



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

Derecho
Facultad de Derecho

Análisis de las reformas respecto a las medidas cautelares en arbitrajes de contrataciones del Estado, en la nueva Ley de Contrataciones Públicas

**Trabajo de Suficiencia Profesional
presentado para optar al Título Profesional de
Abogada**

**Presentado por:
Silvana Lucía Chávez Málaga**

Asesor: Alfredo Soria Aguilar
[0000-0003-0834-9541](tel:0000-0003-0834-9541)

Lima, enero del 2025

REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO FACULTAD DE DERECHO

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Suficiencia Profesional “Análisis de las reformas respecto a las medidas cautelares en arbitrajes de contrataciones del Estado, en la nueva Ley de Contrataciones Públicas” presentada por la Srta. Silvana Lucía Chávez Málaga, con DNI 72522473, para optar el Título Profesional de Abogado, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 21 de abril del año 2025; obteniendo el siguiente resultado:

20% Overall Similarity

The combined total of all matches, including overlapping sources, for each database.

Filtered from the Report

- Bibliography
- Quoted Text

Top Sources

- 20% Internet sources
- 5% Publications
- 6% Submitted works (Student Papers)

Integrity Flags

0 Integrity Flags for Review

No suspicious text manipulations found.

Our system's algorithms look deeply at a document for any inconsistencies that would set it apart from a normal submission. If we notice something strange, we flag it for you to review.

A Flag is not necessarily an indicator of a problem. However, we'd recommend you focus your attention there for further review.

Top Sources

The sources with the highest number of matches within the submission. Overlapping sources will not be displayed.

1	Internet	
hdl.handle.net		3%
2	Internet	
castillofreyre.com		1%
3	Internet	
revistas.pucp.edu.pe		1%
4	Internet	
qdoc.tips		1%
5	Internet	
www.caeperu.com		1%
6	Internet	
doczz.es		<1%
7	Student papers	
Pontificia Universidad Catolica del Peru		<1%
8	Internet	
doku.pub		<1%
9	Internet	
es.slideshare.net		<1%
10	Internet	
www.scribd.com		<1%
11	Internet	
dspace.unitru.edu.pe		<1%

Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid::1:314272124

Fecha de entrega

31 ene 2025, 7:01 p.m. GMT-5

Fecha de descarga

21 abr 2025, 12:27 p.m. GMT-5

Nombre de archivo

TSP_SILVANA_CHAVEZ_FINAL.docx

Tamaño de archivo

618.4 KB

41 Páginas

12.675 Palabras

70.422 Caracteres

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece el interesado.

Lima, 21 de abril de 2025



Alfredo Soria Aguilar Asesor

Código ORCID 0000-0003-0834-9541

ÍNDICE

Dedicatoria / agradecimientos	3
Resumen / palabras clave	4
1. Introducción	5
2. Presentación del tema	8
2.1 Antecedentes.....	8
2.2 Fundamento y objetivos	10
2.2.1. Evolución del arbitraje en Contrataciones con el Estado.....	11
2.2.2. Marco normativo vigente	12
2.2.3. Importancia de las medidas cautelares en el arbitraje	19
3. Problemática actual	20
4. Análisis de las modificaciones en la nueva Ley General de Contrataciones Públicas ...	25
Conclusiones	32
Bibliografía	35

Dedicatoria y agradecimientos

Para todos aquellos que me apoyaron, animaron y acompañaron.

A mis padres, por la confianza depositada.

A mis maestros, quienes fueron inspiración académica, y a mi asesor, por su guía y consejos para la elaboración de este trabajo.

Análisis de las propuestas de reforma en el arbitraje peruano respecto a las medidas cautelares en contrataciones del Estado

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad determinar qué tan necesarias son las reformas planteadas en la nueva Ley de Contrataciones Públicas a la regulación del otorgamiento de medidas cautelares en los arbitrajes en los que el Estado es parte, en base al análisis de la problemática actual. En ese sentido, se utilizó una metodología de enfoque mixto, visibilizando casos en los cuales los actores involucrados consideran que se han dictado medidas cautelares problemáticas, así como contrastando estas posturas con la nueva normativa, a efectos de determinar las implicancias prácticas que estas modificaciones tendrían, y si satisfarían la finalidad de tutela jurisdiccional efectiva que tiene la figura jurídica de las medidas cautelares. Los problemas encontrados van desde el -indebido- otorgamiento de medidas cautelares, hasta la utilización del control difuso, con respecto a la contracautela. Se concluye que las reformas de la nueva ley podrían llegar a optimizar el funcionamiento de las medidas cautelares en los arbitrajes en los cuales el Estado es parte; aunque también quedan algunos aspectos sin resolver. En ese sentido, será importante ver si, en la práctica, la aplicación de la nueva normativa, en conjunto, será capaz de mitigar estos problemas.

Palabras clave: Arbitrajes, Medidas cautelares, Interés público, Tutela efectiva

I. Introducción:

El arbitraje, en términos prácticos, funciona como una suerte de ‘jurisdicción’ distinta a la judicial, al ser un método de solución de controversias **privado** al cual las partes deciden someterse, justamente, para no acudir a la sede judicial (Vidal, 2009)¹; pues se considera que este es más flexible y eficiente (Cantuarias, 2007)².

Así, el arbitraje moderno en el Perú empezó a funcionar luego de la promulgación de la Ley N° 26572 - Ley General de Arbitraje (1996) y, en lo concerniente a arbitrajes con el Estado, con la Ley N° 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (1999) (García Calderón, 2022). Desde entonces, a la fecha, ya son 25 años desde que se empezaron a someter a arbitraje controversias relacionadas a contrataciones con el Estado tiempo en el cual la regulación en la materia ha evolucionado.

La norma vigente ‘general’ es el Decreto Legislativo N° 1071, publicado en el 2008, m[as conocida como ‘Ley de Arbitraje’, aplicable para todos los arbitrajes que se lleven a cabo en el Perú -salvo aquellos casos en que leyes especiales tengan disposiciones específicas (como la Ley de Contrataciones del Estado, por ejemplo)-. Algo muy importante de esta norma es que -ya que el arbitraje justamente surgió justamente como alternativa al derecho procesal común (Del Águila Ruiz de Somocurcio, 2005)- establece, *prima facie*, principios como la **autonomía** del arbitraje y la **no intervención** del poder judicial³, que han sido reconocidos por el propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 06167-2025-PHC/TC⁴, por ejemplo.

¹ Asimismo, Bustamante nos recuerda que la propia Constitución -y el Tribunal Constitucional- ha determinado que el arbitraje es un mecanismo de justicia privada complementaria a la jurisdicción estatal, al haberlo definido como ‘jurisdicción de naturaleza excepcional’, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC (Bustamante, 2013).

² Conforme expone el doctor Cantuarias, para llegar a la conclusión de que el arbitraje es más eficiente, son varios los factores que determinan esta ‘eficiencia’; entre ellos: la celeridad, la internalización de costos, la especialización y eficacia, que han sido ampliamente rescatados por la doctrina, resaltando autores -tanto locales como extranjeros- como Caivano, Landecho y Urquijo, Wang, Mac Lean, Bustamante, e incluso, presentando cifras que retratan la diferencia entre la duración de un proceso judicial y un proceso arbitral.

³ El art. 3 del D.L. N° 1071 señala como principios y derechos de la función arbitral lo siguiente:

“1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo **no intervendrá la autoridad judicial**, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene **plena independencia** y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

3. El tribunal arbitral tiene **plenas atribuciones** para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral (...). Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.”

⁴ En dicha Sentencia, se reconoce la naturaleza ‘jurisdiccional’ del arbitraje, precisando que ello implica también observar el principio de independencia, propio de la función jurisdiccional; conforme se aprecia en: <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/not-b2cfe8a65e509071d2f9834244842d84/>

En lo referente a medidas cautelares, el D.L. N° 1071 establece características, clasificación y peculiaridades de esta figura que -en la práctica- resultan muy similares a las medidas cautelares en materia civil (en su mayoría). Al igual que en el ‘derecho procesal común’, en el arbitraje peruano, las medidas cautelares también tienen como fin que una de las partes no se vea afectada por la demora en el dictado del fallo (Simons, 2002) (en este caso, el laudo); es decir, **garantizar la efectividad del mismo** (Freyre, Sabroso y Chipana, 2013).

Además, establece reglas especiales sobre la competencia para conocer y ejecutar las mismas, protegiendo siempre el espíritu de la norma: la **independencia** del arbitraje, por lo que la actuación de la autoridad judicial, en este ámbito, queda limitada a i) el momento previo a la constitución del tribunal arbitral⁵, que es la ‘autoridad’ competente por excelencia, y ii) a la asistencia en la ejecución de medidas cautelares que fueron dictadas en sede arbitral⁶, dejando claro que **el poder judicial deberá intervenir solo de ser necesario**⁷; es decir, que su intervención es de carácter subsidiario y complementario (Arrarte, 2007)⁸

Por su parte, el T.U.O. de la Ley de Contrataciones del Estado (publicado en el D.S. N° 082-2019-EF) no regula aspectos específicos sobre el otorgamiento de medidas cautelares en el arbitraje de contrataciones del Estado; por lo que, hasta la fecha, no había disposiciones específicas al respecto.

Tras años de práctica arbitral, la Procuraduría General del Estado ha determinado que, entre el 2018 y el 2021, ha habido un considerable **incremento** en el otorgamiento de medidas cautelares; así como también ha identificado un total estimado de 34 casos con problemáticas relacionadas a medidas cautelares otorgadas en arbitrajes en contra del Estado (Proyecto de Ley N° 2736/2022-PE, 2022), como: medidas cautelares otorgadas en territorios de un domicilio distinto al de la Entidad, medidas cautelares dictadas en perjuicio del interés público

⁵ Conforme lo establecido en el numeral 4 del artículo 47°, que señala: “(...) 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. (...)” y el numeral 2 del artículo 8°, que regula su competencia.

⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 48°, que señala lo siguiente:

“1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados. (...)”.

⁷ Tal y como prevé el art. 3° de dicho cuerpo normativo.

⁸ Arrarte señala que, en el arbitraje, el poder judicial debe asumir un rol subsidiario en la adopción de medidas cautelares previas al arbitraje (antes de la constitución del tribunal); y un rol complementario, al proveer a las decisiones arbitrales de la fuerza compulsiva de la que carecen (p. 98-100).

(que ordenan la paralización de obras, por ejemplo), el control difuso respecto a la contracautela, entre otros.

En ese contexto, recientemente, se ha publicado la **nueva Ley General de Contrataciones Públicas** (Ley N° 32069) -y, antes, otros proyectos normativos, algunos de los cuales hacemos referencia-, la cual establece nuevos criterios sobre esta materia en particular, regulando aspectos como: el criterio de territorialidad para medidas cautelares otorgadas antes de la constitución del tribunal arbitral, la competencia para conocer las mismas, el requisito de analizar la irreversibilidad de la medida y el perjuicio al interés público, la regla de correr traslado previo y la contracautela. Algunos de estos aspectos ya estaban regulados -de manera general- en el D.L. N° 1071⁹ y otros, **no**, por lo que estos vienen a ser criterios nuevos y **especiales**, que tendrán prelación normativa sobre la citada Ley de Arbitraje, en materia de contrataciones con el Estado.

Estos cambios son importantes, pues; en primer lugar, buscan solucionar problemas que se han ido dando en la práctica y por los cuales las partes (tanto las Entidades públicas, como los privados) han ido expresando su descontento; lo cual -a su vez- podría ser un indicador de que esta figura jurídica no estaba siendo **eficiente**.

En ese sentido, las modificaciones que plantea la nueva norma no tienen como fin principal hacer prevalecer una corriente ‘publicista’, como algunos podrían afirmar, sino darle más **eficiencia** al proceso arbitral¹⁰ y a la figura de las medidas cautelares, erradicando situaciones que se fueron dando en la práctica arbitral de contrataciones públicas, ante el vacío normativo existente.

Asimismo, considero que, dada la naturaleza de las medidas cautelares, es crucial y necesario establecer **límites, pues**, como señala parte de la doctrina, estas son figuras de ‘urgencia’ que, por lo tanto, son dictadas luego de una cognición sumaria (Calamandrei, 1956)¹¹. Por eso, dada la especial celeridad que caracteriza a un proceso cautelar, hay posibles contingencias que se pueden evitar previendo ciertas situaciones en la normativa aplicable, lo cual resulta responsable. Al respecto, algunos -incluyendo el legislador- han considerado que esta

⁹ Numeral 2 del artículo 8, que regula la competencia judicial para conocer medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral; el artículo 47, que regula su otorgamiento dentro del proceso arbitral; y el artículo 48°, que regula su ejecución.

¹⁰ Justamente, uno de los principios generales de la contratación pública que se mantienen en la nueva ley es el de eficiencia, como se señala en la exposición de motivos (p. 4 de la Ley 32069).

¹¹ Como señala Priori, es una preocupación de autor Calamandrei que una decisión cautelar se dicte luego de una cognición sumaria; ya que esto quiere decir que, en este proceso cognitivo, el demandado ha tenido muy poca posibilidad de defensa -o ninguna- (Priori, 2005)

regulación -o la falta de la misma- cobra especial relevancia cuando la parte perjudicada es el Estado, siendo que, hasta la fecha, no había regulación especial al respecto.

En consecuencia, dado el escenario normativo y práctico, así como las diversas opiniones sobre algunos aspectos, es oportuno preguntarnos si estas modificaciones de la nueva LGCP solucionarán los problemas que han sido identificados, desde un enfoque mixto. Por tanto, el presente trabajo analiza la nueva regulación en materia de medidas cautelares que establece la nueva Ley General de Contrataciones Públicas y los posibles impactos que tendrían en la práctica.

II. Presentación del tema

2.1. Antecedentes: La tutela cautelar en el arbitraje

La doctrina coincide en señalar que la **tutela cautelar** ha surgido como respuesta al peligro en la ‘demora’ o tiempo que puede tomar un proceso en resolver las pretensiones sometidas a controversia (una situación jurídica material específica) (Priori, 2005). Así, además de la línea de tiempo de los hechos que son invocados como antecedentes o hechos que son controvertidos en un proceso, **el tiempo** se ha convertido en un factor que también puede afectar el ‘bien jurídico protegido’ -o cuya protección se busca en el proceso-, deviniendo esto en que el fallo sea ‘inejecutable o ilusorio’ (Simons, 2002). Ante este desbalance¹², surgen las medidas cautelares, buscando equilibrar la situación y evitar la ‘desaparición del bien garantizado por ley, mientras se dicta una sentencia’ (Chiovenda, 1949).

Con ello, tenemos que la tutela cautelar es un derecho fundamental que tiene sus bases en la **tutela jurisdiccional efectiva**, siendo su finalidad -como hemos expuesto- la efectividad de la sentencia¹³, al buscar evitar una situación que pueda causar un desmedro irreversible a los derechos fundamentales de quien acude a un proceso para proteger un bien jurídico determinado.

Así, en el derecho procesal común, las medidas cautelares se regulan en el Código Procesal Civil, donde se señalan sus características y los presupuestos para el otorgamiento de las

¹² Mientras el incumplimiento (o situación sometida a controversia en un proceso) es inmediato, la eficacia de la tutela jurisdiccional (es decir, la obtención de justicia en un proceso) es mediata, pues hay un tiempo que debe transcurrir desde el inicio del proceso, hasta la decisión final (o fallo) que se emitir[a en el mismo (Monroy, 2001).

¹³ Diversos autores como González Pérez, Alvaro De Oliveira, Ariano Deho y Gozaini, concuerdan en señalar que la efectividad de las sentencias es necesariamente parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva; lo cual se desprende también de lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0015-2001-AI (Priori, 2005).

mismas. Conforme a lo establecido en el art. 611, estos son: la **verosimilitud** del derecho, el **peligro en la demora**, la **adecuación** de la medida, y la **contracautela**.

En materia arbitral y de contrataciones del Estado -al no estar establecidos explícitamente en las normas específicas (D.L. 1071 - Ley de Arbitraje y Ley de Contrataciones del Estado)-, estos presupuestos se han venido aplicando -de manera supletoria-¹⁴.

- Respecto a la verosimilitud o apariencia del derecho, la doctrina la define como el juicio sobre la posibilidad jurídica de la pretensión de fondo (Ariano, 2003), precisando algunos autores que esta ‘apariencia’ debe ser el punto medio entre la mera posibilidad y la certeza, al cual debe llegar el juez tras un cálculo de probabilidades sustentado en la prueba ofrecida (Simons, 2002). Sobre este aspecto, coincido con Simons, pues el estándar probatorio que plantea resulta razonable, a efectos de que poder determinar qué tan ‘aparente’ es el derecho invocado.
- Respecto al peligro en la demora, Calamandrei expone que este consiste en el riesgo del daño que podría causar el retardo de la resolución definitiva; es decir, es la amenaza o el peligro de que el fallo (laudo) sea eventualmente ilusorio o inejecutable, como postulaba Monroy. Este punto también es analizado por los tribunales arbitrales teniendo en cuenta las pruebas y argumentos que presenta la parte solicitante para demostrar por qué, si no se otorga la medida cautelar, el derecho o bien cuya tutela persiguen, podría verse truncado.
- La contracautela es una garantía que establece para cubrir los posibles daños que la medida cautelar pueda ocasionar; señalando autores como Simons que esta debería ser **personal o real (no solo juratoria)** y que el **monto** de la misma debería estar en función indirecta al grado de verosimilitud del derecho invocado¹⁵ (Peyrano, 1997). Este punto también resulta razonable, ya que los posibles daños que se generen tienen relación directa con que el derecho que se invoque para justificar la medida sea cierto o no: de no ser cierto, quien plantea la medida cautelar debería asumir un costo mayor; por lo que, si la apariencia del derecho es ‘baja’, el monto de la contracautela debería ser mayor.

¹⁴ Aunque así ha sido en la práctica, autores como Collantes postulan que sería un error aplicar normas del Código Procesal Civil al arbitraje, en atención a la décima disposición complementaria del D.L. N° 1071, que establece la prevalencia de sus disposiciones procesales sobre las normas del CPC (Collantes, s.f.).

¹⁵ Y no necesariamente tener relación directa con el monto de la pretensión principal. Ambos aspectos, ampliamente debatidos en el ámbito arbitral, son relevantes para este trabajo.

- Y, respecto a la adecuación, es importante tener en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional sobre este principio, quien señala que: *“lo que desde una perspectiva procesal se conoce como principio de congruencia o, en la teoría cautelar como ‘principio de adecuación’ o principio de mínima injerencia, sirve para delimitar las potestades cautelares del juez, ya que permite que la medida adoptada sea no solo idónea a la finalidad que persigue, sino que, al mismo tiempo, no sea tan dañina que incluso cause mayores estragos al peligro de daño irreparable al que se intenta garantizar al adoptarla. En síntesis, el juez (...) debe optar por aquella fórmula que lesione menos los derechos de la persona o personas sobre las que va a recaer la medida. (...) tales principios de las medidas cautelares son protegidas a través del principio de proporcionalidad y, en concreto, a través de los sub principios de idoneidad y necesidad”.* (Sentencia N° 1209-2006-TC–CAUTELAR). Así, este criterio se refiere a la razonabilidad de la medida cautelar para garantizar la eficacia de la pretensión; por lo que los tribunales arbitrales analizan si la medida solicitada será adecuada -servirá efectivamente- para tutelar el derecho que sea invocado.

Al respecto, cabe hacer la atinencia de que, si bien en su décima disposición complementaria, la Ley de Arbitraje señala que sus normas procesales prevalecen por encima de las del Código Procesal Civil, los centros de arbitraje han venido aplicando los presupuestos establecidos en esta norma, en virtud de lo establecido en el inciso 3 del artículo 34° del D.L. 1071, según el cual, si no existe norma aplicable en este cuerpo normativo, se puede recurrir a principios, usos y costumbres arbitrales.

En esa línea, en la Ley Modelo Uncitral¹⁶, se exigen también los requisitos de peligro en la demora y verosimilitud del derecho para el otorgamiento de medidas cautelares; por lo que, al ser aquella norma una de las bases de nuestra ley de arbitraje¹⁷ y al no regular esta específicamente cuáles serían estos presupuestos; estos son principios que, en la práctica del arbitraje peruano, se toman en cuenta a la hora de evaluar las solicitudes de medidas cautelares.

2.2. Fundamentos (justificación y objetivos)

2.2.1. Evolución del arbitraje en contrataciones con el Estado

¹⁶ En su artículo 17-A.

¹⁷ Conforme lo señalado en la exposición de motivos del D.L. N° 1071.

El arbitraje de contrataciones con el Estado es una figura cada vez más utilizada, como método de solución de controversias entre este y los privados. El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP¹⁸ estima que, en el 2024, tuvo 597 nuevos casos de arbitraje, siendo que el Estado tuvo participación como parte en el 100% de estos (Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP, 2024).

Con ello, podemos apreciar que el arbitraje es el medio de solución de controversias que mayor crecimiento ha tenido en el Perú. Y, en el ámbito específico del arbitraje de contrataciones con el Estado, ha habido una **‘especialización’** de los actores involucrados en arbitrajes de contrataciones del Estado (estudios de abogados, procuradurías). Por ejemplo, ahora existen procuradurías ad-hoc especializadas, salas comerciales que -en teoría- conocen esta materia y estudios jurídicos también especializados en arbitrajes con el Estado.

Por otro lado, la **regulación** apunta a ser cada vez más específica. Desde la promulgación de la Ley N° 26850 -hace 25 años atrás-, que fue la primera Ley de Contrataciones con el Estado; en las siguientes leyes, el Estado ha ido estableciendo **criterios diferenciadores** del arbitraje privado, instituyendo figuras como el arbitraje de Derecho, el arbitraje institucional y otros, en el T.U.O. de la Ley de Contrataciones del Estado (DS N° 082-2019-EF), y algunos también en la Ley de Arbitraje, modificada por el D.U. N° 20-2020.

Sin embargo, como ya anticipamos, la LCE no regula específicamente el otorgamiento de medidas cautelares en arbitrajes de contrataciones del Estado; por lo que, a la fecha, en este tipo de arbitrajes, sobre este aspecto, rige lo estipulado en la Ley de Arbitraje¹⁹, y la regulación especial de cada Centro de Arbitraje -lo cual ha conllevado a que se tengan pronunciamientos muy diversos, dependiendo de cada centro o sala-.

2.2.2. Marco normativo aplicable

Definición

La ley de arbitraje define las medidas cautelares como “medidas **temporales**, contenidas en una **decisión** por la que, en cualquier **momento previo a la emisión del laudo** definitivo, el tribunal arbitral ordena a una de las partes: **i)** mantener o restablecer el statu quo, **ii)** adoptar medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, **iii)** proporcionar algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo; o **iv)** preservar

¹⁸ <https://transparencia-arbitraje.pucp.edu.pe/>

¹⁹ Teniendo en consideración además lo antes señalado respecto al artículo 3 del D.L. N° 1071.

elementos de prueba que puedan ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia” (D.L. 1071, art. 47, 2008)²⁰.

Desglosando el contenido de dicha definición, tenemos primero que las medidas cautelares se caracterizan por ser temporales; contrario sensu, no tienen el objetivo de tener efectos permanentes, ya que, justamente -por su finalidad preventiva o de *resguardo*-, son provisionales e instrumentales (Proto, 2003); es decir, existen para garantizar la eficacia del - futuro- laudo.

Luego, estas deben estar contenidas en una decisión -tenga forma de laudo o no- emitida por el Tribunal Arbitral, ya que es este el órgano competente en un arbitraje (sin perjuicio de que también existe la figura de las medidas cautelares fuera del arbitraje, de manera supletoria²¹), en cualquier momento anterior a que se emita el laudo. Este aspecto se encuentra directamente relacionado a la característica de **temporalidad** y a la **finalidad de resguardar la eficacia del laudo**; ya que la vigencia de una medida cautelar dependerá del laudo definitivo que resuelva la controversia de fondo.

En ese sentido, la doctrina le ha atribuido –o dado nombre- a las medidas cautelares en el arbitraje peruano las características de: i) instrumentalidad, ii) temporalidad y iii) variabilidad (Ledesma, 2018).

Por otro lado, el artículo señala las distintas **funciones** que pueden tener las medidas cautelares, haciendo una clasificación similar a la que regula el Código Procesal Civil. Sobre el inciso a) y b), la doctrina²² señala que se refiere tanto a medidas de innovar como de no innovar: “*si ésta se mantiene, es de innovar; si se restablece, es de no innovar*” (Castillo, Sabroso y Chipana, 2013). Recordemos que las medidas innovativas²³ buscan cambiar la situación actual, generando la innovación en el status quo, o sea, tienen un efecto modificativo (Ledesma Narváez, 2008, p. 324); mientras que las de no innovar buscan evitar un cambio, o sea, tienen un objetivo conservador de la situación jurídica existente. Según la doctrina citada, estos tipos de medidas requieren, además de la apariencia de un derecho y el perjuicio en la demora, que

²⁰ Definición establecida en el numeral 2.

²¹ Como lo prevé el numeral 4 del art. 47° de la Ley de Arbitraje.

²² Castillo Freyre, Mario, Artículo PUCP “La Constitución del Tribunal Arbitral y las Medidas Cautelares en el Arbitraje” pág. 11.

²³ Conforme al art. 682 del CPC, destinadas a reponer el estado de hecho o derecho existente antes de la interposición de la demanda y, con ello, evitar un perjuicio irreparable.

no haya otra medida típica para satisfacer dicho interés y un peligro de daño inminente e irreparable.

Los siguientes incisos (c y d) se referirían entonces a las medidas genéricas y asegurativas, pues buscan preservar bienes que permitan ejecutar el laudo y evitar que desaparezcan medios de prueba útiles para la solución de la controversia (Ariano, 2006). Asimismo, es importante señalar que estos tipos de medidas cautelares no son *numerus clausus*; es decir que, aunque se hayan listado algunas de las funciones que pueden tener las medidas cautelares; finalmente, el tribunal arbitral tiene la facultad de dictar las medidas cautelares que considere adecuadas²⁴ (Casaverde, 2020).

Inaudita altera pars:

Algo importante a señalar también es que, de la semántica de la norma, la regla no es la *inaudita altera pars*; es decir, que, en principio, se debe correr traslado de la medida cautelar a la otra parte (para que pueda ejercer su derecho de defensa), siendo la excepción que esta pueda ser dictada sin necesidad de notificar previamente a la otra parte, **solo en caso que se justifique la necesidad de no hacerlo, para garantizar la eficacia de la misma** (Casaverde, 2020).

Esta resulta ser la gran diferencia entre el Código Procesal Civil y la Ley de Arbitraje; pues, en la primera norma, las medidas cautelares sí se resuelven sin correr traslado a la contraparte; mientras que, en la segunda, en teoría, no.

Sin embargo, la doctrina ha cuestiona la pertinencia de este extremo -o de la redacción del mismo-; ya que, en la práctica, la mayoría de solicitantes de medidas cautelares alegan esta ‘situación excepcional’ prevista en la norma y la regla general termina siendo la *inaudita altera pars*; es decir, no correr traslado a la otra parte.

Conforme la exposición de motivos del D.L. N° 1071, esta ‘excepción’ se estableció para evitar la frustración de la eficacia de dicha medida cautelar -en los casos donde haya este riesgo-. Por ejemplo, si un contratista interpone una medida cautelar que consiste en la no ejecución de la carta fianza, y se le corra traslado a la Entidad de la misma, al tomar conocimiento de esta, podría decidir ejecutarla (figura que la doctrina señala como indebida ejecución), con lo cual el ‘derecho protegido’ por la medida cautelar se vería totalmente frustrada.

²⁴ Esta es la posición de Casaverde, quien opina que el Tribunal Arbitral puede dictar la medida cautelar que considere acorde al caso, sin importar que esta esté revista en la Ley de Arbitraje o no (p. 170).

Medidas cautelares antes de la constitución del tribunal

Como hemos visto, en el arbitraje, rige el principio de autonomía de los árbitros para decidir sobre todas las cuestiones relacionadas al arbitraje²⁵. Sin embargo, de manera supletoria, la norma establece la competencia de los jueces para conocer medidas cautelares, **antes de la constitución del tribunal arbitral**²⁶.

Al respecto, Ariano ha recogido que, sobre la potestad cautelar para conocer y dictar medidas cautelares, en las distintas legislaciones, se puede encontrar: i) el modelo conflictual, en el que o los jueces o los árbitros tienen potestad cautelar (solo uno de ellos) -el cual fue adoptado por Suiza e Italia-; y ii) el modelo cooperativo, en el cual ambos la poseen (Ariano, 2013). Como señala dicha autora, en Perú, se ha adoptado el segundo, que es el modelo que también contenido en la Ley Modelo UNICTRAL²⁷; con lo cual se reafirma una vez más el **rol complementario o de apoyo del poder judicial en el arbitraje**, pues este solo tiene la ‘potestad cautelar’ de un arbitraje cuando el tribunal arbitral aún no se ha constituido.

Además, conforme la norma citada, la interposición de medidas cautelares en esa modalidad no se considerará como una renuncia al arbitraje; previendo la caducidad de estas, en caso no se inicie el arbitraje 10 días después de la ejecución de la medida o 90 días después de dictada la misma, así como la facultad del tribunal arbitral de modificar o dejar sin efecto estas medidas cautelares²⁸. De este modo, la competencia de la autoridad judicial no interfiere con la de los tribunales arbitrales, ya que, desde que se constituyen²⁹, tienen la ‘potestad cautelar’, de manera exclusiva (Ariano, 2013).

En este punto, es necesario precisar primero que la **constitución** del tribunal arbitral no es lo mismo que lo que conocemos en la práctica como ‘instalación’. Mientras que la instalación es un término utilizado -mas no regulado en el D.L. 1071- para referirnos al momento en el cual se lleva a cabo la ‘audiencia de instalación’ del árbitro o tribunal arbitral y que, posteriormente, es declarada en un acta; la constitución se da en un momento previo: cuando el árbitro o árbitros aceptan el cargo; es decir, desde la ‘aceptación’³⁰. La doctrina ya había advertido la importancia de este momento, señalando que de él dependería que una medida cautelar sea efectiva y no

²⁵ Por el principio de kompetenz-kompetenz.

²⁶ En atención al rol supletorio del poder judicial que citamos antes.

²⁷ En su artículo 17-J, establece que la autoridad judicial tendrá el mismo poder de emitir medidas cautelares en relación con el procedimiento arbitral que un tribunal arbitral, independientemente del territorio.

²⁸ Numeral 4 del artículo 47° del D.L. N° 1071.

²⁹ Numeral 5 y 6 del mismo artículo.

³⁰ Así lo señala el artículo 27° del D.L. N° 1071. Al respecto, autores como Castillo, Sabroso y Chipana sugieren que debe interpretarse que es desde que esta aceptación quede firme (p. 10).

utilizada *‘al servicio de la mala fe y en contra de la correcta administración de justicia’* (Castillo, 2013); lo cual, como veremos más adelante, ha ocurrido algunas veces.

Sobre esta competencia para la adopción judicial de medidas cautelares en la situación específica descrita, el artículo 8 señala -en cuanto al territorio- que será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil *‘del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia’* (D.L. N° 1071, art. 8, 2008). Como señaló Arrarte, esta disposición buscaba solucionar el vacío normativo existente en la anterior Ley General de Arbitraje, respecto a qué juez era territorialmente competente para dictar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral (Arrarte, 2008).

Otros aspectos

Luego, establece que, si una medida cautelar es otorgada y posteriormente, el tribunal determina que no debería haber sido otorgada, los costos, daños y perjuicios que hayan sido ocasionados por la misma serán asumidos por el solicitante (D.L. N° 1071, art. 47.1, 2008).

Al respecto, como señala Mallandrich, las medidas cautelares suponen un daño para la parte contra la cual se solicita su otorgamiento (una injerencia en la esfera jurídica del demandado), cuya magnitud dependerá del tipo de medida cautelar solicitada (Amprimo, 2013).

En ese sentido, al ser las medidas cautelares instrumentos que pueden resultar caros y tener consecuencias importantes, para la ley de arbitraje, es razonable que los costos de estos daños los asuma la parte que la haya solicitado. Asimismo, este aspecto está relacionado a los presupuestos de otorgamiento de las medidas cautelares -que, como vimos, el D.L. N° 1071 no señala³¹; ya que el árbitro o tribunal arbitral deberá verificar que estos se cumplan.

Ejecución de medidas cautelares

Como ya hemos mencionado, en el arbitraje, rige la independencia del tribunal arbitral. Y esta independencia debe mantenerse en todo momento -cada etapa- del arbitraje; desde la solicitud de arbitraje, a lo largo del proceso y -sobretudo- en las **decisiones** arbitrales (resoluciones, laudos, medidas cautelares).

³² Así lo señala Simons cuando dice que *“dentro de un Estado de Derecho, no es posible hablar del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva si es que no se cumplen a cabalidad las sentencias y otras resoluciones judiciales”*; y el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el exp. N° 01063-2009-PA/TC (Simons, 2012).

Ya que las partes se han sometido a las decisiones de un árbitro o tribunal arbitral determinado, en busca de tutela jurisdiccional efectiva, debe tenerse presente que esta entiende la eficacia como ‘ejecutabilidad’ de las decisiones³². Es decir que, solo si el laudo/sentencia es -efectivamente- ejecutado, el derecho de la parte que resulta beneficiada con este habrá sido efectivamente tutelado³³.

En ese sentido, es claro -y la intención de la norma ha sido esa- que el tribunal arbitral es competente para dirigir el arbitraje y, por tanto, también lo es para **dictar y ejecutar medidas cautelares** en el proceso, sin requerir de autorización/permiso de alguna instancia judicial -lo cual sería irrazonable y atentaría totalmente contra esta independencia del arbitraje-.

Así, el artículo 48° declara la facultad plena del tribunal arbitral de ejecutar sus medidas cautelares, salvo que, ‘a su discreción’ considere **necesario** o conveniente requerir la **asistencia de la fuerza pública** para ejecutar la medida (D.L. N° 1071, art. 48.1, 2008), supuesto en el cual la autoridad judicial deberá hacerlo, sin admitir oposición alguna.

Al respecto, Castillo, Sabroso y Chipana señalan que: *“la Ley de Arbitraje, en su artículo 48, inciso 1, es consciente de que no siempre se va a contar con la colaboración de tales entidades. Por ello se prevé la posibilidad de que cuando el tribunal arbitral lo considere necesario o conveniente (en realidad, debería ser sólo cuando lo considere necesario), podrá acudir a los tribunales ordinarios a fin de que preste la fuerza pública para el cumplimiento de la medida cautelar. Ello, en razón de que los tribunales arbitrales no tienen la **coertio**, que sí poseen los tribunales ordinarios”* (Castillo, 2013).

En esa línea, si nos preguntamos por qué el árbitro podría requerir de esta **fuerza pública** (teniendo plena independencia), la respuesta, según la doctrina, estaría en que este carecería de *imperium*; es decir, potestad de hacer uso de la fuerza³⁴; por lo cual se prevé la intervención complementaria de los jueces para hacer cumplir *forzosamente* una medida cautelar otorgada en un arbitraje³⁵.

³² Así lo señala Simons cuando dice que *“dentro de un Estado de Derecho, no es posible hablar del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva si es que no se cumplen a cabalidad las sentencias y otras resoluciones judiciales”*; y el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el exp. N° 01063-2009-PA/TC (Simons, 2012).

³³ Asimismo, la doctrina es uniforme en señalar que la finalidad de la tutela cautelar es asegurar la ejecución de la decisión final.

³⁴ Así lo señalan, por ejemplo, Castillo Freyre y Rita Sabroso. Nueva ley de arbitraje: colaboración y control judicial. Revista Oficial del Poder Judicial. Lima. 2008. p. 244

³⁵ op. cit. p. 246

Así también, el numeral 3 del artículo 48° citado señala que estos jueces no serán competentes para interpretar el contenido o alcances de las medidas cautelares; dejando a salvo solamente la posibilidad de que puedan solicitar precisiones, con la finalidad de ejecutarlas.

De esta manera, la regulación actual protege la **independencia** del arbitraje, siendo que la actuación de la autoridad judicial -en medidas cautelares- queda limitada a asistir en la ejecución de las mismas, en virtud de la fuerza pública³⁶ que esta posee, y con el fin de que las mismas sean efectivas. Aquí se manifiesta la intervención **de carácter complementario** a la que hicimos referencia, líneas arriba.

Al respecto, el documento A/CN.9/WG.II/WP.108 de la CNUDMI –“*Arreglo de controversias comerciales - Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje*” señala que sería beneficioso y coadyuvaría a una buena administración de justicia, contar con un régimen de asistencia jurídica (p. 18-19) que ayude a darle fuerza ejecutoria a las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral.

Asimismo, preveía que sería ‘más eficiente’ solicitar medidas cautelares directamente ante un tribunal arbitral (en lugar de tener que hacerlo ante la instancia judicial) y, luego, agilizar la intervención judicial para dar fuerza ejecutoria a estas medidas (CNUDMI, 2000).

Contracautela

Finalmente, el Decreto de Urgencia N° 20-2020, que modificó la Ley de Arbitraje, regula un aspecto específico importante de las medidas cautelares: la contracautela. Como hemos señalado antes, las medidas cautelares pueden causar daño a la parte contra la cual esta se solicita.

En atención a ello, las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral establecen, justamente, que el tribunal arbitral puede exigir a la parte solicitante de una medida cautelar, una garantía para asegurar el pago de los posibles gastos por daños y perjuicios que esta ocasione (p. 24). Así, la doctrina ha definido a la contracautela como una **garantía** que tiene el fin de **resarcir los posibles daños** que pueden ocasionarse por la ejecución de la misma (Simons, 2020).

³⁶ Al respecto, Cristina Blanco señala que: “*El Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza, es una atribución exclusiva del Estado para un objetivo, que es asegurar la paz, el orden público, hacer cumplir la ley y, en esa medida, también permitir el ejercicio de derecho*”.

La norma citada introdujo la novedad de que, en los arbitrajes donde el Estado sea ‘la parte afectada’ por la medida cautelar, se deberá presentar como contracautela “*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*” (Decreto de Urgencia N° 20-2020, art. 8, 2020). Y, sobre el monto, señala que este debe establecerlo el juez o tribunal arbitral competente, estableciendo como monto ‘piso’ la **garantía de fiel cumplimiento**.

En la exposición de motivos de dicho decreto supremo, se ha señalado que el sustento de la incorporación de estas reglas estaría en la abusiva utilización de medidas cautelares por parte de contratistas, cuyo otorgamiento habría generado consecuencias negativas para el Estado, como la paralización de ejecución de obras y de la prestación de servicios públicos (p. 13).

Por eso, estableció el criterio diferenciador de que la parte contraria al Estado en un arbitraje (‘el contratista’) -que solicite una medida cautelar-, deberá presentar una carta fianza por un monto no menor al de la garantía de fiel cumplimiento; con el fin de garantizar -de manera suficiente- un eventual resarcimiento por los daños y perjuicios que pudiera causar una medida cautelar al interés público, así como ser un desincentivo a la abusiva utilización de medidas cautelares (D.S. N° 20-2020, exposición de motivos, 2020).

Sin embargo, este monto piso ha sido bastante criticado, pues se considera que estaría inclinando la balanza totalmente a favor del Estado (Horna, 2025) y que resultaría ser una restricción desproporcionada al derecho de tutela cautelar de los particulares (Campos, 2020). Así, Casaverde advierte que puede haber casos en los que la pretensión de la medida cautelar sea menor a esta garantía de fiel cumplimiento, por lo que, en estos casos esta modificación resultaría siendo discriminatoria. Por otro lado, los defensores de esta norma señalan que tiene por objetivo equilibrar la relación entre las partes, teniendo en cuenta que los daños a las entidades públicas pueden tener impacto en los recursos del Estado; por lo que sería razonable querer evitar que este asuma riesgos desproporcionados, sin garantía alguna.

Es evidente que la voluntad del legislador es proteger los intereses del Estado, garantizando la disponibilidad de recursos para cubrir posibles daños derivados de la ejecución de medidas cautelares que lo afecten³⁷; lo cual, como vemos, es un aspecto aún controversial, tanto en el debate académico, como en la práctica.

³⁷ Como señala Campos, el fin de la contracautela es asegurar recursos suficientes para resarcir los daños que eventualmente podría causar una medida cautelar cause daños (165-213).

2.2.3. Importancia de las medidas cautelares en arbitrajes con el Estado

Respecto a la importancia de las medidas cautelares en el arbitraje -la cual reside en su finalidad y naturaleza-, Monroy Gálvez sustenta que la medida cautelar tiene una doble finalidad: una concreta y otra abstracta. La primera es impedir que el fallo definitivo devenga en inejecutable o ilusorio, y la abstracta está referida a la consagración del valor justicia (Simons, 2020). Como hemos visto, ambos están relacionados a la tutela jurisdiccional efectiva, que le da sentido a la existencia de las medidas cautelares.

En el Código Procesal Civil -que rige los procesos civiles en el Perú-, las medidas cautelares están reguladas en el título IV - artículo 608°, el cual establece que estas tienen por finalidad **garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva** que será emitida en un proceso judicial. En la misma línea, en el ámbito de los arbitrajes de contrataciones del Estado, de acuerdo a la normativa aplicable y doctrina antes citada, las medidas cautelares son instrumentos para **prevenir la ineficacia del laudo**.

Así, un elemento común de las medidas cautelares en ambas disciplinas (civil y arbitral) es que tienen por finalidad asegurar/garantizar la eficacia de la decisión final (sentencia o laudo definitivo). En ese sentido, lo que se busca es **resguardar la materia controvertida** durante el proceso (arbitral), a efectos de evitar que una de las partes se vea afectada por la demora en el dictado del laudo; y, así, garantizar la efectividad del mismo. Sin embargo, la práctica arbitral ha demostrado que esta figura puede tener muchas aristas y aspectos que, o bien pueden dejarse a la autorregulación de las partes -al tratarse el arbitraje un medio de solución de controversias privado-; o bien, pueden regularse, cada vez más, como se está haciendo actualmente -al menos, cuando la parte afectada es el Estado-.

Como establecimos al principio de este trabajo, las normas en materia de arbitraje de contrataciones públicas están buscando regular aspectos cada vez más específicos. La razón de esto podría encontrarse en: el hecho de que los contratos con el Estado tienen siempre, como finalidad ulterior, la satisfacción de un interés público (una perspectiva más publicista); o en el hecho de que, en la práctica, los arbitrajes con el Estado son muy distintos a los arbitrajes entre privados, como señalaba García Calderón (p. 42). En cualquiera de los casos, se ha evidenciado que es necesaria regulación con criterios diferenciadores entre ambos.

En virtud de esto, la Ley de Contrataciones con el Estado actual (T.U.O. de la Ley N° 30225) regula aspectos específicos como los requisitos que debe tener un árbitro, las materias

arbitrables, entre otras (que, en arbitrajes entre privados, no se encuentran regulados). Sin embargo, como vimos, la LCE no establece criterios específicos para el otorgamiento de estas en arbitrajes con el Estado; vacío que podría generar ciertas contingencias. Aunque la Ley de Arbitraje sí señala reglas y principios generales, esta no toma en cuenta aspectos como el interés o los recursos públicos, que podrían verse especialmente afectados en el caso de medidas cautelares solicitadas en arbitrajes con el Estado; pues, como señala Cantuarias, ‘la ley de arbitraje fue pensada para el arbitraje entre privados’.

Como veremos, esta falta de regulación, como todo ‘vacío legal’, ha sido muchas veces aprovechado, causando insatisfacción y/o inseguridad jurídica en las partes, así como potenciales desmedros a los intereses públicos, con la indebida ejecución de medidas cautelares, por ejemplo. Por esta razón, la corriente actual de la legislación es apoyar la necesidad de realizar reformas en las normas que regulan el arbitraje en contrataciones del Estado, tales como la propia Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), la Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento, entre otras; respecto a diversas materias, entre las cuales se encuentran las **medidas cautelares**.

En atención a esto, en la nueva Ley General de Contrataciones Públicas (Ley N° 32069), se regulan aspectos relacionados al otorgamiento de medidas cautelares, como el monto de la contracautela, la inaudita altera pars, entre otros.

3. Problemática actual

Señalado esto, es necesario hacer visibles los problemas que se han dado, en la práctica arbitral de contrataciones con el Estado, respecto al otorgamiento de medidas cautelares.

Tanto actores del Estado, como actores del sector privado, se han esforzado en mencionar y dejar evidencia de las situaciones que habrían sido consecuencia de los vacíos normativos en la regulación de la materia mencionados (la falta de regulación de las medidas cautelares en la LCE) y de los riesgos de estas en el menoscabo al derecho de defensa y el debido proceso (como en el Proyecto de Ley N° 2736-2022-PE, por ejemplo).

Así, en el 2020, se señaló la existencia de, al menos, 34 casos con problemáticas derivadas del otorgamiento de medidas cautelares, entre el 2018 y el 2021, (Proyecto de Ley N° 2736-2022-PE, exposición de motivos, 2022). Estas, como hemos podido adelantar, se refieren principalmente a: i) la **competencia territorial** para solicitar el otorgamiento de medidas

cautelares, ii) la **forma de la contracautela**, iii) los riesgos de la **inaudita altera pars** para el debido proceso y iv) los perjuicios de una medida cautelar para el **interés público**.

Al respecto, tanto en el proyecto de ley citado, como en el debate académico, se ha señalado que muchos de estos problemas están directamente relacionados a la falta de regulación específica en la materia. Pues, es una verdad que hay varios aspectos del proceso arbitral que pueden terminar afectando el funcionamiento de la figura de las medidas cautelares; por ejemplo, la regulación referida a los centros de arbitraje y al arbitraje de emergencia. Aunque no incidiremos en este aspecto, por ser una materia relacionada, cabe tener presente que, en la actualidad, las medidas cautelares en el arbitraje funcionan de manera distinta, dependiendo de la regulación específica de cada centro de arbitraje, así como si se trata de un arbitraje de emergencia o no.

Competencia territorial

Sobre la **competencia territorial** para solicitar el otorgamiento de medidas cautelares, en el periodo señalado, también fueron 34 los casos en los que se identificaron problemas relacionados, en arbitrajes seguidos con el Estado (Proyecto de Ley N° 2736-2022-PE), reportando el dictado de medidas cautelares contra entidades del Estado, fuera del proceso, en lugares ajenos al domicilio de estas o **al lugar en que surtirán efecto** (como prevé el art. 48° del D.L. 1071, para las medidas cautelares otorgadas por una autoridad judicial, antes de la constitución del tribunal arbitral). Esta situación generó preocupación, por la lejanía física del órgano judicial, pero también porque, en algunos casos, se dictaron medidas cautelares por autoridades judiciales, estando la controversia sometida a un tribunal arbitral ya constituido; lo cual interfiere con la independencia del arbitraje.

Aunque a primera vista, la regla establecida en el art. 8 del D.L. N° 1071 norma no es patológica, en la práctica arbitral, sigue ocurriendo lo que dicha autora llamaba '*prórroga tácita de competencia*', figura prevista en el art. 26° del CPC según la cual, al no poder un juez pronunciarse, de oficio, sobre un vicio en el aspecto territorial de la competencia; si la parte demandada no lo cuestiona, se produce una prórroga tácita de la competencia. En virtud a ello, litigantes y abogados, maliciosamente y con anuencia o complicidad de algunos jueces, solicitaban -y aún solicitan, e incluso, obtienen- medidas cautelares, con prescindencia de si el juez cuenta realmente o no con competencia territorial para ello.

Para los casos donde la demandada es una entidad estatal, esto ha resultado ser especialmente problemático, siendo este extremo del D.L. N° 1071 (mal)interpretado, de diversas maneras. En ese sentido, se solicitan medidas cautelares contra estas, en cualquier territorio del país³⁸, bajo el argumento de que las decisiones del juez siempre alcanzarán el lugar de ejercicio de funciones del demandado, al ser el ámbito de esta entidad, de competencia es nacional (Arrarte, 2008).

Sobre este aspecto, coincidimos con la autora citada, cuando señala que esta figura no es aplicable para las medidas cautelares previas al proceso arbitral; siendo además que, para interpretar la Ley de Arbitraje, se deben tener en cuenta los principios en materia arbitral³⁹.

Esta situación invita a reflexionar respecto a si, cuando la norma señala ‘el lugar’ donde deban ser ejecutadas, quería referirse al país en el cual deban ser ejecutadas; o si, lo que ha ocurrido en la realidad es una mala interpretación -muy rebuscada- de la norma, con el fin de solicitar medidas cautelares inescrupulosamente en lugares donde podría resultar más fácil que estas sean otorgadas. Ello se tendrá al momento de analizar las modificaciones realizadas en la nueva LGCP.

Contracautela

Respecto a la forma de la **contracautela**, debemos referir que el Decreto de Urgencia N° 20-2020 al cual nos hemos referido antes, ha venido siendo interpretado e incluso inaplicado por tribunales arbitrales y órganos judiciales (que han ejercido el **control difuso**⁴⁰), otorgando medidas cautelares en las que no se ha dado como garantía una contracautela en forma de fianza bancaria o por el monto mínimo de la garantía de fiel cumplimiento. Esto, en virtud a que, como ya hemos señalado, el monto establecido por la norma se considera, en algunos casos, desproporcionado.

Como consecuencia, tenemos que, en la práctica arbitral, se han emitido pronunciamientos no uniformes sobre la materia, tanto sobre el **monto**, como sobre la **forma** de la carta fianza, como

³⁸ En muchos casos, se han solicitado -e incluso otorgado- medidas cautelares antes juzgados provinciales que no siempre resultan ser del lugar donde estas producirán su eficacia.

³⁹ Conforme lo establecido en el artículo 34° del D.L. N° 1071.

⁴⁰ Los árbitros también pueden ejercer control difuso, conforme se ha reconocido por el Tribunal Constitucional. Asimismo, un sector de la doctrina refiere que el monto establecido en el D.S. N° 20-2020 sería una disposición inconstitucional, al transgredir el derecho de igualdad ante la ley y no tener una justificación objetiva para hacer esta diferenciación (Ycaza, Linares y Reinoso).

se aprecia en este cuadro (Exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 2736-2022-PE, 2022):



Cuadro 3: Cuadro que grafica los tipos de contracautela otorgados por jueces y tribunales arbitrales.

Fuente: Procuraduría General del Estado

Como señalé al principio, una posición razonable respecto al monto es la que postula que el monto de la contracautela se determine en relación al grado de verosimilitud del derecho invocado en la medida cautelar (Simons, 2020); es decir que, a mayor apariencia del derecho, el monto de la contracautela debería ser menor.

Sin embargo, aunque haya un monto mínimo, el monto restante finalmente será fijado a criterio del tribunal arbitral, siendo otra de sus facultades determinar qué monto considera apropiado o razonable; lo que autores como Castillo, Sabroso y Chipana señalan sería una facultad totalmente arbitraria⁴¹.

Inaudita altera pars

Otro problema identificado es el cómo se ha venido aplicando el inciso 3 del artículo 47° del D.L. N° 1071 citado, en los arbitrajes de contrataciones del Estado. Como vimos antes, esta norma establece como regla general que la solicitud de una medida cautelar debe ser trasladada a su contraparte, siendo este requisito excepcionalmente prescindible, en caso de que se justifique la necesidad de no hacerlo. Sin embargo, en la práctica, la mayoría de medidas

⁴¹ La posición de estos autores ya criticaba la Ley de Arbitraje desde antes de la publicación del D.S. N° 20-2020; es decir, cuando no se exigía una contracautela ni se establecía un monto mínimo; por el solo hecho de que el tribunal arbitral estaba facultado a establecer una indemnización por daños y perjuicios que podría ser objeto de un pronunciamiento posterior y sin pruebas respecto a la razonabilidad de su cuantía (p. 14).

cautelares se han venido otorgando bajo la figura de **inaudita altera pars**; lo que desnaturaliza lo establecido en la ley de arbitraje y afecta el derecho de defensa de las partes y el debido proceso⁴².

Interés público

También se han destacado los perjuicios que tienen o pueden tener las medidas cautelares otorgadas en un arbitraje en contra del Estado, para el **interés público**. Al respecto, de acuerdo a la Procuraduría General del Estado, una de las medidas cautelares más utilizadas es aquella en la cual se quiere **impedir la ejecución de cartas fianzas** (Proyecto de Ley N° 2736-2022-PE, exposición de motivos, 2022). Así, se han identificado muchos casos en los cuales se ha ordenado a las entidades del Estado que son parte en un arbitraje, la no ejecución -o suspensión de cobro- de cartas fianzas otorgadas por el contratista durante la ejecución de un contrato, como: garantía de fiel cumplimiento, garantía de adelanto directo y adelanto de materiales, etc.

Estas garantías tienen como fin asegurar el cumplimiento del contrato y las obligaciones de los privados que contratan con el Estado (Enriquez y Murillo, s.f.). Por ejemplo, si la materia controvertida en el arbitraje es la resolución de un contrato de ejecución de obra por acumulación del monto máximo de penalidades, lo que se buscaría con la interposición de una medida cautelar de este tipo es que, mientras se resuelve si dicha resolución de contrato fue válida y/o eficaz, se evite el cobro de la carta fianza otorgada como garantía de fiel cumplimiento. De esta manera, la parte que considera que las penalidades fueron ‘mal aplicadas’ o el contrato no debió ser resuelto (el contratista) busca proteger la eficacia del laudo -el cual estima le resultará favorable y resolverá declarar que estas son inválidas/ineficaces- y, así, evitar que se cobre dicho monto que luego será muy difícil recuperar, en caso este resulte a su favor. Por tanto, en ese caso, resultaría un perjuicio para el Estado no poder ejecutar estas garantías, como es su derecho.

Otros aspectos

Otros aspectos cuestionados son el impacto que tiene la falta de regulación de los requisitos de admisibilidad de una medida cautelar en la determinación de los daños cuando una medida cautelar no debió ser otorgada; pues ¿bajo qué criterios el árbitro llega a esta conclusión, si no hay requisitos establecidos claramente en la Ley de Arbitraje, como si lo está en el Código Procesal Civil, por ejemplo? Como se ve en la práctica, la mayoría sí toma en cuenta los

⁴² Principios procesales supletoriamente aplicables al arbitraje.

presupuestos de este código; sin embargo, las decisiones son variadas en la determinación de daños, incluso en casos en los cuales el Estado es una de las partes.

Asimismo, aunque la CNUDMI ha señalado que sería eficiente solicitar el apoyo de la fuerza judicial para la ejecución de medidas cautelares; creo que no aplica para todos los casos. En nuestro país, los actores involucrados en arbitrajes con el Estado han advertido que el gran incremento en el número de instituciones arbitrales podría ser peligroso, pues algunas de ellas no cuentan con acreditación alguna. En ese sentido, los árbitros de dichos centros han dictado medidas cautelares que la parte afectada (muchas veces, el Estado) ha considerado carentes motivaciones. En ese sentido, la ejecución casi ‘inmediata’ de las medidas cautelares -a veces, ordenada por la autoridad judicial- también ha tenido consecuencias no deseadas; siendo que la parte afectada a recurrido al control constitucional de las mismas.

Así, tenemos que jurisprudencia del Tribunal Constitucional que respalda la existencia de problemáticas y disconformidades sobre las medidas cautelares en arbitrajes con el Estado. Así, por ejemplo, la Sentencia recaída en el Exp. 463-2024, en el cual se planteó el recurso de agravio constitucional contra una sala que declaró fundada en parte la demanda de amparo formulada en contra de un centro de arbitraje, alegando la contravención al debido proceso, por falta de notificación e indebida motivación de una medida cautelar. En dicha sentencia, el TC declaró infundada la demanda, pues consideró que la resolución cuestionada sí se encontraba correctamente motivada y fundamentaba en la Ley de Arbitraje y en los propios precedentes del TC; por lo que, en este caso, la sala realizó un control constitucional de la medida cautelar emitida en un arbitraje.

Con todo lo expuesto, tenemos claro el panorama y marco normativo, así como hemos identificado los problemas más importantes que supone esta regulación actual en la práctica de arbitrajes relacionados a contrataciones con el Estado. Señalado ello, pasaremos a analizar las recientes propuestas de reforma.

3. Análisis de las modificaciones en la nueva Ley General de Contrataciones Públicas

Como hemos podido adelantar, la recientemente publicada -en junio del 2024- Ley General de Contrataciones Públicas establece el nuevo marco normativo para las medidas cautelares relacionadas a los arbitrajes de contrataciones con el Estado; introduciendo, en el artículo 85°, lo siguiente aspectos:

Inciso A: Territorio

En primer lugar, fija los criterios que determinarán la **competencia** -del juez- para conocer las medidas cautelares que sean solicitadas antes de la constitución del tribunal arbitral, disponiendo, primero, que el juez competente será el subespecializado en lo comercial o, en su defecto, en lo civil. Hasta ese punto, como vimos, el D.L. N° 1071 -en el numeral 2 del artículo 8- ya establecía este criterio; por lo que el mismo se mantiene también para los arbitrajes con el Estado.

Sin embargo, en la segunda parte del inciso citado, la nueva ley realiza un cambio respecto a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, el cual señalaba, en el numeral 2 del art. 8, que será competente el juez del lugar donde la medida deba producir eficacia. Ahora, para los arbitrajes con el Estado, se adscribe la **regla por razón de territorio** que habíamos analizado en el Proyecto de Ley N° 2736: el domicilio contractual de la Entidad y la sanción de nulidad, en caso no se cumpla con este requisito.

Como vimos en un acápite anterior, con esta regla, se busca eliminar la contingencia del abuso de medidas cautelares emitidas fuera del proceso; que, hasta la fecha, son planteadas en lugares muy distintos al domicilio de la entidad contratante. Recordemos que, sobre territorialidad, el CPC establece que “*las acciones deben ser presentadas ante el juez del lugar donde reside el demandado*” (Código Procesal Civil, art. 4, 1992). Y, como señala su propia exposición de motivos, esto permite al demandado parte acceder más fácilmente a la justicia, ejercer su defensa de manera efectiva, así como facilita la celeridad del proceso y, sobre todo, la equidad de las partes.

Las medidas cautelares que son planteadas en territorios distintos a los del lugar del domicilio de la Entidad afectada por esta, implican obstáculos para ejercer la defensa del Estado, como costos y demoras que, especialmente en el caso de medidas cautelares, pueden ser irremediables⁴³; pero también crean un desequilibrio entre las partes. Considero que aquel que busca la tutela ‘urgente’ de un derecho o situación jurídica no debería interponer su demanda en cualquier lugar; sino que, tratándose de una medida de urgencia, la regla respecto al territorio debería ser más clara⁴⁴, y, en vez de poner a las partes en un desequilibrio nuevamente, buscar que ambas estén en las mismas condiciones de acceder a la justicia. Así, esta situación generaba

⁴³ Dada la urgencia y celeridad que caracteriza a las medidas y procesos cautelares.

⁴⁴ La CNUDMI, en sus Notas sobre la organización del proceso arbitral, lista una serie de aspectos que deberían tomarse en cuenta en la regulación de medidas cautelares en el arbitraje, como: el derecho aplicable, las condiciones para otorgarlas, los mecanismos disponibles, entre otros (p. 23).

desprotección, la cual podría agravarse en caso que no exista representación adecuada en el lugar donde esta sea planteada, implicando ello un menoscabo a la tutela jurisdiccional efectiva.

Por tanto, al parecer el legislador ha considerado que el D.L. N° 1071 era muy general al establecer la competencia territorial en el lugar de 'eficacia de la medida cautelar', pues, como hemos visto, en la práctica, se ha dado lugar a diversas interpretaciones. Ante la falta de especificidad respecto a este criterio territorial, una consecuencia evidente es la posibilidad de abusar de esta libertad; en este caso, de plantear medidas cautelares en el territorio que -pensando *maliciosamente*- pueda ser más favorable a la solicitante. Ante un desorden o falta de precisión normativa, se da cabida a la confusión o al abuso.

Es por eso que se ha plasmado esta **regla procesal específica**, por razón de territorio, determinando que en un arbitraje con el Estado, las medidas cautelares previas al arbitraje deberán solicitarse ante el juez del domicilio contractual de la Entidad. Con ello, se evitarían los abusos y menoscabos a la tutela jurisdiccional efectiva, de la cual deben gozar las dos partes de un proceso⁴⁵.

Así, en esta norma se ha introducido un cambio beneficioso para las Entidades del Estado, a efectos de que estas tengan la posibilidad de ejercer la defensa adecuada en el lugar de su territorio; así como también considero que la especificidad de la nueva norma cubre un vacío normativo que ayudará a la eficiencia del arbitraje como sistema de resolución de controversias.

Inciso B: Competencia del tribunal arbitral

En primer lugar, recoge lo que ya señalaba la ley de arbitraje, respecto a que las medidas cautelares solicitadas ante una autoridad judicial **no implican renunciar** al arbitraje. Luego, también reproduce la norma referida a que la competencia del tribunal arbitral para conocerlas inicia, una vez este se constituya el mismo (momento desde el cual tiene potestad cautelar plena).

Sobre este aspecto, podemos ver que el D.L. N° 1071 es más específico respecto a los plazos para iniciar el arbitraje, después de que esta medida haya sido ejecutada y respecto a las facultades del tribunal arbitral sobre esta. Sin embargo, ya que la LGCP (Ley General de

⁴⁵ El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; así como la doctrina señala que, para que este derecho fundamental pueda ser considerado pleno, debe ser apreciado en toda su integridad (Simons, 2012). El mismo autor advierte que, dada la importancia de la ejecución de las decisiones arbitrales, una regulación más clara y uniforme evitará indebidas afectaciones a los consumidores del sistema de justicia (p. 334).

Contrataciones Públicas) no fija reglas que los contravengan, no considero que este aspecto represente un problema, pues la Ley de Arbitraje sigue siendo la norma ‘general’; es decir que solamente aplicará la LGCP en los casos en que esta sea más específica.

Inciso C y E: Irreversibilidad e interés público

Luego, la LGCP agrega la regla de que, antes de emitir una decisión sobre una medida cautelar, se evalúe la **irreversibilidad** de esta. Considero que esto deviene directamente del hecho de que las medidas cautelares tienen la característica de ser temporales. En virtud de ello, es consecuente afirmar que esta figura no debería tener efectos irreversibles, ya que su finalidad -temporal- es garantizar la eficacia del laudo final. Este carácter de temporal y de accesorio a la ‘decisión final’ (Ledesma, 2018) se ve reforzado en el hecho de que las medidas cautelares pueden ser variadas, o incluso dejadas sin efecto, en el laudo.

Señalado ello, cabe preguntarnos: ¿qué se entiende por irreversible o irreparable? La condición del perjuicio **irreparable** es uno de los requisitos para estimar procedente una medida cautelar, conforme lo establecido en el art. 610° del Código Procesal Civil, por el cual la misma se justifica en que, de no dictarse, la decisión se tornará ineficaz. Asimismo, autores como Charry han recogido jurisprudencia constitucional según la cual el perjuicio irreparable es aquel derivado de un ‘riesgo inminente’ que, de producirse, generaría un daño imposible remediar (Charry, 2021).

Entonces, podemos entender la irreparabilidad como un **daño grave irreversible**. Y, sobre esto, algunos también se preguntan si debemos entender que este análisis de la irreversibilidad de la medida dependerá de la posibilidad de que el laudo sea favorable.

En ese sentido, conforme a sus facultades otorgadas por la Ley de Arbitraje, el árbitro o juez que conozca la medida cautelar deberá realizar el análisis correspondiente (y motivado), evaluando si los efectos de la medida serán temporales o, por el contrario, irreparables. Al respecto, en las Notas de la CNUDMI se señala que *“las partes y el tribunal arbitral pueden establecer un procedimiento para presentar reclamaciones relativas a los gastos por los daños y perjuicios ocasionados por la adopción de medidas cautelares, en que se prevea, por ejemplo, el momento durante el proceso de arbitraje en que la parte podrá presentar esas reclamaciones y el tribunal arbitral podrá ordenar el pago de los gastos y los daños y perjuicios”* (p. 24); criterios arbitrales que pueden tenerse en cuenta en el arbitraje peruano.

Por ejemplo, una medida cautelar del tipo ‘i’ (mantener el status quo) en la que el contratista solicite la continuación de la ejecución de un contrato -es decir, evitar la suspensión del mismo-, y el Estado ha resuelto el contrato por incumplimiento del contratista, podrá tener costos como el de dismantelar o modificar la obra, en caso el laudo resulte favorable a la Entidad.

Al respecto, considero razonable establecer que un **perjuicio** como tal solo será causado a la **parte afectada** por una medida cautelar (dada la naturaleza del daño); por lo que, si hay costos para el que la solicita, solo serán eso: costos; siendo que el que haya solicitado que el contrato se siga ejecutando es quien deberá asumir los costos que esto implique, así sean **costos** ‘irreparables’. Por el lado de la entidad pública, podría haber un perjuicio irreparable como el impacto en los usuarios (riesgos a su salud o seguridad, en caso la obra no cumpla con los estándares necesarios), retrasos (especialmente en la finalización de proyectos de salud, educación, transporte), etc.

Por otro lado, establece otro criterio diferenciador del Estado, señalando que el árbitro/juez también deberá tener en cuenta el perjuicio que generaría en el interés público la medida cautelar. Con ello, se le da importancia al interés público, que, según Javier de Belaunde, es *“aquel que busca el bienestar general y debe ser priorizado”*. Así, por ejemplo, es de interés público: la educación, la salud y seguridad del país, entre otros aspectos, que usualmente se busca satisfacer con un determinado proceso de selección⁴⁶.

En virtud de este criterio, las consecuencias de las medidas cautelares que tienen como fin suspender un procedimiento de selección -que tienen por objetivo satisfacer un interés público-, deberán ser cuidadosamente analizadas por quien decida otorgarlas. Sobre este punto, como hemos podido ver, algunos se plantean si el interés público es más importante que el privado. Sin embargo, considero que la ley no está poniendo uno por encima del otro, sino que toma en cuenta la importancia del primero y la necesidad de que sea analizado a la hora de resolver medidas cautelares; en virtud de las controversias que se han dado en el arbitraje de contrataciones del Estado y los riesgos encontrados.

Inciso D: Inaudita altera pars

Como ya hemos visto, la normativa vigente dispone que se debe correr traslado de las medidas cautelares a la parte afectada, salvo casos, en teoría, excepcionales.

⁴⁶ Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC ha definido al interés público como aquello que beneficia a todos; un interés general de la comunidad cuya satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La nueva LGCP deroga por completo este principio de *inaudita altera pars*, señalando que no se puede conceder la solicitud cautelar sin traslado previo a la contraparte. Sobre esto, es importante observar que no señala necesariamente que la contraparte deberá pronunciarse, sino que bastará con que tome conocimiento de la medida cautelar interpuesta.

Al respecto, recordemos que el art. 637° del Código Procesal Civil regula la *inaudita altera pars*; siendo que, en el ámbito civil, no es necesario correr traslado a la otra parte. Asimismo, señala que se puede formular oposición contra la misma, pero que esta no suspende la ejecución de la medida.

Por lo visto, mientras que, en la norma procesal (CPC), prevalece la ejecución de la medida cautelar y los cuestionamientos se dejan a un momento posterior, la nueva ley de contrataciones públicas adopta una perspectiva más proteccionista (del Estado) y que delimita más la figura de las medidas cautelares.

El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI⁴⁷ había señalado que “*generalmente, las leyes de arbitraje no tratan de la posibilidad de que se impongan medidas en ausencia de una parte y no especifican cuáles son esas medidas. (...) Parece ser que, en general, los tribunales arbitrales emiten decisiones motivadas.*”

Como hemos visto, la realidad peruana no es así; pues, las partes, en muchas ocasiones, han considerado que las decisiones arbitrales emitidas no han estado debidamente motivadas. Esto podemos verlo en la gran cantidad de recursos de anulación de laudos arbitrales y también en las demandas que se vienen planteando en busca de control constitucional de medidas cautelares emitidas en arbitrajes; que, en muchos casos, está relacionada a la falta de una justificación ‘suficiente’ para solicitar que no se corra traslado de una medida cautelar en un caso específico.

En ese sentido, nos preguntamos si se está asumiendo que correr traslado al Estado de una medida cautelar nunca causará un daño irreparable o que la justificación del contratista nunca será ‘suficientemente urgente’, dada la regulación del D.L. N° 1071 (modificado por el D.S. N° 20-2020). Sin embargo, podemos advertir que, tanto para las entidades como para su contraparte, hay un riesgo de que una de las partes intente frustrar el objetivo del laudo; por ejemplo, ejecutando cartas fianzas otorgadas como garantías en el contrato.

⁴⁷ A/CN.9/WG.II/WP.108

A pesar de esta contingencia, el legislador ha considerado razonable establecer en la LGCP este **criterio diferenciador**, cuando la parte afectada es una entidad pública, siendo la justificación proteger el debido proceso para que, al menos, se tome conocimiento de medidas cautelares que afecten a estas; sin tener en cuenta el grave problema que se podría dar en la ejecución de la norma.

Contracautela

Respecto a la contracautela, la LGCP plantea, en su artículo 86, una regla para el **contratista**: solo cuando este sea quien solicite una medida cautelar **en sede judicial** deberá ofrecer como contracautela:

- Una caución juratoria, para contratos de hasta 200 UIT.
- Una carta fianza (financiera, patrimonial o bancaria), la cual deberá ser también **incondicional, solidaria**, irrevocable y de realización automática a favor de la Entidad, bajo responsabilidad de la empresa emisora.

En primer lugar, cabe observar que este requisito es solo para ‘el contratista’; con lo cual vemos que la corriente de establecer criterios diferenciadores para el Estado sigue siendo la tendencia en las modificaciones normativas relacionadas a medidas cautelares emitidas en arbitrajes de contrataciones con el Estado.

Asimismo, se realiza una diferenciación entre **caución juratoria y carta fianza**, dependiendo del monto del contrato. Es claro que ambas tienen el fin de asegurar a la parte afectada (Entidad) ante las posibles consecuencias de medidas cautelares. Sin embargo, la diferencia reside en que la primera tiene la naturaleza de ser una declaración; es decir, “es la promesa de restituir en caso que la medida cause perjuicios a la parte afectada” (Simons, 2020) y, usualmente, es utilizada en procesos judiciales. La segunda es un documento emitido por una entidad financiera -por lo que es a esta a quien se reclama el pago de la misma- y tiene la naturaleza de ser una *garantía*, figura que es utilizada en los contratos con el Estado; por ejemplo, en las garantías de fiel cumplimiento.

En ese sentido, la nueva ley considera que solo para los contratos de montos mayores a 200 UIT, corresponde la presentación de una carta fianza, la cual -además de los requisitos ya señalados en el Decreto de Urgencia N° 20-2020, deberá ser incondicional y solidaria. Con ello, el pago de la misma se podrá reclamar, tanto a la entidad financiera que la emita, como a la empresa contratista, así como deberá ser inmediata y sin condiciones adicionales. Así, se ha

buscado dar una mayor seguridad a las entidades públicas; por lo que este constituye un criterio diferenciador adicional del cual podrá estas podrán beneficiarse.

Ahora, la LGCP también prevé la **sanción de nulidad**; respecto a lo cual cabe preguntarnos ¿quién declarará esta nulidad de las medidas cautelares, en caso que incumplan los requisitos establecidos por la norma para el otorgamiento de estas? En virtud del principio de independencia del arbitraje y la competencia del tribunal arbitral para resolver cuestiones relacionadas al mismo, debería entenderse que es este mismo el que tiene competencia para hacerlo; lo cual deberá señalar el reglamento.

III. Conclusiones:

Primero, podemos ver, del análisis histórico normativo realizado, que resulta novedoso que una ley de contrataciones públicas regule aspectos tan específicos del arbitraje como estos los relacionados al otorgamiento de medidas cautelares. Asimismo, es posible inferir que estas modificaciones siguen la línea de los **criterios diferenciadores** que se han ido estableciendo para el Estado, en arbitrajes donde este es parte, a lo largo de los años; lo cual sigue siendo la tendencia en la LGCP.

Así, tenemos que, en la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, se plantean modificaciones con el fin de brindar protección adicional al Estado como parte afectada por las medidas cautelares en el arbitraje; habiendo evidenciado que el legislador tiene justificación en afectaciones al debido proceso que se han dado en el otorgamiento y ejecución de las mismas.

Al respecto, considero también que esta **regulación específica** en la LGCP es una mejor alternativa a la modificación de la propia ley de arbitraje que planteaban otras propuestas normativas, como el Proyecto de Ley N° 2736-2022 que he mencionado. El Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje es la norma general que rige para todos los arbitrajes, no solo aquellos referidos a contrataciones con el Estado⁴⁸; por lo que, al ser la ‘ley de contrataciones’ la que tiene el encargo de regular aspectos más específicos de este ámbito, esta debe ser la que establezca las disposiciones especiales que puedan mitigar los riesgos en el otorgamiento de medidas cautelares que puedan afectar al Estado como parte en un arbitraje.

Como bien señala la doctrina, *“el abuso del derecho se presentará en todos aquellos casos en los que el titular de dicho derecho utilice los medios de defensa que le confiere el ordenamiento*

⁴⁸ Y que, como señalamos antes, fue pensada para arbitrajes entre privados (como señaló Cantuarias).

jurídico para conseguir intencionalmente, fines u objetivos distintos a aquellos previstos legalmente para casa medio de defensa, generando un daño ilícito a su contraparte” (Priori, 2008). Por tanto, una mayor especificidad normativa sobre el aspecto que estamos analizando (medidas cautelares en arbitrajes con el Estado) brindará mayor claridad a los árbitros, jueces y las partes del arbitraje; respecto al marco normativo bajo el cual deben actuar; y así, evitar contingencias posteriores.

Asimismo, un aspecto importante a tener en cuenta es que, la nueva ley también establece como principio el de eficiencia; es decir, que las nuevas regulaciones -inclusive aquellas referidas al otorgamiento de medidas cautelares- tienen como objetivo que las contrataciones -y los arbitrajes relacionados a estas- sean más eficientes. Entonces, deberíamos entender que estas modificaciones tienen como fin un arbitraje más justo y eficiente.

Por otro lado, es necesario resaltar que, finalmente, la importancia de las medidas cautelares reside en la ejecución de las mismas; por su propia naturaleza y origen en la tutela efectiva (base de la tutela cautelar). En ese sentido, es necesario hacer lo posible, tanto a nivel normativo como práctico, para que esta figura pueda cumplir con su objetivo⁴⁹, debiendo acotar en este punto que hacer cambios en la regulación es importante, pero estos solo adquirirán relevancia si logran solucionar, en la práctica, los problemas más graves que ya han advertido los actores involucrados.

Uno de los aportes más importantes de la nueva LGCP sobre medidas cautelares es el cambio referido al territorio donde esta deberá solicitarse, ya que, con la falta de regulación al respecto en la LCE, se dieron muchos casos en los cuales el criterio utilizado por árbitros y jueces no fue uniforme. Así, la precisión introducida evitaría estas medidas cautelares irregulares -en cuanto al territorio- y, con ello, los riesgos que estas significaban para que la tutela cautelar sea realmente efectiva -y bien utilizada-. Sin embargo, aunque este cambio será beneficioso, considero que aún prevalecerá la preocupación de muchos respecto a los centros de arbitraje, que son los que, finalmente, otorgan las medidas cautelares, así como los jueces comerciales.

En atención a dicha preocupación, el Decreto de Urgencia N° 20-2020 había establecido, como regla, el arbitraje institucional; sin embargo, como el Reglamento de la LCE aprobado mediante el D.S. 344-2018-EF señaló *‘cualquier institución arbitral’*, surgió una diversidad de centros de arbitraje -incluso algunos sin acreditación alguna- que ahora se encuentran dictando medidas

⁴⁹ Compartimos la opinión de Castillo Freyre cuando señala que un componente muy importante en un sistema de administración de justicia es el relativo a la garantía que debería existir de que el fallo que se emita pueda realmente ser acatado y los intereses que de él dependen lleguen a ser satisfechos.

cautelares. Así, ya se ha observado la inquietud de los actores involucrados respecto a árbitros y jueces que han dictado medidas cautelares inaplicando criterios como el establecido en el D.U. N° 20-2020 respecto al monto de la contracautela. En situaciones como esas, se puede apreciar el desorden que se plasmaba en la práctica, contando solo con la regulación general y esta modificación específica; razón por la cual algunos consideran que es justificable delimitar aspectos cada vez más específicos, como el control de los centros arbitraje.

Por todo lo expuesto, era una expectativa latente en la elaboración de este trabajo ver cómo iba a regular el reglamento de la LGCP aspectos más específicos, como los señalados. Sin embargo, tras su reciente publicación, intuimos que aún permanecerán ciertas disyuntivas en la práctica, como los cuestionamientos a la proporcionalidad en el monto de la contracautela, en los casos el monto que la medida cautelar busca proteger sea menor al de la garantía de fiel cumplimiento, la indebida ejecución de las garantías ante la eliminación de la inaudita altera pars, entre otros.

Por tanto, podemos concluir que los cambios o adiciones en la nueva LGCP referidos a las medidas cautelares sí cubrirán un vacío -de regulación específica- que existía con la regulación general de las normas que se tenían hasta la fecha; pero, en la praxis, estos deberán ir de la mano con los demás cambios previstos en la norma, así como de la interpretación de la misma conforme a los principios de independencia del arbitraje y efectividad de las decisiones arbitrales⁵⁰.

Como vimos, la CNUDMI⁵¹ había señalado que, en ninguna ley sobre el procedimiento arbitral, ni en los reglamentos de arbitraje, figuran normalmente disposiciones expresas acerca de si las decisiones relativas a medidas cautelares deben indicar los motivos en los que se basan, y que ello podría ser un indicador de que, en general, los tribunales arbitrales emiten **decisiones motivadas**. Sin embargo, como vemos, la realidad peruana no ha demostrado cumplir con este estándar tan alto; por lo que, para nuestro caso, corresponde también tener en cuenta el contexto y las prácticas arbitrales que se han manifestado con los años.

⁵⁰ Así como en los principios establecidos por la CNUDMI.

⁵¹ A/CN.9/WG.II/WP.108

Bibliografía

1. Amprimo-Plá, N. J. C. (2013). La tutela cautelar arbitral. *Ius Et Praxis*, 44(044), 59-79. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2013.n044.75>
2. Ariano Deho, E. (2003). La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos. *Problemas del proceso civil*. Jurista.
3. Ariano Deho, E. (2006). Problemática de las medidas cautelares en sede arbitral. Actualidad Jurídica. *Gaceta Jurídica*, (151), pp. 87-93.
4. Arrarte Arisnabarreta, A. (2007). De la interrelación a la interferencia del poder judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación. *THEMIS Revista De Derecho*, (53), 91-104. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8850>
5. Barona Vilar, S. (2011). Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Thomson Reuters-Civitas.
6. Bossano Lomellini, L. (15 de enero de 2025). *Cuadro comparativo de la Ley N° 32069 Ley General de Contrataciones Públicas y de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*. IAGP. <https://iagp.edu.pe/blog/cuadro-comparativo-de-la-ley-n-32069-ley-general-de-contrataciones-publicas-y-de-la-ley-n-30225-ley-de-contrataciones-del-estado-y-su-reglamento-elaborado-por-luis-miguel-bossano-lomellini/>
7. Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Derecho PUCP*, (71), 387-411. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.014>
8. Calamandrei, P. (1956) Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares.
9. Campos García, H. (20 febrero de 2020). *La libertad de los árbitros para fijar la contracautela en los procesos arbitrales en los que el Estado es parte*. Civil. <https://lpderecho.pe/libertad-arbitros-fijar-contracautela-procesos-arbitrales-estado-parte/>

10. Campos Abogados. (12 noviembre de 2024). *Medidas cautelares de emergencia en arbitrajes con el Estado*. <https://camposabogados.pe/parte-i-medidas-cautelares-de-emergencia-en-arbitrajes-con-el-estado/>
11. Cantuarias Salaverry, F. (2007). Razones por las cuales el arbitraje es inevitable. En *Arbitraje comercial y de las inversiones*.
12. Cantuarias Salaverry, F., & Servan, N. (2019). ¿Arbitraje Procesal Civil? La necesidad de implantar buenas prácticas en el arbitraje. *Forseti. Revista De Derecho*, 7(10), 29 - 41. <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1097>
13. Casaverde, F. (2020). Medidas cautelares en el arbitraje. *Foro Jurídico*, (18), 166-180. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/23391>
14. Castillo Freyre, M. (2007) Las medidas cautelares y el laudo arbitral. *Yachaq, Revista de Derecho*, 209-215. <https://castillofreyre.com/articulos/las-medidas-cautelares-y-el-laudo-arbitral-2/>
15. Castillo Freyre, M., & Sabroso Minaya, R. (2008). Nueva ley de arbitraje. *Revista Oficial del Poder Judicial Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 3(3), 237-251. <https://doi.org/10.35292/ropj.v3i3.126>
16. Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R. & Chipana Catalán J. (2013). La constitución del Tribunal Arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje. *Arbitraje PUCP*, 3, 7-17. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/22f545b9-d5b4-4ec6-9433-76038d689991>
17. Cear Latinoamericano (24 de octubre de 2024). *¿Por qué son importantes las medidas cautelares en el arbitraje?* [cearlatinoamericano.edu.pe. https://cearlatinoamericano.edu.pe/por-que-son-importantes-las-medidas-cautelares-en-el-arbitraje/](https://cearlatinoamericano.edu.pe/por-que-son-importantes-las-medidas-cautelares-en-el-arbitraje/)

18. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP. (s. f.). Transparencia de datos arbitraje PUCP. Recuperado el 20 de enero del 2025 de <https://transparencia-arbitraje.pucp.edu.pe/>
19. Charry, J. (1 de septiembre de 2021). *Perjuicio irremediable*. Opinión. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/perjuicio-irremediable>
20. Código Procesal Civil. Decreto Legislativo 768, 4 de marzo de 1992 (Perú).
21. Collantes, C. (2020). “No utilizar en caso de emergencia”: 5 patologías latentes en el procedimiento de árbitro de emergencia peruano. *THEMIS Revista de Derecho*, (77), 265-283. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.014>
22. Del Águila Ruiz de Somocurcio, P. (2005) Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad Hoc: He ahí el dilema. *Revista Peruana de Arbitraje*, 1, 231-263.
23. D. L. N.º 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. (2008). <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/308659-1071>
24. D. S. N.º 009-2025-EF. Que aprueba el Reglamento de la Ley N° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas. Diario Oficial El Peruano. (2025). <https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/6401561-009-2025-ef>
25. Enriquez, M., & Murillo, C. (Ed.). (s.f.). *Las garantías en la ejecución contractual y penalidades*. http://www.osce.gob.pe/consuocode/userfiles/image/cap2_m4a.pdf
26. García Calderón, G. (2022). Balance del arbitraje: a los veinticinco años de su entrada en vigencia. *Ius Et Praxis*, 54(054), 37-47. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5937>
27. García Vizcarra, D. (11 de marzo de 2024). *Nuevos escenarios para el arbitraje en contratación pública en el Perú*. Blog Escuela de Posgrado de la Universidad Continental. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/nuevos-escenarios-arbitraje-contratacion-publica-peru>

28. González de Cossío, Francisco. (2008). La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 8, 509-525. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100013&lng=es&tlng=es.
29. Grupo de Trabajo II: Solución de Controversias de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2000). *A/CN.9/WG.II/WP.108 - Arreglo de controversias comerciales - Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje*. https://uncitral.un.org/es/working_groups/2/arbitration
30. Horna, E. (27 enero de 2020). *Principales modificaciones a la Ley de Arbitraje: Decreto de Urgencia No 020-2020*. IUS 360. <https://ius360.com/principales-modificaciones-a-la-ley-de-arbitraje-decreto-de-urgencia-no-020-2020/>
31. Instituto de Democracia y Derechos Humanos PUCP (10 de agosto de 2016) *¿Cuáles son los principios básicos de uso de la fuerza?* <https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/cuales-son-los-principios-basicos-de-uso-de-la-fuerza-8447/>
32. Jimenez Abad, R. (2022). *Las medidas cautelares en los procesos de arbitraje en las contrataciones con el estado*. [Tesis para optar por el título profesional de Abogado, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio de Tesis USAT. <http://hdl.handle.net/20.500.12423/4775>
33. Ledesma, M. (2013). *La Tutela Cautelar en el Proceso civil*, Gaceta jurídica.
34. Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo -Tomo III*, Gaceta Jurídica.
35. Ledesma, M. (2018). *La Tutela Cautelar y de Ejecución Medidas Cautelares* (1° ed.). Gaceta Jurídica.

36. Ley N° 32069. Ley General de Contrataciones Públicas (2024)
<https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2300373-1>
37. Monroy Galvez, J., & Monroy Palacios, J. (2001). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. *Revista peruana de Derecho Procesal*, IV, 158.
38. Peyrano, J. (1997) *Compendio de Reglas procesales en lo Civil y Comercial, Segunda Edición actualizada*, Editorial Zeus.
39. Pólemos (7 de febrero de 2020). Decreto de Urgencia N° 020-2020 [Entrevista a Alfredo Soria]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=jCNC3Jn50WE>
40. Priori Posada, G. (2005). El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites. *Ius et veritas*, 15(30), 171-200.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11799>
41. Priori Posada, G. (2006), *La Tutela Cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. ARA Editores E.I.R.L.
42. Priori Posada, G. (2008). El principio de la buena fe proceso, el abuso del proceso y el fraude procesal. *Derecho y Sociedad*, (30), 325-341.
43. Procuraduría General del Estado (2023). Arbitraje y Contrataciones con el Estado. *Revista Jurídica de la Procuraduría General del Estado N° 3*, 183-191.
<https://www.gob.pe/institucion/procuraduria/informes-publicaciones/tipos/1-revista>
44. Proto Pisani, A. (2003). Chiovenda y la tutela cautelar. *Revista peruana de derecho procesal*, 6, 418
45. Proyecto de Ley N° 2736/2022-PE. Proyecto de ley que modifica diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado e incorpora diversos artículos a la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo y a la ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca

- y Seguros, para garantizar la adecuada ejecución de obras públicas (2022). <https://www.caeperu.com/noticias/proyecto-de-ley-n-2736-2022-PE-que-busca-modificar-la-ley-de-arbitraje-y-la-ley-de-contratacion-del-estado.html>
46. Robles Meza, M. (2020). *Indemnización por ejecución de medidas cautelares en el arbitraje comercial doméstico peruano*. [Tesis para optar por el título profesional de Abogado, Universidad de San Ignacio de Loyola]. Repositorio institucional de la Universidad San Ignacio de Loyola. <https://repositorio.usil.edu.pe/server/api/core/bitstreams/970dd98b-a2d8-4869-97f6-a79fa0887850/content>
47. Salas Villalobos, S. (2012). Efectos de la aplicación de la adecuación en los petitorios y providencias cautelares. *Ius et veritas*, 22(44), 294-308. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12037>
48. Sartori, J. (2006) *El debido concepto de lo cautelar*. VIII Congreso Procesal Garantista. Escuela Superior de Derecho. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.
49. Simons Pino, A. (2002). Medidas cautelares especiales y poder general de cautela. *Advocatus*, (007), 154-171. <https://doi.org/10.26439/advocatus2002.n007.2385>
50. Soria Aguilar, A. (2024). *Arbitraje en contrataciones con el Estado*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). <https://editorial.upc.edu.pe/arbitraje-en-contrataciones-con-el-estado-h7evh.html>
51. Tribunal Constitucional (2022). Sentencia recaída en el Expediente N° 3486-2022-PA/TC. Lima: 8 de abril de 2022.
52. Tribunal Constitucional (2006). Sentencia recaída en el Expediente N° 1209-2006-TC-CAUTELAR. Lima: 14 de marzo de 2006. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.pdf>

53. Villarán Morales, C. (s.f.). *Breve reseña de la evolución del arbitraje*. Visión empresarial. <https://www.camaratru.org.pe/web2/index.php/jstuff/multiplataforma-vision-empresarial/item/5512-breve-resena-de-la-evolucion-del-arbitraje>
54. Vidal Ramirez, F. (2009). *Manual de Derecho Arbitral*. Gaceta Jurídica.
55. Ycaza, G., Linares, A., & Reinoso, D. (23 de abril de 2024). *Las medidas cautelares en arbitraje: Perspectivas de Perú, Ecuador y México*. Arbanza. <https://arbanza.com/las-medidas-cautelares-en-arbitraje-perspectivas-de-peru-ecuador-y-mexico/>