## LA EVOLUCIÓN DEL MECANISMO DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN EL MUNDO Y SU IMPORTACIÓN AL PERÚ

SERGIO ALBERTO TAFUR SÁNCHEZ

Socio y gerente de Tafur Asesores & Consultores. Lima, Perú

SERGIO ALBERTO TAFUR SCAGLIA

Abogado en Tafur Asesores & Consultores. Lima, Perú

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1 Enero – Junio 2023 Págs. 151–170

Resumen: El presente trabajo pretende, respetando los límites que impone la extensión sugerida, abordar la figura del arbitraje de emergencia desde sus orígenes, identificando las diferencias sustanciales con los mecanismos que la antecedieron y que determinan su uso cada vez más frecuente. Analiza, asimismo. cómo logró dicha figura importarse a la práctica arbitral en el Perú, evidenciando las razones de su expansión y proliferación a nivel nacional. Finalmente, se aborda una revisión sobre las principales contingencias que enfrenta el procedimiento del árbitro de emergencia para su aplicación práctica en la materia más arbitrada en el Perú: la contratación pública. El autor advierte cuáles son los principales retos que enfrenta la figura para garantizar un procedimiento justo, equitativo y que sea concordante con el principio de igualdad de trato.

Abstract: This paper intends, respecting the limits imposed by the suggested extension, to address the figure of emergency arbitration from its origins, identifying the substantial differences with the mechanisms that preceded it and that determine its increasingly frequent use. Likewise, the paper analyzes how this figure managed to be imported into arbitration practice in Peru, evidencing the reasons for its expansion and proliferation at the national level. Finally, it addresses a review of the main contingencies faced by the emergency arbitrator procedure for its practical application in the most arbitrated matter in Peru: public procurement. The author identifies the main challenges the figure faces to quarantee a fair and equitable procedure that is consistent with the principle of equal treatment.

Palabras clave: Árbitro de emergencia - Contratación pública - Arbitraje - Perú - Procedimiento cautelar.

Keywords: Emergency arbitration - Procurement - Arbitration - Peru - Precautionary procedure.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA REVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN EL MUNDO. II. LA IMPORTACIÓN DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA AL PERÚ. III. LA RELACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ. IV. LOS RETOS PENDIENTES DEL ARBITRAJE DE EMER-GENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, UNA MIRADA AL FUTURO PARA UN PROCEDIMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO. V. CONCLUSIONES.

#### INTRODUCCIÓN

En un proceso donde se dilucida una controversia jurídica, muchas veces, uno de los factores más perniciosos para el aseguramiento de la pretensión es el factor tiempo. En ese sentido, el propio decurso del mismo puede llevar aparejada a una afectación irreparable al derecho que se pretende proteger. Para evitar tal perjuicio, el Derecho ha concebido la figura de la tutela cautelar como mecanismo orientado a evitar que la demora en la resolución de un conflicto pueda afectar a la eficacia de la decisión futura en caso que ella ampare la pretensión demandada.

Hoy, la tutela cautelar se encuentra incorporada prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos y es de uso común en los distintos procesos de solución de controversias, ya sean judiciales o arbitrales<sup>1</sup>; sin embargo, esto no siempre ha sido así.

Según algunos autores, la teoría del proceso sostiene que el único ente con facultades jurisdiccionales, partiendo del principio de unidad de jurisdicción, es el Poder Judicial. Por ello, es esta institución quien goza de los cinco atributos de la misma notio, iuditio, vocatio, coertio y executio<sup>2</sup>. Por lo tanto, el Poder Judicial sería la entidad idónea para poder brindar tutela jurisdiccional efectiva a los justiciables. Sin embargo, desde hace ya varias décadas, el uso del arbitraje como mecanismo de solución de controversias se ha intensificado en muchos países debido a diversas razones entre las que podríamos mencionar la masificación de las relaciones comerciales en un mundo cada vez más globalizado, la complejidad de determinadas materias en controversia que requieren de especialistas para su comprensión y solución, la demora que suelen tener las causas que se ventilan ante los tribunales judiciales, entre otras. En

Aun cuando varias décadas atrás resultase inadmisible en diversos países pensar que un árbitro pudiese dictar medidas cautelares.

Reggiardo Saavedra, M., «Encuentros y desencuentros de la jurisdicción», Revista Ius et Veritas, vol. 20, 2000, pp. 243-249.

este contexto, cabe preguntarse: ¿cómo es que la tutela cautelar funciona en el ámbito arbitral? Imaginemos una relación comercial contemporánea donde el resguardo de esas pretensiones requiere -aún con más urgencia- de esa tutela a fin de evitar un perjuicio que devenga irreparable.

Hoy, en la gran mayoría de legislaciones en el mundo, se ha optado por incorporar a la posibilidad de interponer medidas cautelares en el proceso arbitral<sup>3</sup> o de manera anticipada ante el Poder Judicial, sin que ello implique una renuncia al arbitraje ya pactado. Al respecto, la legislación colombiana incorporó en 1989 en su normativa arbitral la posibilidad de que los árbitros puedan adoptar y ejecutar medidas cautelares<sup>4</sup>. Otro tanto hizo la Ley de Arbitraje peruana en el Decreto Legislativo 1071, en cuyo art. 47 se contempla expresamente la posibilidad que dichas medidas cautelares puedan ser solicitadas ante el propio tribunal arbitral y en caso se requiera dicha tutela antes de su constitución pueda recurrirse ante el Poder Judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, ya hace varios años se ha venido aceptado la posibilidad de que incluso dicha tutela cautelar pueda ser solicitada en vía arbitral ante un árbitro diferente de aquel que será el encargado de conocer la controversia de fondo, es decir, ante un árbitro que solo tendrá capacidad para pronunciarse respecto del petitorio cautelar; a esta figura es a la que se denomina hoy como arbitraje de emergencia. Así en España, donde en 2003, con la promulgación de la Ley de Arbitraje de ese mismo año, se reconoció a los árbitros la competencia para dictar medidas cautelares incluso ante causam, es decir antes de la constitución de un tribunal arbitral<sup>5</sup>.

El tema materia de las siguientes líneas tiene que ver esencialmente con el segundo de los supuestos antes indicados, es decir, cuando aún no existe un arbitraje en curso con un tribunal arbitral constituido ante el que se pueda solicitar esa tutela cautelar. En este caso, tradicionalmente nos encontrábamos en la necesidad de recurrir al aparato judicial. Cabe preguntarse, en este sentido, si estos mecanismos son suficientes para asegurar la tutela de las pretensiones futuras a ser interpuestas en el marco de procedimientos arbitrales o si, por el contrario, resulta posible buscar mecanismos que aceleren la obtención de una decisión cuando es de carácter urgente. El presente trabajo pretende dar respuesta a esta incógnita analizando una figura que ha irrumpido en el campo de arbitraje en los últimos treinta años y que ha tenido éxito en las distintas jurisdicciones en las que se ha implementado: el arbitraje de emergencia.

Hoy prácticamente nadie discute que los árbitros puedan dictar medidas cautelares una vez constituido el Tribunal Arbitral que conocerá de la controversia sometida a arbitraje.

Rodríguez Mejía, M., Medidas cautelares en el proceso arbitral, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, disponible en http://books.openedition.org/uec/279.

Op. cit. (cita 4).

Asimismo, el trabajo pretende analizar dicha figura a través de su importación a la legislación peruana y su uso en la materia más arbitrada en el Perú: la contratación pública.

#### I. LA REVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN EL MUNDO

Como hemos destacado previamente, hay controversias donde resulta necesario evitar el perjuicio generado por el decurso del tiempo para asegurar la pretensión que se pretende tutelar de inmediato pues, en caso de que ello no se cumpla, se corre el riesgo inminente de que el derecho que se pretende reclamar sea afectado de forma permanente.

En el mundo arbitral, en la década de 1990, ante la creciente necesidad de otorgar tutela de urgencia en controversias sujetas a arbitraje, pero en donde aún no existía un tribunal arbitral constituido, irrumpe de manera primigenia lo que conocemos como arbitraje de emergencia.

En efecto, la Cámara de Comercio Internacional buscó un mecanismo para facilitar la solicitud de medidas cautelares en una etapa previa a la constitución de un tribunal arbitral, instaurando un procedimiento pre arbitral llamado Procedimiento Precautorio Prearbitral o *Pre Arbitral Referee Procedure*. Este procedimiento tenía como objetivo permitir a las partes que hubieran pactado este mecanismo la posibilidad de recurrir a un tercero (así denominado en el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Cámara de Comercio Internacional), para emitir una medida provisional dando así una solución interina hasta que se emita una solución definitiva a la controversia, ya sea mediante un acuerdo *inter partes* o un laudo arbitral.

Lamentablemente, la implementación de esta figura no tuvo el éxito esperado, fundamentalmente por que el sistema adoptado por las mismas era un mecanismo *opt in*, es decir que exigía el pacto expreso de las partes. Ello está claramente establecido en el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral, el cual establecía una cláusula modelo:

Cualquier parte en el presente contrato tendrá el derecho de recurrir a las disposiciones del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes se declaran sujetas a las disposiciones de dicho Reglamento<sup>6</sup>.

Esta forma de acceso constituyó un aspecto determinante para el limitado éxito que tuvo la figura, pues muy pocos agentes tenían conocimiento de este procedimiento y, por consiguiente, no incluían esta cláusula en sus contra-

Cámara de Comercio Internacional. Reglamento del Procedimiento Precautorio Prearbitral, París, 2006, p. 3.

tos. En efecto, solo se llegó a solicitar el uso del procedimiento precautorio prearbitral doce veces en veinte años<sup>7</sup>. Sin embargo, este procedimiento representó una primera aproximación a lo que las relaciones contractuales contemporáneas requerían, especialmente en contratos de operaciones a mediano y largo plazo donde la tutela cautelar no puede esperar a la constitución de un tribunal arbitral.

Más tarde, existieron distintos esfuerzos por perfeccionar este procedimiento y evitar así recaer en el tradicional sistema de justicia ordinaria. Un nuevo esfuerzo se vio plasmado por el Centro Internacional para Solución de Controversias (ICDR), que el 1.º de mayo de 2006 incorporó en su Reglamento de Arbitraje el art. 37, denominado «Medidas Urgentes de Protección», el cual consagraba lo siguiente:

- 1. A menos que las partes acuerden otra cosa, las disposiciones de este Artículo 37 se aplicarán a los arbitrajes conducidos de conformidad con cláusulas de arbitraje o acuerdos celebrados el 1 de mayo de 2006 o después.
- 2. La parte que requiera una medida urgente previa a la constitución del tribunal notificará al administrador y a las demás partes, por escrito, sobre la naturaleza de la medida solicitada y las razones por las que esa medida es requerida con carácter de urgencia. La notificación también explicará las razones por las que la parte tiene derecho a esa medida. Esta notificación podrá ser presentada por correo electrónico, fax o a través de otros medios fiables y deberá incluir una declaración haciendo constar que las otras partes han sido notificadas o una explicación de las gestiones realizadas de buena fe para notificar a las otras partes.

Las novedades fueron varias y diversas:

- a) En primer lugar, la aplicación del procedimiento del árbitro de urgencia se instituyó como automática: una vez que las partes han aceptado el sometimiento al reglamento del Centro Internacional para Solución de Controversias pueden recurrir al procedimiento del árbitro de urgencia sin haberlo pactado expresamente. A este sistema de aplicación lo denominamos como opt out, es decir, que el mecanismo se aplica por defecto y lo que se debe de pactar, en su caso, es la renuncia expresa al mismo.
- b) En segundo lugar, se instituyó que el agente resolutor de la medida pase a llamarse árbitro y no «tercero», como se le denominaba en su institución predecesora el procedimiento precautorio prearbitral. Si bien puede parecer una nimiedad, el efecto práctico de este cambio de nombre

Ezcurra Rivero, H., Olórtegui Huamán, J., «Y ahora ¿quién podrá defendernos? El árbitro de emergencia», en Revista Advocatus, vol. 28, 2017, p. 99.

tenía como objetivo que el «laudo provisional» emitido por el árbitro de urgencia, pudiera estar comprendido dentro de los alcances de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958<sup>8</sup>.

c) Finalmente, y no menos importante, creemos que otro de los grandes avances fue el abrir el espectro para que el árbitro de urgencia pueda dictar las ordenes que considere prudentes para asegurar el derecho que se pretende cautelar, eliminando así las restricciones que imponía el procedimiento precautorio prearbitral.

En resumen, la revolución del art. 37 del reglamento del Centro Internacional para Solución de Controversias radica en que se abrió el espectro para un momento (entiéndase la etapa prearbitral) donde no se tenía prevista otra posibilidad distinta a la de la jurisdicción ordinaria para cautelar los derechos.

Ahora bien, al ver este cambio relevante y evidenciar que el mecanismo efectivamente ofrecía una alternativa para acelerar la tutela cautelar en controversias donde se había pactado el arbitraje como mecanismo de solución del conflicto y aún no se contaba con un tribunal arbitral instalado, distintas instituciones arbitrales a nivel mundial incorporaron la figura en sus reglamentos. Es así como la Cámara de Comercio de Estocolmo (a partir del 1.º de enero de 2010), el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (a partir del 1.º de julio de 2010), el Centro Australiano para Arbitraje Comercial Internacional (a partir del 1.º de agosto de 2011) y finalmente la Cámara de Comercio Internacional (a partir del 1.º de enero del año 2012) asimilaron la figura.

Si bien cada institución reguló el procedimiento del arbitraje de emergencia a su manera, lo cierto es que se mantuvieron las características esenciales de la figura. Es decir, el arbitraje de emergencia se consolidó como un procedimiento: (i) con un calendario acelerado caracterizado por un procedimiento sumario y exigente en los plazos, (ii) aplicable en la etapa prearbitral (es decir, cuando aún no se cuenta con un tribunal arbitral constituido), (iii) de carácter reservado, (iv) que establece la posibilidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria independientemente de haber pactado la figura y, finalmente, (v) con un álgido debate respecto al estatus de las decisiones del árbitro de emergencia al no haber un consenso respecto a si estas son una orden como lo establece la Cámara de Comercio Internacional, un laudo provisional como lo establece el Centro Internacional para Solución de Controversias o pueden ser ambas como lo establece el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur.

Al respecto, debemos recalcar que el arbitraje de emergencia ha representado un gran paso como mecanismo de tutela de urgencia, trayendo consigo

<sup>8.</sup> Aspecto que por cierto resulta ampliamente discutible.

<sup>9.</sup> Op. cit. (cita 4), p. 102.

diversos beneficios como la celeridad, la especialidad y la opción de tener una vía más eficiente en la etapa prearbitral donde la única opción a quien recurrir (la jurisdicción ordinaria), por su propia lentitud, podría desencadenar consecuencias irreparables en el derecho que se pretende cautelar.

Prueba de ello es el paulatino incremento que ha tenido el uso de la figura a nivel mundial. De hecho, el reporte del Centro Internacional para Solución de Controversias arrojó que en un lapso de diez años comprendidos entre el 2006 y el 2016 se recibieron setenta solicitudes de arbitraje de emergencia<sup>10</sup>; lo cual, en términos comparativos, y en contraposición a las doce veces que se usó el procedimiento precautorio prearbitral en veinte años, debe considerarse un éxito rotundo.

#### II. LA IMPORTACIÓN DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA AL PERÚ

Latinoamérica no fue ajena a esta corriente de implementación del arbitraje de emergencia. Así, distintos centros de arbitraje latinoamericanos, como la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (en el 2008) o la Cámara de Comercio de Brasil-Canadá (en el 2012), entre otros, incorporaron esta figura en sus reglamentos.

Los centros de arbitraje peruanos también hicieron lo propio. La primera institución en reglamentarla fue la Cámara de Comercio de Lima, en el art. 35 de su Reglamento:

- 1. Hasta antes de la constitución del Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes que requiera medidas cautelares urgentes puede solicitar que se inicie un procedimiento ante un árbitro de emergencia (el «Árbitro de Emergencia»), quien conoce y resuelve la respectiva solicitud, según el procedimiento establecido en las «Reglas del Árbitro de Emergencia» (Apéndice I del Reglamento).
- 2. Las decisiones adoptadas por el Árbitro de Emergencia son vinculantes para las partes, quienes, por el hecho de haber sometido la controversia a arbitraje bajo el Reglamento, se obligan a cumplirlas sin demora.
- 3. Se extingue la competencia del Árbitro de Emergencia por la constitución del Tribunal Arbitral.
- 4. El derecho de las partes de recurrir a un Árbitro de Emergencia no impide que cualquiera de ellas pueda solicitar a la autoridad judicial competente que dicte medidas cautelares.

<sup>10.</sup> Centro Internacional para Solución de Controversias, The ICDR Internationl Arbitration Reporter, 2016, disponible en www.icdr.org/sites/default/files/document\_repository/ ICDR\_International\_Arbitration\_Reporter-Vol. 5.pdf.

5. Las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no son aplicables en los siguientes supuestos: a) si el convenio arbitral fue celebrado con antelación al inicio de vigencia del Reglamento; b) si las partes del convenio arbitral han excluido previa y expresamente su aplicación; o c) si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del Árbitro de Emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del Centro.

La segunda institución en hacerlo fue el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que en su art. 1 de la Directiva para el Servicio de Arbitro de Emergencia PUCP dispuso lo siguiente:

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

Esa misma línea fue seguida por otros centros de arbitraje del Perú, que progresivamente fueron implementando las referidas disposiciones en sus reglamentos.

Dado que el objeto del presente trabajo consiste en ofrecer una mirada de fuera adentro a la legislación peruana, consideramos relevante detallar que en el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje en el Perú se contempla expresamente: (i) la posibilidad de que los tribunales arbitrales puedan dictar medidas cautelares y (ii) la posibilidad que antes de la constitución del tribunal arbitral, la parte interesada pueda recurrir al Poder Judicial a solicitar una medida cautelar. Sin embargo, pese a que esta norma es del año 2008 (momento en el cual esta figura resultaba aún incipiente en el ámbito latinoamericano), no se previó la posibilidad de que pueda solicitarse una medida cautelar ante un árbitro de emergencia, que no es otra cosa que un árbitro a quien solicitar una medida cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral, que será el llamado a solucionar la controversia que se ha sometido a arbitraje.

Durante algunos años se evaluó en el país si dicha ausencia de regulación expresa impedía o no la existencia del denominado arbitraje de emergencia; sin embargo, puesto que no existe una prohibición legal para ello y que el arbitraje reposa en la voluntad de las partes (como expresión de su derecho a la libertad), lo que significa en términos prácticos que si las partes pueden someter la solución de sus diferencias a un pronunciamiento final y definitivo de un árbitro, no habría razón para que, en ejercicio de esa misma libertad, puedan someterse al pronunciamiento de otro árbitro que pueda ser competente para dictar una medida cautelar antes de la conformación del tribunal arbitral.

Finalmente, el surgimiento del arbitraje de emergencia en otras latitudes no obedeció a una reforma legislativa sino a la propia práctica arbitral. Evidentemente, lo que sí se presenta es un problema operativo inicial: cómo nombrar al árbitro de emergencia y la regulación de este tipo actuaciones (procedimiento), razón por la que dicha figura irrumpió en el Perú a través de los centros de arbitraje, teniendo su primera aproximación a través de la Cámara de Comercio de Lima en el año 2017.

De ese momento a la fecha podemos asegurar, con meridiana claridad que, en el Perú, son varias las instituciones arbitrales que tienen previsto un procedimiento de arbitraje de emergencia bajo regulaciones diferentes. En efecto, si comparamos los procedimientos de arbitraje de emergencia establecidos en cuatro de los principales centros de arbitraje del Perú encontraremos que cada reglamento tiene plazos distintos para la emisión de la decisión final del árbitro de emergencia:

| Centro de<br>Arbitraje | Centro de Arbi-<br>traje de la CCL                         | CARC –<br>PUCP | Cámara de Co-<br>mercio Ameri-<br>cana del Perú  | Arbitraje Insti-<br>tucional del Sis-<br>tema Nacional<br>de Arbitraje del<br>OSCE |
|------------------------|--|----------------|--|--|
|                        | 15 días a partir de<br>la presentación de<br>la solicitud. |                | 15 días desde<br>que las partes<br>fueron notifica-<br>das con el nom-<br>bramiento del<br>árbitro de emer-<br>gencia. | a partir de la re-<br>cepción de la pe-  |

Sujeto al supuesto de que el árbitro de emergencia estime conveniente correr traslado a la contraparte conforme se encuentra previsto en el art. 4 de la Directiva de Arbitraje de Emergencia del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En caso el árbitro no considere pertinente correr traslado a su contraparte, el plazo para emitir la decisión será de cinco días.

La diferencia entre cada procedimiento, en principio, no debería de ser un problema para su aplicación; sin embargo, como veremos más adelante, estas sutiles distinciones adquieren relevancia cuando hablamos de la materia objeto de mayor número de arbitrajes a nivel nacional: la contratación pública.

# III. LA RELACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

Las negociaciones contemporáneas requieren de eficiencia en tiempo para ser fructíferas. Lamentablemente, en el Perú se ha demostrado que los procesos judiciales ordinarios son excesivamente lentos al punto de que el propio Estado ha evidenciado la gran carga procesal que lleva el sistema judicial.

Para contextualizar la cuestión con datos, consideramos pertinente indicar que, la carga procesal del Poder Judicial al año 2018, se acercaba a más de 3.000.000 de casos<sup>11</sup>. Lamentablemente, esta tendencia ha ido incrementando, puesto que para enero del 2022 la carga procesal a nivel nacional ya se elevaba a 4.119.465 expedientes (entre procesos principales, cuadernos o incidentes y exhortos)<sup>12</sup>. Lo dicho se replica cuando nos referimos a la tramitación de incidentes (dentro de los cuales se encuentran las medidas cautelares) puesto que, a enero del año 2022, en el Perú teníamos una carga procesal de 1.112.113 incidentes pendientes de resolver<sup>13</sup>, lo cual demuestra un incremento del 61% de casos pendientes de resolución respecto a los 877.290 que había en el 2021<sup>14</sup>.

De este modo, los indicadores del propio Poder Judicial peruano demuestran, con claridad, que el sistema judicial peruano adolece de una grave tara: una gran carga procesal para la tramitación de expedientes de cualquier índole. Este incremento en el volumen de expedientes pendientes de tramitación se traduce en un mayor tiempo de espera para la atención en todos los tipos de procedimientos judiciales. Incluso en el marco de la tutela de urgencia.

Lo dicho en los párrafos anteriores demuestra que el aparato de justicia peruano ya venía en crisis desde hace un buen tiempo, por lo que, no es de extrañar que el propio Estado peruano haya entendido no ser el más indicado

<sup>11.</sup> Grupo Gaceta Jurídica, «La justicia en el Perú: cinco grandes problemas», en *Revista Gaceta Jurídica*, 2018.

<sup>12.</sup> Poder Judicial del Perú, Estadísticas de la Función Jurisdiccional a Nivel Nacional Periodo: Enero – Junio 2022, disponible en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3727898048bce9a98f02ff96d60b58b5/Estadisticas+2022IIF.pdf?MOD=AJPERES&CA-CHEID=3727898048bce9a98f02ff96d60b58b5.

<sup>13.</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>14.</sup> Poder Judicial del Perú, Estadísticas de la Función Jurisdiccional a Nivel Nacional Periodo: Enero – Diciembre 2021, disponible en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83/Estadisticas+ene-dic2021.pdf?MOD=AJPERES&CA-CHEID=8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83.

para administrar justicia en sus propios conflictos<sup>15</sup>. Es por ello por lo que el Estado Peruano, en busca de soluciones rápidas, eficientes y con un determinado grado de especialización, optó por el arbitraje como mecanismo para la solución de controversias en el marco de las compras públicas<sup>16</sup>.

Así, el Estado peruano, con la expedición en 1997 de la Ley 26850, de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hizo obligatorio el arbitraje para resolver las controversias sobre la ejecución o interpretación de los contratos. Esta disposición se ha mantenido hasta nuestros días y, pese a las modificaciones posteriores la Ley de Contrataciones del Estado, sigue estando vigente, conforme podemos apreciar en el siguiente art.:

Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. (...)

Esta fórmula, donde el arbitraje es impuesto por el Estado para resolver sus conflictos, es cuando menos extraña; son pocas las legislaciones en el mundo que recurren obligatoriamente al arbitraje para resolver sus controversias en materia de adquisiciones estatales. Pese a ello, en el Perú, la mayor cantidad de arbitrajes son referidos a esta materia.

Para advertir la relevancia porcentual de la contratación pública en el arbitraje peruano, resulta ilustrativa la información brindada en la memoria que acaba de publicar el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, uno de los principales centros de arbitraje a nivel nacional nos informa que, de los 3.276 casos administrados por este en los últimos veinte años, 3.091 corresponden a contratación estatal<sup>17</sup>.

Es en ese contexto donde el árbitro de emergencia adquiere relevancia; en un marco de proliferación de controversias de contratación pública, muchas de estas requieren de medidas de carácter urgente, que no pueden esperar a la constitución de un tribunal arbitral, y tampoco pueden ser solicitadas ante el

<sup>15.</sup> Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., «El arbitraje y los adicionales de obra», Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, vol. 66, 2011, pp. 319-333, disponible en http:// revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3130/3477, en p. 322.

<sup>17.</sup> Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, Memoria de la Corte de Arbitraje, 2022.

Poder Judicial de manera previa a la constitución del tribunal arbitral, por la excesiva demora en su atención.

Un caso muy común, que demuestra la necesidad de una figura como la del arbitraje de emergencia, es cuando una entidad del Estado pretende ejecutar una carta fianza bancaria otorgada como garantía por el contratista privado en el marco de un contrato. Por su parte, el contratista buscará solicitar una medida cautelar de no innovar, a fin de mantener el *statu quo* y que no se le ejecute la carta fianza hasta que no se resuelva la controversia en la vía correspondiente. Evidentemente, el contratista buscará una decisión rápida para esa solicitud cautelar. Nuevamente, en el hipotético caso de que este pedido tuviera que tramitarse ante el sistema judicial, muy probablemente el contratista perdería su carta fianza por la habitual demora del sistema, resultando esto en una consecuencia irreparable.

Por ello, el procedimiento del árbitro de emergencia funge como un mecanismo muy útil para la cautela de los derechos en las controversias referidas a contratación estatal y su utilidad nos hace pensar que, si el mecanismo es adecuadamente regulado en lo que respecta la cautela de pretensiones en compras públicas, en un futuro, el aparato judicial podría ser un sistema residual para brindar tutela cautelar en las contrataciones del Estado.

No obstante, esta figura es aún de reciente aplicación en el Perú y, en el espacio particular de las controversias vinculadas a la contratación pública nos enfrenta a diversos retos como veremos más adelante.

### IV. LOS RETOS PENDIENTES DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN LA CONTRA-TACIÓN PÚBLICA, UNA MIRADA AL FUTURO PARA UN PROCEDIMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO

Como hemos destacado, el procedimiento del árbitro de emergencia es una figura relativamente joven en el Perú; si bien múltiples centros de arbitraje han incorporado ya la figura a sus reglamentos, lo cierto es que aún se encuentra pendiente su adaptación al marco del arbitraje con el Estado. Nos explicamos.

En el Perú el arbitraje en contratación pública tiene una serie de características especiales sustentadas en los intereses públicos que hay en juego. De hecho, el Estado peruano, a través de los años ha ido regulando la figura a tal punto que la ha desnaturalizado sometiéndola a una serie particularidades que la diferencian sustancialmente del arbitraje entre privados como por ejemplo: (i) la exigencia de contracautela tasada legalmente cuando una medida cautelar se dicta contra el Estado, no siendo ello igualmente exigible cuando quien solicita la medida cautelar es el privado; (ii) la existencia de requisitos diferen-

ciados para la interposición del recurso de anulación de laudo, dependiendo si el recurrente es el Estado o el privado; (iii) el condicionamiento a la ejecución de un laudo arbitral dictado contra el Estado, a que previamente se liquide el contrato celebrado, no sucediendo lo mismo si el laudo arbitral es dictado en contra del privado.

Por lo expuesto, para que la figura del árbitro de emergencia logre tener un efecto práctico positivo en las contrataciones estatales debe ser regulada, puesto que en la actualidad su aplicación enfrenta una serie de imprecisiones que requieren de una definición urgente. Veamos:

En primer lugar, se debe definir si los procedimientos referidos al árbitro de emergencia donde el Estado peruano es parte deben de ceñirse a una modalidad opt in u opt out. Es un hecho que la regulación de esta figura en los distintos centros de arbitraje carece de uniformidad. En el Perú, la legislación se ha inclinado en privilegiar que en materia de arbitraje en donde una parte sea el Estado dicho arbitraje sea institucional. Así, el Decreto de Urgencia 020-2020 establece:

Artículo 7. Arbitraje ad hoc e institucional.

5. Cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT). En ambos casos son arbitrajes de derecho; con excepción de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, cuando sus controversias son de naturaleza técnica que pueden ser atendidas alternativamente por arbitrajes de conciencia.

En tal sentido, al pactar sus arbitrajes se supone que la partes deben indicar la institución arbitral a la que se someten; sin embargo, el art. 226.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que en caso que no se haya establecido la institución arbitral, el solicitante del arbitraje podrá iniciarlo ante cualquier centro arbitral<sup>18</sup>.

Según el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje (RENA-CE), a la fecha, existen 190 centros de arbitraje en el Perú<sup>19</sup> de los cuales va-

<sup>18.</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones, art. 226.2: «En los siguientes supuestos, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral: a) Cuando no se ha incorporado un convenio arbitral expreso en el contrato; b) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional no se ha designado a una institución arbitral determinada. (...)».

<sup>19.</sup> Registro Nacional de Árbitros y Centros de Arbitraje (RENACE). Listado de Centros de Arbitraje, 2022, disponible en www.renace.minjus.gob.pe/renace/public/consulta/consultaMain.xhtml;jsessionid=8b0Q72Y4VengMqRfjj05mp8C.7025f074-6a6c-376d-9324 -e44ef8c84303.

164

rios de estos tienen un reglamento que prevé el procedimiento de los arbitrajes de emergencia cada uno con disposiciones distintas.

Una realidad que también existe es que usualmente quienes recurren al arbitraje en contratación pública son mayoritariamente los contratistas privados quienes actúan como demandantes. Este panorama genera que, muchas veces, el Estado termine siendo llevado a un arbitraje de emergencia ante un centro arbitral ante el cual nunca se sometió y de cuyo reglamento arbitral no tiene conocimiento.

Por ello, ante la falta decisión de la entidad en el convenio arbitral y, siendo que usualmente los contratistas son los reclamantes; estos, una vez suscitada la controversia, al ver que en el convenio arbitral no se ha pactado un centro expresamente, previo al inicio del procedimiento arbitral, plantean un arbitraje de emergencia ante centros de arbitraje que cuentan con un reglamento de emergencia improvisado o donde incluso los propios miembros del consejo de arbitraje se designan entre ellos para resolver las solicitudes cautelares o centros que cuentan con procedimientos casi a medida para que se otorgue la medida cautelar al solicitante.

El Estado peruano en muchos casos resulta ser víctima de su propia negligencia; sin embargo, somos plenamente conscientes de que estamos ante una figura que se presta para el abuso de derecho por parte de los contratistas. En efecto, como hemos descrito, cada contratista buscará el procedimiento de arbitraje que mejor se adecúe a sus necesidades para tener una respuesta rápida y que incluso en algunos casos se conceda la medida solicitada sin siquiera haber verificado los presupuestos para el otorgamiento de la medida de emergencia, como la verosimilitud por ejemplo.

Así las cosas, consideramos que, si se regularizara un único procedimiento de arbitraje de emergencia, se evitaría caer en ese mercantilismo de qué centro ofrece la obtención de una medida cautelar más rápida y sin mayor análisis, puesto que únicamente por el afán de lucrar, se ha visto que en existen centros que expiden medidas cautelares trasgrediendo cualquier principio básico de las contrataciones estatales. Por ejemplo, existen casos donde se han otorgado medidas de emergencia aun cuando se ha ofrecido como contracautela la propia carta fianza otorgada como garantía de fiel cumplimiento del contrato. Esto es absolutamente descabellado, puesto que el fin de la carta fianza de fiel cumplimiento no es el de coberturar los eventuales daños consecuencia del otorgamiento de la medida, sino el de servir como mecanismo paliativo para el fiel cumplimiento del contrato.

En el Perú encontramos dos grandes modalidades para la aplicación de los arbitrajes de emergencia. Por un lado tenemos la posición de la Cámara de Comercio de Lima, la Cámara de Comercio Americana en Perú (AMCHAM) y la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa, cuya modalidad en los procedimientos de arbitraje de emergencia donde el Estado peruano es parte corresponde a un mecanismo opt in, es decir, las partes deben pactar el sometimiento expreso a este procedimiento.

Por otro lado, tenemos la posición asumida por el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú y el Centro de Arbitraje Ankawa de Cusco, quienes consideran que los procedimientos de arbitraje de emergencia donde el Estado peruano es parte, se rigen bajo una modalidad opt out, es decir, las partes deben pactar la renuncia expresa a este procedimiento que, en principio, se da por defecto una vez que se someten las partes al reglamento de un centro de arbitraje.

La disyuntiva radica en que no hay una modalidad especifica al recurrir al procedimiento del árbitro de emergencia cuando el Estado es parte. En el Perú existen al año 2021 existían 3085 entidades en el Estado Peruano<sup>20</sup>, y muchas de ellas contratan a diario. Así, cuando las entidades pactan el arbitraje, no fijan un centro arbitral en específico o, por el contrario, no priorizan a qué centros recurrir para resolver las eventuales controversias con los contratistas. Por ende, la propia entidad queda en la indefinición respecto a las reglas que resolverán su controversia e incluso no sabe si existirá un arbitraje de emergencia. Así, la propia falta de diligencia de las entidades estatales respecto al sometimiento a un reglamento arbitral en específico en sus convenios arbitrales, termina por concederle una discrecionalidad excesiva a los contratistas para buscar dentro de los 190 centros de arbitraje existentes en Perú, un procedimiento de árbitro de emergencia a piacere que les permita obtener una medida cautelar, muchas veces expedida a la medida, para evitar cualquier acto contractual en los que pudiera incurrir la entidad fiscalizadora.

Lo dicho, ciertamente, pone en tela de juicio la equidad y paridad en cada arbitraje de emergencia, y favorecerá a la acuciosidad del peticionante de la medida cautelar en elegir el centro de arbitraje que resolverá su solicitud de emergencia para beneficiarse de la modalidad opt out del arbitraje de emergencia e incluso de los plazos previstos para el procedimiento.

En segundo lugar, el Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje, no contiene una referencia expresa sobre el árbitro de emergencia; se corre, pues, el riesgo de que, cuando se solicite el reconocimiento de un dictamen emitido por un árbitro de emergencia en el marco del auxilio judicial, el juez no acoja el pedido bajo el entendimiento de que el art. 48 del Decreto Legislativo 1071

<sup>20.</sup> Secretaría de Gobierno Digital de la Presidencia del Consejo de Ministros, Plataforma Nacional de Datos Abiertos, disponible en https://www.datosabiertos.gob.pe/dataset/lista-de-entidades-del-estado-peruano/resource/695019ec-79f1-4c6a-ace9-67d775de79d0#{}.

solo prevé que los tribunales arbitrales constituidos cuentan con las facultades para dictar medidas cautelares y no un árbitro de emergencia.

Ello ha sido debidamente identificado por el Poder Legislativo, hasta el punto de que, en el Proyecto de Ley 2736-2022-PE, presentado al Congreso de la República con fecha 27 de julio de 2022, se planteó como parte de la modificación al Decreto Legislativo 1071, que regula el arbitraje, extender los alcances de la interpretación del término tribunal arbitral también al árbitro de emergencia. En ese sentido, la Cuarta Disposición Complementaria del proyecto presentado plantea el siguiente texto:

Cuarta. Tribunal arbitral y Arbitro de emergencia

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, todas las referencias legales al tribunal arbitral, respecto al otorgamiento de medidas cautelares, deberán también entenderse referidas al árbitro de emergencia, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista por medio de un convenio arbitral celebrado entre las partes que faculte a un sometimiento a un árbitro de emergencia.

No obstante, este dispositivo normativo sigue en proyecto de ley y aún no ha sido modificado expresamente. Es este un problema de orden práctico que ha generado que en varios sistemas jurídicos precisamente se considere la importancia de que la figura del arbitraje de emergencia cuente con expresa mención en sus legislaciones arbitrales. Podría tal vez servir de paliativo incluir, en los propios contratos a los que se refiere el convenio arbitral, una cláusula penal que sancione el incumplimiento o inobservancia de medidas cautelares de emergencia.

En tercer lugar, durante los últimos meses se ha evidenciado que distintos contratistas han hecho un uso abusivo del procedimiento del árbitro de emergencia<sup>21</sup>, esencialmente debido a tres factores: (i) la falta de diligencia de las entidades para someter sus controversias ante centros de arbitraje con reconocimiento y un reglamento de arbitraje claro, (ii) la proliferación de centros de arbitraje que han generado procedimientos de árbitro de emergencia prácticamente a medida y (iii) la falta de uniformidad en los procedimientos de arbitraje de emergencia que permitan tener un procedimiento transparente para los solicitantes.

En ese sentido, especial atención merece el caso suscitado entre el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (CENARES) y

<sup>21.</sup> Hidalgo, M. H., «Empresa China Railway N.º 10 interpuso arbitrajes en 45 obras públicas», *Diario La República*, disponible en https://larepublica.pe/politica/actualidad/2023/03/25/mtc-empresa-china-railway-n-10-interpuso-arbitrajes-en-45-obras-publicas-reconstruccion-con-cambios-provias-nacional-1446300.

la empresa ALDEM S.A.C<sup>22</sup>. Esta empresa, pese a estar impedida para contratar conforme a lo previsto en el art. 11 de la Ley de Contrataciones del Estado<sup>23</sup>, ya que la empresa tenía como accionista al hermano del ex presidente del Consejo de Ministros, consiguió una medida cautelar de no innovar a su favor en menos de 5 días para mantener el status quo y evitar así el proceso de nulidad del contrato ante el Centro de Arbitraje - CEAR Latinoamericano. Esto impidió que se pudiera resolver el contrato y se tuvo que esperar finalmente hasta la expedición de la Decisión Arbitral núm. 23, mediante la cual se levantó de la medida de emergencia. Sin embargo, ya se había generado una dilación innecesaria en un proceso donde las causales para resolución eran manifiestas.

En cuarto y último lugar, un hecho harto relevante corresponde también a la regulación por reacción que se ha producido como consecuencia de los distintos casos mediáticos. Así las cosas, se han expedido diversas normas que dificultan la aplicación del procedimiento del árbitro de emergencia.

Así, tenemos los requerimientos establecidos por el Decreto de Urgencia 020-2020, que establece la inclusión de la fianza bancaria como contracautela en las solicitudes arbitrales donde el estado peruano es parte:

Artículo. 8: Inclusión de la Fianza Bancaria como contracautela

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar. dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda.

Es decir, el contratista, que es quien usualmente recurre a este tipo de medidas para poder cautelar un derecho de carácter urgente, debe de otorgar como contracautela una carta fianza bancaria, debiendo incurrir en los gastos para la obtención de la misma para cautelar su derecho. Ello cuando menos es irónico pues para evitar un perjuicio irreparable debe presentar una nueva garantía que, cuando menos sea equivalente al 10% del monto del contrato,

<sup>22.</sup> Ministerio de Salud, «Minsa declara la nulidad del contrato suscrito con empresa ALDEM SAC», Lima, 7 de octubre de 2023, disponible en https://www.gob.pe/institucion/minsa/ noticias/658431-minsa-declara-la-nulidad-del-contrato-suscrito-con-empresa-aldem-sac.

<sup>23.</sup> El art. 11 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que están impedidos de contratar con el estado los familiares hasta en segundo grado de consanguinidad y afinidad a nivel nacional del presidente del Consejo de Ministros, así como tampoco las empresas de las cuales estos fueren accionistas.

estableciendo así una limitación a las medidas de emergencia e incluso imponiéndole un costo a la tutela cautelar efectiva.

A lo anterior se deben de sumar las recientes modificaciones expedidas por la Ley 31589, que garantiza la reactivación de obras públicas de fecha 22 de octubre de 2022. En dicho texto normativo, la Tercera Disposición Complementaria establece que ya no es procedente la concesión de una medida cautelar sin traslado previo a la contraparte<sup>24</sup>. la referida norma eliminó las medidas cautelares *inaudita parte* en la ejecución de obras públicas e incluso hace especial énfasis a los casos donde el tribunal arbitral de la controversia no hubiera estado constituido.

Estas inclusiones, ciertamente, desincentivan el uso de la figura, demostrando que el Estado mediante ambas normas inclinó la balanza excesivamente a su favor, vulnerando los principios constitucionales de la tutela cautelar en el arbitraje e igualdad<sup>25</sup>.

#### V. CONCLUSIONES

Sin duda alguna, el arbitraje de emergencia es una institución joven que ha tenido un impacto positivo entre los mecanismos de tutela de derechos previo a la etapa arbitral; de hecho, constituye un gran apoyo para asegurar la tutela cautelar en las relaciones comerciales contemporáneas.

Podemos asegurar que la importación de la figura ha sido positiva en el Perú; sin embargo, el arbitraje de emergencia aún debe adaptarse al marco de las contrataciones con el Estado. Pues pese a ser la materia más arbitrada en el Perú, aún no existen términos claros respecto a la aplicación del árbitro de emergencia en la contratación pública. En conclusión, tres propuestas son necesarias para reforzar la efectividad de la figura:

a) Es importante definir la modalidad del arbitraje, es decir, dejar claro si estamos ante un mecanismo de *opt in* o de *opt out* en el marco de la contratación pública. La definición de la modalidad generará previsibilidad a las entidades. Puesto que el otorgamiento de la medida de emergencia se emite en cuestión de días, la definición del mecanismo ha de permitir: (i) impulsar a las entidades a revisar sus reglamentos arbitrales, prestando especial atención a los procedimientos prearbitrales, como el

<sup>24.</sup> Collantes, C., «Las Medidas Cautelares en las Contrataciones del Estado», *Diario Oficial El Peruano*, (31 de enero de 2023, disponible en http://www.elperuano.pe/noticia/203413-suplemento-juridica-las-medidas-cautelares-en-las-contrataciones-del-estado

Horna Rodríguez, E., «Principales Modificaciones a la Ley de Arbitraje: Decreto de Urgencia 020-2020», Portal Jurídico Ius 360, 2020, disponible en www.ius360.com/principales-modificaciones-a-la-ley-de-arbitraje-decreto-de-urgencia-no-020-2020/.

arbitraje de emergencia, de modo que puedan llevarse los procedimientos ante centros que cumplan con buenas prácticas arbitrales; (ii) evitar que el propio Estado se vea sorprendido por una sumisión implícita a un arbitraje que nunca pactó o previó, evitando así quedar en estado de indefensión; (iii) evitar la propagación de procedimientos de arbitraje de emergencia con distintas modalidades de acceso.

b) Es importante asimismo evitar una regulación dispersa de la figura a través de distintos dispositivos normativos, que, eventualmente, puedan generar contradicciones que generen confusión entre los usuarios del sistema. Es un hecho que podemos encontrar regulación que involucra al arbitraje de emergencia en distintos dispositivos normativos; por ejemplo, el régimen de la contracautela, que se encuentra regulado en el Decreto de Urgencia 020-2020, autorizando a reconsiderar las decisiones que otorguen o denieguen la medida cautelar, y la prohibición de las medidas inaudita parte, que se encuentra establecida en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley 31589.

Es decir, a la fecha nuestra realidad nos lleva que ante cada caso mediático se está expidiendo una norma para salir del paso, sin tratar la adaptación del arbitraje de emergencia como tal al marco de las contrataciones estatales. No creemos que esa sea la solución más coherente; por el contrario, consideramos que el Estado debe favorecer una regulación analítica y sistemática de la figura en los casos donde el Estado es parte. Ello nos permitirá definir el objetivo y concordarlo con el principio de igualdad de trato previsto en la normativa de contratación pública peruana, garantizando así un procedimiento prearbitral de tutela cautelar justo, análogo y coherente para el Estado y los contratistas.