

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



¿90 días para morir?: La extinción de la medida cautelar
concedida judicialmente antes del inicio del arbitraje por
falta de constitución del tribunal arbitral

Tesis para obtener el grado académico de Maestra en Derecho
Procesal que presenta:

Medaly Claudia Rojas Ventura de Dominguez

Asesor:

Giovanni Francezco Priori Posada

Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, Giovanni Priori Posada, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulado "**¿90 días para morir?: La extinción de la medida cautelar concedida judicialmente antes del inicio del arbitraje por falta de constitución del tribunal arbitral**" de la autora Medaly Claudia Rojas Ventura de Dominguez

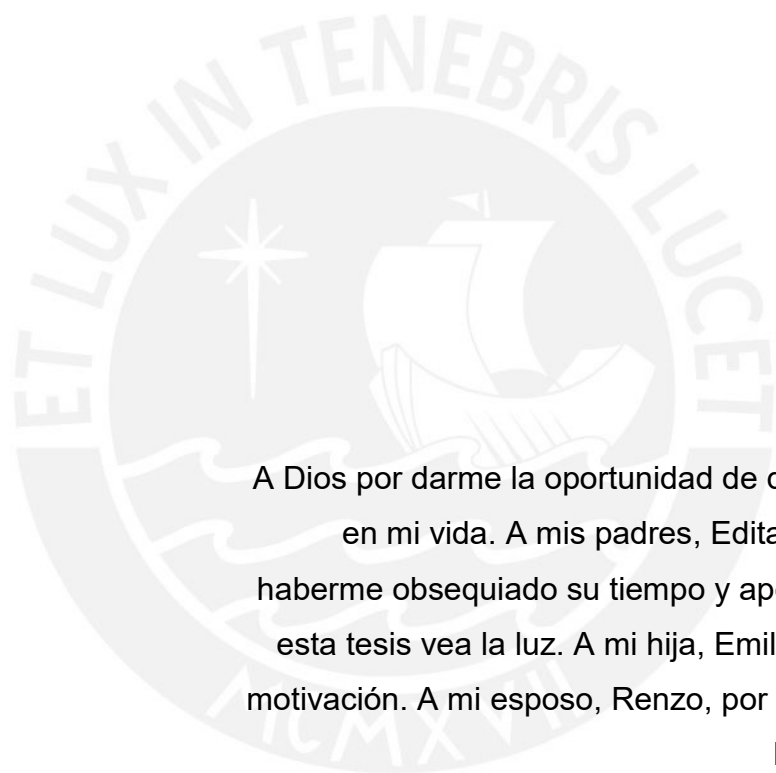
Dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 08/01/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 16 de enero del 2025

Apellidos y nombres del asesor : Priori Posada, Giovanni Francezco	
DNI: 09674652	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2937-8280	



A Dios por darme la oportunidad de dar este paso en mi vida. A mis padres, Edita y Rossi, por haberme obsequiado su tiempo y apoyo para que esta tesis vea la luz. A mi hija, Emilia, por ser mi motivación. A mi esposo, Renzo, por confiar en mí hasta el final.

RESUMEN

El otorgamiento de medidas cautelares antes del inicio de un arbitraje resulta fundamental para lograr la eficacia del futuro laudo arbitral. La legislación arbitral actual permite la colaboración judicial en este asunto regulando la oportunidad para su dictado, así como las causales para su extinción. La extinción de las medidas cautelares está relacionada estrechamente con la desaparición de los requisitos para su concesión tales como la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la adecuación.

Sin embargo, nuestro ordenamiento en materia de arbitraje permite que una medida cautelar pueda extinguirse en caso el tribunal arbitral no se encuentre constituido en un plazo máximo de 90 días hábiles desde su ejecución. En ese sentido, el objetivo de esta tesis es analizar la razonabilidad de este supuesto de extinción con miras a proteger el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Para ello, se estudiarán las diversas situaciones que pueden ocurrir antes de la constitución del tribunal arbitral a efectos de demostrar que la demora en la constitución del tribunal arbitral puede deberse a situaciones que escapan del control del beneficiado con la medida. Tras ello, se propondrá una distribución adecuada del riesgo por la demora en el avance de las actuaciones arbitrales que impiden la constitución del tribunal arbitral, así como una propuesta de modificación del artículo 47 de la Ley de Arbitraje que contenga una solución intermedia que busque proteger la tutela cautelar, pero a su vez impedir un ejercicio abusivo de la misma.

ABSTRACT

The granting of precautionary measures prior to the beginning of an arbitration, is essential to achieve the effectiveness of the future arbitral award. The current arbitration legislation allows judicial collaboration in this matter by regulating the opportunity for its dictation, as well as the grounds for its extinction. The termination of precautionary measures is closely related to the disappearance of the requirements for their concession, such as verisimilitude in law, danger in delay and adequacy.

However, our legal system allows that a precautionary measure may be extinguished in case the arbitral tribunal is not constituted within a maximum period of 90 business days from its execution. In this sense, the purpose of this thesis is to analyze the reasonableness of this case of termination with a view to protecting the right to effective judicial protection. To this end, the various situations that may occur prior to the constitution of the arbitral tribunal will be studied in order to demonstrate that the delay in the constitution of the arbitral tribunal may be due to situations beyond the control of the measure's beneficiary. After that, an appropriate distribution of the risk due to the delay in the progress of the arbitral proceedings that prevent the constitution of the arbitral tribunal, will be proposed, as well as a proposal for the amendment of article 47 of the Arbitration Law containing an intermediate solution that seeks to protect the precautionary tutelage, but at the same time to prevent an abusive exercise of it.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: Tutela cautelar y tutela jurisdiccional efectiva en el arbitraje...	12
1. La tutela cautelar como expresión de la tutela jurisdiccional efectiva.....	12
2. La instrumentalidad de las medidas cautelares.....	16
3. Las medidas cautelares en el arbitraje.....	17
4. Las medidas cautelares antes del inicio del arbitraje.....	21
4.1. Medidas cautelares judiciales.....	22
4.2. El árbitro de emergencia.....	27
CAPÍTULO II: Extinción de las medidas cautelares	31
1. La provisoriedad de las medidas cautelares.....	31
2. La extinción de las medidas cautelares en el CPC.....	33
2.1. Las distintas causales y formas de extinción.....	34
2.1.1. Supuestos vinculados al resultado del proceso principal.....	34
2.1.2. Supuestos vinculados al paso del tiempo.....	36
2.2. Reformulación de las categorías.....	40
3. La extinción de las medidas cautelares en el arbitraje.....	45
3.1. Las distintas causales y formas de extinción de las medidas cautelares en el arbitraje.....	46
3.2. Revisión de la regulación de la extinción de las medidas cautelares antes del arbitraje en la legislación comparada.....	52
CAPÍTULO III: La extinción de las medidas cautelares por no constitución del tribunal arbitral	65
1. Antecedentes legislativos de la causal de extinción referida a la falta de constitución del tribunal arbitral.....	65
2. La constitución del tribunal arbitral.....	68
3. Las vicisitudes en torno a la constitución del tribunal arbitral.....	70

3.1. La calificación de la solicitud de arbitraje, su subsanación y traslado al demandado.....	70
3.2. La oposición al arbitraje.....	73
3.3. Definición del número de árbitros.....	74
3.4. Designación residual de árbitro.....	74
3.5. El procedimiento de confirmación y/o ratificación de árbitros.....	76
3.6. El procedimiento de apartamiento de un árbitro.....	78
3.7. El procedimiento de recusación de árbitros y su impacto en el avance de las actuaciones arbitrales.....	79
4. La razonabilidad del plazo establecido en la ley de arbitraje peruana en atención a las vicisitudes en la constitución del tribunal arbitral.....	81
5. Asunción del riesgo por la demora en la constitución del tribunal arbitral.....	83
6. Formas de enfrentar los riesgos generados por la demora en la constitución el tribunal arbitral.....	86
7. La extinción de la medida cautelar como último remedio y propuesta de modificación del artículo 47°.....	88
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFÍA	97

INTRODUCCIÓN

Si bien el arbitraje y el proceso judicial son algunas de las alternativas con las que contamos para resolver nuestras controversias, no hay duda que en los últimos años el número de arbitrajes se ha ido incrementado por los defectos del sistema judicial. La flexibilidad, la libertad y la celeridad que caracterizan al arbitraje se enfrentan al ritualismo, a la formalidad y a la lentitud que caracterizan hoy en día al proceso judicial.

Tanto el arbitraje como el proceso judicial deben respetar garantías mínimas. Por tanto, independientemente de la postura que se asuma sobre la naturaleza del arbitraje, se tiene que tanto en el arbitraje como en el proceso judicial se ventilan controversias cuyo resultado final afectará la esfera jurídica de alguno de los sujetos que intervienen en ellos.

Ahora bien, como consecuencia inevitable del tiempo que tomará tanto el arbitraje como el proceso judicial, se ha previsto instituciones procesales, aplicables a ambos mecanismos, que buscan garantizar la eficacia del resultado final. Aquí pues, se encuentran las medidas cautelares que buscan garantizar la eficacia del laudo o la sentencia que se emita.

Las medidas cautelares juegan un papel fundamental para garantizar la tutela real de los derechos que se discuten en un proceso judicial o en un arbitraje que, por su naturaleza, requieren de una secuencia de actos y etapas para llegar a una decisión final. No obstante, el derecho a la tutela cautelar requiere de ciertos límites a fin de no perjudicar desproporcionalmente la esfera jurídica de las personas que se ven afectadas por estas medidas provisionales.

De otro lado, el arbitraje y el proceso judicial no se encuentran totalmente aislados, pues existen escenarios en los cuales estos dos mecanismos de solución de controversias tienen una relación de colaboración, tales como como el otorgamiento de medidas cautelares antes del inicio del arbitraje, la ejecución de estas, y la ejecución de laudo arbitral. En el ámbito cautelar, esta colaboración

resulta necesaria debido al peligro o amenaza de los intereses de las partes por la eventual demora en la constitución del tribunal arbitral llamado a resolver sus controversias.

En esa medida, las causales de extinción de una medida cautelar constituyen un tema de vital importancia, pues de estas depende la eficacia de la sentencia o el laudo que se emita a futuro. No obstante, el legislador peruano, a través del artículo 47° de la Ley de Arbitraje vigente, ha puesto límites a dicha colaboración a través de la determinación de ciertos plazos que, una vez vencidos, dan lugar a la extinción de la medida cautelar que se haya concedido en sede judicial. Al respecto, cabe preguntarse si es correcto o no que una medida cautelar, que busca garantizar la eficacia del futuro laudo arbitral, sea levantada por la falta de constitución del tribunal arbitral en el tiempo establecido en la norma pese a que la solicitud de arbitraje, que marca el inicio del arbitraje, ya se haya presentado.

La respuesta a dicha interrogante resulta ser muy interesante, pues si bien en la práctica muchas medidas cautelares otorgadas en sede judicial se extinguen por la falta de constitución del tribunal arbitral en el plazo legal, la extinción por dicha causa sin que medie un sustento mayor que el mero vencimiento del plazo podría ocasionar un acto vulneratorio de la tutela cautelar y por ende de la tutela jurisdiccional efectiva. Esto se debe a que el legislador no habría tomado en consideración los retrasos que pueden existir en la constitución del tribunal por el ejercicio válido de instrumentos previstos por la propia Ley de Arbitraje. En ese sentido, el cuestionar las reglas establecidas sobre la vigencia de una medida cautelar no se trata solo de la modificación discrecional de plazos, sino que se trata de paulatinamente mejorar el conjunto de reglas que garanticen al máximo los derechos de las partes teniendo en cuenta la naturaleza y el desarrollo del mecanismo de solución de controversias elegido.

Actualmente, la Ley de Arbitraje peruana establece en su artículo 47° inciso 4 que la medida cautelar obtenida en sede judicial caduca de pleno derecho si se verifica que el tribunal arbitral no se encuentra constituido dentro del plazo de 90 días hábiles de dictada esta. Si bien existen sentencias judiciales que declaran la extinción de las medidas cautelares por este motivo, casi no existen aquellas

que reparen en analizar las causas de dicha demora, limitándose únicamente a declarar la muerte de las cautelares por el mero transcurso del tiempo.

Respecto a la doctrina nacional, no se ha encontrado artículo o publicación que analice o detecte la problemática sobre la afectación directa a la tutela cautelar y a la tutela jurisdiccional efectiva. Únicamente existen autores que hacen alusión a las formas de extinción de la medida cautelar e incluyen dentro de estas a la extinción de esta tutela por falta de constitución del tribunal arbitral.

La extinción de una medida cautelar concedida y ejecutada por falta de constitución del tribunal arbitral dentro del plazo de 90 días desde su otorgamiento es un tema poco cuestionado, pero que merece la pena ser analizado debido a que se encuentra en juego la eficacia del futuro laudo arbitral; eficacia que puede esfumarse por el solo transcurrir de un periodo establecido en nuestra legislación vigente que data desde el año 2008.

Si bien el Poder Judicial tiene competencia para otorgar medidas cautelares antes del inicio de un arbitraje, este también es competente para declarar su extinción cuando la parte afectada con la medida cautelar demuestra que el tribunal arbitral no se constituyó en el plazo legal. La norma no exige que para ello se analicen las causas de la demora en la constitución del tribunal arbitral pese a que esta puede deberse a actos dilatorios y de mala fe de la propia parte que solicita la extinción o a la falta de diligencia de un tercero como, por ejemplo, la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje.

De esta manera, en la actualidad, la parte que presenta su solicitud de arbitraje y que tiene una medida cautelar otorgada a su favor solicita insistentemente, a través de escritos de impulso al arbitraje y/o quejas desesperadas, el avance célere de su arbitraje a fin de que el tribunal arbitral logre constituirse antes de los 90 días hábiles previstos en la Ley de Arbitraje. A pesar de que suele lograrse, hay ocasiones donde resulta imposible debido a la existencia de una serie de incidencias dentro de las actuaciones arbitrales que deben cumplir un procedimiento previo antes de su resolución para posteriormente continuar con el desarrollo del arbitraje.

Cabe precisar que estas situaciones derivan de los propios mecanismos y herramientas que tanto la Ley de Arbitraje como los reglamentos de las instituciones arbitrales dotan a las partes con miras a garantizar la participación de árbitros imparciales e independientes. Esta situación se presenta, por ejemplo, cuando una de las partes ejercita su derecho a recusar a un árbitro, cuando se plantea una oposición a la solicitud de arbitraje, o cuando corresponde aplicar el procedimiento de confirmación de árbitro. Como es sabido, la respuesta o pronunciamiento sobre estos incidentes no se emite en pocos días, sino que a veces puede expedirse en más de 15 días, afectando así de forma inevitable el cómputo del plazo de 90 días hábiles que exige la ley.

Dicha situación ocasiona que las medidas cautelares que fueron otorgadas a raíz de un análisis riguroso para su concesión sean fácilmente desechadas por el transcurso de un periodo que no se encuentra en control del beneficiado con la medida cautelar a diferencia de un proceso judicial en donde se cuenta desde el inicio con un juez natural, impidiendo así que el derecho en discusión logre ser protegido de forma eficaz.

Por todo ello, la presente tesis tiene por finalidad demostrar que la extinción de una medida cautelar basada en la falta de constitución del tribunal arbitral en un plazo meramente discrecional afecta a todas luces la vigencia de la medida cautelar que busca asegurar la efectividad del futuro laudo arbitral.

CAPÍTULO I: Tutela cautelar y tutela jurisdiccional efectiva en el arbitraje

En este capítulo se abordará la relación entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la tutela cautelar para luego profundizar en una de las características más importantes de esta última, su instrumentalidad. Posteriormente, se analizarán las medidas cautelares que pueden ser otorgadas en el marco de un arbitraje, sea antes o después de su inicio.

1. La tutela cautelar como expresión de la tutela jurisdiccional efectiva

Dentro de una sociedad, resulta inevitable que surjan diversos conflictos a raíz de la falta de compromiso de sus individuos para cumplir los acuerdos a los que hayan llegado o para respetar los derechos de los demás. Cuando esto sucede, es natural que sean ellos mismos quienes intenten solucionar sus problemas. Sin embargo, el Estado ha prohibido a sus ciudadanos el poder hacer justicia propia, es decir, ha restringido la posibilidad de autotutela.

Como contrapartida a la autotutela, el ordenamiento jurídico ha reconocido a los ciudadanos el derecho a la tutela jurisdiccional, que consiste en la protección del derecho objetivo a través de la aplicación por los jueces y tribunales de las sanciones o consecuencias expresamente establecidas por ley (Priori 2003:280). Cabe anotar que por derecho objetivo o derecho material debemos entender al conjunto de derechos y obligaciones que el ordenamiento jurídico ha reconocido a sus ciudadanos.

Ahora bien, es importante precisar que el derecho a la tutela jurisdiccional no solo implica el poder exigir al Estado la protección de los derechos y que este a través de una sentencia final determine el resultado de esta reclamación, sino que esta tutela debe ser efectiva. Así pues, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, abarca el poder “acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, cuyos efectos deben poder producirse en el ámbito de la realidad” (Priori 2005:179).

En este punto es importante traer a colación el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú. Dicho artículo cataloga como principio y derecho de la función jurisdiccional a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a través de la sentencia expedida en el expediente N° 8123-2005-PHC/TC LIMA indicando que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como a la eficacia de lo que se decida en la sentencia.

Por otro lado, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 1230-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha indicado que “los derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo”. Además, esta sentencia agrega que la Constitución “ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”.

De estas expresiones se puede concluir que, si la Constitución reconoce a los derechos de toda persona derivados de su dignidad como el interés supremo del Estado, también lo será —y al mismo nivel— aquel derecho que permite su protección eficaz y real, el cual a todas luces es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva posee un contenido mínimo al igual que el resto de los derechos fundamentales. Así pues, se puede indicar que el contenido constitucionalmente protegido de este derecho es 1) tener acceso al órgano jurisdiccional y al proceso, 2) que el proceso se desarrolle con garantías mínimas, y 3) derecho a que el resultado que se obtenga sea efectivo (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 2019). Cada uno de estos puntos equivalen al derecho mínimo de cada ciudadano. Ello debido a que cada punto sin otro convierte al proceso en una figura de fantasía incapaz de materializarse en el plano real.

Dicho esto, se tiene que la herramienta por excelencia para concretizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el proceso judicial. El proceso es aquel que se inicia a pedido de una de las partes a fin de que, a través del desarrollo de sus diferentes etapas, el juez, así como todo el aparato judicial

detrás, pueda analizar y establecer la verdad procesal que se obtendrá como resultado de la evaluación de las posiciones y pruebas aportadas por sus intervinientes. Así pues, el derecho material y el proceso se relacionan de tal manera que la falta o insuficiente cooperación por parte de sujetos obligados y la prohibición de la autotutela constituyen elementos que justifican los conceptos de acción y jurisdicción, así como el surgimiento del proceso (Proto Pisani 2014:26).

Como ya se ha mencionado, la decisión que tome el juez no puede ser únicamente una mera declaración, sino que deberá materializarse en el plano real. En ese sentido, dada la implicancia e impacto en la realidad que tendrá este fallo final, el proceso judicial necesita obligatoriamente tener una duración que sea lo suficientemente razonable para permitir que se analice cada detalle y prueba que sustenta la posición de cada una de las partes.

No obstante, esta duración del propio proceso, que resulta beneficiosa para poder conocer y resolver una controversia, arrastra lamentablemente un riesgo potencial respecto a la futura efectividad de la decisión final que se emita. Ello debido a que, mientras el proceso transcurre, alguno de los sujetos procesales puede realizar cualquier tipo de acción que impida el cabal y celeré cumplimiento del resultado final. Para enfrentar este tipo de riesgo, existe otro derecho que protege de los daños colaterales derivados del tiempo que toma el proceso: el derecho a la tutela cautelar.

El derecho a la tutela cautelar puede ser definido como “el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional —a través de una cognición sumaria— el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse” (Priori 2015: 184).

La tutela cautelar entonces juega un rol fundamental respecto de la tutela jurisdiccional, puesto que anular su existencia sería equivalente a eliminar la efectividad del resultado final del proceso. Como lo mencionó Proto Pisani, la tutela cautelar representa un elemento indispensable del derecho a la tutela

jurisdiccional para neutralizar los daños ocasionados por el proceso principal cuya duración aumenta las aristas de un menoscabo irremediable (Proto Pisani 2014: 388). En esa misma línea, en el marco de la tutela cautelar “se hace primar, dentro de ciertos límites, el factor rapidez sobre el factor seguridad, a sabiendas de que en muchos casos una resolución tardía, aun siendo favorable, equivale a una denegación de justicia” (Ledezma 2009: 134).

De lo anterior puede colegirse que la tutela cautelar es un derecho que le permite a los justiciables proteger sus derechos de la duración del proceso. Ahora bien, para poder otorgarse una medida cautelar, deben observarse el cumplimiento de ciertos presupuestos los cuales son: la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida.

La verosimilitud en el derecho implica que el solicitante de una medida cautelar “deberá demostrar al juez que la pretensión principal -que se intenta garantizar- tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia” (Monroy 2002:170). Por su parte, el peligro en la demora es “la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva” (Monroy 2002:176). Por último, la razonabilidad de la medida exige que “el dictado de la medida debe obedecer a un ponderado análisis del juez respecto de la necesidad de protección del derecho y la afectación que debe hacerse al derecho del demandado con fines de dicha protección” (Cavani 2016: 675).

En este punto, debe tenerse presente que “son estos presupuestos los que justifican y al mismo tiempo sirven de límite a la tutela cautelar. La justifican porque solo en la medida en que hay un riesgo de que la sentencia se torne ineficaz cuando el derecho está verosímilmente acreditado, se puede conceder la medida cautelar que sea adecuada para evitar ese perjuicio. La limitan, pues solo en esos casos puede concederse medida cautelar, de allí que si no hay peligro en la demora o verosimilitud o la medida solicitada no es la adecuada, no será posible su dictado” (Priori 2005:188-189).

2. La instrumentalidad de las medidas cautelares

Como punto previo a analizar esta característica de la tutela cautelar, es importante recordar que el proceso en general es de por sí instrumental y no posee un fin en sí mismo. Tal y como se ha indicado, el proceso es “un instrumento de la efectividad del ordenamiento jurídico, de las situaciones jurídicas de los particulares, y de la paz social en justicia” (Priori 2003: 279).

Esto significa que para que el ordenamiento jurídico pueda ser respetado, cumplido y/o restaurado, necesita al proceso para que a través de él se active el sistema judicial. Entonces, la instrumentalidad está presente en todo tipo de tutela judicial incluyendo a la tutela cautelar.

No obstante, la instrumentalidad en este ámbito es mucho más notable e intensa hasta el punto de poder concluir que la tutela cautelar es el instrumento del instrumento (Calamandrei 2005:45). Esto quiere decir que, así como el proceso es el instrumento para proteger los derechos, la tutela cautelar es el instrumento para proteger el resultado del proceso.

La tutela cautelar permite garantizar el eventual resultado del pronunciamiento final al que llegue el órgano jurisdiccional; pronunciamiento que no se emitirá en pocos días, sino en un plazo razonable que permita llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para llegar a una decisión. Por lo tanto, la tutela cautelar nunca podrá ser el instrumento para tutelar en sí el derecho material reclamado en el proceso, sino que, por el contrario, esta tutela tiene como razón de ser hacer posible la tutela de fondo o en todo caso evitar que sea inútil (Ariano 2014:36).

En ese sentido, dado que la tutela cautelar es el instrumento del proceso, el cual es iniciado a fin de proteger un derecho material o alguna situación jurídica tutelada por el ordenamiento, es lógico que se concluya que, si no se llega a iniciar el proceso principal, la tutela cautelar carecerá de sentido. Por lo tanto, el hecho de que la tutela cautelar siempre se encuentre conectada con un proceso

principal, implica que este proceso debe iniciarse en algún momento de forma obligatoria.

Dada la naturaleza de la tutela cautelar, es lógico que nuestro ordenamiento permita la solicitud de medidas cautelares antes de iniciado el proceso principal. Esta posibilidad está sustentada justamente en la urgencia de la tutela del derecho a ser discutido que faculta a los ciudadanos a solicitar una medida cautelar antes de iniciar el proceso.

En ese orden de ideas, en caso exista un riesgo de que el derecho o situación material reclamada puedan verse afectados, el ordenamiento permite que lo que se pueda solicitar primero sea la tutela cautelar y de forma posterior se presente la demanda. Pese a lo anterior, es importante tener en cuenta que existen límites para dicha situación ya que la tutela cautelar “está preordenada a rendir posible la tutela de fondo, si el mecanismo predispuesto para la obtención de dicha tutela no se activa, la tutela cautelar pierde su razón de ser, por lo cual mal podría seguir en vida” (Ariano 2014:40).

3. Las medidas cautelares en el arbitraje

Más allá de las posiciones existentes sobre la naturaleza del arbitraje, podemos indicar que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias reconocido por nuestro ordenamiento, artículo 139 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, que nace de la voluntad de las partes de un conflicto para someter controversias (relacionadas con derechos comerciales y civiles de libre disponibilidad) a la decisión de un tercero (árbitro u árbitros) que no es el juez predeterminado por ley. Con ello, debe tenerse presente que debe existir siempre un pacto o disposición expresa en donde se acuerde que estas controversias se resolverán mediante un arbitraje, caso contrario el camino obligatorio será el judicial.

Sobre la definición de arbitraje, existen autores que consideran que es una vía pacífica de solución de controversias que, siguiendo etapas y pasos enlazados, permite llegar a una solución definitiva con calidad de cosa juzgada, evitando al

proceso judicial, pero bajo la misma tutela del Estado y dentro del mismo sistema de justicia (Quiroga 2017:39). En razón de esto último es que el arbitraje, al igual que el proceso judicial, debe estar dotado de las mismas garantías mínimas de un debido proceso y brindar una tutela que sea efectiva.

Dentro de las ventajas del arbitraje frente al sistema judicial, se suele resaltar la celeridad, la flexibilidad y la especialidad. Es célere pues se lleva a cabo con reglas sencillas y definidas a diferencia de las formalidades que suele poseer el proceso judicial. Es flexible porque son las partes quienes tienen la potestad de regular la forma en la que quieren desarrollarlo y a su vez porque los árbitros poseen la facultad de establecer reglas o actuaciones de la manera que más favorezca a la solución de la controversia. Es más especializado dada la posibilidad de las partes de elegir a “juzgadores extremadamente habilitados y especializados en el área objeto del litigio” (Pereira 2017:24).

Otro punto importante a tomar en cuenta para efectos de la presente tesis, son los tipos de arbitraje que existen. Por un lado, los arbitrajes se pueden clasificar como nacionales e internacionales. Los arbitrajes nacionales o domésticos son aquellos arbitrajes con sede en el Perú, en donde ambas partes domicilian en Perú y el cumplimiento de las obligaciones principales se ejecutarán en nuestro país. Por su parte, los arbitrajes internacionales son aquellos en donde, de conformidad con el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje (en adelante, LA), ocurre alguno de estos supuestos: i) si al momento en que se suscribe el convenio arbitral, las partes tienen sus domicilios en países diferentes, ii) si el lugar del arbitraje pactado en el convenio es un país distinto al domicilio de las partes, iii) si el lugar donde se debe cumplir las obligaciones principales o si el lugar con el cual el objeto de la controversia se relaciona está ubicado en un país distinto al Perú.

Por otro lado, los arbitrajes se distinguen entre institucionales y ad hoc. La diferencia entre uno y otro está referida a la participación de un centro de arbitraje en la administración del arbitraje siendo que en los primeros sí existe tal participación y en los segundos no. Cabe recalcar que, el arbitraje institucional, además de ser administrado por un centro, se rige por las disposiciones del

reglamento de dicho centro, mientras que en el arbitraje ad hoc no existe un reglamento previo, sino que se desarrollan de acuerdo a lo establecido en la ley de arbitraje general y/o normas específicas que pacten las partes y/o dispongan los árbitros.

Más allá de las ventajas y desventajas discutidas en la doctrina nacional, el arbitraje institucional suele ser el que prima en nuestro ordenamiento, ya que facilita a las partes y árbitros el avance, organización y gestión de las actuaciones arbitrales con reglas previstas y listas para ser cumplidas, mas aún cuando en un escenario de conflicto, las partes no suelen tener disposición para pactar reglas específicas para el avance del arbitraje. Por lo tanto, el arbitraje institucional resulta a todas luces más beneficioso.

Para que un arbitraje sea institucional, las partes deben pactar ello expresamente en su convenio o en su defecto en algún acuerdo o documento posterior. Los convenios que sí lo señalan suelen indicar incluso el nombre de la institución que administrará las controversias. Sin embargo, en caso no se señale, las partes quedan habilitadas para acudir a cualquier centro de arbitraje.

En nuestro país el arbitraje se ha convertido en el mecanismo por defecto para resolver las controversias derivadas de contratos suscritos entre entidades públicas y contratistas. Así pues, el artículo 83° de la actual Ley General de Contrataciones Públicas N° 32069 (publicada el 24 de junio de 2024) señala que todas las controversias surgidas entre las partes sobre la validez, nulidad, interpretación, ejecución, terminación o eficacia del contrato se resuelven mediante arbitraje, salvo que lo contrario se halle expresamente previsto en dicha ley. A este arbitraje se le conoce como arbitraje forzoso el cual “nace de la decisión del legislador cuando es impuesto para la solución de determinadas cuestiones” (Feldstein de Cárdenas 1998:14). Asimismo, la norma señalada anteriormente especifica en su artículo 84° que el arbitraje puede ser ad hoc solo en casos donde el monto de la controversia no supere las diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

Por ende, se puede advertir que en estos casos el arbitraje no deriva de una voluntad propiamente dicha sino de lo exigido por ley. Es a raíz de esta obligatoriedad y la multiplicidad de contratos que suscribe el Estado peruano, que, en el ámbito nacional, el arbitraje, a diferencia de muchos otros ordenamientos jurídicos, está sumamente desarrollado y presenta diversos escenarios y situaciones que otros países vecinos aún no han desarrollado y que en el tercer capítulo de esta tesis se desarrollarán a mayor abundamiento.

Ahora bien, como ya se ha indicado, el arbitraje debe brindar también las garantías mínimas que existen en todo proceso judicial, entre ellos su efectividad. Cabe anotar que pesar de que el arbitraje es considerado una vía más célere y eficiente que el proceso judicial, no escapa del mismo riesgo que persigue a este: el tiempo.

El artículo 47° de la LA establece lo siguiente en relación a las medidas cautelares:

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. 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.

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 que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión. [...]

Como puede observarse, para que se dicte una medida cautelar durante el desarrollo de un arbitraje se necesita, en primer lugar, que el tribunal arbitral se encuentre constituido, lo que equivale a que este tenga competencia para resolver la controversia de fondo. En segundo lugar y como ya se ha mencionado, la LA reconoce expresamente que las medidas que se otorguen siempre apuntarán a garantizar la eficacia del laudo, es decir, constituyen instrumentos para proteger el derecho sustantivo materia de discusión. En tercer lugar, la medida cautelar que otorguen los árbitros son temporales, lo que significa que no son definitivas y que pueden variar mientras dure el arbitraje, teniendo como límite máximo su culminación, lo cual ocurre una vez emitido el laudo arbitral.

Respecto al trámite de la medida cautelar en un arbitraje, se debe resaltar que, a diferencia de lo regulado en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC), la LA establece como regla que, una vez que la medida cautelar se solicite, esta deberá ponerse en conocimiento del afectado para que pueda pronunciarse, y tras ello recién los árbitros podrán decidir. La excepción de este traslado es que el solicitante haya justificado que el hacerlo pueda ocasionar un perjuicio irreparable al derecho de fondo que se busca salvaguardar.

4. Las medidas cautelares antes del inicio del arbitraje

El artículo 33 de la LA señala que, salvo acuerdo distinto, las actuaciones arbitrales se inician en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje. De ello, puede colegirse entonces que el inicio de un arbitraje ocurre con la presentación de la solicitud de arbitraje.

No obstante, el inicio del arbitraje y la competencia de los árbitros no son sucesos que ocurren en simultáneo ya que desde la presentación de la solicitud debe transcurrir una serie de pasos hasta llegar a la aceptación de los árbitros para que así asuman competencia y estén listos para empezar a resolver la controversia o los asuntos relacionados a ella como lo son las medidas cautelares.

Así pues, más allá de que el arbitraje resulte más célere que un proceso judicial, el tiempo puede representar también un potencial problema frente a la inminencia de perjuicio del derecho que se reclama, por lo que las medidas cautelares cumplen un rol fundamental. Estas medidas cautelares, pese a la existencia de un convenio arbitral, pueden ser solicitadas ante un órgano jurisdiccional, así como también puede recurrirse a un árbitro de emergencia.

4.1 Medidas cautelares judiciales

El arbitraje no se desarrolla de forma totalmente aislada al sistema judicial, sino que este debe entenderse “como una de las formas de solución de conflictos forma parte de un todo, de un sistema de prestación jurisdiccional completo que se relaciona e integra, para atender la perspectiva de la sociedad (de los justiciables). Así, en algunos momentos, habrá intersección o conexión entre los integrantes de este sistema” (Cahali 2017:112). “El arbitraje, entonces, no camina solo. Convive en armonía con la jurisdicción estatal, cada uno ocupando su espacio, pero relacionándose cuando sea necesario” (Cahali 2017:112).

Una de los espacios en donde existe esta interrelación entre el arbitraje y el Poder Judicial es en el terreno de las medidas cautelares. Es así que, el artículo 47º de la Ley de Arbitraje regula lo siguiente sobre esta tutela cautelar fuera del proceso arbitral:

[...]

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. 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.

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.

6. 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.

7. 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.

8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en 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.

[...]

De lo anterior, se tiene entonces que el ordenamiento permite solicitar una medida cautelar al órgano judicial a pesar de que exista un convenio arbitral que obliga a las partes a resolver sus controversias en la vía arbitral. Esto no hace

mas que confirmar la importancia y magnitud de la tutela cautelar para garantizar la eficacia del futuro laudo arbitral al igual que ocurre respecto de la sentencia.

Si bien el arbitraje pueda ser una vía mucho más célere que el Poder Judicial, ello no quita que dicho mecanismo necesite de todas maneras de un tiempo lo suficientemente razonable como para determinar quiénes finalmente serán los profesionales que actuarán como árbitros y para dilucidar una controversia con todo lo que ello implica (actuaciones probatorias, audiencias, etc.). En tal sentido, en nuestro sistema normativo —específicamente en la Ley de Arbitraje— se ha plasmado la colaboración entre la justicia ordinaria y la justicia arbitral permitiendo que los ciudadanos puedan solicitar una medida cautelar antes de iniciar el arbitraje con miras a que cuando los árbitros ya adquieran competencia ya se cuente con una medida que proteja el resultado del futuro laudo a emitir.

A esta colaboración también se le ha denominado como intervención subsidiaria indicando que esta “Se presenta en aquellos casos en los que existe imposibilidad material o jurídica para que los árbitros decidan o ejecuten determinados actos vinculados al proceso bajo su conducción, siendo imprescindible llenar este vacío -en cuanto a sus potestades-, a través del auxilio judicial” (Arrarte 2009:187).

El artículo 8 numeral 2 de la LA señala que la emisión de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral está a cargo del 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 lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

Para el otorgamiento de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, el juez verifica también el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 611° del CPC. Ello debido a que la propia ley de arbitraje no regula específicamente qué debe evaluar el juez para conceder una tutela cautelar. Así pues, debe verificar que el solicitante de la cautelar acredite verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y razonabilidad de la medida solicitada. Verificado

ello, debe ordenar una contracautela, la cual no es un requisito para su concesión sino para su ejecución.

Ahora bien, es importante destacar que cuando se otorgan medidas cautelares antes del inicio del arbitraje, los jueces ordenan al beneficiado con la medida a iniciar el arbitraje dentro del plazo del artículo 47° de la LA después de su ejecución “bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de quedar sin efecto de pleno derecho la medida cautelar judicial que se expide”. Asimismo, tras su concesión, las partes deben brindar al juez que concedió la medida cautelar información acerca de la constitución del tribunal arbitral a efectos de remitir el expediente cautelar a los árbitros o al centro en caso de un arbitraje institucional. Cumplir con ello es relevante pues, tras una medida cautelar, el demandado suele oponerse o pedir el levantamiento de la misma, siendo los árbitros quienes tendrán que resolver este asunto.

Una vez que la autoridad judicial dicte u otorgue una medida cautelar, nuestro ordenamiento exige el cumplimiento de determinadas acciones a fin de que esta siga vigente durante el arbitraje a iniciarse, las cuales serán analizadas en los capítulos siguientes de esta tesis con el objetivo de analizar su razonabilidad y pertinencia.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso estas acciones se cumplan y la medida cautelar siga vigente, las partes pueden solicitar a los árbitros la variación o levantamiento de la misma sustentando su pedido en el cambio de las circunstancias que sirvieron como base para otorgar la medida. Incluso la norma prevé que los árbitros puedan realizar la modificación o cancelación de oficio sin que exista un pedido de las partes. Asimismo, de haberse impugnado la decisión judicial que otorga la medida, este recurso es resuelto por los árbitros apenas asuman competencia. Todo ello se explica a razón de que la intervención judicial tiene un rol únicamente de colaboración, mas no constituye la vía oficial para resolver las controversias derivadas de un contrato donde existió un convenio arbitral.

Las medidas cautelares solicitadas ante un juez antes del inicio de un arbitraje encuentran su correlato también en el plano judicial en las medidas cautelares fuera del proceso. Si tenemos que establecer desde cuándo inicia un proceso se puede advertir que el CPC no define ello de forma expresa; pero “sí existen una serie de normas que permiten concluir que de manera coherente a la concepción que nuestro Código procesal tiene sobre el proceso, este se inicia con la interposición de la demanda” (Priori 2015:350).

Cuando se presenta la demanda en el plano judicial, ésta es derivada inmediatamente hacia un juez determinado con la competencia inherente para atender la demanda y todo el proceso. El principio o garantía del juez natural implica que la controversia sea resuelta por un “tribunal creado y dotado de jurisdicción y competencia por una ley dictada antes del hecho que es origen del proceso en el que ese tribunal va a conocer y decidir” (Pizzolo 2002:104).

La demanda entonces es el documento que contendrá lo que se pide en el proceso, así como los argumentos de hecho y de derecho que sustentan lo pedido. Por ende, la elaboración de esta demanda —considerando que luego de su presentación no pueden agregarse mayores medios probatorios a menos que sean catalogados como nuevos— requiere de tiempo para su redacción y recopilación de las pruebas necesarias que sustenten la misma.

Las medidas cautelares otorgadas fuera del proceso se encuentran previstas en el CPC. El artículo 33° indica que es competente para dictar medida cautelar antes de la iniciación del proceso, el juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse. Por su parte, el artículo 608° señala que el juez competente para pronunciarse sobre lo peticionado en una demanda, es el mismo que debe analizar la concesión o no de una medida cautelar que busca proteger los derechos involucrados en esta. Asimismo, al igual en el arbitraje, se establece que la medida cautelar puede ser otorgada antes de que se haya iniciado el proceso, lo cual ocurre con la presentación de la demanda, o dentro del proceso en sí.

4.2. El árbitro de emergencia

Tal y como se ha comentado en la introducción de esta tesis, una de las razones para que se pacte el arbitraje como mecanismo para resolver conflictos suele ser las falencias del aparato judicial. Sin embargo, dado que el arbitraje tiene determinados pasos a seguir antes de que los árbitros adquieran competencia para resolver el caso, ha surgido la necesidad de buscar otros caminos para poder materializar el derecho a la tutela cautelar, distinto a la vía judicial, a fin de evitar que el transcurso del tiempo afecte la eficacia de lo que se resuelva de forma posterior. Es así que nace la figura del árbitro de emergencia, el cual como su propio nombre lo indica se trata de un árbitro designado por la premura de atender un pedido cautelar mientras se logra componer al tribunal arbitral en el tiempo previsto según los procedimientos y pasos que correspondan. El procedimiento de árbitro de emergencia busca entonces que un árbitro y no un juez sea el que resuelva la decisión de otorgar o no una medida cautelar.

El que se recurra al árbitro de emergencia refuerza la voluntad de las partes que pactaron recurrir a arbitraje como el mecanismo para resolver sus controversias y evitar la injerencia judicial en el desarrollo del mismo. Este procedimiento permite que sea una persona especializada en la materia la que resuelva un pedido cautelar y no un juez de naturaleza comercial únicamente, como ocurre cuando estas medidas son solicitadas ante un órgano judicial. Por lo tanto, se observa que “la configuración del árbitro de emergencia se alimenta de la prevista para el árbitro ordinario, pero con las características inherentes a su propia razón de ser: la urgencia” (Blanco 2020:258).

Ahora bien, el árbitro de emergencia solo está facultado para decidir sobre un tema accesorio de la controversia, es decir la medida para proteger el derecho que se reclama. Es por ello, que se indica que “su competencia se ciñe solo en relación a la medida cautelar de urgencia solicitada y que no extiende al proceso arbitral. Es decir, es un procedimiento autónomo e independiente del proceso arbitral para decretar una orden de urgencia sobre la base de la fundamentación de este pedido cuya situación no puede esperar la constitución del tribunal arbitral” (Sumaria 2016:80).

La figura del árbitro de emergencia “ha resultado una herramienta útil sobre todo cuando las cortes locales son lentas o ineficientes para conceder medidas cautelares anticipadas antes de la constitución del tribunal arbitral o cuando la medida no esté dispuesta por el ordenamiento local” (Sumaria 2016:81). Como consecuencia de ello, los centros de arbitraje más conocidos han incorporado esta figura en sus reglamentos brindando este servicio como uno independiente al arbitraje.

Ahora, cabe preguntarse ¿en qué supuestos aplica la intervención de un árbitro de emergencia en nuestro país? Las partes en sus convenios arbitrales pactan que el arbitraje en el que se ventilarán sus controversias sea administrado por determinado centro de arbitraje conforme a sus reglamentos y procedimientos. A raíz de ello, en caso hayan pactado que se tramite ante el centro de arbitraje “X” y este centro prevé la figura del árbitro de emergencia, entonces cualquiera de las partes podrá solicitar este servicio ante dicha institución.

Si bien existe un poco de controversia sobre la validez de esta figura en el arbitraje nacional, la aplicación esta figura “ha sido interpretada en el sentido más favorable al arbitraje, dado que se entiende que si se ha pactado un arbitraje aceptando las reglas procedimentales de determinada institución que contempla esta figura y no ha habido exclusión expresa, se entiende, que el acuerdo se extiende hasta la posibilidad de poder determinar a este árbitro de emergencia cuando la situación así lo amerite” (Sumaria 2016:81).

Pese a que no es objeto de esta investigación el analizar la problemática de los arbitrajes de emergencia, es pertinente indicar que actualmente existen situaciones donde una de las partes recurre a centros distintos al pactado en su convenio arbitral para solicitar tutela cautelar. Al respecto, si bien estos centros brindan o regulan el servicio de arbitraje de emergencia, deberían realizar una revisión del convenio arbitral y rechazar la tramitación de este tipo de pedidos por falta de competencia. Peor aún, más allá de que el centro acepte proseguir con este pedido cautelar, el profesional que se designe tiene la obligación de analizar su propia competencia, y ser el caso declinar y dar por concluido el caso. No obstante, ello no viene ocurriendo, con lo cual se expiden medidas cautelares por profesionales incompetentes lo que genera la proliferación de medidas

cautelares que, si bien luego son materia de pedidos de nulidad, no dejan de causar un perjuicio en la parte afectada con la medida.

Sobre el procedimiento y duración de un arbitraje de emergencia, este se encuentra regulado en los reglamentos de los centros de arbitraje, los cuales coinciden en que los plazos y traslados son sumamente cortos con un costo del servicio que resulta ser mucho más caro que el arbitraje regular.

Respecto a la naturaleza de la decisión que emite el árbitro de emergencia, esta no constituye un laudo arbitral, sino que se trata meramente de una decisión la cual es pasible de ser revocada o modificada por el propio árbitro de emergencia o por tribunal arbitral que resolverá el fondo de la controversia una vez que adquiera la competencia para ello.

Considerando el nacimiento de esta figura, cabe preguntarnos si debería seguir existiendo la colaboración judicial en materia cautelar en el arbitraje. Sobre este punto, consideramos que mientras se provea a un justiciable de mayores y/o diversas herramientas para proteger los derechos que reclama, estas pueden subsistir sin problema alguno. En este caso, el justiciable será quien tome la elección de buscar tutela cautelar antes del arbitraje a través de un juez o de un árbitro de emergencia. En esta decisión no puede soslayarse el alto costo del servicio de árbitro de emergencia por lo que a efectos de no generar supuestos de denegación de justicia la tutela cautelar ex ante en sede judicial sigue siendo una alternativa para proteger la eficacia del futuro laudo.

Otra arista importante a tomar en cuenta, es la extinción de la medida cautelar otorgada por el árbitro de emergencia más allá de la posibilidad del pedido de levantamiento o modificación a los árbitros del proceso de fondo. Así pues, los reglamentos de los centros de arbitraje suelen establecer como unos de los supuestos de extinción el que el arbitraje no se inicie dentro de un plazo aproximado de diez días hábiles de presentado el pedido de medida cautelar de emergencia. Esto último deriva lógicamente de la instrumentalidad de las medidas cautelares, las cuales no pueden subsistir si es que no se plantean las pretensiones principales que pretende proteger.

Por último, considerando que el arbitraje de emergencia suele aplicarse como consecuencia de la elección de un centro de arbitraje (que prevé la figura) en el convenio arbitral, pueden surgir eventualmente algunos escenarios un tanto complicados o interesantes. Por ejemplo, una parte presenta su solicitud de arbitraje de emergencia hoy, y al día siguiente, su contraparte hace lo propio ante un juez en el ámbito judicial. En esta situación podríamos plantearnos la pregunta de cual de los dos pronunciamientos cautelares tiene validez, interrogante interesante pero que no sería materia de análisis en esta investigación.



CAPÍTULO II: Extinción de las medidas cautelares

1. La provisoriedad de las medidas cautelares

A tenor de lo establecido en el artículo 612° del CPC, las medidas cautelares cuentan con tres características esenciales: la provisoriedad, la instrumentalidad y la variabilidad. Respecto a la provisoriedad, a grandes rasgos, dicha característica atiende al factor tiempo, es decir, que las medidas cautelares dictadas se encuentran sujetas a un plazo de duración determinado, el cual culmina con determinados supuestos que pueden producirse en el marco del proceso principal, siendo el más común aquel referido a la emisión de la sentencia firme en el ámbito judicial o del laudo arbitral.

Antes de ahondar sobre el carácter provisorio de las medidas cautelares, es necesario recordar que estas, independientemente de haber sido solicitadas y concedidas dentro o fuera del proceso, sirven al proceso principal, en la medida que su rol central radica en asegurar la eficacia de la sentencia o laudo a emitirse en dicho proceso. En ese orden de ideas, es claro que el proceso cautelar no existe sin el proceso principal, lo cual atiende al carácter instrumental de las medidas cautelares, asunto que ha sido abordado ya en el capítulo I de esta tesis.

En línea con lo precedentemente expuesto, y habiendo precisado que el carácter provisional de las medidas cautelares se basa en el factor tiempo, cabe traer a colación lo desarrollado por la profesora Ledesma Narváez en torno a la provisoriedad de las medidas cautelares:

3. Otra de las características de la medida cautelar es ser provisorio, decimos ello porque tiene una duración limitada con el tiempo a diferencia del proceso y porque está relacionada con el fallo definitivo. Emitida la sentencia desaparece automáticamente la medida cautelar y por tanto se cancela la contracautela si se ampara la demanda dando inicio a la ejecución forzada (véase al respecto lo regulado en el artículo 620 del CPC). Si la sentencia es infundada, por rechazar la pretensión, desaparece la medida cautelar, dando paso a examinar la probabilidad de ejecutar la contracautela.

Lo provisorio de la medida justifica que esta desaparezca sea por sentencia o sin ella. En este último caso, la medida se altera porque concurren pruebas que convencen que la apariencia del derecho ha desaparecido. El fin de esta característica es eliminar el peligro en la demora, como uno de los elementos de la medida cautelar, superado ello, la medida cautelar puede levantarse o desaparecer (Ledesma 2008:44-47)

Tomando en consideración lo desarrollado por la precitada autora, se puede observar cómo esta hace hincapié en la utilidad de la medida cautelar, indicando que, en algún punto del proceso principal, la medida cautelar concedida ya no resultará útil, al haberse agotado su rol central, es decir, asegurar la eficacia de la sentencia a emitirse en el proceso principal. En efecto, al emitirse un fallo definitivo a favor de la persona a la cual se le concedió la medida cautelar, y que no se presenten o hayan presentado obstáculos para la materialización del referido fallo, ya no será necesario mantener vigente la medida cautelar concedida, dado que ya no existe nada que esta pueda garantizar. Por tanto, lo que tendrá que ocurrir una vez que el fallo haya quedado firme es que la medida cautelar —de ser posible— cumpla con la finalidad para la cual fue concedida, por ejemplo, el caso de los embargos en forma de retención o inscripción, en donde se tendrá que endosar lo retenido o rematar lo embargado.

Es importante mencionar que aquel supuesto en donde se emita un fallo definitivo a favor de la persona a quien se concedió la medida cautelar no es el único que suponga su levantamiento o desaparición. Como bien señala la profesora Ledesma, puede darse el caso en donde, por determinadas razones, la apariencia del derecho invocado se vea disminuida o se refuerce, hasta el punto de que quizás no se pueda efectuar ni el más mínimo juicio de probabilidad o este se vuelva en un hecho casi cierto. Así pues, la vigencia de la medida concedida se vería afectada, o la que se concedió podría resultar ineficaz o insuficiente para resguardar la efectividad de la sentencia cuando la apariencia del derecho cambia pues esta es justamente uno de los requisitos para la concesión de medidas cautelares.

Precisamente por esa razón, el artículo 617° del CPC dispone que, en aquellos casos en los que el titular de la medida lo estime pertinente, se puede solicitar la variación de ésta modificando su forma, variando los bienes que serán afectados o sustituyendo los órganos de auxilio jurisdiccional. Es decir, la medida cautelar no reviste un carácter uniforme e inmutable en el tiempo, puesto que, dependiendo de las necesidades del titular de la medida es que esta tendrá que ajustarse al mecanismo más idóneo que permitirá hacer efectiva la pretensión una vez que esta haya sido declarada fundada a través de una sentencia firme o laudo arbitral.

Pues bien, en síntesis, el carácter provisional de las medidas cautelares radica en que estas no perduran en el tiempo, ya que estas sirven al proceso principal garantizando la eficacia de la sentencia o laudo a emitirse, por lo que la conclusión del proceso principal con la emisión de la respectiva sentencia, laudo, o la concurrencia de situaciones que disminuyan la apariencia del derecho invocado supone el levantamiento o cancelación de las medidas cautelares concedidas.

Cabe acotar que la provisionalidad de las medidas cautelares encuentra su mayor fundamentación en la utilidad de estas, debiendo analizar a partir de qué situación pierden dicha utilidad y dejan de ser necesarias para efectos de garantizar la eficacia de la sentencia o laudo a emitirse en el proceso principal.

Por último, es menester indicar que el carácter provisional de las medidas cautelares guarda estricta correlación con su carácter instrumental, en la medida que, mientras se encuentre en trámite el proceso principal, al cual sirve el cautelar y que, por ende, exista una eventual sentencia o laudo cuya eficacia deba ser garantizada, seguirá siendo sumamente útil conceder medidas cautelares y mantenerlas en vigencia.

2. La extinción de las medidas cautelares en el CPC

Como bien se desarrollará en este punto, atendiendo al carácter provisional de las medidas cautelares, nuestra normativa procesal civil se ha enfocado en

establecer de forma meridianamente clara todos aquellos supuestos que suponen la pérdida de la vigencia de las medidas cautelares concedidas, es decir, su extinción, siendo el más habitual aquel en donde el proceso principal culmina con la emisión de una sentencia a favor de la persona a quien se concedió una medida cautelar.

2.1. Las distintas causales y formas de extinción

A fin de abordar este punto, se ha dividido la extinción de las medidas cautelares desde la perspectiva del proceso principal al que le sirve como instrumento y desde la perspectiva del transcurso del tiempo.

2.1.1. Supuestos vinculados al resultado del proceso principal

Tal como se indicó en la sección referida al carácter provisional de las medidas cautelares, estas se extinguen automáticamente cuando se emite la sentencia definitiva en el proceso principal e, incluso, cuando no sea emitido dicho fallo final, situación referida a las sentencias de primera instancia en el marco del proceso principal.

Habiendo efectuado dicha precisión, en el presente punto se pasará a abordar aquellos supuestos que suponen la extinción de la medida cautelar. Sobre ello, cabe partir de lo indicado en el artículo 630° del CPC, el cual contempla el escenario en el que la sentencia de primera instancia no ha amparado las pretensiones planteadas, declarando infundada la demanda. En este escenario, la medida cautelar queda sin efecto y se cancela, aunque se haya impugnado la sentencia de primera instancia y se encuentre pendiente de resolución en segunda instancia. Cabe mencionar que esta regla no es absoluta porque admite la posibilidad de que, en caso el beneficiado con la medida solicite la vigencia y ofrezca una contracautela de naturaleza real o fianza solidaria el juez, excepcionalmente, admita que la cautelar no se extinga y perdure hasta que la sentencia de primera instancia quede firme.

Como se aprecia, el artículo 630° del CPC regula el supuesto más común de extinción de medidas cautelares, referido a la emisión de una sentencia de primera instancia en el proceso principal. Dicho supuesto se refiere a la emisión de una sentencia desfavorable para quien se le concedió la medida cautelar, en donde, dado que, no es de su interés hacer eficaz una sentencia emitida en su contra, carece de todo sentido mantener la vigencia de la medida cautelar concedida inicialmente.

Por otro lado, respecto a la situación en donde en el proceso principal se emita una sentencia favorable para quien se le concedió inicialmente una medida cautelar, es posible que la contraparte se muestre renuente a acatar lo ordenado mediante dicha sentencia, lo cual justificaría mantener la vigencia de la medida cautelar a pesar de ya contar con un pronunciamiento definitivo en el proceso principal. Sobre este punto, el profesor Enrique Palacios Pareja señala con total claridad lo siguiente:

De acuerdo a lo expuesto, una medida cautelar se podrá extinguir entonces, en los siguientes supuestos: a) que deje de concurrir uno de los requisitos que justificó su concesión. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando se dicta una sentencia desestimatoria, ya que, aún cuando la misma sea apelada es evidente que la verosimilitud del derecho ha dejado de existir; y, b) que se dicte una sentencia estimatoria, donde podemos distinguir dos escenarios: (i) que la sentencia sea declarativa en cuyo caso el demandante ve satisfecho su derecho con el solo dictado de la misma y, (ii) que la sentencia sea de condena y por lo tanto requiera ejecución, caso en el que la medida cautelar se transformará en una medida ejecutiva (Palacios 2004:27)

En atención a lo indicado por el precitado autor, es necesario hacer las siguientes dos precisiones: en primer lugar, el supuesto por excelencia en donde dejan de concurrir los requisitos para la concesión de la medida cautelar, específicamente la verosimilitud en el derecho invocado, es aquel en donde se emite una sentencia desfavorable para quien se le concedió la medida cautelar inicialmente.

En segundo lugar, resulta interesante mencionar que, habiéndose emitido una sentencia favorable para quien se concedió la medida cautelar, puedan darse situaciones como aquella referida a la declaración de un derecho, donde ya no hace falta mantener la medida cautelar y un segundo supuesto en el que la sentencia es de condena, situación en la cual, la medida cautelar dejará de ser provisoria y pasará a ser definitiva a través de la ejecución forzada. Por tal motivo, no le falta razón al citado autor cuando señala que, si bien es cierto que con la sola emisión de la sentencia podría considerarse que carece de necesidad mantener la vigencia de la medida cautelar porque ya se habría alcanzado la finalidad por la cual fue concedida, ello entra en debate en el supuesto en donde lo ordenado en la sentencia es de naturaleza condenatoria, requiriéndose su posterior ejecución.

En efecto, en el supuesto referido en el párrafo anterior, en el caso de las sentencias de condena, puede ser que estas no se materialicen con su sola emisión, en la medida que la parte vencida podría mostrarse renuente a acatar lo ordenado en dicha resolución. En ese escenario, por más que el proceso principal haya culminado con una sentencia favorable, sí cabe mantener la vigencia de la medida cautelar concedida ante la falta de cumplimiento de la parte vencida.

En atención a todo lo expuesto hasta el momento, se puede indicar que, la extinción de las medidas cautelares vinculada con el resultado del proceso, ocurre con la culminación del proceso principal sea con sentencia estimatoria o desestimatoria para quien se vio favorecido con la concesión de la medida.

2.1.1. Supuestos vinculados al paso del tiempo

En efecto, en el punto anterior hemos descrito el caso en el que la medida cautelar se extingue por la conclusión del proceso principal, sea porque se desestiman las pretensiones o porque estas son amparadas, en tanto que, en esta sección veremos aquellos casos en los que la medida cautelar se extingue en función del decurso del tiempo.

Pues bien, respecto a la extinción de las medidas cautelares por el paso del tiempo, el artículo 625° del CPC, señala expresamente lo siguiente:

“En los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, la medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, podrá el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica una inscripción registral.”

Sobre el artículo glosado, se puede advertir su peculiar redacción, puesto que, indica como primer supuesto que la medida cautelar se extingue, mas no caduca, de pleno derecho a los cinco años de haberse ejecutado. No obstante, si el proceso principal no hubiera concluido, se puede reactualizar la medida cautelar para evitar su extinción. Sobre el plazo para la extinción de las medidas cautelares establecido en el artículo 625° del CPC, la profesora Ledesma Narváez hace la siguiente aclaración:

La norma consagra la caducidad de la medida cautelar en los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, a diferencia de su redacción originaria, que hacía extensivos los efectos de la caducidad a los procesos tramitados bajo el actual Código Procesal. La caducidad implica una facultad de duración limitada. Es un derecho dirigido a modificar una situación (retener, secuestrar, intervenir un patrimonio). Nace con un plazo de vida y pasado este se extingue. Para aplicar la caducidad se parte de los siguientes supuestos: que se ejecute la medida cautelar y el proceso principal no concluya. Apréciase que se trata de una caducidad y no de una preclusión. La caducidad se refiere a la facultad de accionar dentro de cierto tiempo, caso contrario, se pierde la oportunidad para hacerlo. En la preclusión, la realización de determinado acto agota una actividad para dar paso a otra (Ledesma 2008:103).

Sin perjuicio de que, tal y como se explicará en el siguiente punto, el artículo 625° del CPC no regula un plazo de caducidad atendiendo a la definición precisa de este concepto, sino que se refiere a la mera extinción de la medida cautelar,

consideramos que sí es importante tener presente desde cuándo se inicia el cómputo del plazo para la extinción establecido en el referido artículo, el cual corre desde la ejecución de la medida concedida y culmina con el término del proceso principal.

Otro supuesto de extinción de la medida cautelar vinculada al paso del tiempo es el que encontramos en el Artículo 636° del CPC que regula distintos supuestos en los que se extinguiría la medida cautelar presentada antes de la formalización de la demanda en el proceso principal en caso no se produzcan algunos de los hechos contemplados en el supuesto normativo:

- i) Si no se requiere conciliación previa: Una vez ejecutada la medida, la demanda tiene que ser presentada dentro de los diez días posteriores a dicho acto.
- ii) Si se requiere conciliación previa: Una vez ejecutada la medida, cinco días para iniciar el procedimiento conciliatorio. Una vez concluido este, recién se computa el plazo de diez días para formalizar la presentación de la demanda.

La norma en cuestión dispone que, si no se interpone la demanda en los plazos contemplados para cada situación, esta se rechaza una vez que ha sido presentada o no se concluye válidamente la conciliación extrajudicial la medida cautelar “caduca” de pleno derecho.

Es importante anotar sobre esta norma que, el legislador ha optado por implementar un mecanismo que complementa el carácter sorpresivo de la medida cautelar en nuestro país. En efecto, debido a que la tutela cautelar tiene por finalidad resguardar el cumplimiento eficaz de la sentencia, el legislador peruano ha optado por implementar un trámite que no solo es *inaudita altera pars*, sino también previo a la formalización de la demanda.

De esta manera, el legislador nacional ha optado por privilegiar el derecho del demandante o ejecutante por sobre el del demandado o ejecutado, teniendo en cuenta que, en muchos casos el efecto “sorpresa” que supone una cautelar *inaudita altera pars* no es suficiente para asegurar la eficacia de la sentencia, por

eso, el legislador ha previsto la posibilidad de que la medida cautelar sea planteada antes de que el proceso inicie de forma ordinaria, es decir, con la presentación de la demanda.

En ese orden de ideas, debemos advertir que el legislador ha establecido ordenadamente que una medida cautelar puede ser concedida antes de empezar el proceso, incluso si se tendría que recurrir a conciliación de forma previa, puesto que, en ciertos casos como los de deudores morosos, es la única manera de resguardar la posibilidad de que un acreedor haga efectiva su pretensión.

Por lo tanto, la solución legislativa permite que el beneficiado con la medida empiece el proceso con un paso delante de cara a la materialización del derecho que se vaya a declarar o ejecutar en el proceso principal. Evidentemente, la lógica de una regulación de esta naturaleza es que el control de los plazos siempre esté en manos del beneficiado con la medida. Por ende, sea que se requiera una conciliación previa o no, siempre el beneficiado con la medida tendrá la posibilidad de cumplir con los plazos porque, tanto el inicio del procedimiento conciliatorio como el de la formalización de la demanda luego de la conciliación e, incluso cuando este trámite no sea necesario, siempre será única y exclusiva responsabilidad del que requiere tutela cautelar.

En ese orden de ideas, resulta lógico pensar que, si bien no hay una razón específica para los plazos que dispone el artículo 636° del TUO del CPC, es de suma relevancia tener en cuenta que el control para el cumplimiento de estas condiciones es solo del beneficiado.

No obstante, ¿qué sucede si por negligencia el beneficiado con la medida no cumple con efectuar los trámites que exige la norma en los plazos concedidos? Lo que indica la normativa en cuestión es que la medida cautelar “caduca de pleno derecho”. ¿Eso realmente es así?

En la siguiente sección desarrollaremos algunas ideas sobre las formas de extinción como categoría general y la caducidad como una especie dentro de esta categoría, la cual, no necesariamente se ajusta a lo que realmente sucede cuando una medida se extingue por el transcurso del tiempo.

2.2. Reformulación de las categorías

Al abordar el tema respecto a la extinción de las medidas cautelares, a menudo surge la interrogante respecto a si ello supone que tales medidas estén sujetas o no a un plazo de caducidad. Tal y como se desarrollará a continuación, nuestra normativa procesal civil, verdaderamente, no establece plazo de caducidad alguno respecto a la extinción de las medidas cautelares, lo cual implica que, si bien es cierto que las medidas cautelares se encuentran sujetas a distintos supuestos que ameritan su extinción, ello no supone que los justiciables se vean impedidos de hacer valer nuevamente su derecho a una tutela cautelar en caso se demuestre la concurrencia de los presupuestos para su concesión y ejecución.

Para comprender esta idea, consideramos oportuno iniciar indicando que, sobre la figura de la caducidad, esta se encuentra regulada en el artículo 2003° del Código Civil bajo los siguientes términos: *“La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”*. Sobre el particular, la profesora Eugenia Ariano Deho es enfática al señalar lo siguiente:

Ahora bien, lo primero que emerge de la regulación del libro VIII del Código Civil es que tanto la prescripción como la caducidad están concebidas como fenómenos extintivos: La primera de “la acción, pero no del derecho mismo” – artículo 1989-; mientras que la segunda del “derecho y la acción correspondiente” -artículo 2003. Efecto extintivo en ambos casos, pues. Un efecto que parecería provocado por la “inacción” de quien debió “actuar” en un determinado tiempo y que, sin embargo, no lo hizo (Ariano 2014:330)

Sobre la caducidad, en la Casación N°3515-2017 La Libertad, se estableció con total claridad lo siguiente:

[...] En lo que respecta a la caducidad, la misma es definida como el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares [...].

En la misma línea, en la Casación N°3475-2014 Lima Norte, se estableció lo expuesto a continuación: “[...] *La caducidad en el Derecho es la figura jurídica por la cual si el sujeto no ejerce la acción dentro de un lapso perentorio señalado por la ley, pierde el derecho a entablar la acción correspondiente [...]*”.

En ese orden de ideas, la caducidad opera bajo un plazo de carácter perentorio, que, de no ejercitar la acción dentro de dicho plazo, supone también la extinción del derecho que precede a dicha acción. En efecto, como es de pleno conocimiento, no puede existir una acción sin un derecho que justifique su ejercicio. En ese sentido, para evitar que opere la caducidad del derecho, el interesado debe ejercitar la acción dentro del plazo previsto por ley.

Aunado a ello, es estrictamente necesario aclarar que, a diferencia de la prescripción, la cual supone la extinción de la acción mas no del derecho, para que la caducidad opere de pleno derecho basta con que la acción no sea ejercitada dentro del plazo establecido por ley, resultando indiferente la voluntad de quien se ve favorecido por el transcurso de dicho plazo.

Pues bien, habiendo realizado una primera aproximación hacia la figura de la caducidad, es menester señalar que, si se considera que, bajo nuestra normativa procesal civil, las medidas cautelares se encontrarían sujetas a un plazo de caducidad, caducada la medida cautelar concedida, ya no cabría la posibilidad de solicitar otra, porque se entendería que habría algún derecho que ha dejado de formar parte de la esfera jurídica de algún sujeto de derecho. En otras palabras, si se habla de un “derecho a solicitar una medida cautelar”, entonces no podríamos aceptar que la no presentación de la solicitud de conciliación o la formalización de la demanda en un determinado lapso supone la extinción de un derecho porque ello supondría, no solo que no pueda volver a pedir la medida cautelar, sino que tampoco pueda requerir el derecho verosímil que se pretende hacer efectivo en el proceso principal del proceso.

Ello, bajo nuestro modo de entender el tema, carece de sentido, en la medida que dicho supuesto plazo de caducidad afectaría únicamente a la medida concedida, siendo plenamente posible solicitar una nueva medida cautelar, sea

esta antes del proceso o con posterioridad a la presentación de la demanda, porque lo único que hace falta para ello es que el solicitante acredite la concurrencia de un derecho verosímil, peligro en la demora de la concesión de la medida por los daños irreparables que ello podría causar y la razonabilidad para la concesión.

En ese sentido, si nos enfocamos en lo regulado en el artículo 636° del CPC que incorpora textualmente el término caducidad, consideramos que ello no se ajusta a lo que técnicamente se entiende por caducidad, puesto que, su extinción por no haber cumplido los plazos de ley no supone que, con posterioridad pueda presentar un nuevo requerimiento de tutela cautelar, máxime si consideramos que no se han dado siquiera los supuestos comunes de extinción de las medidas cautelares, es decir la culminación del proceso principal con la emisión de una sentencia o la inconcurrencia de los requisitos bajo los cuales se concedió la medida cautelar.

Bajo la regulación actual, la caducidad operaría bajo dos escenarios. El primero aquel supuesto en el que la demanda no se interpone dentro de los diez días posteriores a la ejecución de esta y el segundo cuando, luego de presentada la demanda, ella es rechazada liminarmente. Como se aprecia, nuestra normativa procesal civil ha establecido un plazo de presunta caducidad para el caso de las medidas cautelares fuera del proceso en caso de incumplimiento de los plazos ahí establecidos. Sobre ello, la profesora Ledesma Narváez explica lo siguiente:

La medida cautelar está sujeta a caducidad. Ello implica cese del derecho a ejercitar una acción por haber transcurrido el plazo legal para hacerlo. Véase que la norma hace referencia a la caducidad y no a la preclusión. La caducidad implica que ciertos actos o facultades que no se ejercen dentro de cierto tiempo se pierde; en cambio en la preclusión es el efecto que sigue por haber realizado determinado acto, esto es, con su realización se agota una actividad para dar paso a otra (Ledesma 2008: 141)

En atención a lo desarrollado por la precitada autora, nótese que la caducidad a la que se refiere el artículo 636° del CPC alcanza únicamente a la medida

cautelar fuera del proceso que efectivamente ya ha sido solicitada, lo cual no implica que, de operar dicha caducidad, los justiciables ya no tengan el derecho de presentar otra solicitud cautelar fuera del proceso vinculada al mismo proceso principal. ¿Realmente la medida cautelar caduca cuando no se cumple con formalizar la demanda en el plazo de ley? Consideramos que no.

En efecto, si bien en el campo jurídico distintos hechos pueden acarrear la extinción de una situación jurídica subjetiva, entre ellas un derecho o un deber jurídico; propiamente la medida cautelar no caduca, puesto que, el derecho que permite requerir tutela cautelar no se ha extinguido, sino únicamente, el mandato cautelar dejó de surtir efectos y se debe levantar porque el transcurrir del tiempo y el no cumplimiento de las formalidades de ley han generado que esta no se mantenga vigente. No obstante, eso no supone que el justiciable haya perdido la posibilidad de volver a requerir tutela cautelar para asegurar la misma pretensión que inicialmente quedó fuera de tutela por el incumplimiento de los requisitos de ley.

Para los casos que se han analizado hasta el momento, el tiempo se convierte en un elemento de suma importancia para la vigencia de la medida cautelar. El incumplimiento de ciertos actos procesales en el plazo establecido genera el levantamiento de la medida cautelar, es decir, su ineficacia, pero en ninguna circunstancia la pérdida del derecho, como sí ocurre si estuviéramos ante una real caducidad. En otras palabras, cuando transcurre el tiempo exigido por ley lo que ocurre es que la medida cautelar válidamente dictada pierde su vigencia y cesan sus efectos.

En este punto es importante anotar que la caducidad es un fenómeno jurídico ligado al tiempo al igual que la prescripción. No es objeto de esta tesis ahondar en las semejanzas o diferencias de ambas figuras, sin embargo, consideramos oportuno el momento para mencionar su distinción.

Partimos de la premisa de que, tanto prescripción como caducidad son figuras que castigan la inercia del titular del derecho. Por eso, quien no ejerce su derecho, lo pierde o no puede reclamarlo en algún fuero jurisdiccional. Por tanto,

la falta de ejercicio de un derecho crea una expectativa en quien se beneficia con la inercia y le hace creer que en algún momento pasará a ser titular. Como bien apunta el profesor Rómulo Morales:

El equilibrio entre los dos intereses –del titular inerte y de la otra parte- es una cuestión que se resuelve según un criterio de utilidad general. La elección de los casos y de los tiempos de prescripción es uno de los roles fundamentales de un ordenamiento jurídico, al formar parte del llamado “orden público”. En efecto las normas sobre prescripción son inderogables por los privados, que no pueden excluir ni agregar, casos de prescripción y ni siquiera modificar los plazos. Así, el derecho de prescribir es irrenunciable (artículo 1990 del CC) (2010:77).

Así las cosas, la figura de la prescripción consiste en la imposibilidad de ejercer un derecho cuando este ha quedado inerte durante un determinado periodo de tiempo. Precisamente, la falta de actividad del titular genera una situación de incertidumbre y al mismo tiempo de expectativa para la parte que “de facto” viene ejerciendo la situación jurídica subjetiva. La idea es que la circulación de la riqueza no cese y que las posibilidades de ejercitar o explotar un derecho no se mantengan inertes en quien no tiene interés en aprovechar esta condición. El sistema jurídico protege a quien le saca provecho a la titularidad y genera riqueza para el bienestar común de la sociedad.

Por su parte, la caducidad es un instituto muy parecido a la prescripción en cuanto a sus efectos producto de la inercia del titular durante una cantidad determinada de tiempo. No obstante, la caducidad presenta marcadas particularidades que vuelven a esta figura una de consecuencia fatal e irremediable porque supone, no solo la pérdida de la posibilidad de accionar, sino también el propio contenido de la acción, esto es, el derecho que se pretende reclamar.

En la medida que los plazos de caducidad solo se fijan por ley, lo que busca el sistema con la implementación de una figura de esta naturaleza es fomentar el ejercicio del derecho, puesto que, su inercia puede resultar lesiva para los intereses de la sociedad. Sobre este punto, el profesor Morales explica lo

siguiente: “Solamente el ejercicio del derecho evita la caducidad. Cuando la caducidad es establecida por la ley, se distingue según ella se refiera a derechos indisponibles o derechos disponibles. No se tiene en cuenta ninguna causa de impedimento. El plazo de caducidad es inexorable” (2010: 80).

En ese orden de ideas, tanto la prescripción como la caducidad suponen una forma de extinción ligada al paso del tiempo que trae como consecuencia la extinción de la acción y el derecho, respectivamente, porque el titular no ejerció su derecho por un tiempo prolongado superando el máximo establecido normativamente.

Con base a lo anteriormente expuesto, el plazo establecido en el artículo 636° del CPC no es realmente uno de caducidad. Si bien se trata de la extinción de la medida cautelar por el paso del tiempo porque se incumple con una formalidad temporal, ello no supone la pérdida de algún derecho de forma definitiva como para concebir la idea de que nos encontramos frente a un plazo de caducidad. Esto se debe al hecho de que, en caso la medida cautelar deje de surtir efectos, nada impide al justiciable volver a requerir este tipo de tutela vinculando sus argumentos a la misma pretensión que anteriormente fue objeto de una medida cautelar que fue levantada por no haber formalizado la demanda en el tiempo pertinente. Por tanto, no nos encontramos frente a la figura de la caducidad en sí, sino frente a un supuesto de extinción y/o de levantamiento de medidas cautelares únicamente.

Habiendo efectuado dicha aclaración, tal y como se expondrá en el siguiente punto, veremos que, en torno a su extinción, las medidas cautelares concedidas en el marco de procesos arbitrales tampoco se encuentran sujetas a un plazo de caducidad, pese a que la norma aplicable así lo declara.

3. La extinción de las medidas cautelares en el arbitraje

Luego de haber analizado las formas de extinción de la medida cautelar en el ámbito judicial, nos corresponde abordar los supuestos de extinción ligados al desarrollo de un arbitraje.

Para tal efecto, analizaremos la normativa vinculada a la concesión de una medida cautelar en el campo arbitral.

3.1. Las distintas causales y formas de extinción de las medidas cautelares en el arbitraje

En ese sentido, podemos advertir que en la actual regulación de la LA, artículo 47°, se presentan los siguientes supuestos de extinción:

- i) Si no se ha iniciado el arbitraje con la presentación de la solicitud arbitral a los diez días de haberse producido la ejecución de la medida cautelar (inciso 4, del artículo 47° del Decreto Legislativo 1071).
- ii) Si se presentó la solicitud arbitral en el plazo mencionado anteriormente, pero no se logró la constitución del Tribunal Arbitral en el plazo de noventa días de haberse producido la ejecución de la medida cautelar (inciso 4, del artículo 47° del Decreto Legislativo 1071).
- iii) Por decisión del Tribunal Arbitral (inciso 6, del artículo 47° del Decreto Legislativo 1071).

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, en dos de los tres supuestos descritos anteriormente, se describen escenarios en los que el tiempo es determinante para la existencia de la medida cautelar concedida.

En los supuestos i) y ii), el tiempo es determinante para la existencia de la medida cautelar, puesto que, en caso no se cumpla con desarrollar las acciones que ordena la norma en el plazo establecido, parecería que la medida cautelar “caducaría” de pleno derecho, tomando como referencia el lenguaje descrito en la propia norma arbitral.

No obstante, a partir de una revisión más acuciosa podremos advertir que, en el supuesto i) la existencia de la medida cautelar dependerá de la propia acción o

inercia del beneficiado con la medida cautelar, puesto que, la presentación o no de la solicitud arbitral depende única y exclusivamente de la parte que solicitó tutela cautelar.

Esta situación no es similar al caso ii), toda vez que, en este segundo supuesto, la existencia de la medida cautelar no depende propiamente de la acción o inercia del solicitante o de cuan diligente o negligente ha sido, puesto que, la constitución del tribunal arbitral es un hecho que no depende exclusivamente del beneficiado.

En efecto, como se detallará en el capítulo III de la presente investigación, entre la solicitud arbitral y la constitución del tribunal arbitral se pueden generar un sinnúmero de situaciones que podrían dilatar el trámite, generando que, por el transcurso del tiempo y por causa no imputable al beneficiado con la cautelar esta termine por extinguirse, lo cual a primera vista resulta totalmente injusto. Es sobre este asunto por el cual esta tesis ha sido iniciada, ya que consideramos que la extinción de una medida cautelar es sumamente grave dado el impacto que tiene en la efectividad del laudo a emitirse. En ese sentido, la extinción por falta de constitución del tribunal será materia de análisis en líneas posteriores a efectos de demostrar que esta regulación debe ser modificada.

El tercer supuesto está relacionado con la decisión del tribunal arbitral de mantener o declarar la extinción de la medida cautelar. En este caso, hemos identificado dos escenarios en los que podría ocurrir algo así: a) cuando el tribunal arbitral decide levantar la medida cautelar ya sea al expedir el laudo arbitral rechazando las pretensiones de la parte que se benefició con la medida, o ya sea concediendo las pretensiones del favorecido con la medida cautelar y b) cuando el tribunal decide levantar la medida cautelar antes de emitir el laudo ya sea porque se pidió su levantamiento acreditando la afectación de los requisitos para su concesión o cuando el tribunal dispone el archivo del caso por falta de pago u otros supuestos de archivo como la transacción, conciliación, falta de presentación de la demanda, etc.

En el primer supuesto no encontramos mayor inconveniente, puesto que, si las pretensiones planteadas por quien se benefició con la medida cautelar no han sido amparadas, no existe razón que permita su existencia, teniendo en cuenta que esta es de carácter provisional e instrumental a una finalidad: la tutela efectiva del derecho sometido a debate en el proceso principal. Sobre este punto, es importante recordar que la finalidad de una medida cautelar, en palabras del profesor Giovanni Priori, es la siguiente:

“La consagración del instituto de las medidas cautelares tiene por finalidad garantizar que el tiempo que toma el proceso no termine por perjudicar al titular de la situación jurídica de ventaja que se ve en la necesidad de acudir al proceso para protegerla. Con ello, resulta claro que su consagración en un ordenamiento jurídico guarda estrecha relación con algunos valores constitucionales, entre los que se encuentran: (i) la dignidad humana; (ii) el Estado Constitucional; y, el respeto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” (2005, p. 175).

En ese orden de ideas, no cabe la menor duda de que, en un escenario en el que el arbitraje ha concluido desfavorablemente para el beneficiado de la medida cautelar, esta ha perdido la finalidad por la cual fue concedida inicialmente y, por ende, carece de sentido mantenerla con vida. Por tanto, es coherente que, si las pretensiones no son amparadas durante el arbitraje, el tribunal arbitral ordene el levantamiento de la medida cautelar, generando con este mandato su extinción.

Del mismo modo, en caso se declare fundadas las pretensiones del beneficiado con la medida, la medida cautelar emitida pierde vigencia por cuanto la eficacia de lo decidido se logrará a través del proceso de ejecución del laudo arbitral.

El segundo supuesto tiene que ver con el archivo del caso antes de la emisión del laudo. Un caso puede darse cuando el afectado con la medida solicite su levantamiento probando que la misma ya no resulta viable para proteger el derecho material acreditando por ejemplo la no existencia de verosimilitud en el derecho, de peligro en la demora, etc.

El archivo por falta de pago es una situación que, con particularidad, solo se produce en el arbitraje, teniendo en cuenta que en el proceso judicial rige el principio de gratuidad en el acceso a la función jurisdiccional. En efecto, dada la naturaleza híbrida del arbitraje, porque se origina como un contrato al constar en un convenio arbitral y al mismo tiempo estar dotado como fuero jurisdiccional constitucionalmente, la continuidad del arbitraje, una vez que esta ha iniciado, no solo depende del impulso de las partes para que el trámite siga su curso, sino también, del pago de los costos asociados al arbitraje en sí, sean estos los gastos arbitrales que demanda la institución arbitral que administra el caso o los honorarios de los profesionales que actúan como árbitros en el caso concreto.

Dado el carácter pecuniario del arbitraje por ser, al final del día, un servicio que brinda un ente privado (tanto la institución arbitral como el profesional que se desempeña como árbitro), si es que los contratantes del servicio no cumplen con efectuar el pago, pues, sencillamente se dispone la conclusión del trámite y el archivo del caso.

La situación concerniente a la falta de pagos en el arbitraje es un fenómeno bastante polémico por la injusticia que representa para una de las partes que pierda la posibilidad de acceder a tutela efectiva debido a una imposibilidad de pagar altas sumas de dinero para la obtención de un pronunciamiento que le permita mantener la ilusión de hacer efectiva una pretensión. Lamentablemente, en muchas ocasiones, los contratistas —de pequeña o mediana capacidad adquisitiva— sufren los embates de la dinámica pecuniaria arbitral porque no resisten el costo asociado a obtener justicia en la vía arbitral.

Si se presentasen situaciones como esta, los contratistas que se ven afectados por el no pago de los costos arbitrales corren el riesgo de que no puedan volver a iniciar un nuevo arbitraje porque probablemente los plazos de caducidad establecidos en la normativa de contratación estatal ya se habrán cumplido y se volvería imposible jurídicamente discutir un tema así.

Sin perjuicio de que esta situación permite una prolongada discusión teórica y práctica, para efectos de lo que buscamos con la presente investigación, nos

resulta suficiente mencionar que si se dispone el archivo del caso por un tema de falta de pagos, la medida cautelar concedida correría la misma suerte y tendría que extinguirse al haberse eliminado una de sus principales condiciones para su subsistencia, es decir, la instrumentalidad o accesoriedad. En efecto, sobre la instrumentalidad de la medida comenta Alberto Simons lo siguiente:

La instrumentalidad significa que una medida cautelar no tiene un fin en sí misma, sino que está intrínsecamente vinculada a la obtención de otros objetivos: la efectividad de una probable sentencia fundada y la necesidad de evitar que el demandante -cuando es probable que obtenga un resultado favorable- sufra daños durante el trámite del proceso. Por eso solo se justifica que una medida cautelar otorgada subsista cuando los tres presupuestos se mantengan presentes durante el proceso (2015:249).

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, si se produjese el archivo del caso por falta de pagos y hubiese una medida cautelar vigente, esta tendría que correr la misma suerte que la del arbitraje en el que se discute el tema de fondo, puesto que, no habría pretensiones cuyo cumplimiento se pueda resguardar.

El tema del archivo por falta de pagos es una práctica que ha sido incluida en los principales reglamentos de los Centros de Arbitraje del país, así por ejemplo tenemos los siguientes:

- ✓ Literal d) del artículo 83° del Reglamento 2024 del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP:

Falta de pago

Artículo 83°.-

[...]

d) Transcurrido el plazo de suspensión del arbitraje y de persistir la falta de pago, el Secretario General de Arbitraje **dispondrá el archivo de las actuaciones arbitrales** en caso aún no se haya producido la constitución del Tribunal Arbitral; caso contrario deberá disponerlo los árbitros, bajo responsabilidad.

- ✓ Numeral 5) del artículo 41° del Reglamento 2017 de la Cámara de Comercio de Lima:

Artículo 41

Provisión para gastos del arbitraje

[...]

5. Cuando no se haya satisfecho una solicitud de provisión para gastos del arbitraje en los plazos conferidos, la Secretaría General puede pedir al Tribunal Arbitral que suspenda sus actividades y fijar un plazo, que no puede ser inferior a quince días, para el cumplimiento de la obligación de pago a cargo de la parte interesada, o, si se trata de provisiones separadas, a cargo de la parte que no ha cumplido con el pago. Si vencido el nuevo plazo conferido no se verifica el pago, **se considera retirada la Solicitud de Arbitraje o demanda, o la Solicitud Adicional o reconvencción**. Dicho retiro no priva a la parte interesada de derecho a presentar posteriormente la misma reclamación en otro arbitraje.

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, en aquellos casos en los que una de las partes cuenta con una medida cautelar durante el trámite del arbitraje, pero, debido a la falta de pagos, el arbitraje debe ser archivado, resulta evidente que la cautelar concedida perderá todos sus efectos porque no existe pronunciamiento de fondo por resguardar.

Es cierto que en ninguno de estos casos se indica de forma expresa que la medida cautelar se extingue por la disposición de archivo del arbitraje, sin embargo, bajo nuestra concepción ello no es necesario, puesto que el mandato de archivo supone la conclusión de todos los trámites asociados a la controversia, incluido, como es evidente, el cuaderno cautelar, sea que esta haya sido concedida por el propio tribunal arbitral que ordenó el archivo, por un árbitro de emergencia o por el órgano judicial de forma previa al inicio del arbitraje. Asimismo, es importante dejar constancia del hecho que, pese a la disposición de archivo del caso, ello no es óbice para que el titular del derecho vuelva a

accionar y, de considerarlo necesario, también requerir tutela cautelar porque propiamente, no ha operado la figura de la caducidad.

Por último, la medida cautelar también se extingue en caso el tribunal arbitral disponga levantarla como consecuencia de la homologación o presentación en el arbitraje de un acuerdo conciliatorio o transacción extrajudicial para culminar el proceso del cual la tutela cautelar es instrumental.

3.2. Revisión de la regulación de la extinción de las medidas cautelares antes del arbitraje en la legislación comparada

En el punto anterior hemos visto los casos en los que se extingue una medida cautelar judicial antes del inicio de un arbitraje al amparo de las reglas de la normativa nacional. En la presente sección, nos corresponde analizar si es que estos supuestos, sobre todo el de la extinción por falta de constitución del tribunal arbitral, también han sido contemplados en el derecho comparado.

Para lograr este objetivo, hemos recurrido a la comparación jurídica, puesto que, por medio de esta ciencia hemos logrado adentrarnos en aspectos claves del modelo objeto de comparación para comprender mejor nuestra realidad jurídica.

Es importante tener en cuenta que la comparación jurídica, inicialmente, tuvo como objetivo una comprensión global del mundo jurídico, sin embargo, con el desarrollo de esta rama se ha logrado entender que este objetivo es inalcanzable por la realidad de cada cultura y sus propios objetivos y necesidades. Por eso, la comparación jurídica no pretende alcanzar un conocimiento universal, sino investigar y lograr entender los distintos formantes jurídicos en el marco de los distintos sistemas jurídicos para conocer sus similitudes y diferencias; lo cual permitirá a su vez obtener un mejor conocimiento, tanto del modelo estudiado, así como del modelo que está siendo comparado (Gambaro 2008:2).

La comparación jurídica es de gran utilidad para comprender y mejorar el derecho patrio, principalmente, cuando el sistema a comparar es débil o emergente respecto del que se irá a comparar, puesto que, ello permitirá analizar si es conveniente o no realizar importaciones jurídicas para regular algún fenómeno que puede ser desconocido en una determinada cultura pero que pudo ya haber sido objeto de estudio en otro (Saavedra 2012:199).

En ese orden de ideas, lo que se pretende por medio de un análisis de este tipo es identificar aspectos comunes entre aquellos ordenamientos que cuenten con condiciones sociales y económicas similares porque así se podrá identificar qué camino enrumbar para mejorar o resolver un problema fáctico, elaborando modelos semejantes para problemas semejantes (Somma 2015:60). Cabe mencionar que esta noción de la comparación jurídica fue expuesta por Ajani cuando señala lo siguiente:

La función de la comparación jurídica, sin la cual esta no sería ciencia, es la adquisición de un mejor conocimiento del derecho, del mismo modo que, en general, la función de todas las ciencias comparatistas es la adquisición de un mejor conocimiento de los datos pertenecientes al área a la que se refieren. La ulterior búsqueda y promoción del mejor modelo legal o interpretativo son resultados de la comparación de gran importancia, pero su ausencia no le priva del carácter de ciencia (2010:21).

Así las cosas, lo que haremos será analizar las disposiciones normativas sobre medidas cautelares en la normativa arbitral de distintas legislaciones, tales como la colombiana, chilena, argentina, española e italiana.

✓ **Acerca de la legislación colombiana**

La legislación colombiana aplicable al caso de medidas cautelares en el fuero arbitral son las siguientes: i) Ley 1563 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, así como, ii) la Ley 1564 de 2012, la cual contiene el Código General del proceso y se dictan otras disposiciones.

De la revisión de la Ley 1563, se advierte que existe la primera sección establece las reglas para el arbitraje nacional y la tercera, para internacional. Respecto al arbitraje nacional, no existe regulación alguna que permita el poder recurrir a la justicia ordinaria antes del inicio del arbitraje para solicitar medidas cautelares. Por su parte, en la sección de arbitraje internacional, se advierten los artículos 71° y 90° que disponen que sí es posible requerir tutela cautelar ante la autoridad judicial antes de iniciar el trámite arbitral o en el curso de este, sin embargo, no establece plazo alguno para el inicio del arbitraje o constitución del tribunal arbitral como sucede en el derecho peruano. Veamos lo que regula dicha normativa:

Artículo 71. Acuerdo de arbitraje y decreto de medidas cautelares por una autoridad judicial. Cualquiera de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante el transcurso de las mismas, podrá solicitar de una autoridad judicial la adopción de medidas cautelares y esta podrá decretarlas, sin que por ello se entienda que ha renunciado al acuerdo de arbitraje.

Artículo 90. Medidas cautelares decretadas por la autoridad judicial. Con anterioridad a la iniciación del trámite arbitral o en el curso del mismo, e independientemente que el proceso se adelante en Colombia o en el exterior, cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decrete medidas cautelares. La autoridad judicial ejercerá dicha competencia de conformidad con su propia ley procesal y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

Sobre esta norma Aljure y Salazar comentan lo siguiente:

En Colombia existe un vacío normativo en lo referente a las medidas cautelares anticipadas, toda vez que la Ley 1563 del 2012 solo presenta el esquema para que se otorguen medidas cautelares una vez el tribunal arbitral ya se ha instalado, pero en caso de que no se haya instalado el tribunal, la ley no indica nada acerca de ello, por ende, se podría acudir

a figuras internacionales como el árbitro de emergencia, o a la figura residual de la autoridad judicial. (2017, p. 59).

En efecto, como en cualquier país que regula al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias, el legislador debe prever los supuestos en los cuales el órgano judicial debe acudir en apoyo de las decisiones arbitrales para dotarles de coerción. Esto se debe, al igual que lo que sucede en el Perú, al hecho de que solo la autoridad judicial es la que puede ejecutar una medida provisional como lo es una medida cautelar en aquellos casos en los que el tribunal arbitral no se ha constituido.

Como se puede advertir de la normativa de arbitraje nacional colombiana, no existe siquiera la posibilidad de solicitar una medida cautelar antes del inicio del arbitraje ni mucho menos que el beneficiado con la medida esté sometido a plazos prefijados para cumplir ciertos actos procesales.

✓ **Acerca de la legislación chilena**

Las medidas cautelares en Chile se encuentran reguladas en el Título V “DE LAS MEDIDAS CAUTELARES (medidas precautorias)”, del Código de Procedimiento Civil, Ley 1552.

Por su parte, lo que concierne al proceso arbitral se encuentra regulado en el Título VIII del Juicio Arbitral, entre los artículos 628° al 635°, dentro de los cuales rescatamos la regulación contemplada en el primero de ellos, que dispone a la letra lo siguiente:

Art. 628. (785). Los árbitros de derecho se someterán, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida.

De la revisión de la normativa sobre medidas cautelares se advierte que no existe algún supuesto que legitime el requerimiento de tutela cautelar de forma anticipada al inicio del proceso judicial o arbitral.

De igual forma, la regulación de la práctica arbitral en Chile también se encuentra en el Título IX DE LOS JUECES ÁRBITROS del Código Orgánico de Tribunales de Chile de los artículos 222 al 243.

Esta disposición es reveladora en cuanto a la función jurisdiccional que ejercen los árbitros en Chile, puesto que, de la forma en la que se ha regulado esta figura, un árbitro no requeriría de la cooperación judicial para ejecutar sus decisiones porque la propia normativa indica que tienen la posibilidad de hacerlo al tratarse de “árbitros jueces”. No obstante, el artículo 635°, inciso tercero, del Código de Procedimiento Civil Chileno dispone que: “cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte del compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto”.

Ahora bien, de una revisión exhaustiva de la normativa aplicable al caso, advertimos que tampoco se ha regulado algún plazo “de caducidad” una vez concedida la medida cautelar antes del inicio formal del proceso ordinario. Esta norma sigue la misma lógica que la normativa colombiana y difiere de la peruana porque no establece plazos “de caducidad” para formalizar una demanda en caso la medida cautelar haya sido concedida con anterioridad al inicio del proceso.

✓ **Acerca de la legislación argentina**

En la legislación argentina, hemos advertido que la norma base sobre la materia que venimos estudiando es la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, Ley 27449, la cual contempla los aspectos vinculados a la institución arbitral. Así, en el Título II de dicha norma se establece un apartado en el que se desarrollan normas sobre el acuerdo de arbitraje y la adopción de medidas cautelares por el

tribunal arbitral. Por ejemplo, el artículo 21 de la referida norma dispone a la letra lo siguiente:

Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el Tribunal
Art. 21.- No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas.

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, la normativa argentina prevé la posibilidad de que con anterioridad a las actuaciones arbitrales se requiera a un tribunal la adopción de medidas cautelares, sin embargo, no se evidencia de qué manera se haría posible ello, teniendo en cuenta que, si fuese con anterioridad, podría ser que el Tribunal Arbitral no esté constituido.

Frente a esta problemática, una lectura orgánica de la normativa procesal argentina podría explicar mejor la idea de la concesión de una medida cautelar fuera del arbitraje de forma previa a la constitución del Tribunal Arbitral. Para ello, revisemos el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina. En efecto, en este texto normativo, encontramos el artículo 195°, el cual hace referencia a la oportunidad y el presupuesto para requerir una medida cautelar, contemplando la posibilidad de que esta se solicite antes o después de presentada la demanda.

Ahora, teniendo en cuenta que sí es posible requerir la medida cautelar de forma previa al arbitraje o al proceso judicial en Argentina, es importante conocer qué pasa cuando esta es concedida y cuál es el trámite que se debe seguir. Para ello, nos remitimos al artículo 207° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina que regula de forma expresa una llamada “caducidad”, en los siguientes términos:

CADUCIDAD

Art. 207. - Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba, si

tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda o no se iniciare el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, según el caso, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Cuando se hubiera iniciado el procedimiento de la mediación, el plazo se reiniciará una vez vencidos los veinte (20) días de la fecha en que el mediador expida el acta con su firma certificada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno o que la mediación no pudo efectuarse por algunas de las causales autorizadas. [...].

Por su forma, este artículo es muy similar al que establece nuestro artículo 636° del CPC, puesto que, establece un procedimiento para obtener tutela cautelar de forma previa a la formalización de la demanda e, incluso, hace referencia a los casos en los que se requiere “mediación previa” (en nuestro caso sería la conciliación), indicando que, en caso no se cumplan los plazos, la medida cautelar caducaría de pleno derecho.

En la sección anterior ya hemos expuesto las razones por las que consideramos que no nos encontramos ante un plazo de caducidad desde una perspectiva técnica legal, con lo cual, nos remitimos a lo señalado en el punto 2.2 del capítulo II del presente trabajo.

Ahora bien, en la medida que en la norma arbitral argentina no hay una referencia específica a las medidas cautelares fuera de proceso arbitral y el plazo para constituir el tribunal arbitral, como lo hace nuestro inciso 4, del artículo 47° del Decreto Legislativo 1071, estimamos que vía interpretación analógica, tendría que aplicarse el mismo criterio del ámbito judicial para los casos en los que se requiera auxilio judicial en un arbitraje y no se ha constituido propiamente el tribunal arbitral encargado de resolver la controversia.

✓ **Acerca de la legislación española**

La norma que regulaba los arbitrajes en España era la Ley 36/1988 del 5 de diciembre. Dicha norma no preveía la posibilidad de requerir medidas cautelares

durante el arbitraje, sino que, hacía referencia a ello recién al momento en el que el laudo era objeto de ejecución. Así lo regulaba el artículo 50° de la referida norma cuando disponía lo siguiente:

Artículo 50.

1. Recurrido el laudo, la parte a quien interese podrá solicitar del Juez de Primera Instancia que fuere competente para la ejecución las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél una vez que alcanzare firmeza.
2. El Juez podrá señalar los afianzamientos que considere oportunos en el auto que dicte autorizando la adopción de las medidas, que no será susceptible de recurso.
3. La petición se formulará por escrito, acompañando copia del laudo y el Juez resolverá en el plazo de tres días, previa comparecencia de las partes.
4. Las medidas cautelares se mantendrán hasta la resolución del recurso de anulación.

Lo señalado anteriormente se corrobora con la disposición normativa que indica que el auxilio judicial se limita a la actuación de pruebas. En efecto, en este cuerpo normativo el apoyo judicial se restringe al tema probatorio, mas no a la posibilidad de requerir tutela cautelar. Veamos lo que dispone el artículo 27° bajo comentario:

Artículo 27.

Los árbitros podrán solicitar el auxilio del Juez de Primera Instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje, en la forma prevenida en el artículo 43, para practicar las pruebas que no puedan efectuar por sí mismos.

En ese orden de ideas, advertimos que en esa etapa evolutiva de la legislación española que regulaba la materia específica sobre arbitraje no existía la posibilidad de que un órgano jurisdiccional judicial conceda una medida cautelar de forma previa a la constitución del tribunal arbitral a cargo de resolver una controversia, por tanto, tampoco existía controversia respecto de algún plazo de

caducidad para formalizar la demanda arbitral o la constitución del tribunal porque simplemente esta norma no ha recogido un supuesto de esta naturaleza.

No obstante, se debe tener en cuenta que esta legislación es de larga data (1988) y que, por tanto, no estaba muy difundido en el medio jurídico la importancia y el desenvolvimiento práctico de la resolución de conflictos vía arbitraje. Por esa razón, se puede entender que para el momento en el que se expidió esta legislación los problemas que requerían del fuero arbitral no justificaban, tal vez, una regulación que prevea el otorgamiento de medidas cautelares de forma previa al arbitraje.

Justamente, a raíz de esta situación, se expidió la Ley 60/2003 del 23 de diciembre sobre arbitraje, en la que se dispuso textualmente la posibilidad de que los árbitros emitan medidas cautelares:

- Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares. 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.
2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.

Adicionalmente, esta norma ha previsto la posibilidad de que se recurra al auxilio judicial para requerir el otorgamiento de medidas cautelares, incluso de forma previa a la constitución del tribunal arbitral:

Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje

[...]

3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de

conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[...]

Artículo 11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal

[...]

3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.

Si bien es cierto esta norma arbitral ha superado las deficiencias que se encontraban en la normativa primigenia, también es cierto que, no existe un procedimiento específico para el trámite de las medidas cautelares que han sido concedidas con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral.

No obstante, se ha podido advertir la existencia de los artículos 730° y 731° de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, Ley 1/2000 del 8 de enero de 2001, que indican lo siguiente:

Artículo 730. Momentos para solicitar las medidas cautelares

[...]

1. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El Letrado de la Administración de Justicia, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

2. El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada

por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. [...]

Artículo 731. Accesoriedad de las medidas cautelares. Ejecución provisional y medidas cautelares.

1. No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas.

Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida.[...]

De lo anterior, puede concluirse que, si trata de una medida cautelar judicial, el beneficiado con la medida tiene un plazo de 20 días para presentar su demanda sino esta medida quedará sin efecto. Sin embargo, precisa que, si se trata de una medida cautelar pre arbitral otorgada por los jueces, este plazo no aplica y que basta que el beneficiado con la medida realice acciones que denoten que el arbitraje prosiga su curso sin identificar si este momento es necesariamente la constitución del tribunal arbitral. Cabe anotar también, que esta normativa en ningún momento hace referencia a una caducidad de medidas cautelares, sino que únicamente se refiere a la pérdida de sus efectos.

Por otro lado, si bien en el ámbito arbitral no hay un plazo establecido para que quede sin efecto la medida concedida por los jueces, no puede soslayarse en que en el proceso judicial español se ha indicado que una medida dejará de tener vigencia si transcurren más de 6 meses y el proceso principal esté en suspenso por culpa del beneficiado con la medida. Este punto es muy importante, por cuanto se puede advertir que el plazo que se fija para extinguir una cautelar no es meramente un plazo, sino que va acompañado de una situación adicional que debe ser verificada por los jueces.

✓ **Acerca de la legislación italiana**

La institución arbitral en el ordenamiento jurídico italiano se encuentra regulado en los artículos 806 al 840 del Código Procesal Civil Italiano. En dicha normativa se establecen las reglas generales del arbitraje, sin embargo, no se hace referencia alguna a la posibilidad de requerir medidas cautelares. Para corroborar este dato, veamos la estructuración de la materia arbitral en el código adjetivo italiano:

- **Capítulo I (806-808):** sometimiento a arbitraje y acuerdo de arbitraje.
- **Capítulo II (809-815):** Los árbitros (en esta sección se regulan aspectos como el número de árbitros, sus reemplazos, la aceptación, derechos y deberes, así como la recusación).
- **Capítulo III (816-819):** los procedimientos (en esta sección se hace referencia a la sede arbitral, las reglas del procedimiento, pruebas, suspensión del proceso, entre otros).
- **Capítulo IV (820-826):** el laudo (en esta parte se regula el tiempo para la expedición, la forma y sus efectos).
- **Capítulo V (827-831):** recursos contra el laudo (aquí se hace referencia al recurso de anulación, la oposición de terceros, entre otros).
- **Capítulo VI (832):** arbitraje internacional.
- **Capítulo VII (839-840):** el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, en la legislación italiana no se encuentra una norma que regule de forma específica las medidas cautelares en el arbitraje, menos aún antes de la formación del tribunal arbitral o que el órgano judicial sirva de apoyo para la concesión de una cautelar.

En tal sentido, la realidad jurídica en este país impide efectuar una comparación jurídica, puesto que, podría ser que la problemática arbitral no sea lo suficientemente relevante en el ámbito italiano como para idear un mecanismo

como el peruano en el que el arbitraje no solo está muy difundido, sino que, en casos como en los de contrataciones con el Estado es un fuero obligatorio.



CAPÍTULO III: La extinción de las medidas cautelares por no constitución del tribunal arbitral

En este capítulo final se analizará, la aplicación en la práctica del numeral 4 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje referido a la extinción de una medida cautelar otorgada por falta de constitución del tribunal arbitral más allá del plazo establecido; así como las razones o causas frecuentes de las demoras de dicha constitución que suelen tener como amparo el uso de herramientas durante el curso de las actuaciones arbitrales. Cabe anotar que los supuestos e información que aquí se indiquen estarán referidos a un arbitraje de tipo institucional únicamente al ser el tipo de arbitraje más predominante en nuestro país. Para terminar, se realizará un análisis acerca de si merece la pena eliminar, modificar o replantear esta causal de extinción con miras a garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desarrollado en el primer capítulo de esta tesis.

1. Antecedentes legislativos de la causal de extinción referida a la falta de constitución del tribunal arbitral

A efectos de desarrollar el objetivo de esta tesis, es necesario investigar y conocer la regulación de las medidas cautelares en las leyes de arbitraje anteriores. Así pues, antes de la actual LA, se emitieron el Decreto Ley N° 25935 Ley General de Arbitraje del 9 de diciembre de 1992, así como la Ley N° 26572 Ley General de Arbitraje del 3 de enero de 1996.

De la revisión del Decreto Ley N° 25935, únicamente se advierte que el artículo 73° regulaba lo siguiente sobre las medidas cautelares en el arbitraje:

Artículo 73°. - Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

De ello se puede concluir que desde el inicio nuestro ordenamiento permitió la colaboración del Poder Judicial en el ámbito arbitral. Al respecto, si bien este dispositivo no reguló causales de extinción de las medidas cautelares otorgadas

por una autoridad judicial, podemos indicar que el hecho de que permitiera esa colaboración no podría tener otro sustento que el tiempo que toma constituir o dotar de competencia a los árbitros a fin de resolver todas las cuestiones relacionadas a una controversia.

Por su parte, de la revisión de la Ley N° 26572 se advierte que los artículos 79° y 100° de este dispositivo sí regularon más puntos relacionados con las medidas cautelares en el arbitraje:

Artículo 79.- Medida cautelar en sede judicial. - Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

A estos efectos, serán de aplicación las disposiciones sobre Proceso Cautelar contenidas en el Código Procesal Civil, con la salvedad de que ejecutada la medida antes de iniciado el proceso arbitral, el beneficiario deberá requerir a la otra parte el nombramiento de él o los árbitros o gestionar la iniciación del arbitraje de conformidad con el reglamento de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje, dentro de los diez (10) días posteriores a dicho acto.

Si el beneficiario no cumple con lo indicado en el párrafo anterior o cumplida la exigencia el proceso arbitral no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida, esta caduca de pleno derecho.

Asimismo, el artículo 100° señala:

Artículo 100.- Convenio Arbitral y adopción de medidas cautelares por el Poder Judicial.- No será incompatible con un convenio arbitral que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.

De la lectura de estos dos artículos, se puede ver cómo empieza a regularse la extinción de una medida cautelar concedida judicialmente como consecuencia de la demora del inicio del arbitraje. El legislador consideró en aquel momento

los siguientes supuestos de extinción de la medida cautelar concedida judicialmente:

- i) Tratándose de arbitrajes ad hoc, si el beneficiado con la medida cautelar no ha requerido a la contraparte el nombramiento de los árbitros en el plazo máximo de 10 días hábiles de ejecutada la medida cautelar
- ii) Tratándose de arbitraje institucional, si el beneficiado con la medida cautelar no ha realizado las gestiones de inicio del arbitraje según el reglamento del centro de arbitraje que se pactó en el convenio arbitral en el plazo máximo de 10 días hábiles de ejecutada la medida cautelar
- iii) Si se cumplió lo señalado en los dos puntos anteriores, si el proceso arbitral no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida

Los supuestos vinculados a los puntos i) y ii) regulan la extinción de la medida cautelar en caso no se inicie el arbitraje en el plazo de 10 días hábiles. Aquí, entendemos que el inicio del arbitraje está referido a la presentación de la solicitud de arbitraje ya sea ante su contraparte para exigirle el nombramiento de su árbitro, o ante una institución arbitral a efectos de que empiece las gestiones para componer el tribunal arbitral.

En cambio, el supuesto contemplado en el punto iii) no resulta del todo claro a qué situación o momento del arbitraje se refiere, ya que indica “si el proceso arbitral no se inicia” siendo que el inicio, como ya se ha mencionado, implica únicamente la presentación de la solicitud de arbitraje. Por ello, podemos inferir que este inicio equivaldría al momento en el cual los árbitros adquieren competencia, es decir, a la constitución del tribunal arbitral. Ahora bien, de tratarse de la constitución del tribunal, el tope máximo para que ello ocurra es de 4 meses, es decir, 120 días calendario.

Estos artículos son los únicos que se han podido ubicar como antecedentes previos a la regulación actual de la extinción de medidas cautelares por falta de

constitución del tribunal arbitral. De ellos, podemos observar que recién en el año 1996 se empieza a considerar como válido el que una medida cautelar se extinga por falta de constitución del tribunal arbitral en un plazo determinado, siendo que inicialmente este plazo fue de 4 meses (es decir 120 días calendario) y en la actualidad es de 90 días hábiles.

2. La constitución del tribunal arbitral

Cuando se habla de constitución del tribunal arbitral, se describe la situación en la cual el número de árbitros pactado por las partes en el convenio arbitral se encuentra completo tras la aceptación de estos y, por tanto, adquieren competencia para poder resolver la controversia. Cabe recalcar que lo que debe ocurrir es la aceptación de los árbitros al cargo por el que fueron designados, mas no que haya quedado firme su designación.

Para ser más explícitos, se analizará las dos situaciones más usuales en un arbitraje institucional que son, por un lado, la constitución de un tribunal arbitral respecto a un arbitraje cuyo convenio arbitral establece que las controversias serán resueltas por un solo árbitro y, por el otro, la constitución de un tribunal arbitral respecto a un arbitraje cuyo convenio establece que las controversias serán resueltas por un tribunal colegiado compuesto por tres miembros.

En el primer supuesto, las partes deciden que su controversia sea analizada por un solo profesional y que este sea designado por el centro de arbitraje elegido por estas. En esta situación, las cortes o consejos superiores de los centros arbitrales suelen ser los órganos encargados de realizar la designación de ese árbitro único. Cuando eso sucede, se comunica al profesional elegido su designación a efectos de que en un determinado plazo proceda a pronunciarse sobre aquella, ya sea aceptando o rechazando el encargo. Luego de que el árbitro acepte esta designación, el documento que presenta es puesto en conocimiento de las partes para que puedan analizar la información presentada y puedan presentar los cuestionamientos que consideren pertinentes. Ahora bien, la constitución en este supuesto se produce en la fecha en la cual el árbitro

presenta su aceptación al centro de arbitraje, es desde ese momento, no en la fecha en que se remite la aceptación a las partes, en que se tiene al tribunal unipersonal constituido y adquiere plenamente competencia para resolver la controversia.

El segundo supuesto comprende diversas situaciones. Puede que las partes pacten que cada una de ellas tenga el derecho de designar a un árbitro y una vez que estos acepten aquellos sean los encargados de designar al tercero que tendrá el rol de presidente del tribunal arbitral, o puede suceder que pacten que tras designar cada una a un árbitro, sea el centro de arbitraje el encargado de designar al presidente. En el primer escenario, una vez que los árbitros de parte aceptan el cargo, estos proceden a remitir un documento conteniendo la designación conjunta del tercero, lo cual ocasionará que el centro comunique esa designación a este último para que pueda remitir su aceptación o rechazo. De esta manera, en el presente caso, la constitución se produce en la fecha en la cual el presidente remite su aceptación. En el segundo escenario, una vez que los árbitros de parte aceptan el cargo, el centro es el encargado, a través de su corte o consejo superior, de designar al tercer árbitro y tras ello comunicarle su designación, siendo que en la fecha de recibida esta aceptación se considera al tribunal arbitral como constituido.

Cabe anotar que muchas veces existe confusión respecto a la constitución del tribunal arbitral y se sostiene erróneamente que esta constitución se produce luego de transcurrido el plazo que tienen las partes para presentar cuestionamientos a los árbitros. Sin embargo, la situación en la que un árbitro no es cuestionado en el plazo establecido luego de que se haya remitido su aceptación, es conocido en el arbitraje como una designación firme. Esta firmeza de la designación ocurrirá tantas veces venza el plazo para que un árbitro sea cuestionado tras su aceptación, en cambio, la constitución se da cuando se tienen las aceptaciones del árbitro único o del último miembro del tribunal arbitral, el cual suele ser el presidente.

En este punto es importante tener en cuenta que en la práctica suele suceder que tras la constitución del tribunal arbitral unipersonal o colegiado y durante el

avance de las actuaciones arbitrales, el árbitro único o alguno de los árbitros es sustituido por otro, ya sea por remoción, recusación fundada, renuncia u otros motivos. Cuando ello ocurre, se afecta la constitución del tribunal arbitral y el arbitraje suele detenerse sin que se desarrollen actuaciones que apunten a la resolución del fondo de la controversia sino meramente actos procedimentales para lograr la nueva constitución o reconstitución del tribunal arbitral.

3. Las vicisitudes en torno a la constitución del tribunal arbitral

Si bien ya se ha explicado cuándo es que se produce la constitución del tribunal arbitral, ello no es tan rápido como parece, pues desde que el arbitraje inicia hasta que se produce dicha constitución, se producen diversos eventos que ocasionan que esa constitución ocurra con mayor o menor rapidez. Por ello, a continuación, se presentará un breve análisis de dichos eventos a efectos de que se pueda observar que el plazo establecido en la Ley de Arbitraje como límite se encuentra desfasado o desconectado con la realidad.

3.1. La calificación de la solicitud de arbitraje, su subsanación y traslado al demandado

De conformidad con el artículo 33º de la LA, el arbitraje inicia con la presentación de la solicitud de arbitraje, acto que representa la intención de someter a arbitraje las controversias derivadas de un determinado contrato. Dicha solicitud debe cumplir con una serie de requisitos tales como identificación de las partes, las posibles pretensiones que se someterán a arbitraje, el convenio arbitral, cuantía de la controversia, acreditación de poderes de representación, breve resumen de la controversia, designación de árbitro, acreditación del pago de la tasa que corresponda según el centro de arbitraje a donde se acuda, entre otros. Después de ello, el centro de arbitraje procederá a revisar el cumplimiento de estos y, en caso no se cumpla con alguno de esos requisitos, otorgará un plazo adicional para ello, llegando incluso a otorgar en algunas ocasiones hasta dos o tres plazos para la respectiva subsanación. En este punto, debe tenerse presente que la calificación, revisión o atención de una solicitud de arbitraje generalmente

no tiene un plazo mínimo o máximo para ser revisada y el tiempo que ello tome dependerá de la institución arbitral y de su organización interna.

Una vez que la solicitud de arbitraje este totalmente saneada, se procede a poner en conocimiento a la parte demandada a efectos de cumpla con contestarla. Esta contestación, al igual que la solicitud, debe cumplir con una serie de requisitos, los cuales en caso de inobservancia también deberán ser subsanados. Ahora bien, la identificación y emplazamiento al demandado no suelen ser procedimientos sencillos, pues si bien es la parte demandante quien identifica a su demandado, así como su domicilio o correos donde deben ser notificado (considerando un arbitraje totalmente virtual), la institución arbitral debe tener la diligencia de asegurar una correcta notificación a efectos de evitar nulidades posteriores que retrasen el desarrollo del arbitraje.

En la práctica, por ejemplo, se tiene que en los arbitrajes donde participa alguna entidad estatal esta es defendida por ley por las procuradurías del sector a donde pertenecen, por lo que un emplazamiento solo a la entidad no resulta válido, debiendo notificarse también a las procuradurías a efectos de garantizar el ejercicio del derecho de defensa de esta. Otro supuesto ocurre cuando a pesar de notificar al demandado a las direcciones electrónicas o físicas (incluyendo el domicilio previsto en el contrato) indicadas por el demandante, este no se pronuncia ni se apersona. En este escenario lo que suele realizarse es emitir notificaciones vía notarial para que se dé fe de una correcta notificación.

Asimismo, puede que cuando se requiera realizar notificaciones físicas al domicilio del demandado este se encuentre ubicado en una zona distinta al departamento donde se ubica la sede del arbitraje y deba realizarse notificaciones vía courier o a través de un personal de la institución para luego retornarse el cargo de entrega. Este supuesto, si bien no es muy frecuente, no deja de tener importancia, pues a menudo existen contratos para la realización de obras, servicios o entrega de productos en distintas regiones del país, incluso hasta en zonas de muy difícil acceso. Por último, y con ello no se acaban los supuestos, a veces el demandante indica que la parte demandada está compuesta por varios demandados y cuando se les notifica alguno de ellos no

se apersona o a veces se notifica a un demandado y se apersona uno distinto alegando que debería haber sido emplazado.

Otras situaciones distintas a las anteriores, pero que también generan retraso en el curso del arbitraje surgen cuando a pesar de que el convenio arbitral indica que el arbitraje será resuelto por un solo árbitro, en el curso de la presentación de la solicitud se pretende cambiar ello y se debe hacer la consulta respectiva al demandado a efectos de que acepte expresamente dicho cambio. En este punto, si bien en el arbitraje lo que prima es la voluntad de las partes, cuando en este participa una entidad pública, este cambio o variación del acuerdo no resulta tan sencillo. Esto se debe a que no solo se tiene que evaluar la viabilidad del cambio sino identificar al funcionario público competente para manifestar esa voluntad.

Por otro lado, se puede presentar un escenario interesante cuando el solicitante en una misma petición arbitral desea someter controversias derivadas de varios contratos suscritos con un mismo demandado con miras a reducir costos y tiempo. Pese a que ello es posible, se debe solicitar la conformidad o no cuestionamiento del demandado para que esto siga en marcha, pero usualmente el demandado, ya sea por estrategia procesal o porque realmente no considera viable tener un solo arbitraje derivado de varios contratos, lo rechaza, ocasionando que, de conformidad con los reglamentos de los centros más reconocidos, la petición de arbitraje se divida en cuantos arbitrajes correspondan al número de contratos que pretendían verse en el arbitraje original.

Puede solicitarse al momento de la presentación de una solicitud o contestación de solicitud de arbitraje que, en caso existan otros arbitrajes iniciados derivados del mismo contrato suscrito entre las mismas partes, se pueda solicitar la consolidación de expedientes arbitrales. Ante este pedido, más allá de calificar el escrito que corresponda, debe otorgarse un plazo a la contraparte para que se pronuncie y así pueda definirse el archivo de alguno de los arbitrajes y el traslado de lo actuado en el arbitraje que se archiva hacia el arbitraje acumulador.

3.2. La oposición al arbitraje

Más allá de las situaciones indicadas en el acápite anterior, además de problemas o demoras para realizar una correcta calificación de la solicitud de arbitraje y emplazamiento al demandado, la LA y los reglamentos de las instituciones arbitrales regulan la figura de la oposición al arbitraje, el cual es un derecho del demandado para cuestionar el inicio de un arbitraje por motivos específicos. El primero de ellos, es cuando no existe convenio arbitral, para lo cual el demandado debe demostrar que nunca hubo acuerdo de voluntades para someter alguna controversia a través de este mecanismo, por lo que en su caso debería acudir al fuero judicial a dilucidarla. El segundo motivo es cuando a pesar de que existe un convenio arbitral, en este no se ha definido o elegido al centro de arbitraje ante el cual se plantea la solicitud de arbitraje. Ante el planteamiento de una oposición, esta debe ser absuelta por la contraparte para luego ser resuelta por el centro de arbitraje a fin de continuar o no las actuaciones arbitrales.

Cuando el arbitraje es entre privados y se plantea una oposición en donde se demuestren estas situaciones, la oposición suele resolverse declarándose fundada; sin embargo, en un arbitraje bajo la ley de contrataciones con el Estado, por más de que se demuestren estas causales, es la misma ley la que regula las consecuencias de estas ausencias debiendo el centro de arbitraje aplicarlas a fin de resolver la oposición.

Sobre las oposiciones, existen situaciones en las cuales, podría pensarse de mala fe, los demandados se oponen alegando los motivos que contemplan los cuerpos normativos pero cuyos argumentos que los sustentan están referidos a cualquier otra situación. En estas situaciones se suele otorgar de todas maneras un plazo al demandado para que se pronuncie, tras lo cual se emite el pronunciamiento respectivo. El plazo de estos traslados se encuentra generalmente regulado; no obstante, el plazo para resolver la oposición no lo está, con lo cual el avance del arbitraje puede verse afectado si se hace uso de esta herramienta.

3.3. Definición del número de árbitros

El número de árbitros que resolverá una controversia suele estar definido desde el convenio arbitral, por lo que al momento de iniciarse el arbitraje ello no debería representar problema alguno. Además, en caso ello no se encuentre definido y el arbitraje sea institucional, se aplican las reglas contenidas en el reglamento del centro de arbitraje y, supletoriamente, la ley de arbitraje o la ley especial de la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, los convenios arbitrales derivados de contratos con el Estado suelen regular el número de árbitros en función de la cuantía de la controversia. Por ejemplo, si es una controversia cuya cuantía no supera determinado número de UIT esta será resuelta por un tribunal arbitral compuesto por un solo miembro, mientras que, si lo supera o la controversia no puede cuantificarse, será resuelta por uno compuesto por tres miembros.

Ahora bien, existen supuestos especiales en donde no está definido el número y al momento de calificarse una solicitud de arbitraje se debe revisar si el demandante ha propuesto algún número de árbitros. De haberlo hecho, se consulta con la contraparte para verificar si existe o no acuerdo y en caso no lo haya los reglamentos arbitrales y la Ley de Arbitraje indican que a falta de acuerdo o en caso no se indique nada sobre ello será resuelto por un solo árbitro.

3.4. Designación residual de árbitro

La designación residual de un árbitro ocurre cuando otro órgano o un tercero distinto a las partes o a los árbitros de parte designa a un árbitro en su lugar. Esta residualidad existe con miras a que el tribunal arbitral pueda quedar constituido, y así, pueda asumir competencia para resolver la controversia. Este mecanismo puede ocurrir respecto del árbitro único, de los árbitros de parte y del presidente del tribunal. Además, podemos decir que la residualidad tienen un propósito adicional consistente en dotar de mayor garantía la independencia e imparcialidad del árbitro que se elija, ya que es sabido que cuando las partes

eligen a sus árbitros elegirán a profesionales que se alineen a sus intereses o posturas.

En otras palabras, si un conflicto versa sobre problemas en la construcción de un hospital y la parte demandante busca que no se le apliquen penalidades porque ocurrieron eventos excepcionales que no pudieron preverse y que retrasaron la construcción, la parte afectada con la penalidad buscará elegir a un profesional experto en derecho civil y que haya escrito artículos sobre la falta de culpa de un contratista ante eventos fortuitos o fuerza mayor en contratos de obra. En ese sentido, cuando, por diferentes motivos o situaciones, se tiene que pedir a un tercero que designe a algún árbitro, este órgano elegirá a alguien experto en la materia, pero no necesariamente alineado con la posición que defenderá una de las partes.

En el caso del árbitro único, la designación residual ocurre en la mayoría de veces, ya que las partes establecen en sus convenios que tratándose de un solo árbitro este será designado por la institución arbitral. Incluso si se pactó que el árbitro se elige de común acuerdo, este acuerdo es difícil de conseguir siendo que finalmente lo designa la institución arbitral.

Respecto de los árbitros de parte, la residualidad ocurre cuando alguna de las partes no designa a su árbitro o cuando a pesar de haber ejercido su derecho a designar, incluso en más de una oportunidad, el profesional rechaza la designación, no se pronuncia o no se le confirma. La residualidad respecto del presidente ocurre cuando en el convenio se dispone que este sea designado por la institución arbitral o cuando, en caso se haya pactado que eran los árbitros de parte quienes designen al tercero, estos no lo hayan hecho o habiéndolo hecho las veces que sean permitidas según las reglas del arbitraje, este tercero rechace o no se pronuncie sobre su designación.

Dicho esto, pese a que la residualidad en la designación de árbitros no suele ser un problema, sí resulta perjudicial cuando para llegar a ella se tiene que atravesar diversos pasos y plazos a efectos de lograr una correcta designación del tribunal.

Para proceder con la designación residual, el centro debe, en primer lugar, revisar el arbitraje a fin de obtener ciertos datos como nombre de las partes, nombres de los abogados de éstas, objeto contractual, pretensiones que se reclamarán, cuantía del arbitraje, ley aplicable, entre otros. En segundo lugar, debe brindar esta información a un órgano especializado para ello según sus funciones como suelen ser las cortes o consejos de arbitrajes o superiores. Este órgano se compone en su mayoría por tres a cinco personas en promedio, las cuales están encargadas de elegir al árbitro en defecto de las partes o árbitros o cuando el convenio lo exige así. Este proceso de designación tiene una duración aproximada de tres a diez días hábiles en el mejor de los casos. Finalmente, una vez tomada la decisión del órgano correspondiente, el centro informa a las partes el resultado para así seguir logrando la constitución del tribunal arbitral.

3.5. El procedimiento de confirmación y/o ratificación de árbitros

Antes de desarrollar este procedimiento, es necesario indicar que la mayoría de los centros de arbitraje tienen una nómina o lista de árbitros. Esta nómina está compuesta por profesionales, mayoritariamente abogados, respecto de los cuales los centros, tras haber revisado su trayectoria y experiencia, consideran que tienen los conocimientos y aptitudes suficientes para conducir una controversia de forma ética y eficaz. De esta manera, estas nóminas surten, en términos prácticos, como una suerte de listas de recomendación a las partes para que, en caso no se sientan seguros de a quien designar como árbitro, tengan una lista de la cual puedan elegir si lo consideran pertinente. Asimismo, como ya se indicó, en caso deba designarse a un árbitro de forma residual, las cortes o consejos elegirán a este de la nómina de árbitros del centro que corresponda. Por lo tanto, hoy en día, muchos profesionales postulan para poder integrar estas nóminas y de esa manera ser más conocidos y designados en más oportunidades. Ahora bien, este anhelo de formar parte de las nóminas últimamente también tiene como motivo el evitar pasar por el procedimiento de confirmación de árbitros que explicaremos a continuación.

La confirmación o ratificación de árbitros es una figura relativamente nueva que viene aplicándose aproximadamente desde hace siete años en el arbitraje peruano. Dada las diversas noticias y hechos sucedidos en nuestro país en torno a actos de corrupción no solo a nivel judicial sino también en el ámbito arbitral, el mecanismo del arbitraje se vio afectado por esta situación y perdió cierto nivel de confianza en sus usuarios. Incluso fueron de público conocimiento las detenciones preliminares dictadas contra muchos profesionales que supuestamente, a criterio del Ministerio Público, habrían aceptado ser árbitros y resolver controversias arregladas con un fin netamente económico. Es así, que nace esta figura de la confirmación de árbitros, que consiste en que el centro de arbitraje, tras recibir la aceptación de un árbitro designados por las partes que no forme parte de su nómina, lo evalúe e indique si ese árbitro permanecerá o no en el caso para resolver la controversia.

Los criterios para evaluar la permanencia de un árbitro se señalan en los propios reglamentos de arbitraje de cada centro en donde se dispone además que la decisión que se tome no será motivada. Estos criterios se refieren básicamente a conocimiento en la materia, solvencia económica y ética e inexistencia de conflictos de intereses. La confirmación tiene una duración aproximada de tres a diez días hábiles y tiene un límite de veces por las que puede no confirmarse al árbitro, siendo que, si no se confirma en dos ocasiones, la designación de ese árbitro será residual, es decir, efectuada por el consejo o corte del centro de arbitraje.

Se ha discutido, y ha sido materia de debate en algunos eventos académicos, la vulneración al derecho de las partes de designar a sus árbitros al aplicarse esta figura. Quienes debaten en contra de la confirmación señalan que en realidad no existe libertad de las partes de elegir a sus árbitros, pues es un tercero, en este caso el centro a través de sus cortes o consejos, quienes finalmente decidirán qué árbitros se quedan y qué árbitros se van a través de una evaluación secreta de la que, si bien se conoce qué criterios se tomarán en cuenta, se desconoce el motivo por el cual exactamente no son ratificados o confirmados. Esto ha sido motivo de críticas por considerarse una práctica abusiva y/o arbitraria pues no permitiría saber al menos en qué estaría fallando un profesional a efectos de que

este pueda revertir o solucionar su situación. Por otra parte, otros contemplan a esta figura como una forma de velar por la controversia a efectos de que sea resuelta por personas validadas por un tercero quien evaluará sus capacidades y aptitudes para formar parte del tribunal arbitral.

Sobre cómo se desarrolla este procedimiento, una vez que se haya recibido la aceptación de un profesional que no forma parte de la nómina del centro pero que haya sido designado por alguna parte, el centro informa de la recepción de dicha aceptación, pero precisa que este pasará por la confirmación, manteniendo en custodia el documento hasta que se conozca el resultado. En ese sentido, el consejo evalúa, bajo los criterios que correspondan, si dicho profesional es confirmado o no es confirmado. En caso sea confirmado, el centro lo informará a las partes y remitirá la aceptación a efectos de que en caso exista algún cuestionamiento lo informen en el plazo respectivo. Por el contrario, en caso no sea confirmado, el centro informará también este resultado y otorgará a la parte que lo designó un plazo nuevamente para que proceda a designar a su árbitro de parte. En este segundo escenario, en caso que el profesional que se designe, tras su aceptación, no sea confirmado, se suele derivar a las cortes o consejos la designación residual con el fin de no alargar el trámite del arbitraje respecto a la constitución del tribunal arbitral. La duración de la respuesta y análisis de una confirmación es en promedio de cinco a diez días hábiles.

3.6. El procedimiento de apartamiento de un árbitro

El apartamiento de un árbitro es una herramienta con la que cuentan las partes para, en lugar de recusar, soliciten a un árbitro que se retire del cargo. Esta figura es diferente a la renuncia, la cual ocurre cuando voluntariamente un árbitro que ya aceptó el cargo decide dar un paso al costado por los motivos que considere pertinentes.

Regresando al punto inicial, la diferencia básica y crucial entre la recusación y el apartamiento es que, cuando se presenta una recusación, esta se produce de manera confrontacional, es decir, se solicita bajo determinadas causales reguladas por ley y/o por el reglamento del centro, que el árbitro debe salir; lo

cual genera que este se defienda y que un tercero resuelva si el cuestionamiento es fundado o no. En cambio, un pedido de apartamiento busca decirle sutilmente al árbitro que, si bien puede haber motivos para cuestionarlo, los cuales pueden estar dentro de las causales de recusación o incluso ser algunas diferentes, lo único que se busca es que este reflexione y se de cuenta que lo mejor es retirarse del caso para evitar algún conflicto de interés. Cabe anotar que hay pedidos de apartamiento compuestos; esto puede suceder, por ejemplo, cuando el pedido indica que en caso el profesional no se aparte del cargo entonces procederá a recusarlo.

El procedimiento de apartamiento no suele tener una regulación uniforme, siendo que en la mayoría de los casos se corre traslado del pedido al profesional para que en un plazo de entre tres a cinco días pueda pronunciarse e informar si se aparta del caso no. Si se aparta, se comunica la respuesta y la parte debe volver a designar a un nuevo árbitro, en cambio, si no se allana al pedido, la parte que pidió el apartamiento puede simplemente dejar que el árbitro siga en el caso o en su caso presentar una recusación para que sea evaluada en su oportunidad.

3.7.El procedimiento de recusación de árbitros y su impacto en el avance de las actuaciones arbitrales

La recusación de un árbitro es una herramienta a disposición de las partes para poder cuestionar a un árbitro respecto del cual han perdido confianza. Este cuestionamiento está supeditado a que la parte demuestre las causales exigidas por la ley y/o el reglamento aplicable. Ahora bien, si bien el uso de esta herramienta es legítimo, la duración del procedimiento de recusación no es tan célere como se piensa. Ello se debe a que al analizar si un árbitro debe o no ser retirado de un caso, es razonable que se exija antes de resolver la posición o descargos del árbitro cuestionado, así como los de la contraparte, o por lo menos la oportunidad de presentarlos. Todo ello con la finalidad de resolver el cuestionamiento y determinar si frente a los ojos de un tercero el árbitro no merece permanecer y resolver la controversia. Cabe señalar que la recusación

puede ser presentada en cualquier momento del arbitraje salvo cuando ya se haya establecido el plazo para laudar.

Ahondando en el procedimiento que se sigue tras la presentación de una recusación, generalmente se otorga un plazo de tres a cinco días hábiles al árbitro recusado y a la contraparte para que se pronuncien sobre los argumentos y hechos que se hayan alegado para que después sean materia de pronunciamiento nuevamente por el recusante en un plazo promedio de dos a tres días hábiles, para finalmente derivarlo al órgano competente para su resolución. Dichos órganos suele ser las cortes o consejos de arbitraje. El procedimiento es comúnmente documental, pero en algunos centros de arbitraje se suele dar el uso de la palabra a las partes y árbitro recusado a efectos de lograr inmediación y dotar al procedimiento de mayor celeridad. Sin embargo, independientemente del tipo de trámite (documental u oral), los centros de arbitraje no suelen establecer un plazo para la emisión de la decisión final de este tipo de incidente. Así, una recusación puede ser resuelta dentro de uno o más meses desde que se encontraba expedito para ser resuelta con todos los traslados y/o absoluciones previas.

Cabe anotar que las partes pueden recusar a tantos árbitros participen en el caso y tantas veces lo consideren así pertinente. No obstante, esta posibilidad puede dar lugar a un uso indebido de esta herramienta con el propósito de ocasionar la demora de forma intencional en la constitución del tribunal o en el avance del arbitraje como tal. Así, debido a la presentación de recusaciones frívolas o sin sustento alguno, la normativa de contratación estatal tuvo una reciente modificatoria, en la cual se estableció un límite en el número de veces para plantear una recusación en los arbitrajes bajo la ley de contrataciones del Estado. De esta manera, se estableció que una parte no podrá formular una cuarta recusación en caso que haya formulado previamente tres recusaciones que hayan sido declaradas infundadas.

Entonces cabe preguntarse si resulta justo o correcto que la parte que ha obtenido una medida cautelar en sede judicial cargue con las consecuencias de la demora en el trámite de una recusación. En la actualidad eso es lo que sucede

en la práctica, motivo por el cual la parte favorecida con la medida cautelar se ve en la obligación de presentar sendos escritos solicitando celeridad o impulso procesal para evitar el vencimiento del plazo establecido por ley y que su medida cautelar se extinga por el transcurso del tiempo de las actuaciones arbitrales.

Cabe anotar que, cuando se recusa a un árbitro después de que el tribunal arbitral ya se haya constituido, los reglamentos de los centros de arbitraje suelen establecer que queda a discreción del árbitro o árbitros suspender o no el arbitraje hasta que se resuelva la recusación. Al respecto, en este supuesto no nos encontramos frente a un tribunal no constituido, pues el árbitro permanece en su cargo mientras no se emita el resultado acerca de su cuestionamiento. Pese a ello, existen normas especiales, como la ley de contrataciones del Estado, que parecen asumir que el cuestionamiento hacia el árbitro único o hacia dos árbitros, le resta inmediatamente competencia para proseguir con las actuaciones arbitrales, estableciendo por tanto que cuando se produce una recusación contra el árbitro único o dos árbitros, el arbitraje debe ser suspendido de forma obligatoria hasta que se resuelva la recusación.

4. La razonabilidad del plazo establecido en la ley de arbitraje peruana en atención a las vicisitudes en la constitución del tribunal arbitral

Con el fin de graficar los tiempos que suele tomar la constitución de un tribunal conformado por tres miembros colocaremos el siguiente ejemplo que sería el escenario ideal y más eficaz: “A” presenta su solicitud de arbitraje (día 1) y en ella designa a su árbitro de parte, tras la calificación de la solicitud y la verificación del cumplimiento de todos los requisitos, se corre traslado de la solicitud a “B” (día 3) para que la conteste en cinco días hábiles. “B” contesta y designa a su árbitro (día 8). El centro califica esta contestación y luego de verificar los requisitos informa que procederá a designar a los árbitros de parte quienes tendrán generalmente cinco días para pronunciarse. Los árbitros de parte aceptan (día 13) y se remiten sus aceptaciones a las partes a efectos de que informen si tienen algún cuestionamiento en cinco días (día 18). Ninguna parte cuestiona a los árbitros por lo que el centro solicita a éstos que designen al presidente en cinco días (día 23), luego de lo cual este tiene cinco días para

aceptar el cargo. El presidente acepta (día 28). En resumen, en este escenario ideal el lapso que tomó constituir al tribunal fue de 28 días.

No obstante, conforme a las situaciones descritas anteriormente, es claro que ese escenario ideal no siempre ocurre, siendo que el tiempo que toma constituir al tribunal arbitral no solo depende de la parte que busca lograr ello a fin de evitar que caduque la medida cautelar a su favor sino también del comportamiento de su contraparte. Pese a que el tiempo puede prolongarse mucho más del plazo legal debido al uso legítimo de las herramientas que proporciona el sistema arbitral, cabe la posibilidad que el afectado con la medida cautelar trate de realizar un mal uso de estas a fin de evitar la constitución del tribunal arbitral. Por ejemplo, se puede dar el caso donde el demandado apenas reciba la solicitud de arbitraje se oponga a la misma (lo cual suma alrededor de 10 días hábiles para que se corra traslado y se resuelva la oposición), y una vez resuelta designe como árbitro a alguien intencionalmente fuera de la nómina del centro respectivo a fin de que pase por el procedimiento de confirmación (lo cual suma alrededor de 10 días hábiles para que se resuelva y comuniqué el resultado de la confirmación). Después de ello, puede que esta parte decida pedir el apartamiento de un árbitro (lo cual suma 5 días hábiles) y en caso no se allane, presente su recusación contra este árbitro (lo cual suma 5 días hábiles). Ahora bien, en caso se presente la recusación, esta debe tramitarse para luego resolverse en los plazos comentados en el acápite referido a la recusación (aproximadamente 60 días hábiles). Considerando las situaciones anteriores, nos encontramos ante un escenario en el cual ya han transcurrido un total de 98 días hábiles, es decir, un plazo fuera del previsto en el artículo 47° de la LA.

Si bien “los plazos establecidos en la ley importan una salvaguarda para que no se cometan abusos en cuanto a la ejecución de la medida cautelar” (Castillo 2018:612), consideramos que, la regulación de la colaboración entre el poder judicial y arbitraje debe tomar en cuenta la realidad y tiempos de cada tipo de mecanismo. Somos de la posición de que, pese a que los plazos establecidos en las normas o leyes son generalmente discrecionales, estos deben ser razonables y tomar en cuenta el contexto real en donde se aplican.

Por lo tanto, consideramos que el establecimiento de un plazo de 4 meses o 90 días hábiles como máximo para lograr la constitución del tribunal arbitral, tal vez resultaban razonables en los años 1996 y 2008 cuando el arbitraje no se había desarrollado tanto como hasta ahora. No obstante, como se ha podido observar, diversas figuras y herramientas han comenzado a incorporarse a nuestro ordenamiento y práctica arbitral que han ocasionado que ese plazo determinado por ley resulte a todas luces obsoleto y afecten de forma directa a la tutela cautelar e incluso a un correcto desempeño de las actuaciones arbitrales.

Entonces, a la pregunta acerca de si el plazo de 90 días hábiles resulta razonable para exigir la constitución de un tribunal, podemos responder que ya no lo es, por lo que resulta necesario un cambio urgente en este punto a efectos de no perjudicar la tutela cautelar y la tutela jurisdiccional efectiva.

5. Asunción del riesgo por la demora en la constitución del tribunal arbitral

Llegado a este punto, resulta indispensable hacernos la siguiente pregunta, dado que la constitución del tribunal arbitral depende de muchos factores y no únicamente del favorecido con una medida cautelar, ¿quién debe asumir el riesgo de la demora en la constitución?

La respuesta a esta pregunta es muy importante pues si bien actualmente la constitución del tribunal no es muy célere, el arbitraje sigue y seguirá siendo un mecanismo más eficiente para resolver controversia frente al Poder Judicial. Así pues, se ha indicado que:

Entre las ventajas de esperar a que se constituya el tribunal arbitral y no acudir a las jurisdicciones nacionales, se puede argumentar la familiaridad y especialización existente de los árbitros en relación con el objeto de la disputa, consiguiéndose de este modo una mayor eficiencia y una reducción de costes, ya que el tribunal arbitral va a conocer de todas las cuestiones derivadas de la controversia que enfrenta a las partes, incluyendo la posibilidad de solicitar tutela cautelar (Fernández 2017:83).

Entonces, si un órgano jurisdiccional consideró que se cumplían los requisitos de verosimilitud, peligro en la demora y adecuación para otorgar una medida cautelar, por qué el beneficiado con esta medida es castigado con la extinción de ésta debido a un factor diferente que nunca fue objeto de análisis para su otorgamiento (constitución del tribunal) y peor aún, cuando estos requisitos que sí fueron tomados en cuenta, siguen plenamente vigentes. Con mucha sorpresa, sostenemos que no existe respuesta que justifique que el riesgo lo cargue únicamente el demandante sin excepción alguna y la mera verificación del paso del tiempo.

A fin de determinar quién o quiénes deben asumir el riesgo por la demora de la constitución del tribunal arbitral debe identificarse las diferentes circunstancias que ocasionan la demora en el avance de las actuaciones arbitrales. Así pues, se tiene:

- a. Demora ocasionada por el propio beneficiado con la medida de mala fe o por falta de interés
- b. Demora ocasionada por la aplicación propia de las reglas del arbitraje
- c. Demora ocasionada por el demandado de mala fe
- d. Demora ocasionada por la ineficiencia del centro de arbitraje

La demora señalada en el literal a. ocurre cuando es el propio beneficiado por la medida quien tiene en sus manos el avance del arbitraje y realiza actuaciones que no apuntan a ello. Esto se ocasiona cuando una vez presentada la solicitud de arbitraje ante el centro de arbitraje, le piden subsanar determinados requisitos y los presente de uno en uno o simplemente no los presenta ocasionando la concesión de plazos adicionales y, en su caso, el archivo del arbitraje por falta de interés. También puede presentarse cuando el demandante formula recusaciones frívolas o sin sustento dado que ha advertido que los requisitos para la concesión de la medida cautelar se han visto afectados pretendiendo entonces que el tribunal no se constituya o haya demora en su constitución para así poder mantener la cautelar vigente el mayor tiempo posible.

La demora señalada en el literal b. ocurre cuando las partes hacen uso de sus derechos y herramientas que proveen los reglamentos y la LA siendo las reglas del propio arbitraje (contempladas en el convenio arbitral o en el reglamento del centro) las que establecen plazos que deben cumplirse pero que afectan inevitablemente el avance de las actuaciones para la constitución del tribunal.

Por otro lado, la demora señalada en el literal c. ocurre cuando el demandado, es decir, el afectado con la medida cautelar, busca retrasar el arbitraje a efectos de que se venza el plazo de los 90 días hábiles máximo para constituir el arbitraje y con ello la cautelar pierda eficacia. Esto ocurre cuando, de mala fe, el demandado plantea oposiciones, recusaciones, apartamientos, etc., sin sustento alguno a efectos de lograr la aplicación de los plazos de las reglas del arbitraje y con ello poner en jaque el plazo de los 90 días para la constitución del tribunal. También abarca los supuestos en que designe árbitros que no pertenezcan a la nómina del centro de forma intencionada para que se aplique el procedimiento de confirmación y sume más tiempo que afecta el cómputo de los 90 días.

Por último y no menos importante, se tiene la demora indicada en el literal d. que es cuando más allá del uso de las herramientas y figuras de las reglas que apliquen al arbitraje, el centro presente deficiencias en su trámite y resuelva los diversos incidentes en plazos sumamente largos o no razonables que terminen afectando el cómputo de plazo de los 90 días y con ello ocasionar la extinción de la medida cautelar. Por ejemplo, el que una recusación sea resuelta en un plazo mayor de 4 o 6 meses o el que la confirmación o designación residual de un árbitro tome más de 20 días hábiles en resolverse.

Al respecto, sostenemos la opinión que, respecto a la demora cuyo responsable o es el demandado, o es el centro de arbitraje o derivan de la propia aplicación de los plazos previstos en las reglas del arbitraje, el demandante no debe asumir el riesgo del vencimiento de los 90 días hábiles y, por lo tanto, así este plazo transcurra no debe decretarse la extinción de la medida cautelar a fin de proteger la efectividad del laudo arbitral. Esto más allá de la posibilidad de que se puedan interponer sanciones al demandado por mala praxis o incluso contra el mismo centro por ser ineficiente. Por el contrario, cuando la demora en la constitución

sea responsabilidad del propio demandante beneficiado con la medida cautelar, este debe soportar el riesgo de su propia actuación con lo que la extinción de la medida obtenida resulta ser suficiente castigo a su mala fe.

El que no se permita esta diferenciación en la asunción del riesgo, seguirá fomentando incentivos perversos en el demandado para demorar el arbitraje ya que, si no hubiera ese plazo de caducidad, el demandado lo que buscaría más bien sería que el arbitraje avance para poder pedir ante el tribunal arbitral que se constituya su levantamiento. De igual manera, la asunción del riesgo exclusivamente por el demandante de cualquier clase de demora resulta totalmente injusta, pues la extinción de la medida cautelar recae en quien justamente también resulta afectado por la demora del arbitraje ocasionada no necesariamente por su propia responsabilidad.

6. Formas de enfrentar los riesgos generados por la demora en la constitución del tribunal arbitral

Después de haber analizado las causas detrás de la demora en la constitución del tribunal arbitral, consideramos que este problema podría ser enfrentando a través de distintas opciones.

La primera opción sería ampliar el plazo establecido en la norma. La segunda opción sería que se mantenga el plazo fijado pero que se permita solicitar la ampliación de este únicamente en casos no imputables al solicitante de la medida cautelar. La tercera y última opción sería que se elimine la posibilidad de extinguir una medida cautelar como consecuencia de la demora en la constitución del tribunal. Dicho esto, pasaremos a analizar cada una de estas opciones a fin de identificar cuál de ellas resulta ser la más eficiente y eficaz para afrontar el problema.

Para la ampliación del plazo que se propone en la primera opción se debe tomar en cuenta el tiempo que conlleva resolver los diversos incidentes que pueden presentarse antes de la constitución del tribunal arbitral. Así pues, conforme lo analizado en puntos anteriores, el plazo podría ser ampliado de 90 a 150 días

hábiles. No obstante, esta opción no impide que este plazo deje de ser discrecional y pueda considerarse nuevamente desfasado a medida que siga evolucionando el arbitraje. En otras palabras, el colocar un determinado número de días en función de lo ocurre actualmente no evita que más adelante se eliminen figuras ya instauradas que reduzcan el tiempo para lograr la constitución del tribunal arbitral, o que se añadan otras que, con miras a proteger la integridad del arbitraje, sumen mayores lapsos y retrasen dicha constitución.

La segunda opción implicaría que el plazo de los 90 días para constituir el tribunal arbitral luego de iniciado el arbitraje empiece a computarse desde el día hábil siguiente de dictada la medida, pero con la alternativa de que, en caso existan retrasos en la constitución del tribunal provocados por el desarrollo del propio arbitraje, por actuaciones de mala fe o por la ineficiencia del centro, se pueda presentar ante el juez que dictó la medida una solicitud de ampliación del plazo debidamente sustentada con la finalidad de evitar la extinción de la medida cautelar por causas no imputables al beneficiado. Cabe anotar que esta forma de enfrentar el riesgo en la demora de la constitución del tribunal arbitral resulta interesante dado que desincentiva al afectado de utilizar las herramientas o figuras permitidas en las reglas del arbitraje de forma frívola o inadecuada.

Sin embargo, aunque parezca sencillo, esta segunda opción adolece de un punto débil ya que implica que se analice con sumo cuidado qué circunstancias resultan válidas para amparar la ampliación. En ese sentido, será tarea del juez analizar, interpretar y determinar si los hechos que se alegan corresponden efectivamente a situaciones no imputables al beneficiado con la medida cautelar. Por ejemplo, en caso se haya concedido una medida cautelar por el Poder Judicial y el arbitraje se haya iniciado en el plazo establecido pero ya hayan transcurrido 50 días desde su dictado sin que se haya constituido el tribunal arbitral, el afectado con la medida interpone una recusación que activa que se siga el procedimiento establecido para el trámite de recusaciones. Esta situación afecta el cómputo del plazo, por lo que el beneficiado con la medida solicita al juez, la ampliación del plazo alegando que la recusación está basada en argumentos frívolos. En este caso en concreto, el juez debe analizar si realmente existe mala fe por la contraparte y para ello tendría que calificar indirectamente

el fondo recusación pese a que esa función de declarar fundada o infundada le corresponde a la Corte o Consejo Superior de las instituciones arbitrales.

Por último, la tercera opción si bien atacaría de raíz el problema del establecimiento de un plazo límite para la constitución del tribunal arbitral, no deja de ser la más radical y desventajosa para el afectado con la medida cautelar. Ello debido a que bastaría que el beneficiado con la medida cautelar inicie el arbitraje, lo cual ocurre con la presentación de la solicitud de arbitraje, para así tener la seguridad de que se mantendrá vigente hasta que el tribunal arbitral se encuentre constituido o inclusive hasta cuando se resuelva la reconsideración o pedido de levantamiento. Una forma para paliar esta situación desfavorable consistiría en el establecimiento obligatorio de una contracautela que garantice la reparación de eventuales daños y perjuicios.

7. La extinción de la medida cautelar como último remedio y propuesta de modificación del artículo 47º

Estamos convencidos que la eliminación o extinción de una medida cautelar acarrea la eliminación de la efectividad del laudo arbitral. En ese sentido, sostenemos que la regulación sobre su extinción debe basarse en situaciones realmente graves que vuelvan razonable esta consecuencia.

Como ya se ha indicado, la tutela cautelar es un derecho fundamental, por lo que cabe preguntarse si este tipo de derechos deben tener límites. Para algunos autores, los derechos fundamentales sí deben ser limitados, caso contrario podrían ejercerse de forma abusiva. Así pues, se ha indicado que “cualquier limitación que se pretenda hacer a dicho derecho deberá cuidar no traspasar su contenido esencial y deberá realizarse respetando el criterio de proporcionalidad” (Priori 2005:193).

En línea con lo anterior, la regulación acerca de la extinción de una medida cautelar motivada por otros factores distintos a los requisitos para su concesión debe ser elaborada con sumo cuidado y tomando en cuenta todo lo que sucede en la práctica en relación con la constitución del tribunal arbitral. Ello debido a

que estamos frente a una medida cautelar otorgada incluso antes del inicio de un arbitraje, cuya vigencia o extinción repercutirá en la efectividad del resultado final.

En ese orden de ideas, los límites al derecho a la tutela cautelar deben estar amparados en una finalidad legítima y ser necesarios, es decir, no debe existir otra forma menos gravosa para lograr esta finalidad. Por ende, consideramos que la finalidad legítima detrás de la extinción de una medida cautelar por falta de constitución del tribunal arbitral no puede ser otra que la protección al afectado con la misma a fin de evitar que la vigencia de la medida sea indeterminada en el tiempo.

Entonces cabe preguntarnos si esta limitación al derecho a la tutela cautelar constituye o no la medida menos gravosa para lograr la finalidad antes señalada. Para ello, consideramos importante realizar una comparación entre la regulación de la extinción de la medida cautelar en el plano judicial y arbitral. En el primero, la causal de extinción de la medida cautelar es la falta de presentación de la demanda en un plazo determinado; mientras que en el segundo, es la falta de presentación de la solicitud de arbitraje en un plazo determinado, o de haberse presentado, la falta de constitución del tribunal arbitral dentro del plazo máximo legal. No obstante, resulta válido preguntarnos si ello obedece a algún motivo en específico, por lo que procederemos a intentar brindar una respuesta a dicha interrogante.

En el ámbito judicial, la presentación de la demanda despliega 3 consecuencias: i) marca el inicio del proceso, ii) dota de competencia a un juez determinado para resolver las pretensiones que se soliciten, e iii) identifica las pretensiones. En cambio, si tratamos de ubicar en qué momento de un arbitraje ocurren estas mismas consecuencias, se observa que la primera sucede con la presentación de la solicitud de arbitraje y la segunda, con la constitución del tribunal arbitral. Sin embargo, la tercera consecuencia, referida a la identificación de las pretensiones, se encuentra tanto en la solicitud de arbitraje (pues esta posee como uno de sus requisitos la identificación de las posibles pretensiones), como en la demanda (la cual se presenta después de que se haya constituido del tribunal arbitral).

Dicho esto podemos concluir que lo que tienen en común ambas regulaciones es el condicionamiento de la extinción de la medida cautelar (otorgada antes del inicio del proceso principal) al inicio del proceso y a la adquisición de competencia del órgano resolutor. Así pues, en el plano judicial la interposición de la demanda activa ambas consecuencias, mientras que en el plano arbitral el inicio acaece con la presentación de la solicitud y la adquisición de competencia, con la constitución del tribunal arbitral. Ahora bien, si tratamos de descubrir por qué es tan relevante que el proceso, sea judicial o arbitral, se inicie, o en caso ya se haya iniciado, se adquiera competencia, la respuesta la encontramos en la instrumentalidad de las medidas cautelares. Ello debido a que todo pedido cautelar está vinculado con pretensiones que serán materia de pronunciamiento final por parte del juez o árbitro y para eso estas pretensiones deben ser efectivamente planteadas en una demanda o esbozadas en la solicitud de arbitraje ante un órgano que tenga competencia para pronunciarse sobre esa tutela de fondo.

Otra cuestión relevante respecto a la extinción de las medidas cautelares pre arbitraje, es tener presente que para su otorgamiento se debe verificar el cumplimiento de determinados requisitos, por lo que resulta evidente que solo la ausencia de estos sea la base objetiva para su extinción. Tal y como indica la doctrina nacional respecto a la regulación de la extinción de las medidas cautelares en el CPC, el extinguir o establecer la “caducidad” de una medida cautelar por el mero transcurso del paso de un tiempo determinado tras su ejecución sin que se haya emitido la sentencia final “destruiría la esencia instrumental de la tutela cautelar haciendo depender su eficacia de un plazo fijo (cinco años) computado desde su ejecución, y no de la duración del proceso de fondo (dure lo que dure)” (Ariano 2001:85). Así también se ha indicado que el plazo señalado en el artículo 625° del CPC “en el supuesto de que no exista aún sentencia firme, ocasiona que las fuerzas de protección a que se refiere Calamandrei abandonen sin causa alguna al grueso del ejército, incumpliendo su función y poniendo en riesgo la batalla (Palacios 2004:29).

En consecuencia, concordamos con Palacios cuando indica que “el sancionar con caducidad a una medida cautelar sin que se haya obtenido sentencia firme,

debe tomarse en consideración no solo el simple transcurso del tiempo sin que el proceso concluya, sino que exista una falta de interés en el demandante, o un ejercicio abusivo de su derecho al mantener indefinidamente afectado al demandado con una medida cautelar” (Palacios 2004:29). Así también, estamos de acuerdo con que “ninguna solución interpretativa es posible para explicar las razones por las cuales una medida cautelar pueda caducar estando pendiente el proceso de fondo” (Ariano 2001:84).

Por todo lo anterior, ratificamos que la extinción de una medida cautelar debe ser considerada siempre una última opción por lo que su regulación debe tomar en cuenta las diversas situaciones y responsabilidades de los actores involucrados.

Llegado a este punto y teniendo en cuenta las tres opciones descritas para enfrentar la demora en la constitución del tribunal arbitral, consideramos que la segunda, aunque no sea perfecta, es la mejor por lo que proponemos la modificación del numeral 4 del artículo 47° de la LA de la siguiente manera:

Artículo 47.- Medidas cautelares.

[...]

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. La medida cautelar otorgada se extinguirá si la parte beneficiada no presenta su solicitud de arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes de ejecutada la medida. Asimismo, se extinguirá si, pese haberse iniciado el arbitraje, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días siguientes de dictada la medida. Este último plazo podrá ser ampliado por el plazo de veinte (20) días adicionales solo si la demora en la constitución del tribunal arbitral obedece a situaciones no imputables al beneficiado con la medida para lo cual el juez tendrá en cuenta la posición de ambas partes. Si transcurrido el plazo adicional no se constituye el tribunal arbitral la medida cautelar se extinguirá.

[...]”

A lo largo de esta tesis hemos hecho mención a tres ideas principales. La primera referida a la relevancia del derecho a la tutela cautelar al encontrarse sumamente vinculado con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La segunda referida a la insuficiencia del plazo de 90 días para lograr la constitución del tribunal arbitral

debido al dinamismo y avance del arbitraje. La tercera referida la finalidad legítima detrás de la extinción de una medida cautelar pero cuya regulación debe ser elaborada con sumo cuidado.

En ese sentido, consideramos que la propuesta es adecuada por cuanto no elimina de plano la extinción de una medida cautelar por falta de constitución del tribunal arbitral y mantiene el plazo límite de 90 días para su constitución protegiendo de esta manera la esfera jurídica del afectado. Además, introduce la posibilidad de ampliar ese plazo amparado en retrasos que escapan de las manos del beneficiado y que lógicamente tendrán que ser alegados y probados por él a fin de que sean evaluados por el juez competente.

Ahora bien, consideramos que el plazo adicional no debe quedar a elección del juez por cuanto podrían darse plazos diferenciados ante una misma situación sino que dicho plazo debe encontrarse ya determinado debiendo coincidir o intentar reflejar el tiempo promedio adicional que toma resolver los incidentes o situaciones que se presentan en torno a la constitución del tribunal arbitral en la actualidad. Por ello, en el texto propuesto se ha considerado que, aunque no deja de ser discrecional, ese plazo sea de 20 días. Es decir, cuando el beneficiado con la medida advierta que no será posible lograr la constitución del tribunal arbitral en el plazo de 90 días podrá solicitar la ampliación de ese plazo y una vez que el juez evalúe que el pedido es válido solo podrá decretar la ampliación de ese plazo por 20 días adicionales.

Finalmente, la modificación propuesta exige que el pedido de ampliación del plazo de 90 días para constituir al tribunal arbitral sea resuelta escuchando también al afectado con el objetivo de que el juez pueda determinar de forma más certera si el motivo de la demora en la constitución del tribunal arbitral responde o no a un retraso originado en la ineficiencia de la institución arbitral, en demoras propias del trámite del arbitraje o en una mala fe del afectado. No se puede soslayar que esta propuesta no escapa del problema interpretativo del juez sobre si las situaciones que se aleguen responden efectivamente a razones no imputables al beneficiado, pero al menos brinda una mayor protección al derecho a la tutela cautelar a efectos de que la medida no se extinga de plano por el mero transcurso de un plazo sino que pueda existir un espacio adicional

para que tanto el beneficiado y afectado puedan proteger sus intereses mientras el arbitraje sigue su curso sin sufrir presión para lograr la constitución del tribunal arbitral de la forma más adecuada.



CONCLUSIONES

Después de haber realizado esta investigación, que busca contribuir con el ejercicio pleno del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, podemos resaltar principalmente las siguientes conclusiones:

- 1) El derecho a la tutela cautelar y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentran estrechamente ligados debido a que sin la tutela cautelar resulta difícil sino imposible garantizar el resultado final del proceso o arbitraje. La tutela cautelar debe ser dictada verificándose el cumplimiento de sus requisitos (peligro en la demora, verosimilitud en el derecho y razonabilidad), siendo la falta o disminución de estos lo único válido para poder dejar sin efecto una medida previamente concedida.
- 2) El arbitraje es una vía de solución de controversias provista por el ordenamiento para resolver conflictos. Esta vía no se desarrolla de forma aislada, sino que confluirá en algunos momentos con el sistema judicial, como lo son las medidas cautelares antes del inicio del arbitraje o constitución del tribunal arbitral.
- 3) Si bien el árbitro de emergencia se ha convertido en una opción frecuente para obtener tutela cautelar, este procedimiento no ha reemplazado a la tutela cautelar judicial mas aún cuando se viene cuestionando la legitimidad y validez de las medidas dictadas.
- 4) La extinción de una medida cautelar no se trata en sí de una caducidad (extinción del derecho y de la acción), sino que esta se limita a la pérdida de vigencia de sus efectos a pesar que ese término haya sido utilizado en la norma procesal civil como la ley de arbitraje.
- 5) En el arbitraje, una medida cautelar puede llegar a extinguirse por situaciones que no están exclusivamente en control del beneficiado con esta, siendo una de ellas la extinción por falta de constitución del tribunal arbitral. Sin embargo, si la medida cautelar se otorga porque se cumplen los requisitos para su otorgamiento, no resulta lógico que se extinga tan solo por el transcurso de un plazo que no depende del beneficiado con la medida. En ese sentido, resulta

necesario encontrar una solución intermedia a efectos de regular correctamente la extinción de la medida cautelar cuando la demora ocurra por responsabilidad del demandado.

- 6) De una revisión de las legislaciones de Colombia, Chile, Argentina, Italia y España, se advierte que o no se permite el dictado de medidas cautelares antes de arbitraje por una autoridad judicial o en lo casos en que sí es posible, no existe disposición que contemple la extinción de una medida cautelar por falta de constitución del tribunal arbitral en un plazo determinado.
- 7) De los antecedentes legislativos de la ley de arbitraje actual, se advierte que anteriormente no se había previsto la falta de constitución del tribunal arbitral como causal de extinción de una medida cautelar otorgada en sede judicial, siendo recién incorporada en la ley del 2008.
- 8) Dado que el supuesto de extinción por falta de constitución del tribunal arbitral es aplicable actualmente, es necesario reflexionar acerca de su razonabilidad considerando la evolución del arbitraje nacional en estos últimos años. Ello debido a que existen diversas situaciones y procedimientos a seguir antes de la constitución, tales como la recusación y confirmación de árbitros, las designaciones residuales de árbitros, los pedidos de apartamiento, la oposición al arbitraje, entre otros.
- 9) La demora en la constitución del tribunal arbitral puede derivar de diversas causas y no solo de la mala fe o descuido del beneficiado con la medida. En ese sentido, es importante identificar estas razones a efectos de poder establecer las consecuencias respecto a la vigencia o extinción de las medidas cautelares.
- 10) La extinción de una medida cautelar constituye un límite al derecho a la tutela cautelar pero que responde a una finalidad legítima referida a la protección de la esfera jurídica del afectado.
- 11) La extinción de una medida cautelar es una sanción muy grave por lo que debe ser tratada como última opción. No obstante, de considerarse necesaria, su

regulación debe tomar en consideración las diversas situaciones y responsabilidades de los actores involucrados. Por ello, una solución adecuada consistiría en la posibilidad de solicitar una ampliación del plazo para constituir el tribunal arbitral escuchando la posición tanto del beneficiado como del afectado a efectos de que sea el juez quien evalúe si el motivo alegado responde o no a un retraso no imputable al beneficiado con la medida cautelar.



BIBLIOGRAFÍA

AJANI, Gianmaría y otros

2010 *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

ALFARO, Luis

2013 “Deconstrucción y reconstrucción del contradictorio en el modelo peruano de tutela cautelar. Bosquejo para una teoría cautelar equilibrada”. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 83-127.

ANZOLA, Eloy

2008 “¿Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial?”. *Revista internacional de arbitraje*. Bogotá, número 9, pp. 105-129.

AMPRIMO, Natale

2013 “La tutela cautelar arbitral”. *Ius Et Praxis*. Lima, número 44, pp. 59-79. Consulta: 28 de mayo de 2024.

https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/75/58

ARIANO, Eugenia

2009 “¿Un cautelar “renovado”?: entre los ajustes y los temas pendientes”. *In limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil*. Lima: Instituto Pacífico, pp. 723-741.

ARIANO, Eugenia

2001 “Apuntes sobre la duración temporal de la tutela cautelar” *Themis*. Lima, número 43, pp. 79-91.

ARIANO, Eugenia

2014 “Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil”. *Themis*. Lima, número 66, pp. 329-336. Consulta: 18 de agosto de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12703>

ARIANO, Eugenia

2014 *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

ARRARTE, Ana

2005 “Apuntes sobre la necesaria relación entre el arbitraje y el proceso judicial” *Derecho y Sociedad*. Lima, año XVI, número 24, pp. 358-368.

ARRARTE, Ana

2008 “Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano”. *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 7, pp. 119-151. Consulta: 27 de mayo de 2024.

<https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf>

ARRARTE, Ana

2009 “Apuntes sobre la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial en la nueva Ley de Arbitraje”. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, número 38, pp. 184-196. Consulta: 7 de agosto de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12199/12764>

BARONA, Silvia

2006 *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Thomson Civitas.

BIGGS, Gonzalo

2011 “Arbitraje de emergencia. Soluciones rápidas y eficientes”. *Revista de Abogado*. Santiago, año 15, número 52, año 15, pp. 22-24.

BLANCO, Ana

2020 “Árbitro de emergencia: el refuerzo de la tutela cautelar (ante causam) en el arbitraje institucional”. *Themis*. Lima, número 77, pp. 253-263. Consulta: 28 de mayo de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23480/22462>

BORDACHAR, Rodrigo

2015 “Medidas cautelares en el arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia”. *Derecho y Ciencias Sociales*. La Plata, número 13, pp. 71-91. Consulta: 28 de mayo de 2024.

<http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/49960/>

BRISEÑO, Humberto

1997 *Sobre Arbitraje. Estudios*. México DF: Cárdenas Editor y Distribuidor.

BULLARD, Alfredo

2007 “Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?”. *Themis*. Lima, número 53, pp. 71-89. Consulta: 27 de mayo de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8849/9249>

CAHALI, Francisco y Thiago RODOVALHO.

2017 “El arbitraje en el nuevo CPC. Primeras impresiones”. *Arbitraje en Brasil*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 42, pp. 107-161.

CALAMANDREI, Piero

2005 *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: ARA Editores.

CANELO, Raúl

2013 “Medios alternativos de solución de conflictos: Conceptos previos”. En GARCÍA, Frank (editor). *Derecho Arbitral*. Lima: Adrus, pp. 51-102.

CASTILLO, Mario y Rita SABROSO

2013 “Contenido y forma del convenio arbitral”. En GARCÍA, Frank (editor). *Derecho Arbitral*. Lima: Adrus, pp.103-148.

CASTILLO, Mario, Rita SABROSO y Jhoel CHIPANA.

2018 *La ley de arbitraje. Análisis y comentarios a diez años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

CAVANI, Renzo (coordinador)

2016 *Código procesal civil comentado por los mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.

COLLANTES ROJAS, Christian M.

2020 “No utilizar en caso de emergencia: 5 patologías latentes en el procedimiento de árbitro de emergencia peruano”. *Themis*. Lima, número 77, pp. 265-283. Consulta: 29 de mayo de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23484/22463>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2019 *Casación N° 23312-2019 Arequipa*. Sentencia: 7 de junio de 2022. Consulta: 14 de marzo de 2024

DERAINS, Yves y Eric SCHWARTZ

2011 *Una guía al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario

DO PASSO, Antonio

2010 “El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, número 16, pp. 261-278.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBÓN.

1998 *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FERNÁNDEZ, José

2007 “Arbitraje y Justicia Cautelar”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Madrid, volumen XXII, pp. 23-60. Consulta: 27 de mayo de 2024.

<https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/509b57ca-dc36-4ce2-8775-a72fabbbf240/content>

FERNÁNDEZ, Enrique.

2017 “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid, volumen 9, número 1, pp. 82-98. Consulta: 28 de mayo de 2024.

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3614/2182>

GAMBARO Antonio y Rodolfo SACCO

2008 *Sistemi Giuridici Comparati*. Torino: Utet Giuridica, Torino: 2008

GARCÍA LONG, Sergio (coordinador)

2019 *Derecho de arbitraje. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: Ediciones Normas Jurídicas SAC. Consulta: 27 de mayo de 2024.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/193369>

GONZALES, Francisco

2011 *Arbitraje*. Mexico: Porrúa.

GUZMÁN-BARRÓN, César

2017 *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

LANDA, César

2007 “El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Themis*. Lima, número 53, pp. 29-42.

LEDESMA, Marianella

2008 *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica.

LEDESMA, Marianella

2009. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

LEZCANO, Martha

2011 *La justicia de todos. Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Medellín: Fondo Editorial FUNLAM.

MALLANDRICH, Nuria

2010 *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier.

MONROY, Juan

2002 *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad.

MORALES, Rómulo

2010 *Las patologías y los remedios del contrato*. Tesis de doctorado en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

PALACIOS, Enrique

2004 "Reflexiones sobre la caducidad de las medidas cautelares". *Ius Et Veritas*, número 29, pp.23-31. Consulta: 9 de abril de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11531>

PAREDES, Gustavo

2020 "Jugando a las vencidas: Dispute Boards vs Árbitro de Emergencia". *Derecho & Sociedad*. Lima, número 55, pp. 225-264. Consulta: 28 de mayo de 2024.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23246/22234>

PEREIRA, Marcia y Tathyane RAMOS.

2017 "El arbitraje para la reducción de los costos para el cumplimiento de los contratos empresariales sobre la perspectiva del Análisis Económico del Derecho". *Arbitraje en Brasil*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 42, pp. 13-48.

PIZZOLO, Calogero

2002 "El desarrollo de algunas garantías que hacen al "debido proceso" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)". *Foro jurídico*. Lima, número 01, pp. 103-110. Consulta: 17 de agosto de 2024.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18269/18515>

PRIORI, Giovanni.

2003 “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales; hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. *Ius et Veritas*. Lima, número 26. pp. 273-292.

PRIORI, Giovanni

2005 “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”. *Ius et Veritas*. Lima, número 30, pp. 171-200.

PRIORI, Giovanni

2011 “La oposición a las medidas cautelares en el Perú: Análisis del ejercicio del derecho de defensa en sede cautelar en el proceso peruano”. *Revista peruana de derecho procesal*. Lima, pp. 519-553.

PRIORI, Giovanni

2008 “El principio de la buena fe, proceso, el abuso del proceso y el fraude procesal”. *Derecho y Sociedad*. Lima, número 30, pp. 325-341.

PRIORI, Giovanni

2014 “Del Derecho de Acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos” *Ius et Veritas*. Lima, número 49, pp. 146-161. Consulta: 28 de mayo de 2024.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13621/14244>

PRIORI, Giovanni

2015 “Sobre cuándo se inicia un proceso”. *Ius et Veritas*. Lima, número 50, pp. 344-351.

PROTO PISANI, Andrea.

2014 *La tutela jurisdiccional*. Traducción de Eugenia Ariano y otros. Lima: Palestra.

QUEIJA, Sonia.

2018 “El procedimiento de árbitro de emergencia: ¿la mejor opción”. *Forseti*. Consulta: 23 de octubre de 2018.

<https://forseti.pe/el-procedimiento-de-arbitro-de-emergencia-la-mejor-opcion/>

QUIROGA, Aníbal.

2017 *La naturaleza procesal del arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 46.

“El arbitraje en el nuevo CPC. Primeras impresiones”. *Arbitraje en Brasil*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 42, pp. 107-161.

RABINES MATTA, Rodrigo

2020 “¿Justos pagan por pecadores? Analizando las modificaciones a las reglas del arbitraje contra el Estado peruano”. *Themis*. Lima, número 77, pp. 285-302. Consulta: 27 de mayo de 2024.

<https://doi.org/10.18800/themis.202001.015>

RETAMOZO, Alberto

2015 “El Imaginario y la Realidad en el Arbitraje en Contrataciones Públicas Comentarios a los Estudios del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Contraloría General de la República”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 44, pp.227-235. Consulta: 27 de mayo de 2024.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14405/15020>

ROBIOLO, Jorge

2007 *Derecho arbitral*. Buenos Aires: La Ley

RODRIGUEZ, Marcela

2013 *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Consulta: 28 de mayo de 2024.

<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/1fdebb63-7221-43aa-9077-e8c1b5fe5b40/content>

RUBIO, Roger

2007 “Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. *Themis*. Lima, número 53, pp. 7-28.

SAAVEDRA, Renzo.

2012 “El método y el rol de la comparación jurídica: Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica”. *Advocatus*. Lima, número 25, pp. 193-244.

SANTISTEVAN, Jorge

2008 “Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana”. *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 7, pp. 85-118. Consulta: 27 de mayo de 2024.

<https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf>

SIMONS, Alberto.

2015 “La subsistencia de la medida cautelar y el artículo 630 del Código Procesal Civil”. *Advocatus*. Lima, número 32, pp. 247-253.

SOMMA, Alessandro.

2015 *Introducción al derecho comparado*. Traducción de Esteban Conde. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

SUMARIA, Omar.

2016 “La tutela de urgencia en el arbitraje: el arbitraje de emergencia”. En BERMÚDEZ, Manuel (coordinador). *Manual de Arbitraje*. Lima: Thomson Reuters, pp. 69-85.

TERCIER, Pierre

2010 “El nuevo reto del arbitraje: ¿Cómo reducir la duración y los costos?” En BERNAL, Rafael y otros. *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, pp. 15-25.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 *Expediente N° 8123-2005-PHC/TC LIMA*. Sentencia: 14 de noviembre de 2011. Consulta 10 de marzo de 2024.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08123-2005-HC.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 *Expediente N° 1230-2022-HC/TC LIMA*. Sentencia: 20 de junio de 2002. Consulta 10 de marzo de 2024.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01230-2002-HC.html>

VIERA, Rafael

2011 “La oposición y levantamiento de la medida cautelar”. *Ius et veritas*. Lima, número 43, pp.166-181.