



LA DISTRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA CAUTELAR ENTRE JUECES Y ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE PERUANO Y LÍMITES FRENTE A TERCEROS

Autores:

Ricardo Ampuero Llerena

Paolo Bazo Palacios

LA DISTRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA CAUTELAR ENTRE JUECES Y ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE PERUANO Y LÍMITES FRENTE A TERCEROS

The Allocation of Interim-Relief Jurisdiction Between Courts and Arbitral Tribunals in Peruvian Arbitration and Its Limits Regarding Third Parties

Ricardo Ampuero Llerena¹ - Paolo Bazo Palacios²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La tutela cautelar y el arbitraje.
- III. La interacción entre jueces y árbitros en el Decreto Legislativo 1071.
- IV. Comentario a la Sentencia 855/2021 (Expediente 00305-2021-PA/TC), caso BCP.
- V. Conclusiones.

Resumen

El artículo examina la distribución de funciones cautelares entre jueces y árbitros en el arbitraje peruano, particularmente después de constituido el tribunal arbitral. Sostiene que los artículos 47.5 y 47.6 del Decreto Legislativo 1071 desplazan hacia el tribunal arbitral la competencia sobre la procedencia, modificación, sustitución y levantamiento de las medidas cautelares, mientras el juez conserva las funciones de auxilio y ejecución que requieren el ejercicio del *imperium* del Estado. No obstante, dicha distribución encuentra un límite subjetivo: los árbitros carecen de competencia para dirigir mandatos ni imponer obligaciones directamente a terceros ajenos al convenio arbitral. El análisis de esta premisa se realiza a partir del contenido de la Ley Modelo de la CNUDMI, sus trabajos preparatorios, el derecho comparado, la doctrina especializada y la jurisprudencia peruana, incluyendo un análisis de la Sentencia 855/2021 del Tribunal Constitucional (caso BCP), que confirma la imposibilidad de extender la jurisdicción arbitral a terceros sin su consentimiento.

Palabras clave

Medidas cautelares/ Arbitraje/ Tutela cautelar/ Juez y árbitro/ Parte no signataria/ Competence-competence.

Abstract

This article examines the allocation of powers regarding interim measures between judges and arbitrators in Peruvian arbitration, particularly after the arbitral tribunal has been constituted. It argues that Articles 47.5 and 47.6 of Legislative Decree 1071 shift jurisdiction over the granting, modification, substitution, and lifting of interim measures

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; Lima, Perú; Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; Correo de contacto: ricardo.ampuero@columbia.edu.

² Asociado en QA Legal; Lima, Perú; Abogado por la Universidad de Piura. Correo de contacto: paolobazo@gmail.com.

to the arbitral tribunal, while the judge retains functions of assistance and enforcement that require the exercise of the State's *imperium*. However, this allocation faces a subjective limitation: arbitrators lack the authority to issue orders or impose obligations directly on third parties who are not part of the arbitration agreement. This premise is analyzed based on the UNCITRAL Model Law, its preparatory works, comparative law, specialized legal scholarship, and Peruvian case law, including an analysis of Constitutional Court Judgment 855/2021 (the BCP case), which confirms that arbitral jurisdiction cannot be extended to third parties without their consent.

Keywords

Interim measures/ Arbitration/ Interim relief/ Courts and arbitrators/ Non-signatory party/ Competence-competence.

I. INTRODUCCIÓN

La competencia de los tribunales arbitrales se funda en el consentimiento y, por esa misma razón, solo puede alcanzar a quienes están vinculados por el convenio arbitral. Por otro lado, la competencia de los jueces es distinta, ya que, en ejercicio del *ius imperium*, puede alcanzar a terceros sin necesidad de que estos hayan consentido someterse a la controversia. Esta diferencia adquiere especial relevancia en materia cautelar, donde una decisión destinada a proteger la eficacia del futuro laudo puede requerir actuaciones frente a terceros que son ajenos al convenio arbitral.

La Ley de Arbitraje peruana permite que las partes soliciten al juez una medida cautelar, antes de que el tribunal arbitral sea constituido, y dispone que esa medida no es incompatible con el arbitraje ni una renuncia a él.³ Sin embargo, la ley no menciona si, al actuar en apoyo del arbitraje, los jueces quedan sujetos a los límites subjetivos del convenio arbitral o conservan las potestades que tendrían al dictar una medida cautelar en un proceso judicial ordinario.

El problema se hace más complejo cuando una medida judicial dictada por un juez en apoyo del arbitraje afecta a un tercero y, luego, se constituye el tribunal arbitral. En ese supuesto, surge la interrogante sobre si el juez podía o debía adoptar la medida con el mismo alcance de un proceso judicial ordinario y, posteriormente, si el tribunal arbitral puede revisarla íntegramente. La respuesta exige resolver una cuestión más profunda sobre el reparto de poderes entre dos jurisdicciones en cada momento de la tutela cautelar.

La cuestión no consiste únicamente en determinar cuál de los dos órganos posee una competencia cautelar más amplia. Se trata, más bien, de distinguir tres planos que no necesariamente podrían corresponder a un mismo órgano: la competencia para decidir si la tutela cautelar se encuentra justificada, la potestad para dirigir una orden a su destinatario y la capacidad para ejecutar coercitivamente esa decisión.

En este trabajo se abordan las razones por las que se sostiene que, una vez constituido el tribunal arbitral, la competencia cautelar se transfiere hacia el árbitro, quien por eso puede revisar, modificar, sustituir o dejar sin efecto lo decidido por el juez, mientras este último conserva una función instrumental de ejecución y auxilio, así como el *imperium* necesario para producir efectos coercitivos frente a terceros ajenos al convenio arbitral.

³ Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.4.

Determinar con precisión qué órgano debe decidir, a quién puede dirigir su mandato y quién puede ejecutarlo coercitivamente ofrece seguridad jurídica a las partes, a los árbitros, a los jueces de apoyo y a los terceros que puedan verse afectados. Asimismo, permite evitar que la tutela cautelar se utilice para extender la jurisdicción arbitral a sujetos que no prestaron su consentimiento, como ocurrió en el caso que cierra este trabajo.

El análisis seguirá la secuencia temporal prevista por el artículo 47 del Decreto Legislativo 1071. Primero se examinará la competencia judicial anterior a la constitución del tribunal arbitral. Luego se analizarán la remisión del expediente cautelar y las facultades de revisión reconocidas al tribunal por los numerales 5 y 6. Finalmente, se estudiará el límite subjetivo de la potestad cautelar arbitral, el tratamiento de las medidas que involucran a terceros y la Sentencia 855/2021 del Tribunal Constitucional, correspondiente al caso BCP.

II. LA TUTELA CAUTELAR Y EL ARBITRAJE

2.1. Naturaleza y función de la tutela cautelar

Las medidas cautelares son instrumentos que el derecho pone a disposición de los tribunales para que, durante un litigio, puedan proteger el objeto de la controversia, de acciones de una de las partes que pudieran entorpecer el cumplimiento o ejecución de la decisión que pone fin a la controversia⁴.

La tutela cautelar es una concreción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del debido proceso. No protege únicamente al demandado, sino sobre todo busca que el derecho del demandante a que aquello que pretende, no se vea afectado por el paso del tiempo o conductas de la contraparte.⁵

Como se expuso en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la tutela cautelar busca que el tiempo necesario para el reconocimiento del derecho no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho, asegurando la efectividad de la tutela jurisdiccional.⁶

Así, la razón de ser de las medidas cautelares radica en que, antes de la emisión del laudo, exista una urgencia por el riesgo de que ocurra un daño serio e irreparable en perjuicio de la parte que la solicita. En caso contrario, no existirían motivos para que la parte no espere a la decisión final en el laudo⁷.

Los riesgos que se tratan de evitar son conocidos. Por ejemplo, la disipación de activos, la destrucción de pruebas, la pérdida del valor de un bien, la interrupción de una empresa en marcha o la divulgación de información confidencial pueden tornar ilusoria la decisión final.⁸

Así, el artículo 47.2 de la Ley de Arbitraje define la medida cautelar y los remedios que ofrece a dichos problemas de la siguiente forma:

“2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo

⁴ Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 5.ª ed. (Guadalajara, México: Porrúa, 2018), 772-773.

⁵ Natale Amprimo Plá, “La tutela cautelar arbitral”, *Ius et Praxis*, n.º 44 (2013): 59-79.

⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesauro, asunto C-213/89 (Factortame), 1990.

⁷ Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 5.ª ed. (Guadalajara, México: Porrúa, 2018), 772-773.

⁸ Gary B. Born, “Provisional Relief in International Arbitration”, en *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), cap. 17.

que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

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

De esto se derivan cuatro características de las medidas cautelares. La instrumentalidad, en tanto que la medida no tiene fin en sí misma, sino que sirve a una decisión de fondo; la provisionalidad, porque dura solo hasta esa decisión; la variabilidad, porque puede modificarse si cambian las circunstancias que la justificaron⁹, y la ausencia de cosa juzgada, porque la medida no resuelve el fondo de la controversia.

Asimismo, es importante notar que el artículo 47.2 reproduce, casi a la letra, las cuatro categorías del artículo 17(2) de la Ley Modelo, y la enumeración es ilustrativa, no taxativa¹⁰. Esto define los cuatro tipos de medidas cautelares que la ley faculta a los árbitros a ordenar:

a) Mantener o restablecer el statu quo en espera de que se resuelva la controversia.

Esta medida es el equivalente a la de no innovar del proceso civil, que congela la situación de hecho o de derecho existente para que la controversia no se decida sobre un escenario ya alterado. En la clasificación que manejó el Grupo de Trabajo, pertenece a la familia de medidas dirigidas a evitar un perjuicio y a preservar un estado de cosas hasta el laudo¹¹.

b) Impedir un daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o abstenerse de actos que lo provoquen. El comentario al artículo 17 de la Ley Modelo, cuyo texto es similar, precisa que la supresión, en 2006, de la exigencia de que la medida fuera respecto del objeto del litigio se hizo precisamente para no dejar fuera medidas como las *anti-suit injunctions* y órdenes respecto de activos que no eran necesariamente el objeto del litigio, supuestos que encajan en esta letra.¹²

⁹ La variabilidad se desprende de lo dispuesto en el artículo 47.6 de la Ley de Arbitraje:

"Artículo 47.- Medidas cautelares.

6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas."

¹⁰ Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.2. Sobre el carácter enunciativo y no taxativo de la lista, Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte* (Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014).

¹¹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985 (enmendada en 2006), art. 17(2)(a); y Holtzmann, Neuhaus, Kristjánssdóttir y Walsh, *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary* (Kluwer Law International, 2015), 225-226.

¹² Holtzmann et al., *Guide to the 2006 Amendments*, 166.

c) Proporcionar un medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente. Esta medida está orientada a la futura ejecución forzada y es la más próxima al embargo. El comentario a la Ley Modelo aclara que "preservar bienes" comprende también asegurarlos, lo que puede exigir una garantía o caución¹³. Al respecto, cabe mencionar que, como será desarrollado más adelante, esta categoría no habilita al árbitro a embargar bienes en poder de un tercero. Como señala Born, el tribunal solo puede ordenar a las partes y no tiene poder para disponer la retención o conservación de bienes detentados por un no signatario.¹⁴ La diferencia con la corte, que sí puede dictar verdaderos embargos sobre bienes en manos de terceros, es de alcance subjetivo y no de catálogo.

d) Preservar elementos de prueba relevantes y pertinentes para resolver la controversia. Es la prueba anticipada en sede arbitral. La limitación a la prueba "relevante y pertinente" no es casual, pues el Grupo de Trabajo la tomó de las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional, de modo que "relevante" alude a la conexión de la prueba con la controversia y "pertinente" a su significación.¹⁵

Las cuatro categorías del artículo 47.2 reproducen el modelo de 2006 y regulan de manera amplia el objeto de lo que el árbitro puede cautelar, sobre todo por la apertura de la letra b. Pero todas comparten el mismo encabezado, el de que el tribunal "ordena a una de las partes."

Dicha disposición está inspirada en el artículo 17(2) de la Ley Modelo, el mismo que, a su vez, se inspira en el artículo 26 del Reglamento CNUDMI de 1976, que ya circunscribía la medida al objeto del litigio y a su depósito o venta.¹⁶ Es dicho encabezado, y no la lista, el que limita el alcance subjetivo de la potestad cautelar del árbitro.

2.2. Fundamento y límites de la jurisdicción arbitral

La competencia del árbitro nace del convenio y se encuentra protegida por el principio de kompetenz-kompetenz, que opera en un doble efecto. En su efecto positivo, el árbitro decide sobre su propia competencia. En su efecto negativo, las cortes no deben dirimir en paralelo el mismo objeto, lo que sustenta la preferencia del foro arbitral.¹⁷ Sin embargo, ninguna de estas dimensiones permite extender la competencia arbitral más allá de los sujetos que consintieron el convenio.

La jurisprudencia nacional ha reconocido este principio, al señalar la Corte Suprema que mediante él los árbitros determinan el alcance del acuerdo arbitral y su propia competencia.¹⁸

¹³ *Ibid.*, 168.

¹⁴ Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[A][5][a]; sobre la distinción entre asegurar el crédito y el embargo (*attachment*), *ibid.*, §17.02[G][4][d].

¹⁵ Holtzmann et al., *Guide to the 2006 Amendments*, 168; Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional, 1999.

¹⁶ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 1976, art. 26; sobre este antecedente, Holtzmann et al., *Guide to the 2006 Amendments*, 232.

¹⁷ Roque J. Caivano y Natalia Ceballos, "El principio kompetenz-kompetenz, revisitado a la luz de la ley de arbitraje comercial internacional argentina", *Themis – Revista de Derecho*, n.º 77 (2020): 15-34; Emmanuel Gaillard y Yas Banifatemi, "Negative Effect of Competence-Competence" (2008).

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N.º 3909-2013-Lima, 24 de junio de 2014.

Ahora bien, el consentimiento es a la vez fuente y límite. La competencia arbitral se determina por la arbitrabilidad subjetiva y por la relatividad del convenio, recogida en el artículo 1363 del Código Civil, según el cual el contrato solo produce efectos entre las partes que lo otorgan.¹⁹ Ese límite se proyecta sobre un derecho fundamental, el del juez predeterminado por la ley, del artículo 139.3 de la Constitución, que impide someter a una persona a una jurisdicción no consentida.²⁰

La única extensión legítima del convenio a quien no lo suscribió es la de la parte no signataria, recogida en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1071, que alcanza a quienes consintieron arbitrar según la buena fe, determinada por su participación activa y determinante en el contrato, o a quienes pretenden derivar derechos de él.²¹

Debe distinguirse, por tanto, entre la parte no signataria y el tercero ajeno al convenio. La primera puede encontrarse vinculada al arbitraje cuando su consentimiento se desprende, conforme al artículo 14, de su conducta, de su participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, o de su pretensión de obtener derechos o beneficios derivados de él. El tercero ajeno, en cambio, no manifestó consentimiento alguno y no puede ser incorporado al arbitraje ni quedar sometido a mandatos arbitrales directos.

2.3. *Iudicium e imperium*

El tribunal arbitral cuenta con *iudicium*, entendido como la potestad de conocer y decidir la controversia, incluida la adopción de medidas cautelares. Carece, sin embargo, del *imperium* necesario para imponer coercitivamente sus decisiones sobre quienes no se encuentran sujetos al convenio arbitral. Esta distinción permite comprender el reparto funcional: el árbitro decide sobre la necesidad y el contenido de la tutela *inter partes*, mientras el juez aporta la fuerza pública cuando la ejecución o la afectación directa de terceros la hace necesaria.

En ese sentido se pronunció la Secretaría de la CNUDMI en los trabajos preparatorios para la Ley Modelo de 1985. En estos señaló que:

*"25. As indicated in the report [First Secretariat Note, supra] (paras. 77-78), there are two different types of interim measures possibly to be dealt with in the model law. First, there are interim measures of protection which may be taken by the arbitral tribunal (e.g. conservation of goods or sale of perishable goods). Here the main question is whether the arbitral tribunal may so act even without special authorization by the parties. Then, there are interim measures (e.g. attachment and seizure of assets) which a court may take. The question, here, is whether the availability of such relief and the procedure should be dealt with in the model law at all."*²²

Así, queda claro que esta carencia de *imperium* no es una peculiaridad peruana. En el derecho comparado, la regla es que los árbitros, cuya autoridad nace de la voluntad de las partes, no pueden ejecutar coercitivamente sus decisiones ni imponer sanciones con efectos públicos, atribuciones que permanecen en los tribunales del Estado.²³ En

¹⁹ Leonardo B. Pérez Gallardo, "Comentario al artículo 1363 del Código Civil", en Código Civil comentado, t. VII (Lima: Gaceta Jurídica, 2020), 162-182.

²⁰ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 1937-2006-PHC/TC; Abraham García Chávarri, "El juez predeterminado por ley", Foro Jurídico (2013).

²¹ Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 14.

²² Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 336.

²³ Born, "Provisional Relief in International Arbitration", § 17.02[A][5][b].

ese mismo sentido, según Blackaby, la asistencia de los tribunales judiciales es vital en tanto que “*las facultades del tribunal arbitral están generalmente limitadas a las partes en el arbitraje.*”²⁴ Asimismo, al igual que la Ley Peruana, la Ley Modelo dispone con claridad que el Tribunal Arbitral puede ordenar medidas cautelares contra “una de las partes”.

Sin perjuicio de ello, la ley peruana ha previsto algunas soluciones para facilitar que los árbitros puedan emitir medidas cautelares. La segunda disposición complementaria de la Ley de Arbitraje señala que las instituciones arbitrales pueden celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas para facilitar la ejecución de medidas cautelares²⁵.

En nuestra opinión, este artículo parte de una premisa que recorre todo este trabajo, la de que el tribunal arbitral carece de *imperium*. Si la ejecución de lo que el árbitro decide necesita apoyarse en convenios de cooperación, es porque el árbitro no dispone por sí mismo de la fuerza para imponerla sobre terceros. El mecanismo es práctico, pues permite que un centro arbitral acuerde de antemano con un banco, un registro u otra entidad los cauces para hacer efectivas sus decisiones, reduciendo la fricción que de otro modo obligaría a recurrir al juez en cada caso.

Estos convenios operan sobre la base de una relación de cooperación y no atribuyen al tribunal arbitral *imperium* sobre la institución cooperante ni sobre otros terceros. Aunque el convenio pueda generar obligaciones contractuales para quienes lo celebran, no convierte a la entidad colaboradora en parte del arbitraje ni amplía el alcance subjetivo del convenio arbitral. Su función consiste en organizar anticipadamente los mecanismos de colaboración, no en otorgar al tribunal una potestad pública de coerción.

III. LA INTERACCIÓN ENTRE JUECES Y ÁRBITROS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1071

3.1. La fase previa a la constitución del tribunal (artículo 47.4)

Antes de que el tribunal sea constituido, las partes pueden recurrir al juez para solicitar una medida cautelar. El numeral 4 del artículo 47 lo establece en los siguientes términos:

*“4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes [...]. Si no lo hace dentro de este plazo o [...] no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.”*²⁶

La intervención judicial anterior a la constitución del tribunal no constituye propiamente una excepción a una competencia arbitral ya operativa, sino un mecanismo temporal de colaboración destinado a evitar que la inexistencia

²⁴ Nigel Blackaby et al., *Redfern y Hunter sobre arbitraje internacional*, trad. Nathalie A. López Novoa (Lima: Fontana Editores, 2020), 662.

²⁵ Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.4. SEGUNDA. Convenios de ejecución. Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales en el marco de este Decreto Legislativo.

²⁶ Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.4.

momentánea del tribunal prive a las partes de una tutela urgente y eficaz. Ello responde a que *“las partes que se hayan sometido al arbitraje no deben verse privadas de la posibilidad de solicitar medidas precautorias urgentes de tribunales cuando ello sea más eficiente”*²⁷.

De hecho, *“es importante que el tribunal judicial competente tenga el poder de ordenar medidas cautelares en apoyo al proceso arbitral. En situaciones de extrema urgencia, en las que terceros necesitan ser involucrados o en las que existe una fuerte posibilidad de que una de las partes no ejecute voluntariamente la orden del tribunal arbitral, no existe más opción que identificar el tribunal judicial del Estado apropiado y hacer una solicitud en tal sede.”*²⁸

La competencia judicial en esta etapa es temporal y se encuentra condicionada a la activación efectiva del arbitraje. La parte beneficiada debe iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes a la ejecución de la medida y el tribunal debe constituirse dentro de los noventa días de dictada, bajo sanción de caducidad de pleno derecho. Estas exigencias revelan que la tutela judicial previa funciona como un puente hacia el arbitraje y no como un proceso cautelar autónomo destinado a mantenerse al margen de él.

El carácter transitorio de la intervención judicial no se desprende únicamente de una interpretación *contrario sensu* del numeral 4, sino de su lectura conjunta con los numerales 5 y 6. Una vez constituido el tribunal, el expediente cautelar puede ser remitido a los árbitros y estos quedan facultados para revisar incluso decisiones judiciales firmes. Esta estructura permite sostener que la competencia cautelar *inter partes* pasa a corresponder al tribunal arbitral, sin perjuicio de las funciones judiciales de auxilio, ejecución y actuación frente a terceros.²⁹

Conviene advertir, además, una cuestión apenas explorada. En la práctica, los jueces podrían resolver sobre la tutela solicitada aplicando el Código Procesal Civil como cualquier cautelar judicial, pues en principio no existe una regla expresa que haga que se consideren limitados por el alcance subjetivo del convenio, lo que podría sugerir, si siguen ese camino, que ejercen función propia.

El artículo 47.4 de la Ley Peruana se inspira en el artículo 9 de la Ley Modelo CNUDMI, que establece lo siguiente:

Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal.

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

Holtzmann y Neuhaus, en interpretación de este artículo, señalan que este no está limitado a ningún tipo de medidas cautelares en específico, pudiendo los jueces aplicar las medidas cautelares que consideren necesarias:

“Article 9 is not limited to any particular kind of interim measures. Thus, it applies to measures to conserve the subject matter of

²⁷ Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 5.ª ed. (Guadalajara, México: Porrúa, 2018), 825.

²⁸ Nigel Blackaby et al., *Redfern y Hunter sobre arbitraje internacional*, trad. Nathalie A. López Novoa (Lima: Fontana Editores, 2020), 664.

²⁹ En sentido concordante, Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, “Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte* (Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014).

*the dispute; measures to protect trade secrets and proprietary information; measures to preserve evidence; pre-award attachments to secure an eventual award and similar seizures of assets; measures required from third parties; and enforcement of any interim measures ordered."*³⁰

Esto se entiende mejor considerando que el artículo 17 J de la Ley Modelo dispone que los jueces gozarán de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de las actuaciones arbitrales que las que tienen al servicio de las actuaciones judiciales.

Es importante resaltar, sin embargo, que la regulación peruana presenta una diferencia relevante. Como se ha indicado, el artículo 9 admite que las partes soliciten medidas judiciales tanto antes como durante el arbitraje, mientras el artículo 17 J reconoce a las cortes la misma competencia cautelar que ejercen en los procesos judiciales, teniendo en cuenta las particularidades del arbitraje. Por ello, bajo la Ley Modelo, la intervención judicial puede comprender medidas dirigidas a terceros, embargos y otros mecanismos que el tribunal arbitral no podría ordenar directamente.

La legislación peruana no reprodujo expresamente el artículo 17 J y reguló de manera específica la intervención judicial anterior a la constitución del tribunal. La cuestión consiste, entonces, en determinar si esa omisión excluye toda medida judicial posterior o si subsiste una competencia judicial excepcional cuando la tutela requerida solo puede hacerse efectiva mediante una actuación directa frente a terceros.

3.2. La remisión del expediente y la revisión de medidas judiciales (artículos 47.5 y 47.6)

Los numerales 5 y 6 del artículo 47 disponen lo que sigue.

*"5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar [...]"*³¹

*"6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes [...]"*³²

Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede comunicar ese hecho al juez y solicitar la remisión del expediente cautelar. Formulada la solicitud, la autoridad judicial debe remitirlo bajo responsabilidad. La norma no dispone únicamente un traslado material del expediente, sino un desplazamiento de la cognición cautelar sobre la controversia hacia el órgano elegido por las partes para resolverla.

Ese desplazamiento se manifiesta también en el tratamiento de los recursos pendientes. La apelación interpuesta contra la decisión judicial deja de tramitarse como un mecanismo de revisión dentro del Poder Judicial y pasa a ser conocida como una reconsideración ante el tribunal arbitral. Con ello, la ley evita que dos órganos distintos mantengan simultáneamente la potestad de revisar la misma tutela cautelar.

³⁰ Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 336.

³¹ Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.5.

³² Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.6.

La norma dispone la transferencia de la jurisdicción judicial a la arbitral. El expediente "viaja" del juez al árbitro, y el recurso se reconduce desde un mecanismo de doble grado judicial hacia una reconsideración ante el árbitro. En consecuencia, el tribunal puede modificar, sustituir y dejar sin efecto medidas judiciales firmes, a pedido de parte o, de modo excepcional, de oficio y con notificación previa.³³

3.3. El límite subjetivo de la competencia cautelar de los árbitros

El artículo 47.2 prevé que las medidas se ordenen a una de las partes, de manera que el árbitro no puede dirigir medidas directas contra terceros ni imponerles obligaciones o sanciones.³⁴ Como advierte Born, el tribunal carece de poder para ordenar el embargo o la conservación de bienes en poder de un tercero, y si lo hiciera, los jueces denegarían su reconocimiento y ejecución.³⁵

*"First, an arbitral tribunal's (and emergency arbitrator's) powers are virtually always limited to the parties to the arbitration and the arbitration agreement. In the words of one commentary, 'an arbitral tribunal's jurisdiction encompasses only the parties before it [and] interim measures may not be directed to non-parties.' As a consequence, an arbitrator generally can (and will) order Provisional measures only against the parties to the arbitration. He or she will not have the power to order, for example, attachment or preservation of property held by a third party. **Moreover, if an arbitral tribunal (or emergency arbitrator) orders provisional measures against a third party, national courts will ordinarily deny recognition and enforcement of such relief.***

This limitation is evident in some national arbitration legislation, including the UNCITRAL Model Law, which authorizes an arbitral tribunal to "order any party to take such interim measures of protection" deemed necessary". (énfasis añadido)

El mismo autor añade que, aun sin un límite legal expreso, la naturaleza contractual del arbitraje circunscribe la potestad del tribunal a las partes.

Even where no such express statutory limit on the arbitrators' authority with respect to third parties exists, the contractual nature of the arbitral process implies that the tribunal's authority is limited to the parties to the arbitration. Among other things, a tribunal may not order the attachment of assets in the custody and control of a non-party.

Como hemos visto, este límite es una característica del arbitraje internacional, que tiene su génesis en las decisiones del grupo de trabajo de la Ley Modelo. Desde 1985 el artículo 17 de la Ley Modelo conservó tres componentes estructurales, entre ellos que el poder del tribunal se limita a órdenes dirigidas a las partes y no a terceros, y que se circunscribe a lo que el tribunal puede ordenar, no a lo que él mismo pueda ejecutar.³⁶ La reforma de 2006 amplió el alcance objetivo de lo que el árbitro puede ordenar

³³ Ana María Arrarte Arisnabarreta, "Comentario al artículo 47 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, coord. Carlos Soto y Alfredo Bullard, t. I (Lima, 2011).

³⁴ Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.2.

³⁵ Born, "Provisional Relief in International Arbitration", §17.02[A][5][a].

³⁶ Howard M. Holtzmann, Joseph Neuhaus, Edda Kristjánsdóttir y Thomas Walsh, A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015), 166.

frente a las partes, al suprimir la exigencia del objeto del litigio y enumerar categorías de medidas que cubren todas las circunstancias posibles, pero mantuvo intacto el límite subjetivo.³⁷

La diferencia entre la tutela judicial y la arbitral no radica necesariamente en el objeto o finalidad de las medidas, pues ambas pueden procurar la preservación de bienes, pruebas o situaciones jurídicas. La diferencia principal se encuentra en su alcance subjetivo y en la disponibilidad de mecanismos coercitivos. El juez puede dirigir mandatos a las partes y a terceros en ejercicio del *imperium* estatal; el tribunal arbitral, en cambio, solo puede ordenar directamente a quienes se encuentran vinculados por el convenio. Esto queda claro al contrastar, por ejemplo, los artículos 9 y 17 de la Ley Modelo y 47.4 y 47.2 de la Ley Peruana de Arbitraje.

Los artículos relacionados con las medidas cautelares fuera de proceso (9 de la Ley Modelo y 47.4 de la Ley Peruana) tienen un alcance más amplio que los artículos que regulan las medidas cautelares que puede dictar el tribunal arbitral (17 de la Ley Modelo y 47.2 de la Ley Peruana), en tanto que comprenden las medidas que pueden requerirse de terceros y su ejecución.³⁸ Lo mismo sucede con la parte relevante del Código de Comercio de México que regula el arbitraje. En este, el alcance de las medidas cautelares que puede otorgar un juez, con relación al arbitraje, es más amplio que las facultades que tiene el Tribunal Arbitral³⁹.

La historia legislativa de la Ley Modelo es explícita, al señalar que las medidas que solo una corte puede adoptar, como el embargo o la incautación de activos o las que afectan a terceros, forman parte integral del derecho procesal general aplicado por la corte.⁴⁰

Sobre esa base, el contraste entre corte y tribunal quedó formulado en los términos siguientes:

*"When issued by a court, such measures may be directed to one or both of the parties involved in the dispute or to third parties. When issued by an arbitral tribunal, such measures may generally not be directed to third parties."*⁴¹

Esto queda más claro con la lectura del artículo 17 J de la Ley Modelo que, si bien no tiene un símil en la ley peruana, permite entender el espíritu de esta norma:

"Artículo 17 J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional."

Un sector de la doctrina nacional sostiene una interpretación distinta. Según esta posición, el reconocimiento constitucional del arbitraje como jurisdicción permitiría que los árbitros dicten medidas cautelares cuyo cumplimiento inicial sea requerido a

³⁷ Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 166.

³⁸ Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 333.

³⁹ Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 5.ª ed. (Guadalajara, México: Porrúa, 2018), 827.

⁴⁰ Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 337.

⁴¹ Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 225.

terceros, como los bancos, y que la intervención judicial solo resulte necesaria ante una negativa a cumplirlas. Bajo esta lectura, la falta de *imperium* limitaría la ejecución forzada, pero no la posibilidad de que el tribunal dirija inicialmente el mandato al tercero.⁴²

Consideramos que esta interpretación confunde dos cuestiones diferentes. El reconocimiento constitucional del arbitraje como jurisdicción legítima, la potestad de los árbitros para decidir controversias y adoptar medidas respecto de quienes consintieron el convenio, pero no les atribuye autoridad sobre terceros ajenos. Además, la tesis contradice el tenor del artículo 47.2, que autoriza al tribunal a ordenar la medida “a una de las partes”. Si el legislador hubiera querido permitir mandatos directos frente a terceros, no habría delimitado de ese modo al destinatario de la decisión arbitral.

La distinción tampoco puede reducirse a que el tercero tenga la posibilidad de cumplir voluntariamente y que el juez intervenga únicamente si se niega. Bajo el contenido actual de la ley de arbitraje peruana, parecería que la sola emisión de una orden arbitral dirigida a quien no se encuentra sujeto al convenio supondría atribuir al tribunal una autoridad que no deriva del consentimiento. La colaboración voluntaria de un tercero puede facilitar la ejecución, pero no convierte el mandato en una expresión de jurisdicción arbitral sobre él.

El límite subjetivo no es, pues, una construcción teórica, sino una regla operativa que el juez aplica al prestar o negar su colaboración, y que la propia historia de la Ley Modelo había anticipado.

En consecuencia, la medida judicial y la medida arbitral pueden perseguir una misma finalidad cautelar, pero diferirían en cuanto a sus destinatarios y mecanismos de ejecución. El tribunal arbitral decide y ordena dentro del ámbito subjetivo del convenio. El juez puede, en ejercicio del *imperium* estatal, imponer deberes procesales o patrimoniales a terceros y ejecutar coercitivamente la tutela concedida.

3.4. El “reparto” en el derecho comparado

Cabe recalcar que el reparto funcional no es una singularidad peruana. En el derecho comparado, la competencia cautelar del árbitro no es exclusiva y coexiste con la judicial, pero con una creciente primacía del proceso arbitral una vez constituido el tribunal.⁴³ El Arbitration Act 1996 inglés, en su sección 44, regula el poder judicial de apoyo;⁴⁴ la Ley 60/2003 española trata las potestades arbitral y judicial como alternativas y concurrentes;⁴⁵ y la Convención Europea de Ginebra de 1961 dispone que solicitar cautela al juez no implica renuncia ni sometimiento al fondo.⁴⁶

⁴² Ana María Arrarte Arisnabarreta, “Comentario al artículo 47 de la Ley de Arbitraje”, en Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, coord. Carlos Soto y Alfredo Bullard, t. I (Lima, 2011).

⁴³ Gary B. Born, “Provisional Relief in International Arbitration”, en *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[E].

⁴⁴ Arbitration Act 1996 (Reino Unido), sección 44: “(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings. (2) Those matters are— (a) the taking of the evidence of witnesses; (b) the preservation of evidence; (c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings [...]; (d) the sale of any goods the subject of the proceedings; (e) the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver. (3) If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets.”

⁴⁵ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (España), art. 11.3: “El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.” Y art. 23.1: “Salvo acuerdo

La nota común es que la ejecución coactiva y los efectos frente a terceros se canalizan por el juez, lo que permite universalizar el reparto funcional que defiende este trabajo.

El panorama comparado muestra una distribución funcional recurrente. El tribunal arbitral conserva la potestad de decidir sobre la tutela cautelar dentro del ámbito subjetivo del convenio, mientras el juez interviene cuando se requiere fuerza pública o una actuación directa frente a terceros. A diferencia del árbitro, el juez sí puede dirigir mandatos a quienes no consintieron el arbitraje, no para someterlos al fondo de la controversia, sino para imponerles deberes instrumentales derivados de su potestad estatal.

3.5. Qué debe hacer el árbitro cuando recibe una medida cautelar que obliga a un tercero

La distinción anterior permite abordar el supuesto más complejo: un juez dicta, antes de la constitución del tribunal, una medida cautelar que impone una obligación a un tercero, como, por ejemplo, un embargo en forma de retención dirigido a un banco, y posteriormente el expediente es remitido al arbitraje. El tribunal debe entonces identificar qué aspectos de la tutela pasan a encontrarse bajo su cognición y cuáles permanecen sujetos al *imperium* judicial. El punto de partida es que el tribunal adquiere competencia sobre la controversia y sobre la protección cautelar entre las partes, pero no sobre el tercero.⁴⁷

Conviene precisar el alcance de esa competencia, para no exagerarla ni recortarla. El tribunal puede revisar la justificación de la medida, modificar sus condiciones, sustituirla por otra garantía o dejarla sin efecto, porque el artículo 47.6 lo faculta de modo expreso, aun frente a decisiones judiciales.⁴⁸ La doctrina comparada confirma que la decisión cautelar del juez no es cosa juzgada, sino que queda sujeta a las decisiones posteriores del tribunal.⁴⁹ Esto responde a que la actuación del Poder Judicial, o de las

en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante."

⁴⁶ Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecha en Ginebra el 21 de abril de 1961, art. VI(4): "La solicitud de medidas provisionales o cautelares dirigida a una autoridad judicial no será considerada incompatible con la convención de arbitraje ni como una sumisión del fondo del asunto al tribunal judicial."

⁴⁷ Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.2 ("el tribunal arbitral ordena a una de las partes"). En el mismo sentido, Howard M. Holtzmann, Joseph Neuhaus, Edda Kristjansdóttir y Thomas Walsh, A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015), 225 (las medidas del tribunal, a diferencia de las de la corte, no pueden dirigirse a terceros); y Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte (Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014).

⁴⁸ Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.6. Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en International Commercial Arbitration, 3.º ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[G][6]. ["Properly understood, a national court's decision on provisional measures should be regarded as supportive of the arbitral process, available in circumstances where an arbitral tribunal is unable to act, but subject to subsequent decisions of the arbitral tribunal."]

⁴⁹ Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en International Commercial Arbitration, 3.º ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[G][6]: "a national court's decision on provisional measures should be regarded as supportive of the arbitral process, available in circumstances where an arbitral tribunal is unable to act, but subject to subsequent decisions of the arbitral tribunal". En sentido coincidente, Marianella Ledesma Narváez, "La medida cautelar y el procedimiento arbitral", en Jurisdicción y arbitraje (Lima) (la intervención judicial concluye al constituirse el tribunal, que puede modificar las medidas dictadas por el juez); y Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (La Haya: Kluwer Law International, 1999) [pág. por confirmar].

cortes nacionales, con relación al arbitraje siempre debe ser de soporte. En Perú, esto queda claro con lo dispuesto en los artículos 8 y 47 de la Ley de Arbitraje, que disponen que el rol del poder judicial es de control y colaboración y está supeditado a la constitución y disposiciones que emita el Tribunal Arbitral.

Lo que el tribunal no puede hacer es dirigir mandatos directamente al banco ni ejecutar coactivamente su decisión sobre él. Dicho de otro modo, puede decidir que la cautela cese, pero el levantamiento material frente al tercero se canaliza por el juez.⁵⁰

De ahí que el tribunal no esté obligado a pronunciarse de oficio. La tutela cautelar se concede a solicitud de parte y es renunciable, y la actuación de oficio que autoriza el artículo 47.6 es excepcional y exige notificación previa, por lo que no puede convertirse en un deber general de revisar mandatos que recaen sobre terceros.⁵¹

Cuando una parte sí solicita un pronunciamiento, el tribunal dispone de un repertorio acotado de respuestas, todas dirigidas a las partes y no al tercero.

1. **No modificar la medida judicial.** Si el tribunal concluye que la protección continúa siendo necesaria, puede abstenerse de modificar o levantar la medida. En ese supuesto, el mandato judicial previamente dirigido al tercero conserva sus efectos en los términos en que fue dictado. El tribunal no necesita reproducir la orden frente al banco ni asumir competencia sobre él; basta con que no ejerza la facultad de modificación reconocida por el artículo 47.6.⁵²
2. **Dejar sin efecto la medida.** Si el tribunal concluye que los presupuestos cautelares ya no concurren, puede dejar sin efecto la medida judicial conforme al artículo 47.6. La decisión arbitral determina que la tutela ya no debe subsistir, pero su materialización frente al tercero exige que el juez comunique o disponga el levantamiento del mandato previamente emitido, sin reexaminar la valoración cautelar efectuada por el tribunal.⁵³
3. **Sustituir la medida por una obligación *inter partes*.** El tribunal puede reemplazar la afectación judicial por una garantía que deba ser constituida por una de las partes, como una carta fianza, una garantía bancaria u otro mecanismo equivalente. Esta vía se mantiene dentro de la competencia arbitral, porque la orden se dirige a la parte y no al tercero, y suele ser la salida más eficiente, ya que libera al tercero sin sacrificar la seguridad del crédito.⁵⁴

⁵⁰ Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[A][5][a] (el tribunal no puede dirigir medidas a no partes) y [b] (carece de ejecución coercitiva); Decreto Legislativo N.º 1071, art. 48.

⁵¹ Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.6. Sobre el carácter rogado de la tutela cautelar, Natale Amprimo Plá, "La tutela cautelar arbitral", *Ius et Praxis*, n.º 44 (2013): 59-79.

⁵² Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.6; Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[G][6].

⁵³ Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.6 (facultad de dejar sin efecto) y art. 48.2-48.3 (el juez ejecuta sin admitir oposición ni interpretar el contenido). Sobre el rol no revisor del juez, Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte* (Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014); y Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Comercial, Exp. N.º 435-2011, Resolución N.º 3, 4 de octubre de 2012 (improcedencia de la oposición del ejecutado).

⁵⁴ Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.6 (modificar y sustituir) y art. 47.1 (el tribunal "podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias [...], pudiendo exigir las garantías que estime

Lo que exceda esas respuestas y pretenda incidir directamente sobre la esfera del tercero, como imponerle un mandato propio o ejecutar coactivamente contra él, debe canalizarse por el juez.

Conviene anotar que el arbitraje internacional ha explorado, e incorporado con cautela, la opción de que las cortes dicten medidas cautelares no solo antes, sino también durante el arbitraje. La Ley Modelo lo admite en sus artículos 9 y 17 J, y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI lo confirma en su artículo 26(9).⁵⁵

Los reglamentos institucionales también lo han regulado estableciendo límites. El Reglamento de la CCI de 2026 permite acudir al juez antes de transmitido el expediente y, en circunstancias apropiadas, también después⁵⁶, y el Reglamento de la LCIA de 2020 lo admite tras la constitución del tribunal solo en casos excepcionales y con su autorización.⁵⁷ La sección 44 del Arbitration Act 1996 inglés sigue una línea semejante.⁵⁸ De igual forma, el artículo 1425 del Código de Comercio de México permite que las cortes puedan emitir medidas cautelares en paralelo a procesos arbitrales.⁵⁹ Esta noción fue evaluada por el grupo de trabajo que redactó la Ley Modelo CNUDMI, el cual determinó que la emisión de medidas cautelares por jueces locales no es incompatible con el arbitraje.

En ese mismo sentido, de acuerdo con Born, el árbitro no puede ordenar embargos ni retenciones que vinculen a terceros y carece de ejecución coercitiva, de modo que esos efectos se obtienen mediante una medida cautelar judicial en apoyo del arbitraje o mediante el auxilio del juez para ejecutar la medida dirigida a la parte.⁶⁰

El principal problema aparece cuando, después de constituido el tribunal arbitral, surge por primera vez la necesidad de una medida que solo puede ser eficaz mediante una actuación directa frente a un tercero. El artículo 47.4 regula expresamente la intervención judicial anterior a la constitución del tribunal,⁶¹ mientras el artículo 48 regula la ejecución judicial de las medidas arbitrales. Sin embargo, la ley no precisa con suficiente claridad si el juez puede dictar una medida cautelar propia y subsidiaria durante el arbitraje cuando el tribunal carece de competencia subjetiva para alcanzar al tercero.

Esta falta de precisión puede generar una laguna de tutela. Si se considera que el juez no puede adoptar ninguna medida nueva después de constituido el tribunal y que el árbitro tampoco puede dirigir mandatos a terceros, la parte podría quedar privada de una protección indispensable para preservar la eficacia del laudo. Por ello, resulta necesario interpretar la colaboración judicial de manera que respete la competencia

conveniente"); Ana María Arrarte Arisnabarreta, "Comentario al artículo 47 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, coord. Carlos Soto y Alfredo Bullard, t. I (Lima, 2011).

⁵⁵ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985 (enmendada en 2006), arts. 9 y 17 J; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 2013, art. 26(9).

⁵⁶ Reglamento de Arbitraje de la CCI, 2026, art. 29(2): "Before the file is transmitted to the arbitral tribunal, and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures [...]".

⁵⁷ Reglamento de Arbitraje de la LCIA, 2020, art. 25.3: las partes pueden acudir a un tribunal estatal "(i) before the formation of the Arbitral Tribunal; and (ii) after the formation of the Arbitral Tribunal, in exceptional cases and with the Arbitral Tribunal's authorisation".

⁵⁸ Arbitration Act 1996 (Reino Unido), sección 44.

⁵⁹ Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 5.ª ed. (Guadalajara, México: Porrúa, 2018), 827.

⁶⁰ Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §§17.03 y 17.04. En la doctrina iberoamericana.

⁶¹ Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.4; Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte (Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014).

cautelar del tribunal sin impedir que el juez aporte el *imperium* requerido frente a terceros.

La jurisprudencia peruana no ha resuelto esta cuestión de manera uniforme. Algunos órganos judiciales han ejecutado medidas arbitrales de embargo en forma de retención dirigidas a cuentas bancarias, mientras otros han rechazado la colaboración cuando el mandato arbitral incidía directamente sobre terceros que no participaron en el arbitraje. Esta divergencia evidencia que todavía no existe un criterio consolidado sobre si el juez, al ejecutar la medida, puede proyectar sus efectos sobre terceros o si el tribunal debe limitar desde el inicio su decisión a obligaciones dirigidas a las partes.

En ese sentido, existen pronunciamientos como el recaído en el Expediente N.º 03763-2022-21-0401-JR-CI-06, mediante el cual el Sexto Juzgado Civil de Arequipa dispuso la ejecución de una medida cautelar emitida por una árbitra única, consistente en el embargo en forma de retención de cuentas bancarias. En sentido contrario, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 17751-2025-0-1828-JR-CO-13, se indicó que *“se toma nota que en la jurisprudencia de las Salas Comerciales de Lima, se aprecia, que no se provee colaboración judicial a: [...] 2) mandatos contra terceros que no formaron parte en el arbitraje (p.e. Exp. 2362- 2013-9, criterio avalado por el Pleno Jurisdiccional distrital comercial de 2010)”*⁶²

En definitiva, si bien la limitación de la competencia arbitral respecto de terceros responde a la naturaleza consensual del arbitraje, la regulación peruana podría resultar excesivamente restrictiva al impedir soluciones cautelares plenamente eficaces. La falta de uniformidad jurisprudencial evidencia, además, la necesidad de definir con mayor claridad el alcance de la colaboración judicial en estos supuestos.

El caso BCP muestra las consecuencias de ignorar este deslinde. En lugar de reconocer que el banco era un tercero ajeno y canalizar mediante el juez cualquier actuación que requiriera *imperium*, el árbitro pretendió incorporarlo al convenio, le dirigió una orden cautelar y posteriormente le impuso una sanción pecuniaria. El problema no fue únicamente la falta de capacidad coercitiva del tribunal, sino la atribución de jurisdicción sobre un sujeto que no había consentido el arbitraje.⁶³

IV. COMENTARIO A LA SENTENCIA 855/2021 (EXPEDIENTE 00305-2021-PA/TC), CASO BCP

4.1. Antecedentes

El conflicto se originó en un accidente ocurrido en un establecimiento de Hipermercados Tottus, a raíz del cual la persona afectada promovió un arbitraje para obtener una indemnización. El caso presentaba desde su origen una dificultad fundamental: no existía un convenio arbitral previo que sometiera la controversia a arbitraje.

En ese proceso, el árbitro único asumió competencia y proyectó efectos sobre el Banco de Crédito del Perú, tercero ajeno, al extenderle el convenio como parte no signataria y, a la vez, ordenar un embargo en forma de retención sobre las cuentas de Tottus, bajo apercibimiento de multa.⁶⁴

⁶² Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, **Auto de Vista**, Resolución N.º 4, Exp. N.º 17751-2025-0-1828-JR-CO-13, 23 de abril de 2026, 7.

⁶³ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 00305-2021-PA/TC, Sentencia 855/2021. La práctica de las salas comerciales converge en el mismo deslinde: Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Comercial de Lima, 20 de mayo de 2010, Tema N.º 1; y Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Comercial, Exp. N.º 7271-2019.

⁶⁴ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 00305-2021-PA/TC, Sentencia 855/2021, antecedentes.

El banco objetó la orden y señaló que no era parte del arbitraje, que no había consentido someterse a él y que cualquier medida de retención debía canalizarse mediante el auxilio judicial. El árbitro interpretó esa actuación defensiva como una manifestación tácita de consentimiento, reiteró la orden e impuso al banco una multa de S/ 380,000. El banco interpuso amparo invocando el juez predeterminado por la ley y la propiedad.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda. En el fondo, sostuvo que nadie puede ser sometido a la jurisdicción de un órgano sin una base jurídica previa y concluyó que la extensión del convenio al banco no cumplía los requisitos, pues no había consentimiento ni participación relevante, de modo que su conducta no podía leerse como aceptación. En su fundamento de voto, el magistrado Espinosa-Saldaña distinguió la potestad de decidir de la de ejecutar coercitivamente y recordó que los árbitros carecen de imperium. El Tribunal anuló las resoluciones y excluyó al banco.

4.2. Comentario

El núcleo de la sentencia es compatible con el marco desarrollado en este artículo. El Tribunal Constitucional reafirmó que el consentimiento constituye el fundamento y el límite de la jurisdicción arbitral, y que una persona no puede ser sometida a un foro arbitral sin una base jurídica que permita considerar que aceptó el convenio. La extensión al banco, sin base jurídica suficiente, suponía someter a un tercero a un foro no consentido, lo que lesiona el derecho al juez predeterminado por la ley. La sentencia confirma, además, la distinción entre *iudicium* y *coertio*, y aborda implícitamente los límites del principio de kompetenz-kompetenz, que no autoriza a expandir artificialmente el ámbito subjetivo del arbitraje.

Un aspecto que merece reparo es la lectura del silencio del banco como consentimiento tácito. La sumisión a la jurisdicción arbitral no puede presumirse de la mera ausencia de una objeción en los términos que el propio árbitro considera exigibles, pues ello invertiría la regla del consentimiento y permitiría construir la competencia sobre el descuido del tercero. El Tribunal acierta al rechazar esa lectura.

El alcance del precedente debe ser delimitado cuidadosamente. El caso era particularmente extremo porque no existía un convenio arbitral previo y porque el árbitro no se limitó a solicitar la colaboración del banco, sino que pretendió incorporarlo al arbitraje y sancionarlo pecuniariamente. Por ello, la sentencia confirma con claridad el límite subjetivo de la jurisdicción arbitral, pero no resuelve directamente cómo debe ejecutarse frente a un tercero una medida cautelar adoptada dentro de un arbitraje válidamente constituido.

En ese sentido, el caso BCP refleja la realidad expuesta en este artículo. El árbitro no tuvo competencia para compeler al BCP a embargar las cuentas. La objeción del Banco de Crédito fue, precisamente, que no formaba parte del convenio arbitral y que no tenía obligación de acatar la orden.

El árbitro debió limitar su decisión cautelar al ámbito *inter partes* y recurrir al juez para cualquier actuación que requiriera imponer directamente al banco una obligación de retención. La vía judicial no era necesaria para decidir si la tutela se encontraba justificada, sino para proyectar coercitivamente sus efectos sobre un sujeto ajeno al convenio arbitral. De ese modo se habría preservado tanto la eficacia de la cautela como el límite subjetivo de la jurisdicción arbitral. En este sentido, la decisión converge con la práctica de las salas comerciales y con los trabajos preparatorios de la Ley Modelo, que reservan a la corte las medidas que vinculan a terceros. Lejos de debilitar el arbitraje, el pronunciamiento lo delimita y refuerza su legitimidad.

Este es el supuesto que los redactores de la Ley Modelo habían reservado a la corte. Cuando se propuso delimitar la actuación judicial frente a la arbitral, se mencionó como ejemplo la medida necesaria para vincular a un tercero. El árbitro del caso BCP hizo justamente lo contrario, al pretender vincular por sí mismo a un banco no signatario, de modo que su decisión no podía sino caer.⁶⁵

La sentencia, además, refleja un detalle adicional. Al admitir el amparo, el Tribunal Constitucional reconoció que el tercero carece de una vía ordinaria eficaz para cuestionar actuaciones arbitrales que inciden en su esfera sin que él sea parte, pues no puede impugnar un laudo del que no es parte ni tiene legitimación en un recurso de anulación ajeno. El amparo opera entonces como remedio frente a la incorporación arbitraria al arbitraje.

Esto confirma lo afirmado en este artículo desde una perspectiva distinta. Si la única forma de que el tercero ejerza su defensa es la vía constitucional extraordinaria, la medida nunca debió alcanzarlo.

V. CONCLUSIONES

1. Antes de la constitución del tribunal arbitral, el juez puede adoptar medidas cautelares en apoyo del futuro arbitraje con las potestades propias de la jurisdicción estatal. Su intervención es temporal y se encuentra condicionada a que el arbitraje se inicie y el tribunal se constituya dentro de los plazos previstos por el artículo 47.4 del Decreto Legislativo 1071.
2. Constituido el tribunal, los artículos 47.5 y 47.6 desplazan hacia los árbitros la competencia cautelar sobre la controversia. El tribunal puede revisar, modificar, sustituir o dejar sin efecto las medidas previamente dictadas por el juez, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Este desplazamiento evita que la tutela cautelar permanezca sometida a una revisión paralela de los órganos judiciales y arbitrales.
3. La competencia cautelar del tribunal arbitral encuentra, sin embargo, un límite subjetivo en el consentimiento. El árbitro puede dirigir órdenes a las partes vinculadas por el convenio, pero no puede imponer directamente obligaciones, sanciones o mandatos de embargo, retención o inscripción a terceros ajenos. Cuando la eficacia de la medida requiere una actuación frente a esos sujetos, corresponde al juez aportar el *imperium* estatal necesario.
4. La distinción relevante no se produce únicamente entre decisión y ejecución. También debe diferenciarse entre la determinación de la tutela, el destinatario del mandato y su cumplimiento coercitivo. El tribunal puede decidir que una medida judicial previa debe mantenerse, modificarse, sustituirse o levantarse; sin embargo, la actuación material frente al tercero debe canalizarse mediante la autoridad judicial.
5. La regulación peruana no resuelve con suficiente claridad qué ocurre cuando, después de constituido el tribunal, surge por primera vez la necesidad de una medida que exige afectar directamente a un tercero. Una interpretación que excluya toda intervención judicial posterior podría generar una laguna de tutela, mientras una interpretación que permita al árbitro dirigir mandatos a terceros desconocería el carácter consensual del arbitraje. La colaboración judicial debe, por ello, ser entendida como complementaria y subsidiaria: no

⁶⁵ Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 578.

sustituye la competencia cautelar del tribunal, pero permite hacer efectiva la medida cuando se requiere *imperium*.

6. La Sentencia 855/2021 del Tribunal Constitucional confirma que el principio de kompetenz-kompetenz no permite incorporar artificialmente a un tercero ni sancionarlo por incumplir una orden arbitral que no estaba obligado a acatar. El caso BCP no resuelve todos los problemas derivados de la ejecución cautelar frente a terceros, pero reafirma que la eficacia del arbitraje debe construirse dentro de los límites del consentimiento y mediante una adecuada coordinación entre iudicium arbitral e imperium judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Amprimo Plá, Natale. "La tutela cautelar arbitral". *Ius et Praxis*, n.º 44 (2013): 59-79.
- Arrarte Arisnabarreta, Ana María. "Comentario al artículo 47 de la Ley de Arbitraje". En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, coordinado por Carlos Soto y Alfredo Bullard, t. I. Lima, 2011.
- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. Redfern y Hunter sobre arbitraje internacional. Traducido por Nathalie A. López Novoa. Lima: Fontana Editores, 2020.
- Born, Gary B. "Provisional Relief in International Arbitration". En *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. La Haya: Kluwer Law International, 2021 (actualizado en diciembre de 2023).
- Caivano, Roque J., y Natalia Ceballos. "El principio kompetenz-kompetenz, revisitado a la luz de la ley de arbitraje comercial internacional argentina". *Themis – Revista de Derecho*, n.º 77 (2020): 15-34.
- Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán. "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje". En *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte*. Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014.
- Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999.
- Gaillard, Emmanuel, y Yas Banifatemi. "Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators". En *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, editado por Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro. Londres: Cameron May, 2008.
- García Chávarri, Abraham. "El juez predeterminado por ley". *Foro Jurídico*, 2013.
- González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. 5.ª ed. Guadalajara, México: Porrúa, 2018.
- Holtzmann, Howard M., Joseph Neuhaus, Edda Kristjánsdóttir y Thomas Walsh. *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

- Ledesma Narváez, Marianella. "La medida cautelar y el procedimiento arbitral". En Jurisdicción y arbitraje. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pérez Gallardo, Leonardo B. "Comentario al artículo 1363 del Código Civil". En Código Civil comentado, t. VII, 162-182. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.

Normas e instrumentos

- Arbitration Act 1996. Reino Unido.
- Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ginebra, 21 de abril de 1961.
- Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Perú, 2008.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. España.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985 (enmendada en 2006).
- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. 1976.
- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. 2013.
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). 2026.
- Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA). 2020.
- Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional. 1999.

Jurisprudencia

- Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial. Auto de Vista, Resolución N.º 4, Exp. N.º 17751-2025-0-1828-JR-CO-13, 23 de abril de 2026.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Comercial. Exp. N.º 435-2011, Resolución N.º 3, 4 de octubre de 2012.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Comercial. Exp. N.º 7271-2019.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N.º 3909-2013-Lima, 24 de junio de 2014.
- Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Comercial de Lima, 20 de mayo de 2010.
- Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 1937-2006-PHC/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00305-2021-PA/TC, Sentencia 855/2021 (caso BCP).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesauro, asunto C-213/89 (Factortame), 1990.