

ENTRE EL RECONOCIMIENTO Y LA INCERTIDUMBRE: LA PARADOJA DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Sebastián Leonardo Yaringaño Salas

Estudiante del X Ciclo de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres

INTRODUCCIÓN

En 1905, un joven Albert Einstein, con tan solo 26 años de edad, presentó al mundo con bombos y tambores su teoría de la relatividad especial. Poco después, en 1915, publicó su célebre teoría de la relatividad general, con el objetivo de armonizar sus ideas y considerar otra serie de variables. Esta última se hizo famosa por demostrar que el tiempo, en efecto, es relativo. Así, el brillante físico alemán, al menos desde la perspectiva de una ciencia exacta como la física, ya nos señalaba con anticipación el importante papel que desempeñaba este factor en la interminable interacción del cosmos.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho, y en particular, dentro del ámbito de un proceso civil o un arbitraje, el tiempo también adquiere un papel determinante, llegando, incluso, a ser considerado como una variable perniciosa en la búsqueda de la protección de una pretensión (Tafur & Tafur, 2023, p. 152).

En este sentido, el tiempo puede convertirse en un serio adversario para una adecuada impartición de justicia. Esto se debe a que su influencia puede determinar si la decisión - judicial o arbitral - sobre el fondo de una controversia se materializa o no (Casaverde, 2020, p. 167). De hecho, no son pocos los casos en los que, tras la finalización de un proceso judicial o un arbitraje, el excesivo transcurso del tiempo impide que la decisión final se concrete en la realidad, vulnerando así el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, consagrado por el artículo 139 de nuestra Constitución Política.

Atendiendo a ello, es un hecho que el despliegue excesivo del tiempo es una de las principales debilidades de todo proceso (Obando Fernández, 2015, p. 392). Lo explicado no le es ajeno al derecho, pues, el mismo reconoce un andamiaje normativo especial, cuyo propósito es el de evitar que el proceso termine perjudicando al titular de una situación jurídica de ventaja, quien se ve obligado a recurrir a este a fin de salvaguardarla. Esta toma por nombre “teoría cautelar” (Priori Posada, 2005, p. 175), cuyo propósito es la de expedir una medida cautelar que garantice la efectividad de una futura decisión judicial y/o arbitral.

Por otra parte, desde la consagración del caso del Tribunal Constitucional “Cantuarias Salaverry” (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC), quedó plenamente confirmada la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, lo que favoreció, en buena medida, la expansión y consolidación de la figura. Esto también facilitó la aceptación de la teoría cautelar en el arbitraje. Un ejemplo de esto se encuentra reconocido en nuestra Ley de Arbitraje, que en su artículo 47 contempla expresamente la posibilidad de que dichas medidas puedan ser solicitadas ante el propio

tribunal arbitral, o en su defecto, ante el Poder Judicial, en caso se requiera dicha tutela antes de su constitución, sin que ello implique renunciar al arbitraje.

De lo anterior surge, inevitablemente, la siguiente pregunta: ¿es acaso posible solicitar medidas cautelares por una vía distinta al Poder Judicial antes de que se constituya un tribunal arbitral? Aunque esta cuestión no tiene una respuesta directa en la norma que regula el arbitraje en nuestro país, sí cuenta con una solución en diversos reglamentos arbitrales de distintos centros de arbitraje nacionales. En síntesis, la solución que ofrecen estos reglamentos es el reconocimiento de la figura del arbitraje de emergencia. Esta figura, entendida por Sumaria - Benavente (2015), como una manifestación de tutela urgente (p. 91), lejos de estar fuera del “ojo de la tormenta”, se ha prestado a interminables debates sobre su viabilidad o no, más aún si lo que se pone en juego es el alto interés público que maneja la contratación pública.

A partir de este contexto, el propósito de las siguientes líneas es examinar cómo la nueva Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento han regulado el arbitraje de emergencia y por qué esta regulación podría limitar la eficacia práctica de un mecanismo que, en teoría, está destinado a atender situaciones en las que el paso del tiempo se vuelve determinante para la protección de derechos.

ORIGEN Y DESARROLLO DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA A NIVEL COMPARADO

Para entender el surgimiento del arbitraje de emergencia en el plano institucional, es necesario remontarse a sus primeros antecedentes y, en particular, al Procedimiento Precautorio Prearbitral de la ICC de 1990. Como señala Alnaber (2019), uno de los problemas históricos del arbitraje era que el tribunal no podía otorgar medidas cautelares hasta su constitución, lo que obligaba a las partes a recurrir a los tribunales judiciales nacionales incluso en situaciones que requerían una respuesta inmediata. Este vacío evidenció la necesidad de contar con mecanismos ágiles que permitieran adoptar medidas cautelares mientras el tribunal arbitral aún no estaba conformado. En ese escenario, el procedimiento prearbitral de la ICC se presentó como una primera tentativa de solución, que posteriormente impulsaría la creación y desarrollo del arbitraje de emergencia hasta la fecha.

En efecto, según indica Figueroa Valdés (2017), el Procedimiento Precautorio Prearbitral de la ICC no se encontraba incorporado en forma de disposiciones concretas en su Reglamento General, por lo que las partes debían acordar expresamente su sometimiento al mismo. Este enfoque, conocido en la doctrina como mecanismo *opt in*, resultó en una aplicación limitada, registrándose solo 14 casos entre 1990 y 2012.

Si tenemos algo que destacar del Reglamento del Procedimiento Prearbitral de la ICC de 1990 es su brevedad, ya que constaba de solo siete artículos. En síntesis, este reglamento se encontraba diseñado para permitir que un tercero —sin emplear expresamente los términos “árbitro” o “árbitro de emergencia”— pudiera dictar medidas cautelares de manera ágil. Dichas medidas podían tener distintos propósitos, como conservar o restituir un estado de hecho o de

derecho, ordenar el pago de una suma de dinero a una de las partes o a un tercero, o preservar y constituir pruebas, según lo dispuesto en el artículo 2 de dicho instrumento.

Como se señaló, esta figura fracasó en su implementación, por lo que a la ICC no le quedó mejor remedio que cambiar su modelo *opt in* a uno *opt out* o de exclusión (Vega Espinoza, citando a Grierson, 2017, p. 37), es decir, que el mecanismo se aplica de forma automática, y lo que debe acordarse, en su caso, es una renuncia expresa a su aplicación.

Lo señalado en líneas precedentes tan solo supuso el inicio de todo, pues, el 1 de mayo de 2006, el Centro Internacional para la Solución de Controversias (ICDR) incorporó por primera vez en su Reglamento de Arbitraje un apartado titulado "Medidas Urgentes de Protección", regulado en el artículo 37 de dicho instrumento. Tal como lo indica Roncancio Martínez (2012, p. 5), a diferencia del "*Procedimiento Precautorio Preearbitral*", el arbitraje de emergencia reconocido por la ICDR operaba forma inmediata para las partes que hubieran aceptado regirse por el reglamento de la acotada institución arbitral, salvo que las mismas, y de forma expresa, hayan establecido excluir el arbitraje de emergencia, es decir, que se utilizara el modelo *opt out* de reconocimiento de la figura. Pese a esta novedad, lo verdaderamente curioso a destacar es que se estableció que el encargado de resolver la solicitud de una medida cautelar urgente adoptara la denominación de árbitro, en lugar de "tercero", tal como lo señalaba el Reglamento de la ICC en un inicio.

Finalmente, y debido a que el arbitraje de emergencia se presentó como una opción para facilitar la obtención de medidas de protección urgentes de forma ágil y eficiente, en casos donde circunstancias excepcionales impidan esperar la conformación del Tribunal Arbitral (Rivera, 2014, p. 173), posibilitó en buena cuenta que distintos centros de arbitraje vayan reconociendo este mecanismo en sus reglamentos arbitrales. No por nada, según señala Figueroa Valdés (2017), en 2011, las reglas del Centro Australiano para el Arbitraje Comercial Internacional (ACICA) incluyeron explícitamente el nombramiento de árbitros de emergencia en sus procedimientos, como también, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), cuyas disposiciones entraron en vigor en noviembre de 2013, y la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón (JCAA), que implementó una nueva normativa en febrero de 2014 (p. 5).

Estos son solo algunos ejemplos que ilustran cómo los reglamentos arbitrales de prestigiosas instituciones internacionales han incorporado el arbitraje de emergencia, estableciendo las bases para su expansión a nivel global. Como resultado, esta práctica ha sido adoptada progresivamente en Latinoamérica y, en consecuencia, en el Perú.

EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN EL PERÚ

El arbitraje de emergencia en el Perú es introducido por primera vez en un Reglamento Arbitral por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en el año 2017. En efecto, el numeral 1 del artículo 35 del indicado reglamento, en tono literal, indicaba lo siguiente:

Artículo 35.- Árbitro de Emergencia

1. Hasta antes de la constitución del Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes que requiera medidas cautelares urgentes puede solicitar que se inicie un procedimiento ante un árbitro de emergencia (el “Árbitro de Emergencia”), quien conoce y resuelve la respectiva solicitud, según el procedimiento establecido en las “Reglas del Árbitro de Emergencia” (Apéndice I del Reglamento).

De manera similar, el Reglamento Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP) incorporó esta figura en el año 2017, incluyéndola en el artículo 66 de dicho reglamento y estableciendo expresamente lo siguiente:

Artículo 66º.- En tanto quede constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar al Centro la designación de un árbitro de emergencia, quien una vez constituido estará facultado para dictar las medidas cautelares que considere necesarias, siendo de aplicación el procedimiento específicamente establecido para el Servicio de Árbitro de Emergencia del Centro y, en lo que sea pertinente, la regulación de las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje.

Esta disposición reglamentaria sería posteriormente complementada por la Directiva para el Servicio de Árbitro de Emergencia PUCP del año 2019, instrumento normativo que en su artículo 1 dispondría de lo siguiente:

Artículo 1º Árbitro de Emergencia

Por su solo sometimiento al arbitraje institucional administrado y organizado por el Centro, cualquiera de las partes que se encuentre en situación de urgencia podrá solicitar el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para que dicte las medidas correspondientes, de conformidad a lo dispuesto en la presente Directiva. Se entiende como urgencia, aquella situación que no pueda esperar hasta la constitución del Tribunal Arbitral. El Árbitro de Emergencia será competente hasta producida la constitución del Tribunal Arbitral. El procedimiento de Árbitro de Emergencia será aplicable solamente a las partes que hayan suscrito el convenio arbitral después de la entrada en vigencia del reglamento que lo contempla (Reglamento de Arbitraje de 2017). La Solicitud de Árbitro de Emergencia puede presentarse antes, después o conjuntamente con la solicitud de arbitraje.

Pese a lo indicado, el CARC PUCP, con la modificación de su Reglamento Arbitral en el año 2024 dispuso la eliminación de su servicio de arbitraje de emergencia de manera total.

Otra importante institución arbitral que reconoce en su reglamento el arbitraje de emergencia es el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú), que en el inciso 1 del artículo 37 de su reglamento contempla que:

En cualquier momento anterior a la constitución del tribunal arbitral, se haya presentado o no una solicitud de arbitraje, se puede solicitar a la Corte el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para que conozca sobre la adopción de una medida de

emergencia, según el procedimiento establecido en las Reglas de Árbitro de Emergencia

Adicionalmente, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), mediante su Directiva 004-2020-OSCE/CD también brindó reconocimiento a la figura al diseñar su Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Especializado y Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del SNA-OSCE.

Como se pudo apreciar, la práctica arbitral peruana viene consolidando la inclusión de la figura del arbitraje de emergencia en distintos reglamentos de arbitraje, lo que representa un fiel reflejo de su auge y expansión.

EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN LA LEY N.º 32069: UNA REGULACIÓN QUE NO TERMINA DE FUNCIONAR

Habiendo brindado un breve contexto histórico respecto del reconocimiento del arbitraje de emergencia en nuestro país, resulta más que pertinente abordar - a nuestro criterio - lo mal regulada que se encuentra a la luz de la Ley N° 32069, Ley General de Contrataciones Pùblicas y su Reglamento (en adelante LGCP).

Para empezar, la LGCP, en su artículo 85.1, literal a), reconoce legalmente la figura del arbitraje de emergencia, al establecer que, “(...) es competente para resolver las solicitudes cautelares interpuestas antes de la constitución del tribunal arbitral, en donde no sea de aplicación el arbitraje de emergencia, el juez subespecializado en lo comercial o, de no existir tal subespecialidad, el juez civil (...”).

Asimismo, el Reglamento de la LGCP también en claro al señalar en su art. 343 que “*solo procede el arbitraje de emergencia en controversias relacionadas a contratación pública, cuando en el convenio arbitral se señale expresamente y siempre que este arbitraje sea conocido por la misma Institución Arbitral en la que se debe tramitar el arbitraje definitivo*”. En adición, también indica que este tipo de arbitraje debe estar previsto en el reglamento de la institución arbitral correspondiente.

Como se puede observar, el arbitraje de emergencia, al menos en lo que respecta a la regulación en materia de contratación pública, ya se encuentra reconocido de forma legal y reglamentaria, lo que, a priori, parece contradecir su propia naturaleza. Así lo advierten Cantuarias y Serván (2024), quienes sostienen que el arbitraje de emergencia opera de manera óptima y eficiente en el ámbito contractual (p. 375).

Ahora bien, al revisar de manera conjunta el artículo 85.1 literal a) de la LGCP y el artículo 343 de su Reglamento, se aprecia un problema que no es menor, pues ambos textos transmiten mensajes distintos respecto del rol que debe cumplir el arbitraje de emergencia. En efecto, el artículo 85.1 literal a) establece que es el juez subespecializado en lo comercial —o, en su defecto, el juez civil— quien debe conocer las solicitudes cautelares planteadas antes de la

conformación del tribunal arbitral, **siempre que el mecanismo de arbitraje de emergencia no resulte aplicable**. A partir de esta redacción puede inferirse que, para el legislador, el arbitraje de emergencia constituye el cauce ordinario para la tramitación de medidas cautelares urgentes mientras el tribunal arbitral todavía no se encuentra constituido. En consecuencia, la participación del Poder Judicial queda circunscrita a situaciones realmente excepcionales, es decir, a aquellos supuestos en los que no sea viable acudir al arbitraje de emergencia.

Sin embargo, cuando se contrasta esta disposición con lo previsto en el artículo 343 del Reglamento, la lógica parece invertirse, pues este último establece que el arbitraje de emergencia únicamente es aplicable en controversias vinculadas a contratación pública cuando el convenio arbitral lo indique de manera expresa y siempre que dicho procedimiento sea tramitado por la misma institución arbitral ante la cual se desarrollará el arbitraje definitivo, además de requerir que dicha institución cuente con un reglamento que contemple expresamente este servicio. Desde esa perspectiva, el Reglamento no se apoya en la regla general recogida en la Ley, sino que condiciona la aplicación del arbitraje de emergencia a un nuevo acuerdo expreso de las partes, lo que restringe significativamente su aplicación práctica y genera un panorama de incertidumbre.

A partir de ello, puede observarse una evidente falta de coherencia normativa, pues, aunque la Ley busca que la tutela urgente sea atendida principalmente por un árbitro de emergencia, el Reglamento reintroduce un esquema restrictivo que obliga a las partes a pactar nuevamente aquello que, en principio, debería activarse por el solo sometimiento a un reglamento institucional, lo que trae como consecuencia que la vía judicial, lejos de quedar como excepción, vuelve a ocupar un lugar central, lo que contradice la finalidad declarada en el propio artículo 85.1 literal a) de la LGCP.

Sin perjuicio de ello, este diseño también afecta la libertad contractual de manera innecesaria, dado que, si las partes ya eligieron un reglamento arbitral que contempla el arbitraje de emergencia, no parece razonable exigir un pacto adicional para permitir su utilización, ya que ello obliga a duplicar decisiones que, en la práctica, deberían entenderse implícitas. Además, la prevalencia de este modelo opt in deja de lado la experiencia comparada, en la que se comprobó que el arbitraje de emergencia solo alcanzó verdadera eficacia cuando adoptó una lógica opt out, pues ello garantizaba su disponibilidad inmediata sin necesidad de pactos adicionales.

Ahora bien, los problemas no se detienen hasta aquí, pues, desde la entrada en vigor de la LGCP, para que una institución arbitral pueda administrar un arbitraje en materia de contratación pública, es necesario que dicha institución se encuentre inscrita en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas (REGAJU), según lo dispone el artículo 84.1 de dicha ley.

Más allá de nuestra opinión sobre el REGAJU, lo cierto es que el reconocimiento normativo del arbitraje de emergencia responde a una problemática práctica; en particular, nos referimos a la concesión de medidas cautelares emitidas por centros de arbitraje “expres”, las cuales, en

términos generales, resultaban perjudiciales para las entidades contra las que se dictaban estas medidas con carácter urgente.

En efecto, si el objetivo de las disposiciones normativas vigentes es —como detallaremos en los siguientes párrafos— fortalecer la credibilidad de las instituciones que administran arbitrajes en los que el Estado es parte, el problema no radica en la exclusión de una modalidad determinada, sino en la necesidad de reforzar la confianza en dichas instituciones.

En este sentido, parece que la *ratio legis* del reconocimiento normativo modelo *opt in* para el sometimiento al arbitraje de emergencia, así como la obligatoriedad de inscripción en el REGAJU para ofrecer el servicio de arbitraje institucional, persigue dos objetivos principales: i) elevar los estándares de calidad de los centros de arbitraje que prestan este servicio, incluyendo el arbitraje de emergencia y ii) evitar que la Estado se vea obligado a defenderse en un procedimiento arbitral de emergencia ante un centro de arbitraje al que no se ha sometido previamente. Este último problema era común bajo las disposiciones del Reglamento de la Ley N° 30225, cuyo artículo 226.2, literal b, establecía que el arbitraje podía iniciarse ante cualquier institución arbitral en caso de que no se hubiera designado una en el convenio arbitral.

Si bien, a primera vista, los objetivos expuestos en el párrafo anterior responden a un criterio de seguridad jurídica en la prestación del servicio de arbitraje de emergencia cuando una de las partes es el Estado, el reconocimiento legal y reglamentario de la figura podría, como advertimos, colisionar con la naturaleza contractual del arbitraje, inclusive, llegar al absurdo de dejarla sin efecto por la forma en la que se encuentra redactada la normativa vigente.

Nos explicamos. Para empezar, resulta necesario dar una atenta lectura al artículo 84 de la LGCP, que señala que “*en los arbitrajes institucionales el convenio arbitral puede identificar la institución que lo administre*”. Lo comentado supone un riesgo, ya que la nueva ley solo prevé como una posibilidad la designación de una Institución Arbitral, lo cual contradice la *ratio legis* que la nueva normativa ha tratado de imponer. En adición, el art. 343 del Reglamento de la LGCP, tal como expusimos, indica que sólo se podrá iniciar un arbitraje de emergencia cuando este es expresamente acordado por las partes, se someta ante la misma institución que tramitará el arbitraje definitivo y que esta contemple en su reglamento el servicio de arbitraje de emergencia. Si esto es así, respecto del arbitraje de emergencia, ¿por qué la ley contempla, únicamente, **la posibilidad** de designar una institución arbitral, mientras que su reglamento exige que dicha designación sea expresamente acordada por las partes y que, necesariamente, el arbitraje de emergencia se someta a la misma institución que tramitará el arbitraje definitivo? Como se podrá advertir, no tiene sentido que, a nivel legal, se otorgue la posibilidad de elegir un determinado centro de arbitraje y que luego, a nivel reglamentario, se imponga la exigencia de un acuerdo expreso entre las partes para la activación del arbitraje de emergencia, condicionando, además, dicha elección a la designación del centro que tramitará el fondo de la controversia, como también, que la misma cuente con el servicio de arbitraje de emergencia. Esta contradicción normativa no solo restringe el acceso al arbitraje de emergencia, sino que también podría generar incertidumbre en la aplicación de la figura materia de análisis.

Lo expuesto resulta de mucho riesgo, pues, podría generarse que, cuando el convenio arbitral no haya establecido una institución específica para administrar el procedimiento arbitral – en aplicación del artículo 84 de la LGCP –, la parte que desee activar un arbitraje de emergencia no pueda hacerlo, aun cuando su implementación esté contemplada por el común acuerdo de las partes.

Además, aunque la LGCP y su Reglamento han tenido la virtud de reconocer de forma legal al arbitraje de emergencia, lo cierto es que ambos cuerpos normativos guardan silencio absoluto respecto de cómo debería desarrollarse este procedimiento, omisión que no es para nada menor, ya que la sola consagración legal de la figura no basta para asegurar su eficacia práctica, lo que genera inevitablemente que sean las instituciones arbitrales las que deban asumir la responsabilidad de regular el procedimiento de arbitraje de emergencia, lo que, en principio, podría parecer razonable por la naturaleza contractual del arbitraje; sin embargo, al analizarlo con mayor detenimiento, se advierte que esta delegación normativa termina generando importantes niveles de incertidumbre, ya que cada institución —en ejercicio legítimo de su autonomía— podrá establecer un procedimiento distinto, lo que implica que la tutela urgente dependerá más del reglamento institucional elegido que de un estándar común previsto por la ley.

A ello se suma que, más allá de la ausencia de un procedimiento uniforme, el legislador tampoco se ha pronunciado sobre un aspecto fundamental: la naturaleza de la decisión emitida por el árbitro de emergencia, pues la LGCP y su Reglamento no determinan si la resolución final debe considerarse un laudo, una orden procesal o cualquier otra categoría similar, de modo que esta falta de precisión genera dudas sobre su ejecutabilidad, su firmeza y los mecanismos a través de los cuales puede ser impugnada o cuestionada.

Esto no es un defecto menor, ya que, conforme lo señala Piccardi (2024), la decisión de un árbitro de emergencia puede adoptar la forma de una orden o un laudo arbitral parcial. De forma similar, complementa lo anterior indicando que la mayoría de las normas institucionales permiten a los árbitros de emergencia emitir su decisión en la forma que consideren adecuada, siempre que se cumplan ciertas normas procesales, incluyendo que la decisión sea motivada y se dicte por escrito.

Teniendo presente ello, Loayza (2020) señala que las decisiones que puede emitir un árbitro durante el transcurso de un procedimiento arbitral pueden calificarse en: i) laudos arbitrales; ii) laudos provisionales; iii) laudos interlocutorios o parciales; iv) requerimientos provisionales y v) órdenes procesales (pp. 200 – 201).

En consecuencia, y más allá de los alcances y la naturaleza que puedan asumir cada una de estas decisiones arbitrales, mientras algunos centros de arbitraje podrían calificar la resolución sobre una solicitud de arbitraje de emergencia como un laudo provisional, otros podrían atribuirle únicamente la calidad de una orden procesal, lo que deriva en un panorama disímil en el que la eficacia de la medida depende del centro de arbitraje seleccionado y no de una regla uniforme proporcionada por la ley.

Ahora bien, en el contexto nacional, las disposiciones de los distintos reglamentos arbitrales no suelen ser claros al respecto. A modo de ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en el artículo 8 de su Apéndice I referido a las reglas del árbitro de emergencia, hace mención, en sus siete incisos, a la palabra decisión, lo que sucede, de forma similar, con lo contemplado en el artículo 7 del Apéndice III - Reglas de Árbitro de Emergencia – del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú).

Como se aprecia en ambos ejemplos, las dos instituciones arbitrales aluden al término “decisión”, pero no precisan si se trata de una orden procesal ni, mucho menos, de un laudo parcial u otra categoría decisoria, lo que sin duda alguna coloca a las partes en un escenario de evidente incertidumbre respecto de la ejecutabilidad, los efectos y el verdadero alcance de la decisión que se emitía al concluir un arbitraje de emergencia.

En suma, todo lo expuesto permite advertir que, aunque la LGCP y su Reglamento han querido incorporar el arbitraje de emergencia dentro del nuestro nuevo sistema de contratación pública, lo cierto es que lo han hecho de una manera incompleta y, en algunos puntos, contradictoria, pues reconocen la figura, pero no le brindan un procedimiento uniforme, pautas mínimas, y un estándar común que permita garantizar uniformidad y seguridad jurídica. Por ello, lejos de consolidarse como un mecanismo efectivo de tutela urgente, el arbitraje de emergencia termina enfrentando un marco normativo que dificulta su aplicación práctica y que, en lugar de reducir la incertidumbre, la incrementa, lo que evidencia la necesidad urgente de repensar su regulación para que realmente cumpla el rol para el cual fue diseñado.

CONCLUSIONES

En primer lugar, se concluye que nuestra legislación permite la concesión de medidas cautelares urgentes antes de la constitución del tribunal arbitral. Esta, se puede solicitar directamente ante un Juez sin que el mismo represente una renuncia y/o incompatibilidad con el arbitraje. Sin embargo, la práctica arbitral a nivel internacional ha visto por pertinente crear la figura del arbitraje de emergencia, la misma que se ha implantado, no solo en los reglamentos de renombradas instituciones arbitrales a nivel internacional, sino que también por diversos centros de arbitraje a lo largo y ancho de nuestro país.

De igual forma, dado que el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad, la activación del arbitraje de emergencia debería depender, razonablemente, de lo que las partes hayan decidido, ya sea mediante un modelo opt in o opt out, lo que permite que el procedimiento se ajuste a las expectativas que ellas mismas fijaron cuando pactaron resolver sus controversias a través del arbitraje.

Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública, la LGCP y su Reglamento terminan complicando este panorama al exigir un acuerdo expreso y al obligar a que el arbitraje de emergencia se tramite ante la misma institución que conocerá el arbitraje definitivo, lo que genera no solo una evidente tensión entre lo que dispone la Ley y lo que exige su Reglamento,

sino también barreras adicionales que desincentivan el uso de una herramienta diseñada para actuar con rapidez.

Por todo ello, la regulación finalmente adoptada no termina de ajustarse a la naturaleza del arbitraje de emergencia, ya que, en vez de facilitar su empleo y fortalecer la tutela urgente, introduce condiciones que pueden limitar su eficacia en la práctica, por lo que el desafío pendiente consiste en construir un marco normativo más claro, más coherente y verdaderamente alineado con la finalidad para la cual esta figura fue concebida.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes de doctrina:

- Alnaber, R. (2019). *Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement*, en William W. Park (ed), *Arbitration International*, págs. 441-472 , disponible en Kluwer Arbitration en <https://kluwerarbitration.pucp.elogim.com/document/kli-ka-ai-2019-04-004>
- Cantuarias, F. y Serván, N. (2024). *¿Un paso adelante o un paso hacia atrás?: Las reformas en el arbitraje de emergencia de contratación pública en el Perú?* en *El régimen de Contrataciones con el Estado: Una mirada hacia el futuro de su regulación*. Themis Editorial Jurídica.
- Casaverde, F. (2020). Medidas cautelares en el arbitraje. *Foro Jurídico*, (18), 166-180. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/23391>
- Figueroa Valdés, J. (2017). *El arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras*. Revista Argentina de Arbitraje. Recuperado a partir de: <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1434>.
- Loayza Orellana, S. J. (2020). Arbitraje de emergencia: Aplicación de la Convención de Nueva York para ejecutar las decisiones sobre medidas cautelares. *Revista de Derecho de la UCB*, 4(7), 191–226. <https://doi.org/10.35319/lawreview.2020754>
- Obando Fernández, M. (2013). *La Tutela Cautelar y la eficacia del sistema jurídico. Reflexiones a partir de caso Factortame*. *Foro Jurídico*, (12), 391-398. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13833>
- Piccardi, G. (2024), Emergency arbitration: historical context, current landscape, and practical issues, en Carlos González-Bueno (ed), *40 under 40 International Arbitration*, disponible en Kluwer Arbitration en <https://kluwerarbitration.pucp.elogim.com/document/kli-ka-gonzalez-bueno-2024-ch17>
- Priori Posada, G. (2005). *El derecho fundamental a la tutela cautelar : fundamentos, contenido y límites*. IUS ET VERITAS, 15(30), 171-200. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11799>
- Rivera, I. (2014). *El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento*. Arbitraje PUCP. Núm. 4 (2014). Recuperado a partir de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/112726>.

- Roncancio Martínez, L. (2012). *El Árbitro de Emergencia: Un Estudio Comparado*. Recuperado a partir de: <http://hdl.handle.net/11520/26175>
- Sumaria - Benavente, O. (2015). *Arbitraje y tutela de urgencia: el arbitraje de emergencia*. *Advocatus*, (032), 71-91. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n032.4385>.
- Tafur Sánchez, S. y Tafur Scaglia, S. (2023). *La evolución del mecanismo del arbitraje de emergencia en el mundo y su importación al Perú*. *Arbitraje*, 15(1). <https://doi.org/10.31921/ArbitrajeRACI.n15.1a2232>
- Vega Espinoza, D. (2017). *La Incorporación del Árbitro de Emergencia en nuestro Ordenamiento*. *Arbitraje PUCP*. Núm. 7, 35-41. Recuperado a partir de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/c70e66c5-38e7-4a52-a3f4-d2f2a37fad0b>

Fuentes jurisprudenciales y/o reglamentarias

- Directiva 004-2020-OSCE/CD (2020). Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Recuperado a partir de: <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/441970-004-2020-osce-cd-v-02>
- Reglamento Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2017). CARC PUCP. Recuperado a partir de: https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2017/07/14210602/arb_norm_03_regarb-centan-y-resol.pdf
- Reglamento Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2024). CARC PUCP. Recuperado a partir de: <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2024/10/29093728/2023-002-reglamento-de-arbitraje-de-la-unidad-de-arbitraje-del-centro-de-analisis-y-resolucion-de-conflictos-de-la-pontificia-universidad-catolica-del-pe.pdf>
- Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2017). Cámara de Comercio de Lima. Recuperado a partir de: https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamentoarbitraje2017/reglamento_ccl_2017.pdf
- Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (2024). Recuperado a partir de: <https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2024/11/REGLAMENTO-2024.pdf>

- Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral (1990). International Chamber of Commerce. Recuperado a partir de: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2016/11/1990-Rules-for-a-Pre-Arbitral-Referee-Procedure-SPANISH.pdf>
- Sentencia del Exp. N° 6167-2005-PHC/TC (2006). Tribunal Constitucional (Fernando Cantuarias Salaverry). Recuperado a partir de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>