

## MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE: ALGUNAS NOTAS A PROPÓSITO DE LA ANOTACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL PROCESO ARBITRAL EN LOS REGISTROS PÚBLICOS\*

Javier Anaya Castillo\*\*

### Resumen

El objeto del presente trabajo es comentar los alcances de la modificación efectuada a la Ley de Arbitraje peruana mediante el Decreto Legislativo N° 1231, en mérito del cual se incorporó un nuevo mecanismo denominado “Anotación de la existencia del proceso arbitral”. A tal efecto, se formula un análisis general sobre las medidas cautelares en el arbitraje, teniendo en cuenta los alcances de la potestad cautelar y los distintos tipos de medidas que los árbitros dictan en el proceso. Posteriormente, se evalúa esta nueva medida y se tienen presentes, su naturaleza, características y vinculación con la *confidencialidad* que impera en el arbitraje.

Recibido: marzo 28 de 2016 – Aprobado: julio 4 de 2016.

\* Artículo inédito.

Para citar el artículo: ANAYA CASTILLO, Javier. Medidas cautelares en el arbitraje: algunas notas a propósito de la anotación de la existencia del proceso arbitral en los registros públicos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 44, julio- diciembre. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 141-171.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Maestría de Derecho Privado en la Universidad Carlos III de Madrid y estudios de especialización de Arbitraje Comercial y de Inversiones en la Universidad Complutense de Madrid, de Derecho Urbanístico en el Lincoln Institute of Land Policy y de Derecho Registral en la Universidad Autónoma de Madrid y el Colegio de Registradores de España. Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Registral y de la Comisión Consultiva de Derecho Urbanístico, Inmobiliario y Catastral del Colegio de Abogados de Lima. Registrador Público de la Propiedad de Lima. Ha integrado diversas comisiones normativas para la elaboración de reglamentos y directivas registrales.

**Palabra claves:** potestad arbitral, tipos de medida cautelar, anotación preventiva, registro público.

### **Abstract**

The objective of this paper is to discuss the scope of the amendments made to the Peruvian Arbitration Law by Legislative Decree 1231, by which was incorporated a new mechanism called “Annotation of the arbitration process existence”. For that purpose, the framework of precautionary measures in the arbitration should be explained, taking into account the scope of the interim authority and the different measures that can be dictated in the process. Then we evaluate this new measure inserted in Peruvian Arbitration Law regarding his nature, characteristics, and the confidentiality as principle in the arbitration.

**Key words:** arbitral authority, provisional measures, public registry.

## **Introducción**

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el *colombiano*<sup>1</sup> o el *chileno*<sup>2</sup>, en el Perú se ha establecido un *sistema monista*<sup>3</sup> en el arbitraje. Eso significa que la ley arbitral peruana se aplica tanto al arbitraje nacional como al internacional.

---

<sup>1</sup> Mediante la Ley 1563 del 2012 se aprobó el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. En torno a esta norma Rey Vallejo ha señalado que: “Las disposiciones recientemente adoptadas por el legislador colombiano siguen el esquema dualista, tradicionalmente arraigado en el ánimo de muchos de los operadores arbitrales nacionales, que consagra una primera parte dedicada al arbitraje doméstico con marcada tendencia procesalista y un segundo apartado destinado a regular el arbitraje internacional cuyo fundamento esencial es la Ley Modelo CNUDMI versión 2006”. REY VALLEJO, Alfredo Pablo. “Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio”. *En*: 128 *Vniversitas*. Enero-junio. Bogotá, 2014. p. 271. Disponible en: <http://goo.gl/nqCwbH>

<sup>2</sup> Así, mientras que el arbitraje internacional está regulado en la Ley 19.971, el arbitraje doméstico está regulado en el Título IX, artículos 222 al 243 del Código Orgánico de Tribunales (COT) y en el Título VIII del Libro III, artículos 628 al 644 del Código de Procedimiento Civil (CPC).

<sup>3</sup> Si bien en algún momento se ha señalado que las normas relativas a las derogaciones y excepciones tienen un cierto carácter dualista, en líneas generales la ley de arbitraje peruana es monista. Al respecto: “Conforme al derecho español y peruano, un único cuerpo de disposiciones rige el arbitraje internacional e interno. Por tanto, la doctrina mayoritaria concuerda en clasificar tales leyes de arbitraje como monistas”. FAVRE-BULLE, Xavier y MUÑOZ, Edgardo. “Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿son todas ellas dualistas?”. *En*: *Arbitraje internacional: pasado, presente y*

Este esquema monista ha requerido que el legislador tenga que “ajustar la ley a los últimos avances en la experiencia internacional”<sup>4</sup>, por lo que ha logrado finalmente adoptar con mucho acierto, no sólo diversas reglas contenidas en la ley modelo de UNCITRAL<sup>5</sup>, sino también, importantes criterios interpretativos esgrimidos en la jurisprudencia arbitral internacional.

Sin embargo, algunas instituciones –propias del arbitraje internacional– que han sido incorporadas, como flexibilizar la formalidad del laudo o extender el convenio arbitral a *partes no signatarias*<sup>6</sup>, por citar sólo algunos ejemplos, han sido mal utilizadas en el arbitraje doméstico, en especial en el arbitraje *ad hoc*. Nos referimos concretamente a aquellos procesos arbitrales amañados que, al permitir irregularmente el cambio de propiedad sobre un inmueble, han coadyuvado en la configuración del *fraude inmobiliario* en el Perú. A modo de ejemplo, podríamos decir que estos arbitrajes se caracterizaban por provenir de cláusulas arbitrales ambiguas<sup>7</sup>, por declararse competentes pese a la ausencia de un acuerdo real entre las partes para someterse a un arbitraje<sup>8</sup>, por pronunciarse sobre materias indisponibles y por admitir medios probatorios falsificados, entre otros problemas.

Empero, estas vicisitudes producidas en el ámbito arbitral no quedaban sólo allí. Para despojar la propiedad inmobiliaria en forma efectiva, se necesitaba que estos laudos *fraudulentos* accedieran también al registro público. Este acceso se conseguía finalmente sin mayores dilucidaciones. Ello en razón de que la función de control que ejercen los registradores públicos sobre las actuaciones arbitrales se encuentra limitada por la propia legislación arbitral (esto se puede colegir de los artículos 3.4<sup>9</sup>,

---

*futuro, Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*. Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013. p. 1439.

<sup>4</sup> Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1071.

<sup>5</sup> Ley Modelo de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) del 2006 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

<sup>6</sup> Art. 14. **Extensión del convenio arbitral.** “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

<sup>7</sup> Sobre esta problemática puede revisarse la nota periodística realizada por el diario legal *La Ley*. Disponible en: <http://goo.gl/rtFoVd>

<sup>8</sup> Sobre esta problemática puede revisarse la nota periodística realizada por el diario *Perú 21*, disponible en: <http://goo.gl/Y3IcAg>, en el diario *La República*, disponible en: <http://goo.gl/JE9pwd> y <http://goo.gl/8EKbdc>, o en la revista *Caretas*, disponible en: <http://goo.gl/Symunp>

<sup>9</sup> El artículo 3.4 del Decreto Legislativo del arbitraje establece: “**Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal**

41.1<sup>10</sup>, 48.3<sup>11</sup> y 62<sup>12</sup> de la ley de arbitraje) e incluso por la propia normativa registral pertinente (Reglamento General de los Registros Públicos, art. 32-A<sup>13</sup>).

Frente a esta situación, mediante el Decreto Legislativo 1231<sup>14</sup> se hicieron algunas modificaciones a la ley arbitral peruana y se incorporó una nueva figura denominada “anotación de la existencia del proceso arbitral”, cuya regulación la encontramos en el numeral 5° del artículo 39 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo del Arbitraje. De acuerdo con esta medida, si la demanda o la reconvencción arbitral versan sobre actos o derechos inscribibles en el registro público, el Tribunal Arbitral solicitará la anotación de

---

**arbitral, a excepción del control judicial** posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad”.

<sup>10</sup> El artículo 3.4 del Decreto Legislativo del arbitraje establece: “El tribunal arbitral **es el único competente para decidir sobre su propia competencia**, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales”.

<sup>11</sup> El artículo 48.3 del Decreto Legislativo del arbitraje establece: “La **autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar**. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados”.

<sup>12</sup> El artículo 48.3 del Decreto Legislativo del arbitraje establece: “1. Contra el laudo **sólo podrá interponerse recurso de anulación**. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. 2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está **prohibido** bajo responsabilidad, **pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral**”.

<sup>13</sup> En el artículo 32-A del Reglamento General de los Registros Públicos se ha señalado: “(...) Sin perjuicio de ello, las instancias registrales no podrán evaluar la competencia del Tribunal Arbitral o Árbitro Único para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo. Tampoco podrá calificar la validez del convenio arbitral ni su correspondencia con el contenido del laudo (...)”.

<sup>14</sup> El 26 de setiembre de 2015 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 1231, en virtud del cual se modifica e incorpora normas y disposiciones al Decreto Legislativo 1071, norma que regula el arbitraje en el ordenamiento jurídico peruano.

la existencia del proceso arbitral en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo.

Con relación a estas modificaciones formuladas, vemos que cierto sector de la doctrina peruana<sup>15</sup> se ha pronunciado en forma favorable sobre los nuevos preceptos normativos. Sin embargo, el hecho de publicitar la existencia de un proceso arbitral a través del registro público, nos plantea una serie de cuestiones conceptuales en torno a esta nueva figura: ¿cuál es la naturaleza jurídica de esta anotación?, es decir, ¿se trataría en estricto de una medida cautelar? Por otra parte, dado que en aplicación del principio de autonomía de la voluntad las partes pueden sustraer la potestad cautelar de los árbitros, ¿se podría pactar que no se anote en el registro público la existencia del proceso arbitral? En esa misma línea, si se tiene en cuenta que en el arbitraje rigen los principios de igualdad, audiencia y contradicción, ¿podría un árbitro solicitar esta anotación sin que medie instancia de la parte beneficiada o la parte afectada con esta medida? Dicho de otro modo, ¿es posible que dicha anotación registral se trate de una medida arbitral oficiosa? Además, si se llega a publicitar la existencia de un proceso arbitral a través de un registro de derecho, ¿no se estaría afectando con esta medida la obligación de *confidencialidad* que es consustancial al arbitraje? Finalmente, y ya desde un enfoque pragmático, habría que preguntarse si la incorporación de esta anotación arbitral en el registro, evitaría en definitiva que el despojo inmobiliario se consuma a través del arbitraje y el registro público.

Al tener en cuenta estas interrogantes, a través del presente trabajo analizaremos los alcances de esta anotación registral solicitada por los árbitros. Para tal efecto, nos detendremos previamente en la cuestión relativa a la naturaleza del arbitraje a fin de tomar una posición inicial que nos permita formular un examen más riguroso sobre los alcances de la potestad cautelar que ejercen los árbitros. Posteriormente, examinaremos la competencia de los árbitros para dictar cautelares, la atribución que tienen las partes para sustraer la potestad cautelar del arbitraje y los distintos tipos de medidas cautelares que se podrían configurar en el proceso arbitral. Finalmente, y para entrar al tema central del presente trabajo, analizaremos el mecanismo denominado “anotación de la existencia del proceso arbitral” en el registro público, a partir de su finalidad, naturaleza, características y su vinculación con los principios que rigen en el arbitraje.

---

<sup>15</sup> Al respecto se ha señalado: “(...) En resumen, todas y cada una de las modificaciones y/o incorporaciones efectuadas a la Ley de Arbitraje son necesarias y están suficientemente justificadas”. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Cambios necesarios y justificados: las últimas modificaciones a la ley de arbitraje”. En: *La Ley, Gaceta Jurídica*. Lima. Disponible en: <http://goo.gl/8gXbWk>. En similar sentido, se ha indicado: “En suma, se trata de cambios positivos, que realizan importantes precisiones que fortalecen el arbitraje, para que cada vez tenga menores espacios que den origen a irregularidades y malos manejos (...)”. CASTILLO FREYRE, Mario. “Innovaciones necesarias”. En: *Jurídica N° 574*. Suplemento de análisis legal de *El Peruano*. Lima, 3 de noviembre de 2015. p. 2.

## 1. Naturaleza del arbitraje: punto de partida

Entre las diferentes teorías que tratan de explicar la naturaleza del arbitraje<sup>16</sup>, se destaca la postura *privatista* (arbitraje como contrato) y la postura *procesalista* o *publicista* (arbitraje como jurisdicción). Cabe resaltar que en forma similar a la Constitución de Colombia<sup>17</sup>, la Constitución peruana establece en su artículo 139 inciso 1° que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la **arbitral**”, con lo cual se estaría reconociendo indirectamente la *naturaleza jurisdiccional* del arbitraje. Por ello, a partir de este precepto constitucional, cierto sector de la doctrina peruana<sup>18</sup> ha planteado que la función arbitral sería de naturaleza *jurisdiccional* antes que *contractual*.

Además, el propio Tribunal Constitucional peruano ha resaltado este aspecto del arbitraje al indicar en el fundamento 11 del Expediente 6167-2005-PHC/TC, lo siguiente: “Así, la **jurisdicción arbitral**, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con

---

<sup>16</sup> En torno a la naturaleza del arbitraje, González de Cossío sostiene que: “La naturaleza jurídica del arbitraje ha generado debate. No obstante que a la fecha dicho debate no ha encontrado una solución que sea generalmente aceptada, existen cuatro teorías relevantes: la jurisdiccional, la contractual, la mixta o híbrida, y la autónoma o *sui generis*”. GONZALES DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje*. Homenaje a Don Raúl Medina Mora. Disponible en: <http://goo.gl/S5JxvZ>. p. 14.

<sup>17</sup> El artículo 116 de la Constitución de Colombia de 1991 establece que: “(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

<sup>18</sup> A decir de Fernando Vidal Ramírez: “Debo advertir que en la Constitución peruana no sólo se le menciona, sino que reconoce la función jurisdiccional del arbitraje. Su artículo 139, que enumera los principios y derechos de la función jurisdiccional, en su inciso 1 al declarar la unidad y exclusividad del de la función jurisdiccional a cargo del Poder Judicial y preceptuar que no puede existir ni establecerse jurisdicción alguna independiente, reconoce como excepciones a la militar y a la arbitral. De ahí, entonces, que pueda yo sostener, como jurista peruano y atendiendo al tenor de nuestra Carta Política, que el arbitraje es una función jurisdiccional reconocida pero, debo aclarar, no sólo en razón de su presencia en el texto constitucional, sino por la esencia misma de la función arbitral”. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Jurisdiccionalidad del Arbitraje”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editorial Grijley, 2006. p. 58. Sin embargo, pese a no suscribir dicha posición, para algunos autores nacionales, como Alfredo Bullard el arbitraje no sería jurisdicción. Así él ha señalado que: “Si bien considero que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional, y que el respeto que los órganos jurisdiccionales deben darle se deriva justamente de la obligación que existe de respetar lo que las partes acordaron, creo que para la discusión del artículo 14 el problema de la naturaleza es inexistente (...)” (el subrayado es nuestro). BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011. p. 203.

lo establecido por la Ley General de Arbitraje, **sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada**, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales”.

Por nuestra parte, al seguir a Merino Merchán y Chillón Medina<sup>19</sup>, nos inclinamos por una postura *ecléctica* en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, es decir, una tesis mixta o híbrida. Ello en razón de que si bien el *arbitraje* tiene características propias y distintas, cuyo origen además reposa en la autonomía de la voluntad privada de las partes involucradas, subyace en su desenvolvimiento una impronta *jurisdiccional*<sup>20</sup>. De ese modo, cuando los árbitros resuelven la controversia sometida a su conocimiento, no solo lo hacen para dar cumplimiento al mandato conferido por el convenio. Declaran sobre todo el derecho que le asiste a cada una de las partes contractuales de la contienda.

Además, si bien los efectos del arbitraje emergen del *derecho contractual*, estos se trasbocan en *procesales* por efecto de la ley, pues termina por otorgarle la misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales<sup>21</sup>.

## 2. Medidas cautelares en el arbitraje

El *arbitraje* es una institución jurídica *heterocompositiva*<sup>22</sup>, ya que el árbitro actúa como una tercera persona<sup>23</sup> objetiva e imparcial y resuelve la controversia en base a una potestad específica, siempre que la materia sea susceptible de libre disposición por las partes que plantean la discrepancia<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Para estos autores: “Es materialmente insuficiente la postura contractualista, porque no conviene a todos los elementos de que se compone la institución del arbitraje, y solamente explica alguno de sus elementos (compromiso, dación y recepción de árbitros y procedimiento arbitral). Es formalmente excesiva la postura procesalista o jurisdiccional, porque pretende considerar el juicio de cognición y al laudo como sentencia perfecta de declaración, olvidando, en cambio, la originación contractual del mismo”. MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M<sup>a</sup>. *Tratado de Derecho Arbitral*, Tercera Edición. Navarra: Editorial Thomson Civitas, 2006. p. 232.

<sup>20</sup> VIDAL RAMÍREZ. *Ob. cit.* pp. 58 y 59.

<sup>21</sup> MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M<sup>a</sup>. *Ob. cit.* p. 233.

<sup>22</sup> Al respecto, Cordón Moreno señala que: “El arbitraje es una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos privados fundada en la voluntad de las partes, que deciden eludir la intervención jurisdiccional y confiar la decisión del conflicto a un tercero no juez, cuya resolución, que puede ser de derecho o de equidad, aceptan previamente (...)”. CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000. p. 15.

<sup>23</sup> Nombrada por las partes mediante un convenio arbitral.

<sup>24</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Breves alcances sobre el Derecho de Arbitraje Peruano”. En: *Revista de Derecho N° 210*. Año LXIX, Concepción, Julio-Diciembre 2001. p. 74..

Empero, el proceso arbitral necesita de tiempo para poder desenvolverse y llegar a su objetivo, que no es otro que la expedición del *laudo* que pone fin a la controversia. En ese contexto temporal, la *tutela cautelar* –que pretende asegurar la efectividad de la tutela declarativa o ejecutiva– no puede ser ajena al desarrollo del proceso arbitral, pues en virtud de estos mecanismos (medidas cautelares), se logra garantizar la efectividad de la propia decisión arbitral.

Pues bien, antes de comentar los distintos tipos de medidas cautelares que hay en el arbitraje peruano, veamos en las líneas que siguen dos cuestiones previas vinculadas con el análisis de la *anotación registral del proceso arbitral*: (i) la competencia arbitral para dictar medidas cautelares y (ii) la atribución de las partes para sustraer la potestad cautelar del arbitraje.

## 2.1 Competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares

Un primer aspecto por dilucidar cuando evaluamos la competencia cautelar de los árbitros, es saber si en el proceso arbitral, normalmente identificado como un procedimiento *abreviado*<sup>25</sup> y *rápido*<sup>26</sup>, se requiere de los recursos que provee la tutela cautelar para asegurar la efectividad de la decisión definitiva.

Desde un plano *fáctico*, como indica Garcimartín Alférez<sup>27</sup>, el eventual riesgo de infructuosidad que se presenta en un proceso judicial podría también configurarse en un proceso arbitral, por lo que la necesidad del resguardo cautelar en tales circunstancias sería también extensible al arbitraje. Además, desde un plano constitucional, la concepción “publicística” de la tutela cautelar formulada por Calamandrei habría

<sup>25</sup> AMPRIMO PLÁ, Natalie. “La tutela cautelar arbitral”. *En: Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho N° 44, Lima, 2013. p. 59.

<sup>26</sup> Cabe resaltar que en el sistema arbitral español se ha optado por establecer una norma de duración del arbitraje, ello sin perjuicio de que las partes puedan regular en contrario. Esto permite no sólo estar frente un proceso abreviado, sino además rápido. Al respecto el artículo 37.2 de la Ley 60/2003, establece que: “(...) 2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia **dentro de los seis meses siguientes** a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada (...)”. Sobre el particular, se ha señalado: “A diferencia de lo que sucede en el proceso judicial (frecuentemente lento y tedioso), el procedimiento arbitral se caracteriza por su rapidez y celeridad, pues, su desarrollo se completa en un periodo de tiempo más corto y breve”. COLINA GAREA, Rafael. *El arbitraje en España: ventajas y desventajas*. Madrid: Difusión Jurídica, 2009. p. 31.

<sup>27</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*. Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1996. p. 186.

quedado superada<sup>28</sup> en tanto el *derecho a la tutela cautelar* forma parte del derecho a la “tutela judicial efectiva”<sup>29</sup>. De ese modo, su implementación en sede arbitral estaría justificada dada la vinculación existente entre el carácter instrumental de las cautelares y el derecho a una justicia eficaz<sup>30</sup>.

Sin embargo, cabe recordar que el reconocimiento de la potestad cautelar en los árbitros no siempre fue un tema pacífico en la doctrina, sobre todo en aquellos países en los que la ley arbitral no recoge expresamente esta posibilidad. Así, en estos ordenamientos<sup>31</sup>, vemos que al atender al carácter convencional del arbitraje, el

<sup>28</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. “La cautela en general. Las medidas autosatisfactivas y el proceso garantista”. Ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Ciudad de Azul (Argentina), 5 de noviembre de 1999.

<sup>29</sup> Al respecto, Francisco Carrión ha señalado que: “El derecho a la tutela cautelar forma parte hoy del derecho a la tutela judicial efectiva y es, por tanto, un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional, entre otras, 238/1992, de 17 de diciembre [RTC 1992/238] y más recientemente Sentencia del Tribunal Constitucional [Sala Primera] núm. 159/2008, de 2 de diciembre [RTC 2008\159])”. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Francisco Javier. “La tutela Cautelar de los derechos en el arbitraje”. *En: Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 29. Enero 2013. p. 4.

<sup>30</sup> MUÑOZ SABATÉ, Luis. “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral”. *En: Revista Jurídica de Catalunya*. Volumen N° 90, N° 3, 1991. p. 729 y 730.

<sup>31</sup> Fernández Rozas cita los casos de Austria y la República Checa. Al respecto, ha señalado: “Entre los sistemas que mantienen esta actitud cabe referirse a los artículos 577 a 599 del Código de Procedimiento Civil austriaco donde los tribunales arbitrales carecen de competencia para adoptar medidas cautelares, quedando esa función limitada a los jueces ordinarios; y para que estos últimos decidan su concesión deben valorar las pruebas inmediatamente disponibles presentadas por la parte que las solicite. La imposibilidad de que los tribunales arbitrales otorguen medidas cautelares figura también en el artículo 22 de la Ley checa de 1994 relativa a los procedimientos arbitrales y a la ejecución de laudos arbitrales”. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Arbitraje y Justicia Cautela”. *En: Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. XXII, 2007. p. 25. En América, estarían los casos de Argentina y Uruguay. Así, Arrarte Arisnabarreta ha señalado: “En esta línea, ZINNY, comentando el sistema arbitral en estos países, y comparándolo con el nuestro, afirma: ‘El Estado moderno asume el monopolio del uso de la fuerza tanto desde el punto de vista jurídico como físico y es por eso que en la legislación vigente los árbitros carecen de *imperium*, que comprende la *coertio* y la *executio*, y por lo tanto, no tienen facultades ni para ordenar medidas cautelares ni para ejecutar su pronunciamiento definitivo, lo que en ambos casos son derivados al juez. No las tienen en la legislación argentina ni en la uruguaya (...)’”. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano”. *En: Revista Peruana de Arbitraje* N° 7. Lima, 2008. pp. 123 y 124. Por su parte, Fernando Cantuarias ha señalado que: “Algunas legislaciones, aun modernas, no dan a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares y, a lo sumo, los facultan a pedir las al juez ordinario. Tal es el caso de las legislaciones sobre arbitraje de Brasil (art. 22.4), Costa Rica (art. 52), El Salvador (art. 32), Honduras (art. 41), Italia (art. 818), Suiza (para arbitrajes domésticos, art. 26.1), Uruguay

empleo de medidas cautelares por los árbitros está condicionado al consentimiento expreso de las partes en el convenio arbitral<sup>32</sup>. Para Caivano<sup>33</sup>, esto ocurre en razón de dos circunstancias: (i) porque la *jurisdicción* (cautelar) se concibe como una potestad exclusivamente estatal, y (ii) porque los árbitros carecen de *imperium* para ejecutar sus decisiones.

En el caso peruano, la potestad cautelar de los árbitros está expresamente reconocida en el artículo 47 de la ley arbitral (Decreto Legislativo 1071). Así, una vez constituido el árbitro único o el tribunal arbitral, se podrían adoptar a petición de cualquiera de las partes las medidas cautelares que resulten necesarias para garantizar la eficacia del laudo. Además, la ley arbitral peruana permite que el árbitro pueda exigir las garantías que estime conveniente a fin de asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

## 2.2 Atribución de las partes para sustraer la potestad cautelar de los árbitros

Por otro lado, si bien la competencia cautelar de los árbitros es un tema<sup>34</sup> que en la actualidad ya no se objeta, no ocurre lo mismo cuando se plantea la posibilidad

---

(art. 488)”. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO Roque J. “La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”. *En: Revista Peruana de Arbitraje* N° 7. Lima, 2008. p. 68.

<sup>32</sup> PEYRANO, Jorge W. “Medidas Cautelares en los procesos arbitrales”. *En: Disertaciones y conclusiones Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales: 24 y 25 de junio de 2004*. Bolsa de Comercio de Rosario y Tribunal de Arbitraje General, Rosario, 2005. p. 112.

<sup>33</sup> CAIVANO, Roque J. “La convención de Nueva York y la ejecución de medidas cautelares”. *En: Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. Tomo 2, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2009. p. 27.

<sup>34</sup> Empero, si bien el empleo de las medidas cautelares en el proceso arbitral puede resultar por demás justificado, existen todavía varios tópicos debatibles en torno a esta potestad arbitral. Así, por ejemplo, se discute si se trata de una competencia exclusiva o concurrente con los jueces (LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa. *Medidas Cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008. p. 32). Si tales medidas adoptadas son en estricto cautelares (BARONA VILAR, Silvia. *Medidas Cautelares en el arbitraje*. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006. pp. 84 al 102). Si tienen efectividad en el extranjero (Así se ha señalado que: “De otro lado, son también reconocibles las medidas cautelares; aunque el Convenio de Nueva York no obliga formalmente a su reconocimiento. El procedimiento para ello, y su propia eficacia (la efectividad en el extranjero de la medida cautelar) dependerá de la legislación interna de cada Estado y de las vías procesales que ofrezca”. DIAZ BASTIEN, Ernesto. “La ejecutabilidad del laudo extranjero”. *En: Arbitraje*. Volumen V, Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007, Lima: Editorial Palestra Editores, 2008. p. 147).

de que las partes puedan suprimir la potestad cautelar de los árbitros. La cuestión pasa por definir si el acuerdo de exclusión, ya sea total o parcial, constituye un límite legítimo de la competencia arbitral, o si, por el contrario, las partes no podrían renunciar a la tutela cautelar al ser esta parte sustancial del derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*.

Si bien la ley de arbitraje peruana no regula esta posibilidad, la Ley Modelo de UNCITRAL establece en el artículo 17.1 que: “**Salvo acuerdo en contrario de las partes**, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares (...)”. Es decir, se permite que las propias partes puedan limitar la competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares.

Al seguir lo prescrito por la Ley Modelo, encontramos el artículo 23.1 de la Ley de Arbitraje española, Ley 60/2003, la cual ha previsto en términos similares que: “**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 (...)”. Para comentar este precepto normativo, Reverón<sup>35</sup> ha señalado que “para que los árbitros no pudieran ejercitar la potestad, al menos declarativa, de adoptar medidas cautelares, las partes tendrían que pronunciarse expresamente negando dicha potestad (...)”. Esto quiere decir que a falta de pronunciamiento expreso en ese sentido –esto es, sustrayendo la potestad cautelar–, los árbitros ostentarían la facultad de dictar medidas cautelares.

Entendemos que la razón de ello reposa en el *principio de la autonomía de voluntad* de las partes, pues en virtud de dicho principio las partes tienen la potestad de delimitar y definir la actuación de los árbitros. De ese modo, como sostiene Arrarte<sup>36</sup>, los árbitros sólo “pueden hacer aquello que la ley y las partes les permiten”. Cabe resaltar que este planteamiento tiene bastante asidero en aquellos que defienden la naturaleza contractualista del arbitraje.

Empero, bajo un enfoque constitucional, se podría sostener que en tanto la tutela cautelar forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva, su condición de “derecho fundamental” implicaría estar frente a un derecho indisponible, *irrenunciable*<sup>37</sup> e inalienable por las partes contratantes. De ese modo, al constituir la tutela cautelar

---

<sup>35</sup> REVERÓN PALENZUELA, Benito. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Tomo I. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 2004. p. 459.

<sup>36</sup> ARRARTE ARISNABARRETA. *Ob. cit.* p. 127.

<sup>37</sup> El Tribunal Constitucional peruano ha señalado en el Expediente 0050-2004-AI/TC que sobre los derechos fundamentales es posible predicar que: “(...) son tributarios de los principios de universalidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad, inviolabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e irreversibilidad y co-rresponsabilidad”.

un derecho fundamental, las partes no podrían renunciar por convenio, ni mucho menos por remisión a un *reglamento arbitral* que excluya dicha potestad<sup>38</sup>.

Sobre el particular, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional peruano sostuvo en el Expediente 0023-2005-PI/TC que: "(...) los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva **son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional** (...) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, **arbitraje** y relaciones entre particulares, entre otros)". En ese orden de ideas, al tener en cuenta el carácter expansivo de los derechos fundamentales, no podrían haber zonas excluidas de la tutela cautelar. Como se puede apreciar, esta posición encontraría mayor cobijo en aquellos sistemas jurídicos que defienden la teoría jurisdiccional del arbitraje.

Sin embargo, algunos autores<sup>39</sup> han sostenido que en realidad no habría tal afectación, pues las partes que renunciaron a la tutela cautelar por convenio, podrían luego recurrir ante el poder judicial para solicitar una medida que asegure la eficacia del laudo arbitral. Por nuestra parte, consideramos que si bien podría resultar atendible el argumento antes esgrimido, se presentan ciertos problemas de carácter operativo que dificultarían el desenvolvimiento ordinario del proceso arbitral, los cuales nos llevarían a inclinarnos por dejar de lado esta opción.

Así, para tener presente lo señalado por Fernández Ballesteros<sup>40</sup>, los inconvenientes que se podrían presentar cuando se recurre al juez serían los siguientes: (i) la falta de inmediatez con que la medida cautelar es otorgada o denegada, circunstancia

<sup>38</sup> Sobre la posibilidad de sustraer la potestad cautelar del árbitro a través de un reglamento arbitral se han pronunciado a favor Merino Merchán y Chillón Medina, al señalar que: "La potestad arbitral para adoptar medidas cautelares, sólo puede ser excluida por convenio entre las partes, directamente o por **remisión a un reglamento arbitral** (...)". MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA. *Ob. cit.* p. 570.

<sup>39</sup> Al respecto, Arrarte Arisnabarreta ha señalado que: "Nosotros consideramos que, específicamente en materia arbitral, el hecho que las partes sustraigan de la potestad de los árbitros esta posibilidad, no implica que estén vulnerando un derecho fundamental, pues ello no conlleva que estén renunciando a solicitar tutela cautelar. En efecto, nada obsta a que la parte que ha planteado una pretensión en un proceso arbitral, pueda recurrir al Poder Judicial a solicitar una medida que asegure la eficacia del fallo. Recordemos que en este supuesto, regirá el rol subsidiario del Poder Judicial, según el cual podrá hacer todo aquello que el Tribunal Arbitral no está en aptitud de realizar válidamente, pues a diferencia de lo que ocurre en la vía arbitral, el ámbito de su competencia no lo fija la voluntad de las partes sino la ley". ARRARTE ARISNABARRETA. *Ob. cit.* p. 127.

<sup>40</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, 23 de diciembre*. Navarra: Editorial Thomson – Aranzadi, 2004. p. 270.

que no se presentaría en el ámbito arbitral, (ii) un mayor desgaste de la actividad jurisdiccional, pues dada la íntima conexión entre la argumentación y las pruebas de la petición de la cautelar y la materia que debe ser decidida, habría una notable economía de las actuaciones en el propio proceso arbitral. Además, como veremos luego, hay medidas cautelares que en estricto no están orientadas a reguardar la eficacia de la decisión del laudo, sino una parte del proceso o algún elemento probatorio, por lo que a diferencia del juez, el árbitro estaría en mejor posición para determinar la pertinencia de tales medidas.

Asimismo, para entrar a un plano más sustantivo, la exclusión de la potestad cautelar a través de un reglamento arbitral resulta aún más discutible, pues puede ocurrir que las partes no sean plenamente conscientes del contenido de esta limitación o, al serlo, que la institución arbitral modifique el reglamento arbitral con posterioridad a la suscripción del convenio y prevea la sustracción de la potestad cautelar de los árbitros. Por esa razón, al partir de la idea de que las normas que restringen derechos deben ser interpretadas en forma restrictiva, y dado que la tutela cautelar es un derecho fundamental, la limitación de la potestad cautelar de los árbitros no debería extenderse a través de los reglamentos arbitrales.

### 3. Tipos de medidas cautelares en el proceso arbitral

Como vimos en líneas anteriores, la ley de arbitraje peruana permite que el árbitro pueda adoptar, *a petición de cualquiera de las partes*, la medida cautelar necesaria para garantizar la eficacia del laudo. Ello sin perjuicio de exigir algún tipo de garantía para asegurar el resarcimiento por el eventual daño o perjuicio que podría ocasionar la ejecución cautelar.

Cabe resaltar que a diferencia de otras leyes arbitrales, por ejemplo la española<sup>41</sup>, cuyo artículo 23 no especifica el tipo de medidas que puede dictar el árbitro, la ley de

---

<sup>41</sup> Al respecto, resulta pertinente lo señalado por Díez-Picazo Giménez y Venegas Grau, quienes sostienen que: “La LA no especifica qué tipo de medida o qué medidas específicas pueden adoptar los árbitros, tal como se resalta en su Exposición de Motivos (considerando el legislador que es “preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar”). Esta decisión legislativa es objeto de crítica por un sector doctrinal, que reprocha el no haber facilitado una lista de medidas cautelares (lo que hubiese sido un gran error, teniendo en cuenta que dicho listado podría quedarse obsoleto, con el riesgo de no poder adaptarse a la evolución del arbitraje, sobre todo en su dimensión internacional) o bien reprochan el hecho de no haberse remitido la ley expresamente al artículo 727 de la LEC (lo que era innecesario y, a su vez, demasiado restrictivo en un ámbito del derecho tan flexible como es el arbitraje)”. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VENEGAS GRAU, Carmen. “De la competencia de los árbitros (arts. 22 y 23)”. En: *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006. p. 413.

arbitraje peruana si ha previsto una lista enunciativa de distintos tipos de medidas cautelares que pueden ser dictadas en el proceso arbitral. Podrán estar contenidas en una decisión que tenga o no la forma de un laudo y ser otorgadas en cualquier momento del proceso, siempre que se hayan dictado en forma previa a la emisión del laudo que resuelve definitivamente la controversia.

Ahora bien, por lo general se ha entendido que las medidas cautelares tienen por objeto asegurar la efectividad de la tutela *declarativa o ejecutiva*. De ese modo, se pretende con la tutela cautelar neutralizar cualquier posible amenaza derivada de la duración temporal del proceso principal. Empero, para cierto sector de la doctrina, estas medidas responden a una finalidad que no se agota en asegurar la firmeza de la decisión final. Así, Barona Vilar<sup>42</sup> ha señalado que no es posible considerar como cautelares determinadas medidas que el legislador ha previsto en el ordenamiento jurídico, pues “ni los presupuestos ni las características que las hacen propias son extrapolables a las mismas”.

En efecto, el proceso arbitral no es ajeno a esta realidad, pues cuando se examinan los distintos tipos de medidas cautelares que pueden ser dictadas por los árbitros, vemos que algunas tienen como finalidad el *aseguramiento o prevención* del propio proceso; otras, en cambio, la *recaudación de pruebas*, e incluso el objetivo de algunas es *cautelar valores* que trascienden al interés de las propias partes –este último sería el caso de la anotación de la existencia del proceso arbitral–. Es decir, estamos frente a medidas cautelares que no se limitan a resguardar la eficacia del laudo arbitral.

En atención a lo expuesto, comentaremos brevemente las distintas clases de medidas cautelares dictadas en un proceso arbitral. A tal efecto, tomaremos como referencia la tipología enunciativa que contiene la Ley Modelo, la cual, por cierto, ha sido tomada como referencia por la ley peruana. Por obvias razones, nos detendremos en el caso particular de la *anotación de existencia del proceso arbitral en los Registros Públicos*, la misma que, como ya adelantamos, no está orientada a tutelar una finalidad propiamente cautelar, sino más bien preventiva o de garantía.

---

<sup>42</sup> Además, ha señalado que: “Ahora bien, los últimos años han abierto aún más si cabe la atribución de naturaleza cautelar, y si bien se ha venido negando a determinadas medidas dicha naturaleza, es curioso que el legislador haya venido intitulando bajo “medidas cautelares”, medidas que, desde nuestra concepción jurídica, no lo son. Vamos a poner algunos ejemplos, simplemente para enfatizar la cuestión que nos ocupa, a saber que se emplea legislativamente el término cautelar para referirse a cualesquiera medida de garantía o aseguramiento, ya sea de la ejecución, ya sea del proceso, ya sea de parte del proceso –prueba–, ya sea incluso de personas, aun cuando no tenga función de garantizar la efectividad del proceso sino proteger a los sujetos débiles o víctimas, o ya evitar reiteraciones en las violaciones o infracciones jurídicas”. BARONA VILAR. *Ob. cit.* pp. 64 y 84.

### 3.1 Alcances generales sobre las medidas cautelares en sede arbitral

La doctrina casi en forma uniforme ha señalado que la tutela cautelar arbitral comparte las mismas *características* y *presupuestos* que las medidas cautelares dictadas por los jueces. Así, en cuanto a sus características son (i) *instrumentales*, pues no son un fin en sí mismas y sólo tienen sentido en función de un proceso de declaración ya comenzado o que ha de comenzar de inmediato, en ese sentido estas pueden manifestarse no sólo durante el desarrollo del proceso arbitral sino también *ante causam*<sup>43</sup>, esto es, antes de que inicie el proceso principal; (ii) son *temporales*<sup>44</sup>, es decir provisionales, por cuanto el laudo dejará sin efecto tales medidas, salvo que se haya adoptado un plazo determinado y este haya vencido<sup>45</sup>, y (iii) son *variables* en sus contenidos, pues si se produce una variación de las circunstancias que motivaron su concesión, no habría ningún impedimento para que el árbitro pueda modificar,

---

<sup>43</sup> Como explica Lapiedra Alcamí, en caso de requerirse una medida cautelar de urgencia y todavía no se ha constituido el tribunal arbitral, lo común sería que en esta fase del procedimiento arbitral la competencia para dictar cautelares recaiga en los jueces. Sin embargo, explica que en el plano institucional se han buscado remedios para superar la necesidad de recurrir a la vía judicial bajo la figura del denominado “árbitro de emergencia”. A tal efecto, destaca los casos de: (i) la Asociación Americana de Arbitraje, que tiene un mecanismo denominado: *Optional Rules for Emergency Measures of Protection*, (ii) la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que tiene unas normas denominadas *Emergency Relief Rules*, o el caso de (iii) la Asociación Italiana para el Arbitraje, cuyo reglamento permite que el Comité Permanente pueda dictar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral. Para mayor detalle puede revisarse: LAPIEDRA ALCAMÍ. *Ob. cit.* pp. 165 al 177. Del mismo modo, corresponde resaltar el Reglamento de la C.C.I. de París, en cuya versión del 2012 (art. 29), se introduce la figura del árbitro de emergencia; y el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid (art. 37 y anexo 2) donde también se incorpora con mayor rigor la figura del árbitro de emergencia. Sin embargo, en el caso del sistema arbitral peruano no se ha previsto esta figura, pues de acuerdo con el artículo 47.4 de la Ley de Arbitraje peruana las partes pueden solicitar medidas cautelares a la autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral.

<sup>44</sup> Cabe resaltar que la Ley Modelo reconoce esta característica, pues en su artículo 17.2 indica expresamente que: “Por medida cautelar se entenderá toda medida **temporal**, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia (...)”.

<sup>45</sup> MARTÍNEZ GONZÁLES, Pedro. *El nuevo régimen del arbitraje*. Barcelona: Editorial Bosch, 2011 p. 193. Cabe resaltar que en el sistema arbitral peruano, de acuerdo con el artículo 47.4 de la Ley de Arbitraje (D.L. 1071), en el caso que se solicite una medida cautelar a la autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, y este no logre constituirse dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caducará de pleno derecho.

sustituir o incluso dejar sin efecto la medida cautelar dictada con la finalidad de ajustarla al cambio ocurrido<sup>46</sup>.

De otro lado, en cuanto a sus presupuestos, el árbitro debe verificar: (i) la *verosimilitud* del derecho (*fumus boni iuris*) invocado por la parte demandante, para tal efecto debe realizar un mero juicio de verosimilitud sobre la probabilidad de la existencia del derecho, por lo que quien la solicite debe aportar una justificación inicial de su derecho<sup>47</sup>; (ii) el *peligro en la demora* (*periculum in mora*), es decir, que el tiempo que demore el proceso arbitral no ponga en riesgo el derecho que es objeto de discusión<sup>48</sup>, de modo tal que la constatación de la existencia de un riesgo cierto y efectivo causado por el transcurso del procedimiento arbitral haga imposible la ejecución del laudo; y por último, iii) la *adecuación* de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión, esto es, que sea proporcional con el objeto que se pretende tutelar en el arbitraje, es decir, con las pretensiones planteadas por la parte demandada<sup>49</sup>.

Por otro lado, puede ocurrir que una medida cautelar sea propiciadora de daños para quien haya sufrido sus efectos. Ello ocurriría si se demuestra que dicha medida cautelar nunca debió concederse. Por lo tanto, el papel que juega la *contracautela* en el proceso arbitral, antes que ser un presupuesto necesario para el dictado de dichas medidas, constituye un mecanismo de reparación por los eventuales daños que se puedan ocasionar por la ejecución de la decisión cautelar dispuesta por el árbitro.

### 3.2 Clasificación de las medidas cautelares en el arbitraje

Pues bien, para atender a la finalidad que se pretende alcanzar con la tutela cautelar en el arbitraje, estas medidas se pueden ordenar o sistematizar a través de la siguiente clasificación metodológica: (i) medidas cautelares en *sentido estricto*, (ii) medidas cautelares de *aseguramiento*, o (iii) medidas cautelares *preventivas*.

---

<sup>46</sup> Al respecto, el artículo 47.6 de la Ley de Arbitraje peruana establece que: “El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado (...)”.

<sup>47</sup> Sobre el particular se ha señalado además que: “Esta acreditación inicial de la solidez del derecho material que alega el actor deberá ser más o menos ‘intensa en función de la concreta medida cautelar que se solicite’”. FERNÁNDEZ BALLESTEROS. *Ob. cit.* p. 273.

<sup>48</sup> El artículo 728 de LEC española recoge este presupuesto al señalar: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendency del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

<sup>49</sup> ARRARTE ARISNABARRETA. *Ob. cit.* p. 129.

### 3.2.1 Medidas cautelares en sentido estricto

Por medidas cautelares en sentido estricto, nos referiremos a aquellas medidas dictadas por los árbitros que no sólo tienen las mismas *características y presupuestos* que las cautelares dictadas por los jueces, sino que su finalidad, para seguir a Calderón Cuadrado<sup>50</sup>, es garantizar la efectividad de la decisión arbitral que se dicte en el proceso. Estas a su vez pueden ser: *anticipatorias* o *asegurativas*.

#### 3.2.1.1 Medidas anticipatorias: previas a la decisión arbitral

Son aquellas medidas que pretenden mantener o conservar el *status quo* o la situación de hecho existente al inicio del proceso arbitral, es decir, antes de que el árbitro resuelva la controversia. De allí que sean medidas anticipatorias, pues se busca evitar que se produzca el agravamiento de la situación durante la tramitación del proceso arbitral.

En la Ley Modelo (al igual que en la ley peruana) estas medidas están previstas en el artículo 17.2 con el siguiente tenor: “(...) a) mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia; (...)”. Al respecto, se ha señalado<sup>51</sup> que dentro de este tipo de medidas anticipatorias podrían estar las medidas cautelares de *innovar* (restablezca) o de *no innovar* (mantenga).

#### 3.2.1.2 Medidas asegurativas: de la decisión arbitral

En líneas generales, se pretende con este tipo de medidas asegurar que la decisión arbitral que se dicte al concluir el proceso puede finalmente ser ejecutada. Al respecto se ha señalado<sup>52</sup> que este tipo de medidas sirven: “para impedir algún daño actual o inminente o en menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral”. En la ley modelo se han recogido en el artículo 17.2 con el siguiente tenor: “(...) el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: (...) b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral”.

En esa misma línea, estarían las medidas cautelares previstas en el literal c) del artículo 47.2 de la Ley Modelo, que establece que: “(...) el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: (...) c) proporcione algún medio para preservar bienes que

<sup>50</sup> CALDERÓN CUADRADO, María. *Las medidas cautelares indeterminadas en el Proceso Civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1992. p. 62.

<sup>51</sup> CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita, y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “La constitución del tribunal arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje” *En: Revista Arbitraje PUCP* N° 3. Lima, 2013. p. 11.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; (...).” Estos tipos de medidas podrían ser embargos preventivos, depósito de cosas muebles, anotaciones registrales de demandas, formación de inventarios de bienes, la designación de un administrador que vele por el control provisional de los bienes de la empresa y, en general, cualquier otra medida que permita preservar los bienes para una futura ejecución de los mismos. Claro que en la mayoría de los casos –salvo las anotaciones registrales– se exigirá la prestación de un auxilio judicial por estar falto el árbitro de *imperium*, es decir, por carecer de poder coercitivo.

### 3.2.2 Medidas de aseguramiento: preservación de elementos de prueba

Como ya se ha explicado, este tipo de medidas no está orientada a garantizar la efectividad de la decisión arbitral, sino una parte del proceso o algún elemento probatorio que pudiera llegar a convertirse en fundamento justificativo de la decisión que adopte el Tribunal Arbitral<sup>53</sup>. Cabe resaltar que la Ley Modelo ha contemplado este tipo de medidas al señalar en el artículo 17.2 que: “(...) el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: (...) “ d) **preserve elementos de prueba** que pudieran **ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia**”.

Al respecto, Mantilla-Serrano<sup>54</sup> ha señalado que: “Así podrá ordenar medidas no sólo tendentes a garantizar la ejecución del laudo, sino también a evitar un daño irreparable, a preservar pruebas o facilitar su aportación al arbitraje”. Conforme a ello, se podría sostener que en tanto están orientadas para la conservación de evidencia o medios probatorios, se trataría incluso de una facultad que finalmente va a ser concedida al árbitro para que este pueda, “de manera amplia y discrecional, en los casos que le corresponde decidir, emitir una decisión que constituya una tutela para que las partes puedan lograr lo que tanto esperan en un arbitraje, es decir, un laudo ejecutable y eficaz”<sup>55</sup>.

### 3.2.3 Medidas preventivas

Este tipo de medidas tienen por finalidad tutelar valores que trascienden al interés de las propias partes. Es decir, no sólo se limitan a resguardar la eficacia del laudo arbitral. Podrían ser calificadas, en palabras de Mezquita del Cacho<sup>56</sup>, como una medida “trascendente o exoactiva porque consiste precisamente en proveer

<sup>53</sup> BARONA VILAR. *Ob. cit.* p. 91.

<sup>54</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional*. Madrid: Editorial Iustel, 2005. p. 146.

<sup>55</sup> CASTILLO FREYRE; SABROSO MINAYA y CHIPANA CATALÁN. *Ob. cit.* p. 11.

<sup>56</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Barcelona: Editorial Bosch, 1989. p. 220.

formas ya de referencia, o ya de información publicadora, que permiten involucrar a los terceros en el contenido de su relación y su eficacia; bien sea por ficción legal o bien por efecto de un aparato técnico adecuado”.

Dentro de este tipo de medidas se encontraría la anotación de la existencia del proceso arbitral, dado que esta medida tendría por finalidad tutelar valores que trascienden al interés de las propias partes, que sería evitar fraudes inmobiliarios a través del uso indebido del arbitraje.

## 4. Anotación de la existencia del proceso arbitral

### 4.1 Definición: alcances y efectos

La “anotación de la existencia del proceso arbitral” se encuentra regulada en el numeral 5° del artículo 39 del Decreto Legislativo 1071. Dicho precepto normativo no conceptualiza esta medida, pero al atender a los efectos que despliega, sería una *anotación preventiva*. Por tanto, vista esta figura desde el ámbito del registro, se trataría de un asiento registral provisional y transitorio, es decir, tendría los efectos previstos en el artículo 64 del Reglamento General de los Registros Públicos<sup>57</sup>.

Por otra parte, para que el árbitro solicite dicha anotación registral tendría que tener en cuenta dos elementos: (i) uno *temporal*, referido a la oportunidad en que se solicita, y (ii) uno *material*, referido a la determinación de los casos en que resultaría procedente el pedido. Con relación a lo primero, debemos tener en cuenta que la valoración del árbitro para estimar la solicitud de anotación no se efectúa en cualquier etapa del proceso, sino a partir de la propia admisión de la demanda o la reconvencción. En cuanto a lo segundo, es necesario que la controversia arbitral verse sobre algún acto o derecho inscribible en los registros públicos. Es decir, el árbitro tendría que estimar con antelación, si su decisión definitiva afectará o no situaciones inscritas o susceptibles de ser inscribibles.

Debemos destacar con relación a estos dos elementos, que bajo el principio *Competence-Competence* el árbitro goza de plena discrecionalidad para determinar en qué casos solicitará la anotación registral de la existencia del proceso arbitral. Empero, lo que no podría hacer el árbitro es fijar la oportunidad en que lo hará, pues la ley le da un plazo de cinco (5) días –contados a partir de la admisión de la demanda o reconvencción– para hacerlo. Las partes tampoco podrían alterar de común acuerdo este plazo, pues el numeral 5° del artículo 39 del Decreto Legislativo 1071 constituye una norma imperativa y no dispositiva.

---

<sup>57</sup> Art. 64. “Las anotaciones preventivas son asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito”.

En cuanto sus efectos, tenemos que la ley ha previsto que dicha anotación *no imposibilite la extensión de asientos registrales en la partida registral*, con lo cual, podría anotarse o inscribirse cualquier acto posterior a dicha medida, incluso si ello significase la mutación jurídica del derecho inscrito. Además, en virtud de dicha anotación, se otorgaría también *prioridad y prevalencia respecto de cualquier asiento registral posterior que sea incompatible con el laudo inscrito*. Eso significa que durante la vigencia de la anotación, la prioridad del laudo definitivo estaría reservada, lo que permitiría la retroactividad de sus efectos hasta la fecha de la anotación. Por último, y aunque no esté expresamente previsto en la ley, a través de esta anotación se *enervaría la buena fe del tercero*, pues al publicitar la existencia del proceso arbitral se descarta la posibilidad de quien adquiera u obtenga un derecho real sobre un bien litigioso, pueda alegar el desconocimiento de dicha condición del bien.

Con base en lo anteriormente expuesto, se podría sostener que los efectos de la anotación de la existencia del proceso arbitral serían muy similares a los efectos de una medida cautelar específica para futura ejecución forzada<sup>58</sup>.

#### 4.2 Justificación: ¿era necesario implementar la anotación del proceso arbitral?

De acuerdo con la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1231, se señaló que esta medida surge: “(...) con la finalidad de dar a conocer a los terceros que pretendan contratar sobre la base de la publicidad registral y al propio titular del derecho inscrito, **de modo que se pueda evitar la existencia de procesos arbitrales clandestinos** que impiden la defensa oportuna de los involucrados”. Por proceso arbitral clandestino, entendemos que el legislador se refiere a aquellos casos en que la parte afectada ha sido indebidamente notificada de la demanda arbitral o se le ha excluido dolosamente del proceso. Al tener en cuenta esto, se pretende a través de esta anotación registral impedir que se lleve a cabo un proceso arbitral oculto, es decir, con desconocimiento del titular registral del inmueble sobre el cual versa el litigio.

---

<sup>58</sup> Esto es, similar a la medida cautelar prevista en el artículo 673 del Código Procesal Civil peruano, la cual establece que: “Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el juez remitirá partes al registrador, las que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar. El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente. La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida”.

*¿Pero cómo se lograría ello? Una vez efectuada la anotación registral de la existencia del proceso arbitral, el titular registral del inmueble tomaría conocimiento rápido de dicha afectación a través de un servicio electrónico denominado alerta registral<sup>59</sup>, el cual es brindando por la propia institución registral. De ese modo, el titular registral afectado tendría la oportunidad de conocer la existencia de dicho proceso antes de que el laudo adjudique el bien a la contraparte o a un tercero. Asimismo, al tener presente el efecto de cognoscibilidad general que proporciona el registro –Código Civil peruano, art. 2012<sup>60</sup>– pero sobre todo, los diversos medios que proporciona la publicidad formal, los terceros tendrían la posibilidad de enterarse con antelación de la existencia de dicho proceso.*

En nuestra opinión, dado que el registro público debería ser un reflejo de la realidad jurídica, si sería conveniente que se dé a conocer la existencia de un proceso arbitral en trámite. Ello en razón de que al publicitar la existencia de un litigio arbitral sobre un inmueble inscrito, el eventual adquirente sabrá a qué atenerse si es que finalmente pretende adquirir la propiedad sobre dicho bien. Además, en la medida en que se tenga más información en la contratación impersonal, se logra atenuar la asimetría informativa entre los contratantes.

Sin embargo, tratándose de las ventajas que conseguiría el propio titular registral, vemos que la cosa ya no resulta tan clara. Habría que preguntarse si con esta anotación arbitral, se evitaría en definitiva el despojo inmobiliario. Para intentar responder a esta cuestión, vemos algunos detalles prácticos que complican la viabilidad de esta medida. Una primera contingencia que advertimos es que no necesariamente todos los titulares registrales se encuentran suscritos al servicio de la *alerta registral*<sup>61</sup> o que, al estarlo, este falle o no revisen su correo o móvil oportunamente. Además, la sola cognoscibilidad que proporciona el registro, no permite al titular registral tener un conocimiento efectivo del contenido de la anotación.

---

<sup>59</sup> Es un servicio gratuito al cual se accede a través de la página web de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y brinda la posibilidad de ser informado, a través de un correo electrónico, de la presentación de un título sobre aquella partida registral que sea de interés del que solicita el servicio.

<sup>60</sup> Art. 2012°. Principio de publicidad. “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

<sup>61</sup> Con relación al servicio de *Alerta Registral* nos parece adecuada la reciente medida contemplada en el artículo 12 del Reglamento de la Ley N° 30313, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2016-JUS. De acuerdo con este dispositivo normativo, cuando se inscribe una transferencia de propiedad en el Registro de Predios o en el Registro Propiedad Vehicular, la institución registral está obligada a realizar de *oficio* la suscripción de dicho servicio electrónico en favor del interesado. Si bien, ello supondría un coste operativo importante para la institución registral, una vez lograda su implementación se conseguirá finalmente que más personas puedan estar afiliadas a este importante servicio.

Otra contingencia que merece especial atención se produce cuando, pese a tomar conocimiento oportuno de la existencia del proceso arbitral, los afectados no cuentan con los mecanismos necesarios para oponerse a la inscripción del laudo definitivo. Recordemos que el procedimiento registral se caracteriza por ser *no contencioso* y por tanto, no cabe el apersonamiento de terceros. Es decir, el titular registral que se ve afectado por un proceso arbitral, del cual no es parte o no ha podido participar, no podría después de todo oponerse a la inscripción del laudo final. Por otra parte, la Ley 30313 sólo permite plantear *oposición* a la inscripción registral cuando hay un supuesto de suplantación de identidad o falsificación documentaria. Además, en el caso remoto de que el laudo irregular encajara en algunos de los supuestos antes descritos, el titular registral tampoco tendría legitimación activa para oponerse a la inscripción, dado que sólo lo podría hacer el árbitro.

En todo caso, para mitigar estos posibles problemas, la parte interesada tendría que solicitar a la Corte Superior, que conoce la anulación de dicho laudo fraudulento, que anote lo más pronto posible la existencia de dicho proceso judicial. Con ello se conseguiría enervar la buena fe de los ulteriores adquirentes a la inscripción del laudo. Pero como resulta evidente, esta medida no sería *preventiva*, sino más bien *correctiva* de la situación patológica.

### **4.3 Naturaleza de la anotación: ¿constituye una medida cautelar?**

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, en virtud de una medida cautelar se pretende asegurar la efectividad de una decisión arbitral. Es decir, se evita que el objeto del litigio se frustre al obtener un laudo ejecutable y eficaz. Si esto es así, ¿no se estaría ejerciendo con esta anotación una función tuitiva ajena al objeto del proceso?

Vimos hace un momento en la exposición de motivos que la idea que justificó el cambio normativo, radica en que el titular registral y los terceros se enteren con antelación, esto es antes de la emisión del laudo, de que el bien inscrito está afecto a un proceso arbitral. De acuerdo con ello, ¿no se estaría yendo con esta anotación más allá de la finalidad cautelar prevista en el artículo 47.2 de la ley de arbitraje peruana? Consideramos que no, pues teniendo en cuenta los efectos que antes vimos, que serían: (i) no impedir la extensión de asientos registrales en la partida registral y (ii) otorgar preferencia y prevalencia respecto de cualquier asiento posterior con dicha anotación, lo que se consigue en definitiva a través de esta anotación es anunciar la posible modificación de la situación jurídica que viene proclamando el registro. La cual además se realizaría sin que se produzca una afectación directa sobre el bien inscrito.

Asimismo, si bien el numeral 10 del artículo 47 de la ley de arbitraje peruana no hace mención expresa a su carácter cautelar, dicha norma remisiva está justamente prevista en los preceptos normativos relativos a las medidas cautelares. Al tener en cuenta lo señalado, se trataría de una *medida cautelar* preventiva, cuya finalidad no sería garantizar la tutela declarativa o de ejecución, sino la *pura publicidad* del proceso arbitral en trámite. De ese modo, al ser una medida cuyos efectos son muy similares a los de una *anotación de demanda*, se requeriría de una menor dosis de *verisimilitud* por su carácter estrictamente publicitario.

Finalmente, si los efectos de esta anotación arbitral son similares a los de una anotación de demanda ¿no hubiera sido suficiente que el propio árbitro a instancia de la parte interesada solicite la anotación de la demanda arbitral? Consideramos que no, pues entendemos que si el arbitraje se encuentra ya amañado, se evitaría a toda costa que el titular registral tenga conocimiento del litigio arbitral sobre su inmueble. De allí que la nota que distingue a esta medida cautelar sea el carácter *oficioso* de la misma. Sobre este punto en específico nos detendremos en el siguiente acápite.

#### **4.4 Características: ¿estaríamos frente a una medida cautelar oficiosa?**

La norma que regula esta figura no dice nada respecto a si el árbitro podría adoptar de *oficio* dicha medida, es decir, sin que medie instancia de parte. Como sabemos, está fuera de toda discusión el hecho de que un árbitro pueda disponer de oficio una medida cautelar a favor de una de las partes. Pues en el caso de hacerlo, se estarían contraviniendo los principios de *imparcialidad* (Ley de arbitraje, art. 28.1) e *igualdad* (Ley de arbitraje, art. 23) que rigen en el arbitraje.

Ahora bien, del propio tenor del numeral 5° del artículo 39 de la ley de arbitraje peruana se advierte que el legislador ha empleado la expresión “solicitará la anotación (...)”. Es decir, no dice que “deberá solicitar” o que “bajo responsabilidad solicitará” dicha anotación. Sin embargo, el numeral 10 del artículo 47 de la ley de arbitraje sí señala en forma categórica que el árbitro “cumplirá” con la regla contenida en el numeral 5° del artículo 39. De esta manera, el carácter oficioso de esta medida radicaría en el carácter imperativo de esta última norma. Además, de no ser obligatoria carecería de toda utilidad dicha anotación, pues de existir connivencia entre el árbitro y una de las partes, no habría razón para publicitar la existencia del proceso arbitral.

De otro lado, la existencia de una cautelar oficiosa no constituye ninguna novedad, pues cuando de por medio hay un interés que va más allá de las pretensiones de los sujetos procesales, se permite el empleo de esta figura con la finalidad de liberar a

la parte beneficiada de la exigibilidad de la caución. Esto, por ejemplo, ocurre en procesos sobre alimentos<sup>62</sup>, capacidad, filiación, matrimonio y menores<sup>63</sup>.

Lo particular es que en esta oportunidad no sería un juez, sino un árbitro quien tendría esta atribución para un caso específico: laudos arbitrales que versen sobre actos o derechos inscribibles.

Respecto del carácter oficioso de esta medida, las partes no podrían sustraer la posibilidad de que el árbitro solicite la anotación de la existencia del proceso arbitral, prevista en el numeral 5] del artículo 39 del Decreto Legislativo del Arbitraje, pues constituye un mandato imperativo que los árbitros tendrían que ineludiblemente ejecutar.

#### 4.5 Confidencialidad del arbitraje: ¿se afecta este atributo?

La *confidencialidad*<sup>64</sup> es un rasgo consustancial en el arbitraje, sobre todo en el ámbito comercial pues garantiza a las partes la preservación de su imagen frente a sus competidores. Implica una obligación por parte de los árbitros y de las partes involucradas, de no *divulgar* el contenido del proceso arbitral. Ello supone que este deber de reserva, no sólo se extienda sobre los alegatos o medios probatorios expuestos por las partes en la controversia, sino también, respecto del resultado de las actuaciones procesales, lo que incluye además al propio laudo arbitral.

En ese sentido, el artículo 51 de la Ley de Arbitraje peruana establece que “todos los actores del arbitraje, salvo pacto en contrario, están obligados a guardar **confidencialidad** sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad”.

Sin embargo, este atributo inherente al arbitraje no es *absoluto*, desde que las propias partes pueden pactar en contrario, hasta situaciones en que las exigencias de privacidad y confidencialidad ceden frente a las necesidades de publicidad y transparencia que se exigen.

<sup>62</sup> Artículos 608 y 675 del Código Procesal Civil peruano.

<sup>63</sup> Cabe resaltar que en sistema español también existen medidas cautelares oficiosas. Estas serían las medidas cautelares en procesos sobre *capacidad, filiación, matrimonio y menores* (LEC, art. 762 y 768).

<sup>64</sup> En cuanto su definición es: “Concebida esta como escudo protector contra la divulgación a una persona no implicada en el litigio, o a la opinión pública, de una información relativa o producida en el marco de un procedimiento arbitral, se configura en el arbitraje como una de sus grandes ventajas y, en ocasiones, es la razón por la cual las partes en un conflicto optan por este foro privilegiado para resolver sus contenciosos”. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”. *En: Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Volumen 2, 2009. p. 336.

En ese sentido, como explica Caivano<sup>65</sup>, existen algunos ordenamientos jurídicos, que si bien han reconocido en forma expresa y específica el deber de *confidencialidad*, han admitido algunas excepciones. Así, por ejemplo<sup>66</sup>, ha señalado dicho autor que la revelación será necesaria:

“(…) para asegurar el derecho de defensa de alguna de las partes, para el establecimiento o protección de derechos de una parte en relación con un tercero, o para la instauración o prosecución de una acción judicial al amparo de la misma ley; (...) si se realiza en cumplimiento de una orden judicial; si es autorizada o requerida por la ley o por alguna autoridad regulatoria competente, o si es autorizada por los árbitros o por un tribunal judicial en los casos en que les es permitido extender estas autorizaciones.”

De la misma forma, se configuraría esta excepción a la confidencialidad si el proceso arbitral hubiera estado en *dominio público*<sup>67</sup> o existiera un *interés público* como ocurre en el caso del arbitraje de *inversiones*<sup>68</sup>.

En el caso de la anotación registral del proceso arbitral ¿se afectaría entonces la confidencialidad del arbitraje? consideramos que esta medida constituiría una excepción razonable a la regla de la confidencialidad que acabamos de comentar,

---

<sup>65</sup> CAIVANO, Roque J. “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo.” En: *Lima Arbitration N° 4 - 2010 / 2011*. pp. 121 y 122. Disponible en: <http://goo.gl/bGfOIZ>

<sup>66</sup> Este sería el caso de la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda de 2007.

<sup>67</sup> Este sería el caso de la Ley de Arbitraje de Escocia de 2010 (art. 26.4)

<sup>68</sup> Al respecto, al resaltar la prevalencia del interés público sobre la confidencialidad, Fernández Rozas ha señalado: “FORTIER, Y. “Arbitrating in the Age of Investment Treaty Disputes”. *The University of Southern of Wales Law Journal*. Volumen 31, n° 1, 2008. Disponible en: [http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232955433930/1116\\_001.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232955433930/1116_001.pdf). Expresivo de esto es que en junio de 2005 el Comité de inversiones de la OCDE publicó una declaración en favor de una transparencia suplementaria en el arbitraje internacional de inversiones con el siguiente tenor: “*Les membres du Comité de l’investissement sont d’avis général qu’une transparence supplémentaire, en particulier concernant la publication des sentences arbitrales, sous réserve des sauvegardes nécessaires pour la protection d’informations confidentielles de nature gouvernementale ou des données sensibles des entreprises, est souhaitable afin d’accroître la bonne marche et l’acceptation par l’opinion publique de l’arbitrage international relatif aux investissements ainsi que de contribuer au développement continu d’une jurisprudence publique. Les membres du Comité de l’investissement partagent en général l’opinion que, dans la mesure où l’instance soulève des questions importantes d’intérêt public, il pourrait être souhaitable de permettre la participation de tiers, sous réserve toutefois de lignes directrices claires et précises*”. OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor–State Dispute Settlement Procedures Statement*, working paper 2005/1, <http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>”. *Ob. cit.*, pp. 336 y 337.

no sólo porque el citado dispositivo lo permite indirectamente, sino porque desde el momento en que el árbitro pretende solicitar la inscripción de un laudo arbitral definitivo en los registros públicos –lo cual se ha venido haciendo en nuestro país con bastante frecuencia y con anterioridad a la modificación formulada por el Decreto Legislativo 1231–, la decisión arbitral se convierte en *pública*. De ese modo, si el árbitro estima que su decisión tendrá incidencia sobre algún acto o derecho inscrito o inscribible, la anotación previa de la existencia del proceso arbitral no será incompatible con la posterior inscripción del laudo definitivo.

Así por ejemplo, en una controversia arbitral donde se discute la nulidad de un contrato de compraventa, y por tanto se pretenda la restitución del inmueble a favor del vendedor, no bastará que la decisión arbitral diga que el derecho de propiedad le corresponde nuevamente al vendedor. Será necesario que esta nueva situación jurídica sobre el inmueble se inscriba en la partida registral respectiva para corregir la inexactitud registral que viene proclamando el registro. Ello supone que la *revelación* ha sido autorizada por las partes en forma *implícita*, dado que la demanda, o reconvencción, requiere indefectiblemente la inscripción del derecho controvertido en el registro de predios.

Sostener lo contrario implicaría que bajo el carácter de la confidencialidad del arbitraje, no sólo las medidas cautelares dictadas por los árbitros no puedan inscribirse, sino incluso los propios laudos arbitrales.

#### **4.6 Algunas consideraciones a tomar en cuenta por los árbitros y el registro**

Según vimos, la anotación de la existencia del proceso arbitral en el registro de predios tiene como finalidad evitar la configuración del fraude inmobiliario. Sin embargo, tal como está regulada dicha medida, no habría ningún impedimento para que el árbitro solicite dicha anotación en cualquier otro registro jurídico, como el registro de personas jurídicas, naturales o bienes muebles. Esto podría darse, por ejemplo, en el caso de un arbitraje *estatutario* o *testamentario*.

Por otro lado, si la parte demandante solicita al árbitro una medida cautelar de *anotación de demanda*, cuyo efecto, como sabemos, es similar a la anotación que prevé el numeral 5° del artículo 39 del D.L. 1071, ¿no sería entonces innecesario anotar la existencia del proceso arbitral? Consideramos que no, pues si se pide la anotación de la demanda dentro del plazo que tiene el árbitro para oficiar al registro, este podrá denegar el pedido por tenerlo ya cumplido con la posterior anotación registral que se realizará. Es decir, con la anotación oficiosa ya se estaría satisfaciendo la pretensión del demandante de querer publicitar la existencia del litigio. Lo mismo ocurriría si la anotación de demanda se solicita luego de realizada la anotación oficiosa en el registro correspondiente.

Además, bajo el principio de legalidad (CC, art. 2011), el registrador público estaría facultado para denegar la inscripción del laudo arbitral definitivo cuando compruebe que dicha medida cautelar no se anotó en la partida registral vinculada con la ejecución del laudo. Ello sería así, no tanto porque la cautelar sea un acto previo y necesario para el laudo, sino porque habría un incumplimiento manifiesto de la propia legislación arbitral.

Por otra parte, si bien la ley de arbitraje peruana no ha reconocido la posibilidad de contar con un árbitro de emergencia, nada impide que las partes, si así lo estimen conveniente, contemplen esta figura al momento de establecer un arbitraje *ad hoc* o que la institución encargada de realizar el arbitraje institucional lo haya previsto en su reglamento<sup>69</sup>. En efecto, puede surgir la necesidad de designar un árbitro provisional para que dicte una medida cautelar o provisional urgente, dado que no se puede esperar a la constitución del Tribunal Arbitral.

Lo antes señalado nos plantea la siguiente cuestión ¿podría un árbitro de emergencia estar obligado a solicitar la anotación de la existencia del proceso arbitral en los registros públicos? Estimamos que no, pues no constituiría una medida *anticipatoria* del proceso. Debemos recordar que la anotación que prevé el numeral 5° del artículo 39 del D.L. 1071 no tiene por finalidad el aseguramiento del proceso, sino sólo publicitar la existencia del proceso arbitral para conocimiento del titular registral y de los terceros. Con lo cual, no habría en este tipo de medidas el elemento de urgencia que justifica la intervención del árbitro de emergencia. Además, de acuerdo con dicho precepto normativo, se advierte que la propia ley ha fijado la oportunidad en que se solicitará esta medida –con la admisión de la demanda o reconvenición–, de modo que no podría operar con anterioridad a la constitución e instalación del propio tribunal arbitral.

En cuanto a su duración, entendemos que la anotación de la existencia del proceso arbitral se mantendrá mientras no sea levantada por el propio árbitro que solicitó su anotación o mientras no se extinga el proceso arbitral. Por tanto, dicho asiento subsistirá en el registro hasta que no se ejecute totalmente el laudo arbitral.

## Conclusiones

- Como hemos visto, el legislador ha implementado una serie de medidas cautelares que no tienen en estricto tal condición, pues “ni los presupuestos ni las características que las hacen propias, son extrapolables a las mismas”. El

---

<sup>69</sup> Así tenemos, por ejemplo, los reglamentos de: la Corte Arbitral de Madrid, el Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, el Instituto Internacional para Prevención y Solución de Conflictos, el Centro Internacional de Resolución de Disputas, la Cámara de Comercio de Estocolmo, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, entre otros.

proceso arbitral no es ajeno a dicha realidad, pues se han formulado distintos tipos de medidas cautelares que no se limitan a resguardar la eficacia del laudo arbitral. Una de estas medidas sería justamente la *anotación de la existencia del proceso arbitral*, prevista en el numeral 5° del artículo 39 de la Ley de Arbitraje peruana.

- A través de esta medida cautelar, se pretende evitar que se lleve a cabo un proceso arbitral oculto, es decir, con desconocimiento del titular registral del inmueble sobre el cual versa el litigio. Por tanto, busca tutelar valores que trascienden al interés de las propias partes, es decir, evitar fraudes inmobiliarios a través del uso indebido del arbitraje. En ese sentido, se trataría de una *medida cautelar* preventiva, cuya finalidad no sería garantizar la tutela declarativa o de ejecución, sino la *pura publicidad* del proceso arbitral en trámite. Además, es una medida cautelar oficiosa, pues, de no ser obligatoria, se corre el riesgo de que al existir connivencia entre el árbitro y una de las partes, no exista razón para publicitar la existencia del proceso arbitral.
- Esta anotación registral constituye una excepción razonable a la regla de la *confidencialidad*, no sólo porque la Ley de Arbitraje lo permite, sino porque desde el momento en que el árbitro pretende solicitar la inscripción de un laudo arbitral definitivo en los registros públicos, lo cual se ha venido haciendo en el Perú con bastante frecuencia y con anterioridad a la modificación formulada por el Decreto Legislativo 1231, la decisión arbitral se convierte en *pública*.
- Sin embargo, los supuestos de *fraude inmobiliario* causados por laudos arbitrales amañados, no se agotan en los casos en que el titular registral del inmueble desconoce la existencia del proceso. Con lo cual, la medida adoptada no cubriría todo el abanico de estafas posibles. Además, dejamos constancias de algunas deficiencias que se presentan en la aplicación práctica de esta medida, como no poder enterarse oportunamente de la anotación o, peor aún, no poder oponerse a la inscripción del laudo fraudulento. Adicionalmente, la problemática planteada en la introducción de este trabajo revela que las deficiencias causadas en el arbitraje doméstico no estarían en las instituciones contempladas en la ley de arbitraje, sino más bien en la propia idoneidad de los árbitros que conocen de estas controversias, quienes al ser sujetos parcializados y carentes de toda valoración ética, trastocan el orden arbitral en perjuicio de la ciudadanía. De allí que resulte muy apropiado sostener que un procedimiento arbitral será tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> SANDERS, Pieter. *Quo vadis arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 1999. p. 224.

## Referencias Bibliográficas

AMPRIMO PLÁ, Natalie. “La tutela cautelar arbitral”. En: *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho N° 44, Lima, 2013.

ARIANO DEHO, Eugenia. “La cautela en general. Las medidas autosatisfactivas y el proceso garantista”. Ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Ciudad de Azul (Argentina), 5 de noviembre de 1999.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano”. En: *Revista Peruana de Arbitraje N° 7*. Lima, 2008.

BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011.

CAIVANO Roque J. “La convención de Nueva York y la ejecución de medidas cautelares.” En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. Tomo 2, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2009.

\_\_\_\_\_ “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”. En: *Lima Arbitration N° 4 - 2010 / 2011*.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO Roque J. “La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje N° 7*. Lima, 2008.

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Francisco Javier. “La tutela Cautelar de los derechos en el arbitraje”. En: *Revista Jurídica de Castilla y León, N° 29*. Enero 2013.

CALDERÓN CUADRADO, María. *Las medidas cautelares indeterminadas en el Proceso Civil*. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita, y CHIPANA CATALÁN, Jhoel. “La constitución del tribunal arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje” En: *Revista Arbitraje PUCP N° 3*. Lima, 2013.

CASTILLO FREYRE, Mario. “Innovaciones necesarias”. En: *Jurídica N° 574*. Suplemento de análisis legal de *El Peruano*, Lima, 3 de noviembre de 2015.

COLINA GAREA, Rafael. *El arbitraje en España: ventajas y desventajas. Difusión Jurídica*. Madrid, 2009.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2000.

DIAZ BASTIEN, Ernesto. “La ejecutabilidad del laudo extranjero”. En: *Arbitraje*. Volumen V, Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007, Lima: Editorial Palestra Editores, 2008.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VENEGAS GRAU, Carmen. “De la competencia de los árbitros (arts. 22 y 23)”. En: *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006.

FAVRE-BULLE, Xavier y MUÑOZ, Edgardo. “Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿son todas ellas dualistas?” En: *Arbitraje internacional: pasado, presente y futuro*. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, 23 de diciembre*. Navarra: Editorial Thomson – Aranzadi, 2004.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Arbitraje y Justicia Cautela”. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Volumen XXII, 2007.

\_\_\_\_\_. “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”. En: *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Volumen 2, 2009.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*. Madrid: Ed. McGraw-Hill, 1996.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Homenaje a Don Raúl Medina Mora”. Disponible en: <http://goo.gl/S5JxvZ>

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Cambios necesarios y justificados: las últimas modificaciones a la ley de arbitraje”. En: *La Ley, Gaceta Jurídica*. Lima.

LAPIEDRA ALCAMÍ, Rosa. *Medidas Cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje: Una perspectiva internacional*. Madrid: Editorial Iustel, 2005.

MARTÍNEZ GONZÁLES, Pedro. *El nuevo régimen del arbitraje*. Barcelona: Editorial Bosch, 2011.

MATHEUSLÓPEZ, Carlos Alberto. “Breves alcances sobre el Derecho de Arbitraje peruano”. En: *Revista de Derecho N° 210*. Año LXIX, Concepción, Julio-Diciembre 2001.

MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M<sup>a</sup>. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera Edición. Navarra: Editorial Thomson Civitas, 2006.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Barcelona: Editorial Bosch, 1989.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. “Posibilidad y necesidad de medidas cautelares auténticas en el proceso arbitral”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*. Volumen N° 90, N° 3, 1991.

PEYRANO, Jorge W., “Medidas Cautelares en los Procesos Arbitrales”. En: *Disertaciones y conclusiones Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales: 24 y 25 de junio de 2004*. Bolsa de Comercio de Rosario y Tribunal de Arbitraje General, Rosario, 2005.

REVERÓN PALENZUELA, Benito. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Tomo I, Barcelona: Editorial Bosch S.A., 2004.

Javier Anaya Castillo

REY VALLEJO, Alfredo Pablo. “Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio”. En: *128 Vniversitas*. Enero - junio 2014, Bogotá.

SANDERS, Pieter. *Quo vadis arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 1999.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “Jurisdiccionalidad del Arbitraje”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editorial Grijley, 2006.