

CONTRATACIONES CON EL ESTADO

PERSPECTIVAS DESDE
LA PRÁCTICA DEL DERECHO

*Monica
Nuñez Salas*

*Andrés
Talavera Cano*

Editores

Fondo
Editorial



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

CONTRATACIONES CON EL ESTADO

PERSPECTIVAS DESDE
LA PRÁCTICA DEL DERECHO

*Monica
Nuñez Salas*

*Andrés
Talavera Cano*

Editores

Fondo
Editorial



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

¡Necesitamos una medida cautelar!: notas sobre la regulación vigente en el Perú de medidas cautelares en arbitrajes de contratación pública

ANGELA CÁMARA CHUMBES

EMILY HORNA RODRÍGUEZ

Sumilla

Las autoras abordan las alternativas y problemas que enfrenta un contratista, en el marco de la regulación vigente, a fin de obtener medidas cautelares que garanticen la efectividad de un futuro laudo arbitral.

1. Introducción

La demora en el trámite de un proceso puede generar que la decisión final sea ineficaz para tutelar el derecho que se buscaba proteger. Para evitarlo, es posible solicitar medidas provisionales que cautelen los derechos hasta la emisión de la decisión final. En los arbitrajes iniciados al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado¹ (LCE)², no son extrañas las imputaciones de incumplimiento contractual, de penalidades, resolución del contrato, inminente ejecución de

¹ Nos referimos a la vigente Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N.º 30225, y a sus modificaciones, recogidas en el TUO aprobado por Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, a las que nos referiremos como la LCE; y a su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF y sus modificaciones, a las que nos referiremos como el RLCE.

² Según el artículo 223 de la vigente Ley, otros mecanismos son la conciliación y la junta de resolución de disputas –para el caso de ejecución de obras–. En el presente artículo, nos referiremos únicamente al mecanismo de arbitraje.

garantías, etc., que, una vez realizadas, siguen activando consecuencias negativas y altamente gravosas al contratista mientras se discute su legalidad.

La falta de una disposición que establezca que la entidad debe esperar al resultado del arbitraje³ e incentivos más bien alineados para que los funcionarios públicos actúen en perjuicio del contratista aun cuando no sea lo eficiente ni idóneo⁴, hacen necesario que el contratista solicite estas medidas con carácter de urgencia, a la espera de una decisión final que determine si la premisa sobre la cual actuó era o no correcta. De lo contrario, el laudo que finalmente se emita declarando, por ejemplo, que no hubo incumplimiento o que el contrato no fue válidamente resuelto no pasará de ser una victoria moral. La realidad podría haber cambiado y tornarse tan perjudicial que no estaríamos frente a una decisión realmente eficaz.

En el presente artículo, evaluamos las alternativas que tiene un contratista frente a estas situaciones. Como veremos, la cancha está inclinada a favor del Estado, mucho más ahora, a partir del Decreto de Urgencia N.º 20-2020, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 24 de enero de 2020 (DU 20-2020), que le garantiza una contracautela predefinida, en perjuicio del contratista, a quien se le impone una barrera infranqueable que vulnera su derecho a la tutela cautelar.

2. Alternativas para la obtención de una medida cautelar

Nos remitimos a la regulación de medidas cautelares de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N.º 1071, «Ley de Arbitraje», a falta de disposiciones sobre estas medidas en la LCE y el RLCE. Al respecto, el artículo 47 de la Ley de Arbitraje, numeral 1, establece que, una vez constituido, el tribunal arbitral puede, a pedido de parte, adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar la eficacia del laudo. La Ley de Arbitraje no establece en qué momento se produce la constitución, pero podemos entender que «para ello será necesario

³ Incluso si existe una disposición en ese sentido, algunas entidades deciden continuar con la activación de consecuencias dañosas. Por ejemplo, el artículo 155, numeral 1, literal b, del Reglamento establece que «La garantía de fiel cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. En estos supuestos, el monto de la garantía corresponde íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado». Sin embargo, no son extraños los casos en los que la entidad decide ejecutar esta garantía, frente a lo cual las entidades bancarias deben respetar la orden de ejecución, bajo responsabilidad.

⁴ No es desconocido que los funcionarios públicos, muchas veces atados de manos, actúan por temor a cuestionamientos que se puedan realizar por parte de la autoridad de control interno.

que todos los árbitros hayan sido nombrados, que las designaciones hayan sido aceptadas, y que hayan transcurrido los plazos para su recusación, sin que sea necesario el acto formal de su instalación» (Arrarte, 2011, p. 550). Teniendo en cuenta este hito, las alternativas son las siguientes:

2.1 Antes de la constitución del tribunal arbitral: el contratista puede evaluar dos alternativas

2.1.1 *Solicitar la medida ante el Poder Judicial*

Las medidas son solicitadas ante el Juzgado Subespecializado en lo Comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Si se pretende mantener el *statu quo* o alguna actuación –o falta de ella– por parte de la entidad, la ejecución de la medida se realizará con la notificación a la entidad, a fin de que cumpla con lo ordenado. Por tanto, el lugar del domicilio del demandado determinará la competencia.

Dado que la evaluación la realizará un juez, este tomará en cuenta las normas del Código Procesal Civil (CPC)⁵. Resaltamos lo siguiente, extraído de dichas normas⁶ y la práctica:

- La solicitud debe estar debidamente sustentada con los medios probatorios pertinentes e indicando claramente el tipo de medida que se pretende. Si se pretende mantener el *statu quo*, esto podría obtenerse a través de una medida cautelar de no innovar, regulada en el artículo 687 del CPC. En este caso, el juzgado exigirá acreditar: (i) inminencia de un perjuicio irreparable y (ii) dado que es una medida excepcional, explicar que otras no resultan aplicables⁷. Estos son requisitos más exigentes que los requeridos para otros tipos de medidas (como embargos)⁸.

⁵ Más adelante, sustentamos por qué son aplicables las normas del CPC.

⁶ Sugerimos ver los artículos 610 y 611 del CPC.

⁷ «Artículo 687.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley».

⁸ A la dificultad impuesta por la misma norma procesal se le suman dificultades externas que, lamentablemente, pueden cumplir un rol relevante. No es desconocido que, debido a lamentables casos de corrupción en obras públicas, existe una mayor resistencia a conceder medidas cautelares a los contratistas, aun cuando se trate de casos totalmente ajenos a esas denuncias.

También se encuentran previstas en el CPC, aunque con requisitos igualmente exigentes, medidas innovativas por las cuales «el Juez dicta medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda» o medidas que impliquen provisionalmente la ejecución de una sentencia (o laudo, en este caso). Asimismo, aun cuando no haya una específicamente regulada en el CPC, es posible solicitar una medida genérica adaptada a las necesidades del solicitante⁹. Por otro lado, es recomendable indicar qué tipo de actuaciones son las que la entidad debe abstenerse de realizar¹⁰ y plantear pedidos que respondan a escenarios alternativos, dependiendo de la situación que pueda presentarse en el momento de ejecutar la medida cautelar¹¹.

- Indicar: (i) las pretensiones que serán demandadas en el futuro arbitraje; sin perjuicio de que más adelante el petitorio de la demanda varíe. Debe poder apreciarse por qué el petitorio cautelar permitiría asegurar la eficacia de un eventual laudo que resuelva las pretensiones; y (ii) qué se requiere para la ejecución de la medida. Para la ejecución de medidas innovadoras, se notificará el concesorio a la entidad y a terceros de los cuales se requiera alguna actuación.
- El juzgado revisará el cumplimiento de los siguientes presupuestos: (i) verosimilitud del derecho invocado; (ii) peligro en la demora; y (iii) proporcionalidad y adecuación. Además, deberá ofrecerse contracautela. Debe tenerse presente que, en la práctica, no es común conceder medidas cautelares fuera de un proceso, lo cual hace difícil la obtención de tutela y exige mayor cuidado.
- La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada. A pesar de ello, debido a la carga procesal, en el caso de los juzgados civiles con subespecialidad comercial de Lima, solo la calificación de la medida puede tardar alrededor de un mes, y se puede obtener la medida en un mes y medio o más tiempo. A diferencia de lo que sucedería con una

⁹ «Artículo 629.- Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva».

¹⁰ Por ejemplo, solicitar que se conceda una medida de no innovar, debiendo mantenerse el *statu quo* y, en consecuencia, se ordene a la entidad abstenerse de realizar actuaciones sustentadas en el incumplimiento que va a discutir en el arbitraje, tales como la imposición de penalidades, la ejecución de garantías, etc.

¹¹ Por ejemplo, si es inminente la imposición de penalidades, solicitar que cualquier monto retenido por esos conceptos no sea cobrado o, si fue cobrado, sea restituido.

medida dictada por un tribunal arbitral, los jueces tienen *ius imperium* y sus medidas suelen ser acatadas por terceros. Luego, la parte afectada podrá oponerse a la medida, aunque ello no suspende la ejecución.

- Según lo previsto en el artículo 47, numeral 5, de la Ley de Arbitraje, la medida cautelar queda caduca de pleno derecho: (i) si no hubiera iniciado el arbitraje¹² hasta 10 días después de ejecutada la medida; (ii) aun si ha cumplido con lo anterior, si el tribunal arbitral no se constituye dentro de los 90 días de dictada la medida, por lo que será esencial que el contratista inicie el arbitraje oportunamente, de modo que los plazos para nombramiento de árbitros, formulación de eventuales recusaciones, etc., no lo lleven al supuesto de caducidad. Constituido el tribunal arbitral, se le debe remitir el expediente.

2.1.2 Si el arbitraje es institucional, evaluar la posibilidad del árbitro de emergencia

Una alternativa más costosa¹³, pero rápida y bajo una evaluación apartada de las normas del CPC, es iniciar un procedimiento de árbitro de emergencia en los casos de arbitraje institucional¹⁴, sí así lo prevé la institución. Esta es una opción para la parte que no puede esperar a la constitución del tribunal, pues requiere tutela temporal y urgente. Para ello, se nombra a un árbitro especialmente designado para ese propósito.

A la fecha, se encuentra previsto para casos cuyos convenios arbitrales hayan sido celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de los reglamentos de arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP¹⁵ (CARC PUCP), ambos vigentes desde 2017. No obstante, el primero exige, para los contratos celebrados por el Estado, que este haya dado un consentimiento expreso de utilizar el árbitro

¹² «Artículo 33.- Inicio del arbitraje. Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje».

¹³ Al ser un servicio ofrecido por la institución arbitral, se deberán pagar honorarios del árbitro de emergencia y gastos administrativos.

¹⁴ El árbitro de emergencia, al ser una figura reciente, no se encuentra previsto en la Ley de Arbitraje que data del año 2008.

¹⁵ Nótese que, en el caso del CARC PUCP, el procedimiento fue regulado con posterioridad a la entrada en vigencia del Reglamento, a través de una Directiva publicada en octubre de 2018, posteriormente reemplazada por una Directiva de enero de 2019.

de emergencia, lo que es –por lo menos hasta fecha– bastante inusual¹⁶; mientras esta disposición se mantenga, difícilmente veremos activado este procedimiento en casos de contratación pública. Por su parte, el CARC PUCP no establece esta limitación, y es suficiente que las partes se hayan sometido a sus reglas. Nos concentramos en este reglamento.

Aun si resultara aplicable, el contratista deberá considerar qué medidas que impliquen actuaciones de terceros que solo actúan en cumplimiento de órdenes de autoridades que tienen *ius imperium* (como es conocido que actúan varias entidades financieras) podrían no acatar la medida. El contratista podría obtener una medida inútil¹⁷. Considerado esto, resaltamos lo siguiente respecto de este procedimiento:

- El árbitro de emergencia es designado por el Centro de Arbitraje y no podrá ser parte del tribunal arbitral que resolverá la controversia. El árbitro evaluará la solicitud, que debe incluir las medidas requeridas y las razones que justifican el carácter de urgencia. Medidas destinadas a mantener el *statu quo* deberían poder ser concedidas por el árbitro de emergencia. Ni las reglas del CARC PUCP ni las de la CCL establecen más detalles sobre qué otros elementos serían evaluados para otorgar la orden, aunque, en el caso de la CCL, se vienen aplicando los requisitos previstos en su Reglamento de Arbitraje para medidas cautelares¹⁸. El Reglamento del CARC PUCP, por su parte, no establece requisitos para el otorgamiento de una medida cautelar, ni tampoco lo hace la Ley de Arbitraje para las medidas cautelares, más allá de establecer la presentación de una garantía en calidad de contracautela, aunque en la práctica se aplican requisitos generales

¹⁶ El artículo 35, numeral 5, literal c, establece que no serán aplicables las disposiciones del árbitro de emergencia «si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del Árbitro de Emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del Centro».

¹⁷ Una situación similar se presentaría si la entidad, aun siendo parte del arbitraje, solo decide acatar órdenes de un juez. En este caso, si bien consideramos que este tipo de situaciones podrían ser valoradas al fijar una condena de costos en el eventual laudo arbitral, no solucionarán el problema del contratista, que requiere de una medida urgente y debidamente cumplida por la entidad.

¹⁸ El artículo 34, numeral 2, literal a), establece «El daño que no pudiera ser adecuadamente reparado por un laudo que reconoce una indemnización si la medida cautelar no fuera otorgada y que tal daño sea sustancialmente mayor a aquel que pueda afectar a la otra parte en caso de ser otorgada; y b) La posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo de la controversia prospere. La determinación del Tribunal Arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzga ni condiciona, en modo alguno, cualquier determinación posterior a la que pueda llegar en el laudo». También requerirán de una garantía en calidad de contracautela, a la que nos referiremos más adelante.

para el otorgamiento de medidas cautelares. Esto se alinea con la práctica internacional, en la que se exigen requisitos adicionales similares a los requeridos para otorgar medidas cautelares¹⁹.

- La solicitud es puesta en conocimiento de la contraparte, a diferencia de lo que sucedería en un procedimiento ante el Poder Judicial. Luego, se prevé un plazo de 15 días hábiles desde emitida la orden que contiene la medida de emergencia para que el solicitante presente su solicitud de arbitraje. De lo contrario, la medida caduca. El tribunal, una vez instalado, puede revocar o modificar la orden.
- Las disposiciones del CARC PUCP establecen que el derecho de las partes de recurrir a un árbitro de emergencia no impide que soliciten medidas cautelares ante una autoridad judicial competente; no obstante, establece que la tutela cautelar judicial y las medidas de emergencia son excluyentes entre sí.

2.2 Luego de la constitución del tribunal arbitral

El tribunal arbitral, una vez constituido, es el competente para resolver pedidos de medida cautelar. La Ley de Arbitraje establece los tipos de medidas que pueden ser solicitadas, las cuales son bastante amplias. Incluyen mantener el *statu quo* y preservar elementos de prueba, si fuera necesario. Como señalamos, la Ley de Arbitraje no exige requisitos especiales para la concesión de medidas cautelares, aunque en la práctica suelen evaluarse el peligro en la demora, la verosimilitud en el derecho y la adecuación y proporcionalidad, como se exigiría para cualquier medida cautelar en el Poder Judicial²⁰.

¹⁹ «[...] most EAs (at least 49 out of 80 applications) applied the substantive criteria for the grant of interim measures in accordance with standards distilled from international arbitration practice [...] They identified the urgency criteria to be one of great practical significance, being a very common basis for the dismissal of EA applications. [...] In addition to the urgency criteria, the Task Force found that EAs considered (i) the likelihood of success on the merits, (ii) the risk of irreparable harm, (iii) the risk of aggravation of the dispute, (iv) the absence of prejudgment on the merits, and (v) proportionality/balance of equities. EAs tended to evaluate which elements were relevant and what weight each factor should carry in light of the particular circumstances of the case» (McDougall, Satija, & Candy, 2019).

²⁰ En la práctica internacional, por su parte: «Stated generally, most international arbitral tribunals require showings of (a) a risk of serious or irreparable harm to the claimant; (b) urgency; and (c) no prejudgment of the merits, while some tribunals also require the claimant to establish a *prima facie* case on the merits, a *prima facie* case on jurisdiction, and to establish that the balance of hardships weighs in its favor. Considered more closely, and as detailed below, most arbitral tribunals also look to the nature of the provisional measures that are requested, and the relative injury to be suffered

En este caso, aplica la regla de que las medidas cautelares, antes de ser resueltas, se ponen en conocimiento de la contraparte, aunque el solicitante puede pedir que no se haga si ello puede poner en peligro la eficacia de la medida. Una vez ejecutada la medida cautelar, la parte afectada puede pedir la reconsideración de la decisión.

Nuestra Ley de Arbitraje confiere al árbitro facultades para ejecutar sus propias medidas, con el límite del uso de la fuerza pública, aunque si el árbitro considera, a su sola discreción, que requiere o es conveniente la asistencia de la fuerza pública, puede pedir colaboración del Poder Judicial; asimismo, en caso de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente.

3. Intentando encontrar una interpretación lógica a la modificación realizada por el DU 20-2020 al numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje: la contracautela «predefinida»

3.1 Lo que se regula en el numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje

El numeral en mención establece uno de los supuestos de colaboración judicial, que consiste en lo siguiente:

Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

[...]

2. Para la adopción judicial de medidas cautelares 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 [...]. (Subrayado agregado)

El numeral antes citado ha sido previsto para establecer quién es el juez competente para dictar medidas cautelares, únicamente para la etapa previa a la cons-

by each party, in deciding whether to grant such measures. In particular, some provisional measures (e.g., preserving the status quo or ordering performance of a contract or other legal obligation) will typically require strong showings of serious injury, urgency and a prima facie case, while other provisional measures (e.g., preservation of evidence, enforcement of confidentiality obligations, security for costs) are unlikely to demand the same showings. It is also unclear precisely what sort of showing is required for the various elements of a request for provisional measures. The ICJ and some ICSID tribunals have suggested that serious injury must be “likely” to occur before the issuance of a final award, implying a requirement of a 50% or greater likelihood. A similar requirement is arguably implied by formulations in institutional rules requiring that provisional measures be “necessary,” rather than merely “appropriate”» (Born, 2014, p. 2471).

titución del Tribunal Arbitral. No existe ningún otro supuesto en que se habilite la intervención del Poder Judicial para la concesión de tales medidas. Una vez que se constituye el tribunal arbitral, será este el único competente para pronunciarse sobre tales aspectos, incluyendo la posibilidad de modificar, sustituir o dejar sin efecto las que se hayan concedido en el ámbito judicial²¹.

Ahora bien, ¿cuál es la norma que rige la actuación del juez en tal caso? ¿El CPC o la Ley de Arbitraje? Aunque sorprenda la respuesta, lo cierto es que, hasta la fecha, no existe una posición clara al respecto.

En efecto, por un lado, algunos autores consideran que el juez debe aplicar las reglas previstas en el CPC, que regula precisamente esta figura, en la medida en que las normas previstas en la Ley de Arbitraje no han sido establecidas para regular las medidas cautelares que dicta el Poder Judicial de manera previa al arbitraje (o, mejor dicho, a la constitución del tribunal arbitral) (Arrarte, 2011, p. 123). Otros autores opinan, en cambio, que debe regir la Ley de Arbitraje, con base en la prevalencia que le brinda su Décima Disposición Complementaria («Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil») (Amprimo-Plá, 2013, p. 44).

Definir esta cuestión no resulta para nada algo menor, ya que la posición que se adopte determinará los requisitos y el procedimiento que resultan aplicables para que el juez defina si se concede o no la medida cautelar. En esa línea, por ejemplo, si se opta por el CPC, la medida se concedería o rechazaría *inaudita altera pars* (artículo 637 CPC); se exigiría una contracautela (artículo 610 CPC); y, tratándose de una medida cautelar de no innovar (mantener *statu quo*), se requerirá acreditar un perjuicio irreparable (artículo 687 CPC). La Ley de Arbitraje fija como regla general que el afectado tome conocimiento del pedido y la contracautela como una potestad («pudiendo exigir» – artículo 47.1).

La cuestión es que la Ley de Arbitraje no brinda ninguna regulación específica sobre las medidas cautelares que dicta el Poder Judicial, como sí lo hace para la adopción y ejecución de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral (artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje). Lo único que se establece en el numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje es quién es el juez competente para conocer sobre la medida cautelar.

Atendiendo a ello, para efectos de lo que se refiere exclusivamente a las actuaciones judiciales, la Décima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje (DDC) ha previsto que sus disposiciones procesales prevalecen sobre las normas del CPC.

²¹ Numeral 1 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje.

La solución de prevalencia está prevista para supuestos en los que existe una contradicción o antinomia, en este caso, entre una norma especial y una norma general. Dado que se presentan escenarios de intervención judicial en el arbitraje, la DDC establece qué disposiciones procesales son las que rigen y deberán aplicar los jueces en el marco de dicha intervención. No obstante, a diferencia de todos los demás supuestos de colaboración judicial (como son la actuación de medios probatorios, ejecución de medidas cautelares, ejecución del laudo y anulación de laudo²²), en el caso de la adopción de medidas cautelares por el Poder Judicial, la Ley de Arbitraje no ha previsto ninguna regulación especial. No se configura, por ende, ninguna contradicción que justifique una aplicación preferente de la Ley de Arbitraje para tal efecto.

Estando a ello y en la medida en que se trata de una actuación judicial que se presenta en el marco del arbitraje, en cuyo caso específico la Ley de Arbitraje no ha previsto ninguna disposición procesal especial, pero que, además, es una figura que sí se encuentra regulada en el CPC, se concluye que esta es la norma que resulta aplicable y debe regir la actuación de los jueces, cuando se trata de adoptar medidas cautelares previas a la constitución del tribunal arbitral.

Lo anterior no implica que el CPC sea supletoriamente aplicable al arbitraje. Por el contrario, este se rige, en todo momento, según sus propias reglas y principios (artículo 34.3 de la Ley de Arbitraje²³). Únicamente cuando se trata de la adopción de medidas cautelares ante el Poder Judicial de manera previa a la constitución del tribunal arbitral, resulta aplicable el CPC (actuación judicial no regulada por la Ley de Arbitraje).

Ahora bien, como adelantamos, el DU 20-2020 modificó el numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje a fin de establecer la exigencia de una contracautela con requisitos específicos para casos en que la parte afectada con la medida es el Estado. Lo que se ha previsto es lo siguiente:

8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

2. [...]

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria

²² Artículos 45, 48, 68 y título VI de la Ley de Arbitraje, respectivamente.

²³ «Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones. [...] 3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral».

y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda. (Subrayado agregado)

Las cuestiones que surgen al revisar este párrafo son las siguientes:

- Por la ubicación, no podría hacerse una doble referencia al juez y tribunal arbitral, ya que es una disposición prevista para la adopción judicial de medidas cautelares, previa a la constitución del tribunal arbitral.
- Las normas procesales que regulan las medidas cautelares que dicta el Poder Judicial antes de la constitución del tribunal arbitral son las del CPC (las disposiciones de la Ley de Arbitraje no han sido previstas para cubrir este supuesto). A pesar de ello, la modificación ha sido realizada en la Ley de Arbitraje. Esto podría justificar que se considere especialmente aplicable el CPC, en lugar de la Ley de Arbitraje, en la medida en que es la norma procesal que regula específicamente las medidas cautelares fuera de proceso (636 CPC).
- No obstante, podría considerarse también que la modificación ha generado una antinomia entre la Ley de Arbitraje y el CPC (que no prevé una contracautela especial para el Estado), por lo que tendría que prevalecer la primera, con base en lo dispuesto en su DDC.
- La ubicación del párrafo agregado por el DU 20-2020 es la que determina su ámbito de aplicación. Por tanto, asumiendo la postura del punto anterior, se podría decir que la nueva medida solo resulta exigible cuando es el Poder Judicial el que dicta la medida cautelar, previo a la constitución del tribunal arbitral. La mención al «tribunal arbitral» podría asimilarse a la figura del árbitro de emergencia (Campos, 2020).

Nuestra revisión no podría estar completa si no hacemos referencia a la exposición de motivos del DU 20-2020 (EM), específicamente en lo que se refiere a la modificación materia de análisis. Lo que llama inmediatamente la atención es que se hace referencia a lo sucedido con los tres hospitales regionales de Junín, Cusco y Tacna, como supuesta justificación de la necesidad de modificar la Ley de Arbitraje.

En ese sentido, se indica que dichas obras fueron suspendidas «vía medidas cautelares que derivan de contratos que se ventilan a nivel arbitral». No obstante,

al revisar los antecedentes de tales obras, se pudo identificar que, en los tres casos, las medidas cautelares fueron otorgadas fuera de proceso arbitral, por el Poder Judicial²⁴. Se entiende la gravedad de la situación si, como hemos indicado, para dicha actuación judicial ni siquiera resulta aplicable la Ley de Arbitraje, en la medida en que la norma procesal que establece los requisitos es el CPC.

Sobre la base de esa –errada– premisa es que se defiende la propuesta de exigir una carta fianza como contracautela por un monto mayor o equivalente a la garantía de fiel cumplimiento, ya que eso iba a «desincentivar» el uso abusivo e indiscriminado de medidas cautelares, que –según la EM– generan elevadas pérdidas económicas al Estado y frenan la prestación de los servicios públicos, a través de la paralización de obras.

La contracautela cumple una función de garantía respecto a los posibles daños que se podría generar al afectado con la ejecución de la medida cautelar (613 CPC). Su propia naturaleza determina que deba existir una directa proporción entre la contracautela que se fija y los posibles daños cuyo resarcimiento se pretende garantizar con esta. Eso va a depender, como es evidente, de cada caso concreto. Al fijar un tipo de contracautela (carta fianza) con una cuantía mínima predeterminada (monto de la garantía de fiel cumplimiento), se genera un desbalance que rompe dicha proporcionalidad, ya que se deja de evaluar uno de los factores necesarios para su fijación (los posibles daños, el cual es sustituido por identificar si la parte afectada es el Estado), trasladándose toda la carga de esta especie de «garantía estándar» al que solicita la tutela cautelar, sin importar el tipo de medida cautelar que se solicita y su real afectación a la contraparte.

Desde esa perspectiva, podemos afirmar que el segundo párrafo agregado por el DU 20-2020 al numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje resulta manifiestamente inconstitucional, en la medida en que lo que en realidad implica el supuesto «desincentivo» es una barrera al ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar que forma parte de la tutela jurisdiccional (efectiva), reconocido en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Como bien indica Priori: «no hay tutela jurisdiccional efectiva, allí donde no sea posible solicitar y obtener una medida cautelar», y, en ese sentido, indica que «cualquier acto del Estado expedido por cualquiera de sus órganos que lesione o

²⁴ Junín (Expediente N.º 14690-2018-70-1817-JR-CO-13) / Cusco (Expediente N.º 00023-2016-84-1001-JM-CI-01) / Tacna (Expediente N.º 5032-2019-5-1817-JR-CO-07). En el caso específico del hospital de Junín, el juez dispuso constituir como contracautela las propias cartas fianzas cuya ejecución había ordenado suspender, vía mandato cautelar.

amenace este derecho es un acto inconstitucional». Agrega, además, que «tampoco puede el legislador crear requisitos excesivos, cuyo cumplimiento determine que en la práctica sea imposible el ejercicio del derecho fundamental a la tutela cautelar» (Priori, 2005, pp. 184-187). En tales supuestos, conforme a lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, el cual se sustenta en el artículo 51 del mismo texto normativo, el juez o árbitros se encuentran obligados a inaplicar disposiciones legales o de rango inferior a la ley que lesione o amenace el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

4. Conclusiones

Ante la necesidad de una medida cautelar, el contratista evaluará si es posible esperar a la constitución del tribunal arbitral. En caso no pueda esperar, puede: (i) acudir al Poder Judicial, el cual resolverá la solicitud a la luz de las normas del CPC. La desventaja es la demora en su trámite, pero es efectiva si se requiere la cooperación de terceros que no suelen acatar órdenes de árbitros (como entidades financieras); o (ii) si el convenio arbitral fue celebrado a partir del año 2017 y el arbitraje se rige bajo las reglas del CARC PUCP o la CCL, puede evaluar la conveniencia de un árbitro de emergencia. En el caso de la CCL, se requiere consentimiento expreso en el convenio arbitral para aplicar esta figura; sin embargo, en el CARP PUCP, no. Se trata de un procedimiento rápido, pero con un mayor costo, y en el que será necesario acreditar urgencia por la medida.

Con relación a la contracautela que se exige a partir del DU 20-2020, consideramos que existen elementos suficientes para limitar su ámbito de aplicación al supuesto de medidas cautelares que dicta el Poder Judicial antes de la constitución del tribunal arbitral. En ese marco, en el que rige el CPC, podría priorizarse esta norma a la Ley de Arbitraje, por ser la norma procesal que regula de manera específica las medidas cautelares fuera de proceso. En todo caso, si se considera que debe prevalecer la Ley de Arbitraje, la exigencia igual quedaría limitada a la fase previa antes indicada. Una última alternativa consiste en optar por aplicar el control difuso, debido a que el párrafo incluido en el artículo 8.2 de la Ley de Arbitraje resulta manifiestamente inconstitucional.

Referencias

- Amprimo-Plá, N. (2013). La tutela cautelar arbitral. *Revista Ius et Praxis*, (44), 59-79.
- Arrarte, A. (2011). Comentarios a los artículos 47 y Décima Disposición Complementaria y Final de la Ley de Arbitraje. En C. Soto & A. Bullard (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, tomo I (p. 550). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

- Born, G. (2014). *International commercial arbitration*. (2.^a ed.). Estados Unidos: Kluwer Law International. Recuperado de [https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-born-2014-ch17?q=measures&source=International%20Commercial%20Arbitration%20\(Second%20Edition\)%2C%20Born](https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-born-2014-ch17?q=measures&source=International%20Commercial%20Arbitration%20(Second%20Edition)%2C%20Born)
- Campos, H. (19 de febrero de 2020). *Pasión por el Derecho. La libertad de los árbitros para fijar la contracautela en los procesos arbitrales en los que el Estado es parte*. Recuperado de <https://lpderecho.pe/libertad-arbitros-fijar-contracautela-procesos-arbitrales-estado-parte/>
- McDougall, A., Satija, P., & Candy, F. (15 de abril de 2019). *White & Case. ICC Task Force on Emergency Arbitrators Proceedings releases findings*. Recuperado de <https://www.whitecase.com/publications/alert/icc-task-force-emergency-arbitrator-proceedings-releases-findings>
- Priori, G. (2005). El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos contenidos y límites. *Ius et Veritas*, 15(30), 171-200.