación contra la decisión final. Consideramos que tal posición socava la naturaleza misma del arbitraje. Nos explicamos.

El arbitraje es consecuencia directa de la libre elección de las partes a través del convenio arbitral, en el cual establecen que prefieren resolver su controversia a través de este y, de conformidad con los efectos negativos del convenio, excluyen a la jurisdicción de los tribunales de justicia ordinarios. Así, es a través de la autonomía privada de las partes que se impone el mecanismo a través del cual la controversia va a dirimirse¹².

Justamente como el arbitraje es un mecanismo flexible, es dentro del mismo arbitraje donde se pueden encontrar las respuestas. Bien se ha dicho que no se debe burocratizar un procedimiento que, por su propia naturaleza, está llamado a ser ágil y presto (Cremades Sanz-Pastor, 2012, p. 1). En el mismo sentido, Paulsson se muestra adverso a la opción de una segunda instancia arbitral, relacionada con una percepción de legitimidad que puede sanar los errores observados a lo largo del arbitraje (2013, p. 292).

Este escenario se ha presentado ya en arbitrajes comerciales internacionales en los que existían decisiones previas de árbitros de emergencia, con resultados disímiles. En el caso *Yahoo! Inc. c. Microsoft Corp.* (2013), el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York desestimó el pedido de anulación de la decisión de un árbitro de emergencia interpuesto por Yahoo, bajo el argumento de que la decisión del árbitro de emergencia fue esencialmente definitiva y, por lo tanto, la confirmó a los fines del reconocimiento y la ejecución. Así, en este caso se advierte que el Tribunal siguió el criterio de que la decisión del árbitro de emergencia, aunque provisional, tenía el carácter de definitiva para la controversia cautelar.

Por su parte, en *Chinmax Medical Systems Inc. c. Alere San Diego, Inc.* (2010), el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de California se negó a anular un laudo emitido por

un árbitro de emergencia sobre la base de que el laudo no fue definitivo en tanto podía ser revisado por el tribunal arbitral bajo las Reglas del ICDR del 2011. Este laudo, además, no era vinculante para los fines de la Convención de Nueva York.

Como quiera que no se ha podido identificar jurisprudencia local que nos ayude en nuestro cometido, nuestra posición es que, si el procedimiento de arbitraje de emergencia es la expresión de la voluntad de las partes, la orden o decisión del árbitro significa la consecución del fin perseguido por estas en su programación de intereses, o mejor dicho, en su pacto, en ejercicio de su autonomía privada y libertad contractual.

En ese sentido, las decisiones de los árbitros, en general, y del árbitro de emergencia, en particular, están exentas de posterior censura en lo referido a su manera de valorar los hechos o pruebas, a la interpretación del derecho material y, esencialmente, de su decisión. Como señala Schmitthoff

[e]s cierto que, al igual que los jueces, los árbitros pueden errar en su decisión, pero los usuarios del arbitraje, al elegir este mecanismo de resolución de controversias, prescinden conscientemente de los procedimientos de apelación inherentes al proceso jurisdiccional (1987, p. 230).

En ese sentido, la corte que conoce de los recursos de anulación de laudos (en nuestro caso, las cortes superiores comerciales), entiende que su labor debe limitarse a la verificación del cumplimiento de ciertas causales establecidas de manera taxativa por las leyes arbitrales de la sede (en el caso peruano, por el DLA) y están específicamente vinculadas a la comisión de irregularidades procesales que causan afectación a determinados derechos de las partes, o que atañen a la vulneración del orden público. Es decir, el examen de las Cortes sobre la protección de la tutela judicial efectiva está enmarcada en motivos formales, pero nunca de fondo.

Si bien es cierto, que la experiencia internacional nos revela que las cortes cuentan con ciertas facultades revisoras¹³, consideramos que no son compatibles con la naturaleza apremiante de un procedimiento de emergencia.

¹² Sobre la autonomía privada en sede arbitral, véase Livingstone (2008).

¹³ En el caso de la Cámara de Comercio Internacional, está previsto un mecanismo de vigilancia de los laudos emitidos por los árbitros, a cargo de la Corte, con la posibilidad de llamar la atención sobre cuestiones de forma y sobre cuestiones relacionadas con el fondo del caso. Se trata de un criterio revisor previo del laudo hasta el punto de que, actualmente, un tribunal arbitral no puede comunicar un laudo a las partes sin la aprobación previa de la Corte de Arbitraje. Esta facultad busca garantizar la calidad de los laudos y reducir el riesgo de que sean anulados por tribunales nacionales.

Aterrizando estas reflexiones a nuestro ordenamiento jurídico, podemos apreciar que las primeras luces sobre cómo afrontar este problema lo encontramos en el DLA. Para el caso de una medida cautelar concedida por un tribunal arbitral, la impugnación será bajo los términos de una reconsideración, marcando distancia con la posición que equipará a la decisión cautelar con un laudo, y su posible recurso de anulación. Así se aprecia del artículo 47 del DLA:

5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes 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 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 (2008) [el énfasis es nuestro].

Una primera cuestión a mencionar sobre este escenario, es la forma de la decisión otorgada por un árbitro de emergencia, la cual varía según las instituciones arbitrales: Algunas requieren medidas provisionales bajo la forma de órdenes (por ejemplo, el artículo 29 (2) de las Reglas de la CCI), mientras que otras lo han establecido bajo la forma de laudos provisionales (por ejemplo, el Anexo 1(6) de las Reglas SIAC y el artículo 32(3) de las Reglas SCC).

Para el caso del procedimiento de árbitro de emergencia peruano, los reglamentos y directivas establecen que la decisión cautelar reviste la forma de una orden. En dicha orden el árbitro decidirá si la solicitud cautelar es admisible y si tiene competencia para ordenarla. Las partes están obligadas a cumplir con la orden dictada. Una vez notificada la orden, cualquiera de las partes puede solicitar al árbitro de emergencia que se modifique o deje sin efecto, sin perjuicio de que se haya presentado la solicitud de arbitraje y que el tribunal arbitral no se haya constituido aún.

Ahora bien, no se ha previsto ningún plazo para que la parte afectada con la decisión cautelar la impugne, siendo el único límite la constitución del tribunal arbitral a cargo de resolver la controversia. Es decir, cualquiera de las partes podrá solicitar la modificación u objeción a la orden hasta que el tribunal arbitral del fondo de la controversia se constituya.

Esto ha sido claramente establecido por los reglamentos y directivas sobre árbitro de emergencia, pues expresamente establecen que la competencia del árbitro de emergencia termina con la constitución del tribunal arbitral o árbitro único. Es aquí donde se puede pedir la revocación de la medida precautoria, pues el tribunal arbitral o árbitro único es competente para dictar o modificar las medidas cautelares otorgadas, de conformidad con el DLA.

Sobre la base de lo expuesto, nuestra conclusión es que el competente para modificar o dejar sin efecto una medida precautoria otorgada por un árbitro de emergencia es él mismo, hasta la constitución del tribunal arbitral. Luego de ello, el competente lo será el propio tribunal arbitral, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico y del *pacta sunt servanda* sobre el convenio arbitral.

VIII. QUINTA PATOLOGÍA: LA NEGATIVA AL RECONOCIMIENTO DE LAS DECISIONES DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA Y SU EJECUTORIEDAD

En Perú, el DLA establece expresamente la ejecución directa de las decisiones de los árbitros en materia cautelar, siempre que no se requiera el uso de la fuerza pública, en cuyo caso se acude al auxilio judicial. En la realidad de los hechos no siempre se le reconoció a las decisiones cautelares emitidas por los árbitros el mismo estatus, validez y ejecutoriedad que a las decisiones cautelares emitidas por los jueces. Esta situación patológica tiene mayor incidencia con las medidas cautelares conferidas por un árbitro de emergencia, toda vez que su competencia no ha sido expresamente dispuesta en el DLA.

A la fecha, por ejemplo, existen entidades bancarias y financieras que solo reconocen las medidas cautelares concedidas por un juez, en cuanto a la no ejecución, renovación y reducción de cartas fianza. No obstante, no reconocen las medidas cautelares concedidas por un tribunal arbitral y mucho menos las concedidas por un árbitro de emergencia. Se ha identificado que el problema muchas veces parte, aunque resulte inverosímil, de una patología en el pedido cautelar. Es decir, la pretensión cautelar está orientada a mantener o modificar la conducta de un tercero, un no signatario del convenio arbitral. Por ejemplo, cuando el pedido consiste en ordenar que un banco no ejecute cartas fianzas.

En estos casos la solución no es compleja, pues radica en la estructura misma de la pretensión, que debe estar orientada a obtener un comportamiento determinado de su contraparte en el contrato,

por ejemplo, y no de un tercero no signatario. Por ejemplo, cuando el pedido consiste en que la contraparte evita realizar cualquier conducta orientada, directa o indirectamente, a ejecutar cartas fianzas. Sin embargo, más allá de un problema del fraseo del pedido cautelar, lo cierto es que existen ordenamientos jurídicos en los que las decisiones cautelares de los árbitros de emergencia no siempre pueden ser ejecutadas directamente. Incluso, a pesar de que se ha reconocido su ejecutoriedad, en la práctica ello no siempre sucede.

Ahora bien, es innegable que habrán supuestos en los que sea más conveniente acudir a la justicia cautelar ordinaria. Lo anterior, debido a que los árbitros carecen de la *coertio* y la *executio*, esto es, de la facultad de hacer uso de la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones. Como señala Moses,

[L]os árbitros no tienen poderes coercitivos. No tienen el poder de hacer que la parte haga algo bajo la medida de ser penalizados si no lo hacen. La justicia ordinaria, por ejemplo, puede imponer una multa por desacato si una parte no cumple con una orden judicial (2012, p. 5).

A nivel internacional este problema ha conllevado a que se modifiquen las leyes de arbitraje. Así, por ejemplo, en 2012 se modificó la International Arbitration Act de Singapur¹⁴ para incluir dentro de la definición de tribunal arbitral al árbitro de emergencia, otorgándoles el mismo estatus y asegurando con ello que sean ejecutables. En el mismo sentido, en 2013 se enmendó el Arbitration Ordinance de Hong Kong, como respuesta a la adopción de las Reglas del HKIAC que incorporan un procedimiento de arbitraje de emergencia. Se incorporó así una definición del árbitro de emergencia y que los tribunales de Hong Kong podrán ejecutar las decisiones que adopten, sea en Hong Kong o en el extranjero. También, en 2016, se modificó el Arbitration Act de Nueva Zelanda¹⁵ con el objeto de ampliar el alcance de la definición de "tribunal arbitral" para incluir también al árbitro de emergencia.

Nuestro DLA, como ya habíamos adelantado, no contiene una referencia expresa, ni implícita sobre el árbitro de emergencia. En tal sentido, acudir por auxilio judicial podría ser muy problemático, pues además de la demora inherente al sistema judicial peruano, se corre el riesgo de que el Juez no acoja el pedido bajo el entendimiento de que el artículo 48 del DLA solo cobertura a las medidas cautelares concedidas por tribunales arbitrales, más no cubre

los supuestos de medidas cautelares concedidas por un árbitro de emergencia, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

1. 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.
2. 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.
3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.
4. 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 [...] (2008) [el énfasis es nuestro].

Desde nuestro punto de vista, no hay discusión sobre si el árbitro de emergencia es un árbitro, valga la redundancia. La naturaleza de árbitro y su competencia derivan del convenio arbitral, y ya hemos hecho referencia a la autonomía privada en el acápite anterior. El propio DLA señala lo siguiente en su Cuarta Disposición Complementaria:

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 (2008).

Al ser el árbitro de emergencia un árbitro se encuentra cubierto constitucionalmente. Así, el

¹⁴ Section 2.1 de la Singapore International Arbitration Act (Cap. 143A).

¹⁵ Section 4 de la Arbitration Amendment Act 2016.

incumplimiento de la decisión jurisdiccional de un árbitro es inconstitucional, en atención a los artículos 63 y 139 de la Constitución Política del Perú, a saber:

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. **Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley** (art. 63, 1993) [el énfasis es nuestro].

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y **la arbitral** (art. 139, 1993) [el énfasis es nuestro].

Como cuestión práctica, y ciertamente efectista, es poco probable que el tribunal arbitral que conozca el fondo de la controversia mire favorablemente a una parte que no haya cumplido la decisión emitida por un Árbitro de Emergencia. Sobre el particular, Savola indica que

[s]ome commentators opine that one should not overstate the importance of enforceability of emergency arbitrator decisions, as parties usually comply with them voluntarily. But this is not necessarily always the case. As explained above, there may be instances where enforcement of pre-arbitral interim measures is critical so as to avoid the risk that a recalcitrant party will succeed in evading its obligations and frustrating the whole purpose of the arbitration. In such circumstances, a party may have no other choice but to resort to judicial authorities for their assistance (2015, p. 22)¹⁶.

Como planteamos en el acápite referido a las tácticas de guerrilla, se pueden plantear pretensiones a efectos de mitigar al máximo los efectos negativos de la parte recalcitrante al cumplimiento de la medida precautoria, sin perjuicio de tomarse en consideración dicho comportamiento al evaluar la condena de gastos arbitrales.

Por otro lado, se ha dicho que las decisiones del árbitro de emergencia no son susceptibles de ejecución bajo el Convención de Nueva York. Dicho instrumento solo admite el reconocimiento o ejecución de laudos, no haciendo ninguna mención a órdenes (Voser & Boog, 2011, p. 86). Creemos que

esa posición es errada, toda vez que el problema de la ejecutoriedad de una decisión u orden emitida por un árbitro de emergencia se ve cubierto, bajo una interpretación extensiva y de buena fe, por el artículo 48 del DLA, a saber:

Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

[...]

2. 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.**

La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar.

[...]

4. **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, con las siguientes particularidades:**

a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo 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. de este numeral (2008) [el énfasis es nuestro].

Vale la pena detenerse en el inciso 3 de este artículo. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar dictada por el árbitro de emergencia. El competente para ello es el tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia. Una interpretación contraria acarrearía situaciones francamente funestas. Nuevamente, al existir una escasez de jurisprudencia nacional con la que aclarar esta cuestión, nos remitimos a *case law* internacional a fin de tener mejores luces al respecto.

Así, es importante mencionar lo que sucedió en *Al Raha Group for Technical Services c. PKL Services* (2019). En este caso, Al Raha solicitó tutela cautelar ante un árbitro de emergencia bajo las reglas de la American Arbitration Association, a efectos

¹⁶ “Algunos comentaristas opinan que no se debe exagerar la importancia de la ejecutabilidad de las decisiones de los árbitros de emergencia, ya que las partes suelen cumplirlas voluntariamente. Pero esto no es necesariamente siempre así. Como se ha explicado anteriormente, puede haber casos en que la ejecución de medidas cautelares prearbitrales es fundamental para evitar el riesgo de que una parte recalcitrante consiga eludir sus obligaciones y frustrar el propósito del arbitraje. En tales circunstancias, una parte puede no tener otra opción que recurrir a las autoridades judiciales para que le presten asistencia” [traducción libre].

de evitar la rescisión del contrato. El árbitro de emergencia decidió prohibir a PKL la rescisión del contrato hasta que asuma competencia el tribunal arbitral (2018). La Corte del Distrito Norte de Georgia, sin embargo, se negó a confirmar y ejecutar la decisión del árbitro de emergencia, debido a que, a su entender, este no era un laudo final, por lo que señaló que carecía de jurisdicción sobre el tema y desestimó el caso.

Durante el iter del proceso, Al Raha afirmó que la Corte del Distrito tenía jurisdicción de conformidad con la Ley Federal de Arbitraje y la Convención de Nueva York. Entre tanto, el proceso arbitral de fondo se suspendió durante casi un año, hasta que la Corte del Distrito decidiera si debía o no ejecutar la orden del árbitro de emergencia. Sin embargo, la Corte falló hasta un año después y PKL, por supuesto, se negó en todo ese tiempo a cumplir con lo ordenado por el árbitro de emergencia. La decisión de la Corte se fundamentó en las siguientes razones:

Although district courts have original jurisdiction over any action or proceeding falling under the [New York] Convention, they lack authority to confirm arbitral awards that are not final. [...] An interim ruling from an arbitrator is not a final award if it does not purport to resolve finally the issues submitted to the arbitrators [...]. An interim ruling may be considered sufficiently final if it finally and definitely disposes of a separate and independent claim even if it does not dispose of all the claims that were submitted to arbitration (*Al Raha Grp. For Tech. Servs. v. PKL Servs. Inc.*, 2019, p. 3)¹⁷.

Pero existirán casos en los que la decisión de emergencia, aunque provisional, es más que determinante. Pensemos, por ejemplo, en una disputa sobre propiedad intelectual relacionada a un acuerdo de confidencialidad respecto de una fórmula. Si lo que se pretende incumplir es una orden que declara se respete la confidencialidad, el daño puede ser irreparable, como es la divulgación de un secreto comercial, por ejemplo. En tales supuestos, reiteramos, resultará más idóneo, acudir por tutela cautelar ante las cortes ordinarias. Así, cierto sector de la doctrina ha señalado que las decisiones de los árbitros de emergencia son finales, en términos de los problemas que pretenden abordar (Yesilirmak, 2005, pp. 253-254).

Luego de expuesta la experiencia internacional, con sus vicisitudes y casuística, consideramos que,

para el caso peruano, el problema de la ejecutoriedad de una decisión u orden emitida por un árbitro de emergencia se ve superado bajo una interpretación extensiva y de buena fe de nuestro propio ordenamiento jurídico, específicamente del artículo 48 del DLA. Asimismo, el incumplimiento de la decisión de un árbitro de emergencia encuentra cobertura constitucional.

IX. REFLEXIONES FINALES

El procedimiento de arbitraje de emergencia ha logrado dinamizar y dotar de eficiencia y celeridad al otorgamiento de medidas precautorias en beneficio de una tutela jurisdiccional efectiva, frente a la petición de otorgamiento de una medida cautelar ante la justicia ordinaria. Sin embargo, podría ser minado y la tutela cautelar concedida frustrarse, de mala fe, por una de las partes a través de tácticas de guerrilla, aprovechamiento de vacíos normativos e, inclusive, utilizando la propia regulación del procedimiento, defraudándolo.

Luego de analizar cinco escenarios patológicos en este trabajo, identificamos un problema más profundo, endémico, que aqueja al arbitraje en general y, por supuesto, al procedimiento de arbitraje de emergencia en particular: la existencia de una cultura “procesaloide”. No procesal, resaltamos, sino “procesaloide”, que aqueja a la propia justicia ordinaria, pero que ha nacido en su seno.

Todavía existen operadores en el sistema arbitral que mantienen una fuerte ideología procesal, con sesgos excesivamente formalistas y con la praxis propia del estereotipo de abogado de antaño, reactivo al cambio y dueño de su verdad. El campo jurídico local adolece de una rigidez que tiende a reforzar la apariencia de científicidad, rigor e imparcialidad.

Dejarnos atrapar en la rigidez del derecho y sus normas implica no solamente darle la espalda a lo real, sino también ser partícipes del subdesarrollo. Es importante reforzar la idea de superación de la enseñanza dominante de memorización de leyes y códigos por uno de adaptación a nuevas prácticas y herramientas que permitan su uso eficiente.

Así, llegamos a la firme conclusión de que el problema no es el procedimiento de arbitraje de emergencia en sí mismo. Los reglamentos de las principales instituciones arbitrales sobre árbitro de

¹⁷ “Aunque los tribunales de distrito tienen jurisdicción original sobre cualquier acción o procedimiento comprendido en la Convención [de Nueva York], estos carecen de autoridad para confirmar los laudos arbitrales que no sean definitivos. [...] Un laudo provisional de un árbitro no es un laudo definitivo si no tiene por objeto resolver definitivamente las cuestiones sometidas a los árbitros [...] Un laudo provisional puede considerarse suficientemente suficiente si resuelve de manera definitiva e independiente una reclamación, aunque no resuelva todas las reclamaciones objeto del arbitraje” [traducción libre].

emergencia del país se encuentran dentro del estándar internacional, sin perjuicio de que puedan ser perfectibles. Siempre será mejor, inclusive, una norma deficiente con buenos intérpretes y aplicadores que una norma perfecta con pésimos intérpretes y aplicadores.

El origen de las patologías radica, entonces, en los operadores intervinientes en el sistema arbitral. Ahí el reto a superar.

Como en muchas otras ocasiones, más allá de importar las mejores prácticas arbitrales internacionales, especializarnos en las últimas tendencias o mirar por encima del hombro a la justicia ordinaria, depende de todos y cada uno de los operadores del sistema arbitral adaptarnos a las nuevas realidades y defender la institucionalidad del arbitraje, en todos sus frentes. 

REFERENCIAS

Abascal, J. M. (2007). The Art of Interim Measures. En Van den Berg, J.A. (ed.), *International Arbitration 2006: Back to the Basics?* (pp. 751-767). Kluwer Law International.

Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2008). Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano. *Revista Peruana de Arbitraje*, (7), 119-151.

Bühler, M. (2011). ICC Pre-Arbitral Referee and Emergency Arbitrator Proceedings Compared. *ICC Bulletin, Special Supplement*, (22), 93-98.

Bullard González, A. (2007). Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles? *THÉMIS-Revista de Derecho*, (53), 71-89. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8849>

(2012). ¿Es un arbitraje un juicio? *Ita Ius Esto*, (11), 58-65. <https://www.itaiversesto.com/es-un-arbitraje-un-juicio/>

Bond, S. (1993). The Nature of Conservatory and Provisional Measures. ICC (ed.), *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, (8).

Born, G. (2009). *International Commercial Arbitration* (Vol. 2). Wolters Kluwer.

(2014). *International Commercial Arbitration* (Vol. 2). Wolters Kluwer.

Chatzipavlou, V. (2017). *The use of Emergency Arbitrator Procedure in Investment Treaty Ar-*

bitration Counterweight to States Regulatory Powers or Uneven Head-Start for Investors? (Tesis de Master, Universidad de Amsterdam, Amsterdam, Países Bajos).

Craig, W., Park, W., & Paulsson, J. (2000). *International Chamber of Commerce Arbitration* (3ra ed.). Oceana Publication, Inc.

Cremades Sanz-Pastor, B. M. (1998). Facultades del árbitro internacional en materia de prueba. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (363), 1-4.

(22 de octubre de 2012), Dudo mucho que la segunda instancia de apelación reporte beneficios al arbitraje. *Cremades*. <https://www.cremades.com/es/noticias/dudo-mucho-que-la-segunda-instancia-de-apelacion-reporte-beneficios-al-arbitraje/> Consultado el 5 de junio del 2020.

Dahlquist J. (2016). The First Known Investment Treaty Emergency Arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, 17(2), 261-271.

Fernández Rozas, J. C. (2007). Arbitraje y Justicia Cautelar. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, (22), 23-60. https://eprints.ucm.es/6579/1/ARBITRAJE_Y_JUSTICIA_CAUTELAR_RCEA_2007.pdf

Fernández Masiá, E. (2017). La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9(1), 82-98. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3614/2182>

Gaillard, E., & Savage, J. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

González de Cossío, F. (2013). Medidas precautorias en el arbitraje. *Pauta: Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, (40), pp. 27-56. <https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/04ba590251e23602d4ecd49a977359610d12fc7a.pdf>

Halprin, P. (2019). Resisting Guerrilla Tactics in International Arbitration. *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 85(1), pp. 87-97.

Havedal, A. (2017). *Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2015-2016 (SCC Practice Note)*. Arbitration Institute of the Stockholm chamber of commerce. <https://sccinstitute.com/media/194250/ea-practice-note-emergency-arbitrator-decisions-rendered-2015-2016.pdf>

- Horvath, G., & Neil, A. (2017). *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. *Asian Dispute Review*, 19(3), 131-137. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Asian+Dispute+Review/19.3/ADR2017025>
- International Chamber of Commerce (ICC) (2014). *ICC Arbitration Commission Report on Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration*. ICC. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/10/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities-under-the-ICC-Rules-of-Arbitration-2012.pdf>
- Livingstone, M. L. (2008). Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Popular Fallacy or Proven Fact? *Journal of International Arbitration*, 25(5), 529-536.
- Miles, C. (2017). *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316410813>.
- Moses, M. L. (2012). *The principles and practice of International Commercial Arbitration* (2da edición). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511920073>
- Olivencia Ruiz, M. (2009). El laudo: naturaleza, clases y contenido. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2(3), 655-674.
- Paulsson, J. (2013). *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press.
- Priori Posada, G. (2008). El principio de la buena fe proceso, el abuso del proceso y el fraude procesal. *Derecho y Sociedad*, (30), 325-341.
- Santistevan de Noriega, J. (2008). Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana. *Revista Peruana de Arbitraje*, (7), 85-118. <https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf>
- Savola, M. (3-4 de diciembre de 2015). Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings [conferencia]. *23rd Croatian Arbitration Days: Access to Arbitral Justice*, Zagreb, Croacia. <https://arbitration.fi/wp-content/uploads/sites/22/2016/04/23-cad-savola-interim-measures-and-emergency-arbitrator-proceedings.pdf>
- Schwarz, F., & Konrad, C. (2009). *The Vienna Rules, A Commentary on International Arbitration in Austria*. Kluwer Law International.
- Schmitthoff, C. M. (1987). Finality of Arbitral Awards and Judicial Review. En Lew, J.D.M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* (pp. 230-237). Springer. https://doi.org/10.1007/978-94-017-1156-2_21.
- Swee, K. (2016). The use of Emergency Arbitrators in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review*, 31(3), 534-548.
- Sussman, E. (2013). Can Counsel ethics beat guerrilla tactics? Background and impact of the New IBA Guidelines on party representation in international arbitration. *New York Dispute Resolution Lawyer*, 6(2), 47-50. <https://sussmanadr.com/docs/IBA%20counsel%20guidelines%20NYSBA%20fall%202013.pdf>
- Voser, N., & Boog, C. (2011). ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview. *ICC International Court of Arbitration Bulletin (Special Supplement)*, (22), 81-92.
- Yesilirmak, A. (2005). *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Al Raha Grp. For Tech. Servs. c. PKL Servs. Inc., Caso No. 1:18-cv-04194 (N.D. Ga. Sep. 6, 2019).
- Arbitration Amendment Act 2016, s 2 (N.Z.).
- Arbitration Ordinance, 2011 (Cap. 609) (H.K.).
- Caso No. 10681 de 2011 (ICC Int'l Ct. Arb.).
- Chinmax Medical Systems Inc. c. Alere San Diego, Inc., Caso No. 10cv2467 WQH (NLS) (S.D. Cal. Dec. 8, 2010).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.08.V.4 (2008).
- Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.
- Decreto de Urgencia 020-2020. Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de enero de 2020 (Perú).

- Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de setiembre de 2008 (Perú).
- Directiva 004-2020-OSCE/CD del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Especializado y Subsidiario en Contrataciones con el Estado a cargo del SNA-OSCE, 16 de febrero de 2020 (Perú).
- Evrobalt LLC c. República de Moldavia, Caso SCC EA No. 2016/082, Laudo de emergencia (30 de mayo de 2016).
- Framatome et al. v. Atomic Energy Organization of Iran, Caso CCI No. 3896 de 1982, Laudo de Emergencia, 111 J. du Droit Inter'l 58 (ICC Int'l Ct. Arb.).
- GPF GP S.a.r.l c. República de Polonia, Caso SCC EA No. 2014/168, Laudo de emergencia (1 de enero de 2015).
- International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules), del 1 de julio de 2016.
- International Arbitration (Amendment) Act 2012 (Sing.)
- JKX Oil & Gas plc, Poltava Gas B.V. y Poltava Petroleum Company JV c. Ucrania, Caso CPA 201511, Laudo de emergencia (14 de junio de 2015).
- Kompozit LLC c. Moldova c. República de Moldavia, Caso SCC EA No. 2016/095, Laudo de emergencia (14 de junio de 2016).
- Mohammed Munshi c. Mongolia, Caso SCC EA No. 2018/007, Laudo de emergencia (5 de febrero de 2018).
- Okuashvili c. Georgia, Caso SCC, Laudo de emergencia (11 de abril de 2019).
- Puma Energy Holdings (Luxemburgo) SARL c. República de Benín, Caso SCC EA No. 2017/092, Laudo de emergencia (8 de junio de 2017).
- TSIKinvest LLC c. República de Moldavia, Caso SCC EA No. 2014/053, Laudo de emergencia (29 de abril de 2014).
- Reglamento de Arbitraje de la Comisión China de Arbitraje Económico y Comercial Internacional, del 5 de septiembre de 2000.
- Reglamento de Arbitraje del Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, del 1 de enero de 2017.
- Reglas de Arbitraje del Singapore International Arbitration Centre, del 1 de agosto de 2016.
- Resolución Ministerial 010-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de abril de 1993 (Perú).
- Yahoo! Inc. c. Microsoft Corporation, Caso No. 13-7237 (S.D.N.Y. Oct. 21, 2013).