

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



¿Se respeta el derecho constitucional de igualdad ante la ley en la regulación sobre medidas cautelares en el arbitraje en contrataciones con el Estado?

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Procesal que presenta:

***Gerardo Eto Bardales***

Asesor:

***Alfredo Fernando Soria Aguilar***

Lima, 2024


## Informe de Similitud

Yo, Alfredo Fernando Soria Aguilar, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada “¿Se respeta el derecho constitucional de igualdad ante la ley en la regulación sobre medidas cautelares en el arbitraje en contrataciones con el Estado?”, del autor Gerardo Eto Bardales dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 22%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 07/11/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 8 noviembre del 2024

SORIA AGUILAR, Alfredo Fernando	
DNI: 09645703	Firma 
ORCID: 0000-0003-0834-9541	



Para Bali 🐾🐾🐾 , quien me  
acompañó muy de cerca  
al escribir este trabajo,  
con mucho cariño y recuerdo.

## Resumen

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos que en nuestro país goza de especial relevancia dada su obligatoriedad en las disputas que surgen de los contratos suscritos con el Estado.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo analizar la modificación normativa regulada con el famoso Decreto de Urgencia N° 20-2020, mediante la cual se exige la presentación de una contracautela con una cuantificación prefijada solamente para privados cuando solicitan medidas cautelares contra el Estado.

En ese orden de ideas, se analizará el principio de igualdad como principio rector del arbitraje y si el mismo ha sido vulnerado con la norma materia de análisis.

Luego del estudio efectuado, se concluye que existe una percepción equivocada del Estado como parte débil en los arbitrajes y que el artículo 8.2. de la Ley de Arbitraje que exige la contracautela por un monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento únicamente a los privados para solicitar medidas cautelares contra el Estado en arbitrajes sobre contratación pública, entra en colisión con el derecho de igualdad ante la ley.

Finalmente, se propone una modificación normativa en atención al principio de razonabilidad en el monto exigido; así como la posibilidad de que los tribunales arbitrales ejerzan control difuso cuando en cada caso en concreto adviertan que se está vulnerando el principio de igualdad en acceso a la justicia, la tutela jurisdiccional efectiva y el principio de razonabilidad al imponer un monto irrazonable en la carta fianza exigida como contracautela.

**Palabras clave:** Arbitraje, contratación pública, medidas cautelares, contracautela, igualdad ante la ley, acceso a la justicia, razonabilidad.

## Abstract

Arbitration is an alternative dispute resolution method that is of special relevance in our country given its mandatory nature in disputes arising from contracts signed with the State.

In this context, the purpose of this paper is to analyze the regulatory modification regulated by the famous Emergency Decree No. 20-2020, which requires the presentation of a counter-security with a pre-established quantification only for private parties when they request precautionary measures against the State.

In this order of ideas, the principle of equality as a guiding principle of arbitration will be analyzed and whether it has been violated by the rule under analysis.

After the study carried out, it is concluded that there is a mistaken perception of the State as a weak party in arbitrations and that article 8.2. of the Arbitration Law, which requires a counter-security for an amount not less than the performance guarantee only for private parties to request precautionary measures against the State in arbitrations on public contracts, collides with the right to equality before the law.

Finally, a regulatory amendment is proposed in accordance with the principle of reasonableness in the amount required; as well as the possibility for arbitration courts to exercise diffuse control when in each specific case they notice that the principle of equality in access to justice, effective jurisdictional protection and the principle of reasonableness are being violated by imposing an unreasonable amount on the surety bond required as a counter-security.

**Keywords:** Arbitration, public procurement, precautionary measures, counter-security, equality before the law, access to justice, reasonableness.

## Índice

	<b>Pág</b>
<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo I: El Arbitraje en Contratación Pública en el Perú</b>	
1.1 La naturaleza jurídica del arbitraje.....	3
1.2 El origen del arbitraje en la Contratación Pública en el Perú. Razones para huir del Poder Judicial.....	8
1.3 Fundamentos para que el arbitraje sea obligatorio en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado.....	11
1.4 Percepción del Estado como parte “débil” dentro del arbitraje en contratación pública.....	13
<b>Capítulo II: El principio de igualdad en el marco del arbitraje</b>	
2.1 El derecho de igualdad ante la ley.....	17
2.2. El principio de igualdad dentro del arbitraje.....	20
<b>Capítulo III: La norma respecto a medidas cautelares que afectaría el principio de igualdad ante la ley en contratación pública en el Perú</b>	
3.1 Definición y fundamentos de la contracautela.....	24
3.2. Artículo 8.2. de la Ley de Arbitraje - Exigencia de contracautela por un monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento únicamente a los privados para solicitar medidas cautelares contra el Estado en arbitrajes sobre Contratación Pública.....	33
3.3. Contracautela e igualdad en el acceso a la justicia.....	35
3.4. Contracautela y tutela judicial efectiva.....	38
3.5. Razonabilidad del monto exigido como contracautela en arbitrajes sobre Contratación Pública.....	39

3.6. Aplicación del Test de Proporcionalidad sobre el Decreto de Urgencia N°020-2020.....	42
---	----

#### **Capítulo IV. Posibles soluciones al problema**

4.1. La posibilidad de realizar control difuso contra estas normas por parte del Tribunal Arbitral.....	43
---	----

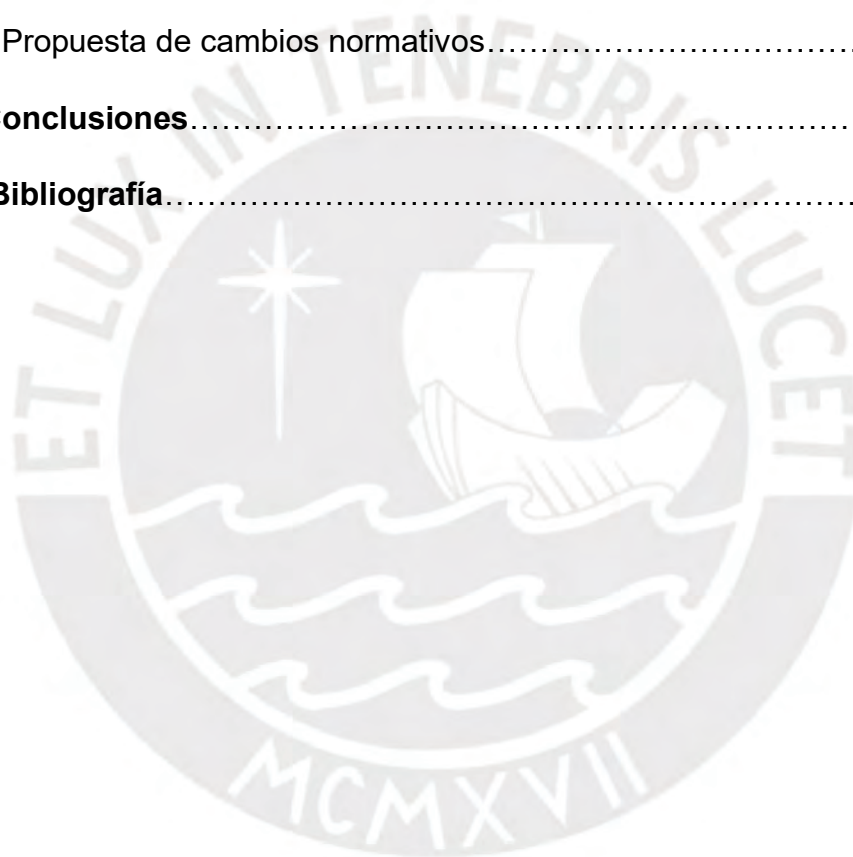
4.1.1. El respeto del arbitraje a los principios constitucionales y derechos fundamentales.....	44
---	----

4.1.2. ¿El árbitro tiene la capacidad de ejercer control difuso?.....	45
---	----

4.2. Propuesta de cambios normativos.....	46
---	----

<b>V. Conclusiones</b> .....	49
------------------------------	----

<b>VI. Bibliografía</b> .....	51
-------------------------------	----



## Introducción

El arbitraje es un medio alternativo para resolver disputas o controversias que en nuestro país ha adquirido un desarrollo importante en las décadas recientes, toda vez que las transacciones económicas han ido evolucionando, lo que ha llevado a las empresas a acudir a esta vía que, en principio, ofrece una mayor eficiencia que el Poder Judicial para resolver litigios comerciales. Así, el arbitraje brinda ventajas como la celeridad, flexibilidad y la especialización con la que cuentan los árbitros en las materias a resolver.

Debido a los problemas que presenta el Poder Judicial en nuestro país y a una postura legislativa innovadora, hace algunos años, nuestro ordenamiento jurídico establece como *obligatorio* recurrir a este mecanismo para resolver controversias suscitadas a propósito de los contratos suscritos con el Estado. Por tal motivo, el Perú presenta un alto número de arbitrajes entre contratistas (partes privadas) y entidades (partes públicas).

En ese sentido, la institución arbitral en el Perú adquiere gran relevancia para la actividad contractual que desarrolla el Estado, lo cual permite cumplir los fines públicos que se le encarga. Ello ha despertado la preocupación del legislador peruano, el cual ha generado modificaciones tanto a la Ley de Arbitraje como a la Ley de Contrataciones del Estado.

En este contexto, el presente trabajo encuentra su razón en la medida que existen normas procesales (tanto de la Ley de Arbitraje como en la Ley y el Reglamento de Contrataciones con el Estado) que aparentan tener una tendencia a “favorecer” a una u otra parte, básicamente por un sesgo o prejuicio que tiene el legislador de percibir a la parte estatal como la parte “débil” dentro del proceso arbitral.

En concreto, se observa que el legislador peruano ha regulado la exigencia de una contracautela con una cuantificación prefijada solamente para privados cuando solicitan medidas cautelares contra el Estado en arbitrajes de Contratación Pública a través de la disposición regulada en el del numeral 2 del artículo 8° (segundo párrafo) de la Ley de Arbitraje modificada mediante el Decreto de Urgencia N° 020-2020. Esta norma es la que origina la presente

investigación pues se analizará su constitucionalidad en atención al principio de igualdad ante la ley.

En ese orden de ideas, se analizarán dos aspectos del principio de igualdad. En primer lugar, abordaremos el derecho a la igualdad ante la ley.

Al respecto, se analizará si las partes privadas y las Entidades se encuentran en una situación paritaria de hecho respecto a la posibilidad de ejercer el derecho a acceder a una tutela judicial efectiva (en el caso en concreto, el acceso a una tutela cautelar).

En segundo lugar, se realizará un análisis sobre el principio de igualdad como principio rector del arbitraje. Es preciso señalar que la Ley de Arbitraje en el inciso 2 de su artículo 34 establece lo siguiente:

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

Es decir, esta norma positiviza el principio de igualdad de armas que debe regir en el arbitraje.

Por tanto, en la presente investigación, se examinará si el principio de igualdad ante la ley ha sido vulnerado con la exigencia de la contracautela con cuantificación prefijada únicamente a los privados solicitar medidas cautelares contra el Estado en arbitrajes sobre Contratación Pública.

Para ello, estudiaremos distintos conceptos, partiendo de un breve marco conceptual que determine las características del arbitraje en contratación pública en nuestro país; así como conceptos relacionados al principio de igualdad y su importancia respecto al derecho de acceso a la justicia; un breve desarrollo de la figura de la contracautela, de la relación de este requisito con la tutela judicial efectiva, de la razonabilidad del monto exigido como contracautela en arbitrajes sobre Contratación Pública; y, por último, a la posibilidad de realizar control difuso por parte de los tribunales arbitrales en casos donde existan normas que puedan vulnerar el control de constitucionalidad.

## **Capítulo I: El Arbitraje en Contratación Pública en el Perú**

### **1.1 La naturaleza jurídica del arbitraje**

El arbitraje se configura como un mecanismo alternativo de solución de controversias que se caracteriza por la participación de árbitros a los que las partes de una relación contractual someten sus controversias a fin de que estos puedan emitir una decisión definitiva a través de un laudo.

Ahora bien, se tiene que el origen histórico del arbitraje se encuentra en las sociedades primitivas y que resulta ser incluso anterior a la justicia ordinaria estatal (Guzmán-Barrón. 2019, p. 21). También, se observa que el arbitraje desde su origen se presentaba como una institución práctica utilizada por comerciantes y que no era una institución jurídica con lo cual se alejaba de lo que conocemos como actualmente como juicio (Bullard, 2008, p.146). Así, el arbitraje se configuró como un mecanismo de solución de conflictos vinculado al ámbito comercial y practicado principalmente entre particulares.

Por su parte, La Rosa y Rivas señalan elementos de la definición del arbitraje como i) una controversia o conflicto que pueda ser sujeto de someter a arbitraje; ii) un acuerdo o un convenio arbitral; iii) la participación de terceros, llamados árbitros, designados por las partes para que resuelvan la controversia que se les somete a su conocimiento; y iv) una decisión vinculante recogida en el laudo arbitral (2018, p. 115-116). Desde estos elementos se observan las bases del arbitraje tales como el sometimiento al arbitraje a partir de la voluntad de las partes y la necesidad cubierta por un tercero de emitir una decisión vinculante.

En el Perú, el arbitraje tiene un importante rol para el desarrollo económico y social. Así, el Tribunal Constitucional reconoció el rol del arbitraje en el orden económico internacional como prototipo para resolver conflictos entre particulares e incluso entre estos y el Estado en el fundamento 4 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, conocida como el famoso caso “Cantuarias”.

Tal relevancia se ha expresado en el reconocimiento y protección del arbitraje en la Constitución. Así, el artículo 63 de la Constitución peruana recoge la

posibilidad de recurrir a arbitraje tanto los sujetos de derecho público y los de privado a fin de poner fin a sus controversias.

No cabe duda que esta institución, si bien tiene una antigua data y precede a la justicia formal, hoy se ubica en los paradigmas de la globalización del mundo moderno que impone reglas rápidas para que las controversias se resuelvan en plazos oportunos.

Asimismo, es relevante considerar los beneficios que presentaría el arbitraje con respecto al proceso judicial. Al respecto, La Rosa y Rivas recogen como ventajas la confianza en la decisión final al ser los árbitros quienes ellos mismos han confiado los que emiten una decisión; la flexibilidad en el criterio de solución al contar con el arbitraje de derecho y el arbitraje de conciencia; la flexibilidad en el procedimiento al permitir que las partes puedan regular el proceso arbitral de acuerdo a sus intereses; la confidencialidad; la idoneidad para controversias complejas al permitir que los árbitros no necesariamente sean abogados y puedan ser especializados en la materia (2018, p. 117-118). Ello no solo expresa características del arbitraje, sino ventajas del proceso arbitral que permite reconocerlo como un mecanismo con mayor versatilidad y alejado de formalismos.

En otras palabras, podemos señalar que el arbitraje presenta las ventajas de celeridad, flexibilidad, confidencialidad y especialidad, respecto a la justicia ordinaria que ofrece el Poder Judicial.

Ahora bien, es relevante entender la naturaleza jurídica del arbitraje en nuestro país, puesto que ello nos permite comprender los alcances y ventajas de la institución arbitral.

Sobre el particular, el presente apartado aborda la discusión doctrinaria sobre este punto en el Perú. Al respecto, debemos recordar que existen diversas posturas que plantean básicamente tres tipos de naturaleza del arbitraje: contractual, jurisdiccional y mixta.

Para efectos del presente trabajo, vamos a sintetizar brevemente el fundamento de cada una de las teorías señaladas.

Respecto a la teoría contractual, se precisa que la Ley de Arbitraje conceptualiza al convenio arbitral en el numeral 1 de su artículo 13, con la siguiente definición:

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

La *voluntad de someterse a arbitraje* de las partes, estipulada en el numeral 1 del artículo 13 citado es un elemento que resulta relevante recalcar, Desde nuestra perspectiva, este elemento representa la piedra angular del convenio arbitral y del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos. (Eto 2020, p. 447).

Esta crucial característica del arbitraje se ve reflejada en los efectos negativo y positivo del acuerdo arbitral. Al respecto, el efecto negativo consiste en que las partes de un contrato renuncian a recurrir a la jurisdicción ordinaria (derecho a un juez natural) para que se resuelva una futura disputa, por su parte, el efecto positivo del acuerdo arbitral entraña una obligación de hacer, que implica recurrir a un mecanismo específico para resolver disputas con determinadas ventajas y características especiales (Talero 2010, p. 72), por lo que la parte que quiera ejercer su derecho de acción deberá acudir ante un Tribunal Arbitral que dirima sus controversias.

A mayor desarrollo de la presente teoría, Guzmán-Barrón explica que la presente teoría concibe al arbitraje como un contrato que permite a las partes resolver sus disputas mediante un documento denominado laudo que contiene una decisión final y vinculante, emitida por el tribunal arbitral. Asimismo, el mencionado autor resalta la importancia de la libertad de las partes para escoger que sus controversias sean resueltas mediante arbitraje y no a través del Poder Judicial como la base de esta teoría (2017, p.30).

Por otro lado, la teoría de la naturaleza jurisdiccional del arbitral está relacionada, desde nuestra perspectiva, al rol que cumplen los árbitros al ejercer esta labor. Recordemos que la Constitución establece lo siguiente en el inciso 1 de su artículo 139:

**Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha establecido en el fundamento jurídico 9 de la conocida sentencia del caso "Cantuarias" (STC 6167-2005-HC) que el arbitraje, en tanto jurisdicción, debe respetar principios y derechos propios de la actividad jurisdiccional y del debido proceso. Al respecto, veamos lo desarrollado por el TC:

9. Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso<sup>3</sup>.

(STC 6167-2005-HC, FJ 9).

De tal forma, esta teoría posee gran relevancia en el Perú e incluso resulta ser un punto de origen importante respecto al cumplimiento, alcances y modo de demandar el respeto a las garantías del derecho al debido proceso en el arbitraje.

También, la sentencia del caso Cantuarias permitió al Colegiado Constitucional desarrollar el reconocimiento constitucional que posee la jurisdicción arbitral, así como su competencia para solucionar los conflictos sometidos a dicha jurisdicción.

Así de los fundamentos 12 y 13 de dicha sentencia podemos reseñar lo siguiente:

El reconocimiento del arbitraje como jurisdicción implica la aplicación por parte de los árbitros de las normas constitucionales y, específicamente, de las disposiciones contenidas en el artículo 139 de la Constitución, el cual regula los derechos y principios de la función jurisdiccional. De tal forma, el Tribunal Constitucional reiteró la protección de la jurisdicción arbitral en el campo de sus competencias a partir del principio de "no interferencia", recogido en el numeral

2 del artículo 139 de la Constitución, el cual prohíbe a cualquier autoridad intervenir en el ejercicio de las funciones de un órgano jurisdiccional avocarse a resolver causas pendientes. Así, los árbitros cuentan con la facultad constitucional para rechazar intervenciones y/o injerencias de terceros (incluyendo autoridades judiciales o administrativas) que pretendan inmiscuirse a resolver a materias recurridas a arbitraje en base al convenio arbitral y a la voluntad de las partes (STC 6167-2005-HC, FJ 12 y 13).

En ese sentido, Guzmán-Barrón comenta que la teoría jurisdiccional concibe la actividad de los árbitros como jurisdiccional y delegada por el Estado, ya que no concibe que la solución de controversias se realice de manera externa a la jurisdicción ordinaria (2017, p.30). Así, esta teoría concibe como eje principal el Estado como encargado de resolver los conflictos de la sociedad y excepcionalmente reconoce al arbitraje como un mecanismo alternativo a la jurisdicción estatal y de apoyo a esta.

A partir del desarrollo de los fundamentos de las teorías contractual y jurisdiccional, cabe precisar que es evidente que se considera al arbitraje como una jurisdicción “excepcional” pues no nace a partir de la función que brindan los Estados de administrar justicia a sus ciudadanos, sino de la voluntad de las partes que se materializa en la inclusión de un acuerdo arbitral en un determinado contrato.

Por su parte, otro sector de la doctrina postula la teoría mixta. Esta teoría, de manera básica, compatibiliza las teorías tanto contractuales y las jurisdiccionales. De tal forma, de una parte, reconoce como esencial la autonomía de la voluntad de las partes y de otra parte entiende que sin el reconocimiento como jurisdicción que le otorga el Estado al arbitraje; este mecanismo no sería tan útil a las partes. Con lo cual, el arbitraje se configura como un concierto de manifestación de voluntades, es decir, un contrato que posee efectos jurisdiccionales (Quiroga 2017, p.21).

Sobre el particular, un sector de la doctrina, “rebautiza” a esta teoría como la teoría “realista”, mediante la cual se define al arbitraje como la más elemental manifestación de la administración de justicia. Así, a lo largo de los años, el arbitraje solo es considerado como una sustracción legal y autorizada de la

jurisdicción ordinaria del Estado. Este se concibe con un acuerdo privado en el cual dos o más sujetos de derecho acuerdan someter disputas de relevancia jurídica a un fallo que resuelva de manera definitiva y exclusiva. Esta decisión es emitida por árbitros que pueden ser elegidos por las partes o mediante otro método previsto por estas en el contrato. De esta manera, la decisión será obligatoria para las partes en virtud del reconocimiento del ordenamiento jurídico sobre el contrato como *ley para las partes*. Finalmente, la ejecución de lo decidido cuando resulte necesaria recaerá siempre en el Estado. (Castillo y Vásquez 2006, p. 59).

Igualmente, se ha señalado que la teoría híbrida o mixta encuentra acogida y dominio mundial a partir de que el arbitraje comercial internacional denota elementos contractuales y jurisdiccionales. Asimismo, conforme a la teoría mixta, el arbitraje resulta ser un sistema de justicia privado creado de manera contractual. Con lo cual, queda demostrado que la teoría contractual y la función jurisdiccional tienen gran influencia en el arbitraje (Gonzales de Cossío 2015, p. 15-16).

Desde nuestra postura, nos inclinaremos por la teoría que plantea una naturaleza mixta del arbitraje, toda vez que consideramos que el origen del arbitraje recae en la voluntad de las partes al incluir este mecanismo como medio de resolución de controversias en un determinado contrato; y, por su parte, nuestro ordenamiento jurídico ha dotado de un reconocimiento constitucional de la función arbitral como un ejercicio de jurisdicción, lo cual permite que arbitraje posea mayor eficacia en sus decisiones.

## **1.2. El origen del arbitraje en la Contratación Pública en el Perú. Razones para huir del Poder Judicial.**

Habiendo desarrollado brevemente los principales aspectos del arbitraje y su naturaleza jurídica, pasaremos a abordar un fenómeno singular respecto a este mecanismo en nuestro país.

Como hemos señalado, el origen del arbitraje surge a partir de la voluntad de las partes para incluir este mecanismo como medio de solución de

controversias en los contratos donde están en juego derechos disponibles, básicamente de carácter patrimonial.

Así, el artículo 62 de nuestra Constitución al regular el derecho a la libertad de contratar establece que las controversias que surgen de relaciones contractuales solo se pueden resolver mediante arbitraje o en la vía judicial, utilizando los mecanismos de protección establecidos en el contrato o previstos por la ley.

Sin embargo, nuestro país presenta una peculiaridad respecto a los contratos suscritos entre privados con el Estado. En primer lugar, consideramos importante señalar que este tipo de contratos tienen como objetivo satisfacer el interés público de la población. En esa línea, la actividad contractual del Estado permite el desarrollo de políticas públicas y con ello el goce de los derechos en beneficio de la sociedad peruana.

Cabe destacar que la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, precisa esta finalidad en los principios de *competencia* y; *eficacia* y *eficiencia* regulados en el artículo 2 de dicha norma.

En atención a esta necesidad de que las obras se ejecuten, los servicios se brinden, los bienes adquiridos se entreguen, etc., para el beneficio de la población, es que surgió la necesidad de tutelar las controversias a propósito de los contratos estatales con un mecanismo que brinde características ventajosas a comparación del Poder Judicial. De tal forma, resulta relevante que los conflictos que se generen en la contratación estatal puedan ser abordados de forma oportuna, sin desmedro del interés público y con los garantías idóneas y atractivas para el contratista del Estado.

En primer lugar, dada la excesiva carga procesal que presenta nuestro sistema de justicia estatal, el arbitraje presenta una clara ventaja en el tiempo que toma resolver un conflicto a través de este mecanismo. Sobre ello, La Rosa y Rivas consideran que el incremento y sobrecarga de procesos judiciales generó el reconocimiento constitucional del arbitraje para descongestionar los procesos en materia comercial a fin de encontrar respuestas inmediatas para satisfacer las necesidades de las partes (2018, p. 41). Así, la deficiencia de la justicia

ordinaria devino en la promoción de otros mecanismos como la conciliación y especialmente el arbitraje.

Por su parte, Guzmán-Barrón señala que las ventajas del arbitraje en comparación con el Poder Judicial son la celeridad por la menor duración del proceso y la ausencia de la sobrecarga; la inmediación referida a que los árbitros se encontrarían en mayor contacto con la controversia que un juez; la flexibilidad en el sentido de que no es un proceso ritualista, sino que se adecua a las necesidades de las partes; y la especialización que se garantiza en mayor medida al ser el árbitro elegido por las partes (2017, p.39). Estas ventajas se expresan especialmente a partir de la comparación con el sistema de justicia del Poder Judicial.

Ahora bien, resulta relevante comentar que el arbitraje en contrataciones con el Estado se caracteriza por la participación del central del Estado y que en el Perú es de gran relevancia ocupando la mayoría de las controversias llevadas a la vía arbitral. En esa línea, el arbitraje brinda celeridad y la confianza de las empresas (más aún las extranjeras) con los árbitros es mayor a la que tienen con los jueces del Poder Judicial, toda vez que las propias partes pueden designar a los árbitros y podrán elegir personas que cuenten con especialidad en la materia de la que trate la controversia a resolver. Esta confianza es mayor aun cuando se trata de empresas extranjeras que no conocen el sistema judicial peruano.

En esa línea, resulta relevante la participación de los árbitros como terceros encargados de resolver conflictos en el arbitraje, puesto que estos son ajenos a la estructura del poder judicial y del Estado, lo cual constituye una garantía para los contratistas del Estado. De tal forma, el origen del arbitraje en materia de contrataciones con el Estado se encuentra en el reconocimiento de las deficiencias del sistema judicial y la necesidad del propio Estado de poseer un mecanismo eficaz para resolver sus controversias, lo que implicó incluso reconocer que el sistema judicial estatal no es el más idóneo por sus propias deficiencias estructurales.

### **1.3. Fundamentos para que el arbitraje sea obligatorio en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado.**

Tal como hemos señalado en el apartado anterior, el arbitraje ha ganado terreno en el marco de la normativa aplicable en contratación pública a partir de la celeridad, especialización y flexibilidad que ofrece a comparación del Poder Judicial.

Al respecto, con la Ley N° 26850 “Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado” promulgada en el año 1997, se estableció por primera vez en nuestro país la obligatoriedad del arbitraje o de un procedimiento conciliatorio, como mecanismos de solución de controversias en el marco de los contratos suscritos con el Estado, es decir, evitando expresamente la posibilidad de recurrir a la tutela jurisdiccional ordinaria del Poder Judicial.

El literal b) del artículo 41 de dicha primigenia ley estableció lo siguiente:

*“Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:*

*b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.”*

Ello representa un importante reconocimiento a la institución arbitral, puesto que implica que el Estado reconozca al arbitraje como un mecanismo más idóneo y beneficioso para su propia actividad contractual. En ese sentido, Castillo y Sabroso señalan que dicho cambio constituye un aspecto que revolucionó la administración de justicia en nuestro continente y que la regla de incluir en los contratos de manera obligatoria una cláusula de solución de controversias se mantuvo en posteriores leyes y reglamentos (2011, p. 206-207).

En la misma línea, el arbitraje se presenta como un mecanismo que permite reducir una excesiva carga procesal al Poder Judicial, permitiendo que centre

sus recursos en resolver conflictos que versen sobre derechos de naturaleza no disponibles, tales como materias de derecho penal, familiar, entre otras. Con ello, el arbitraje obligatorio en materia de contratación pública en el Perú adquiere una gran relevancia por la cantidad de casos; a pesar de que ciertas materias no son arbitrables y que necesariamente deberán recurrir a los procesos judiciales.

No obstante, es necesario resaltar que, tal como ha señalado acertadamente el Tribunal Constitucional, que el arbitraje no está llamado a relegar o sustituir al Poder Judicial, sino que debe ser entendido como una opción que sirva de complemento al sistema judicial estatal al constituir un mecanismo de solución de controversias pacífico para la sociedad. Asimismo, este mecanismo permite abordar la necesidad de tutelar y resolver disputas de carácter patrimonial de libre disposición y sobre todo las controversias de la contratación internacional.

Siguiendo al Tribunal Constitucional peruano, se recoge que precisamente la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y sus propias características permitieron al Colegiado Constitucional considerar que el arbitraje no consiste en un poder privado, sino que resulta ser una parte fundamental del *orden público constitucional*. Sobre ello, se entiende que el arbitraje, si bien representa una jurisdicción independiente; se encuentra obligada a cumplir directamente las garantías del derecho al debido proceso inherentes a las partes en el marco de toda jurisdicción (STC 03574-2007-PA, FJ 35-36).

En esa línea, tanto el hecho de reconocer al arbitraje como jurisdicción; así como la importancia de esta institución al establecer el arbitraje obligatorio para las contrataciones con el Estado denotan el prestigio y necesidad de este mecanismo en el Perú.

Por su parte, actualmente, la Ley 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, establece en su artículo 45.1 lo siguiente:

*“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. [...].”*

Ahora bien, con la disposición citada se establece al arbitraje y a la conciliación como medios idóneos para resolver los conflictos resultantes de la actividad contractual de las entidades estatales. En la práctica, el arbitraje a comparación de la conciliación resulta ser el mecanismo más idóneo, en la medida que la conciliación no ha prosperado en el mercado peruano relegándose a ser usualmente de mero trámite.

Por otro lado, la Ley de Arbitraje, regula en su artículo 4 la facultad del Estado para someter a arbitraje los conflictos que deriven de los contratos suscritos por entidades públicas con privados; ya sean privados nacionales o extranjeros que tengan domicilio o no en nuestro país; así como también prescribe que en caso de actividades financieras, el arbitraje puede llevarse a cabo bajo una sede internacional.

Al respecto, se observa que la Ley de Arbitraje prevé la participación de las entidades en el arbitraje. Esto resulta ser una expresión genérica del arbitraje en materia de contratos estatales y de la preponderancia de este mecanismo de solución de controversias en nuestro país.

#### **1.4. Percepción del Estado como parte “débil” dentro del arbitraje en contratación pública.**

En este punto, es relevante comentar que con fecha 13 de diciembre de 2021, el Congreso de la República a través de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos emitió un Dictamen durante el periodo anual de sesiones 2021-2022 en los que se llevaron a cabo discusiones respecto a la exposición de motivos por las cuales se estaba realizando la modificación del Decreto Legislativo 1071 en sus artículos 7 y 8, principalmente, junto a otros.

Sobre el particular, se observa que la justificación o exposición de motivos de la mencionada modificación normativa parte en que la medida se realiza en base a un criterio de necesidad por la cual resulta indispensable impulsar su modificación parcial por medio de un decreto de urgencia, y no sería nada adecuado esperar a que el proyecto siga el mismo curso que puede realizarse en un proceso legislativo ordinario.

A causa de que los legisladores de aquella comisión consideraron que existía un potencial perjuicio en que el daño pueda ser continuado antes las diversas paralizaciones de ejecuciones de obras en los que cada año se incrementan. Tales casos que se presentaron en diversas situaciones con megaproyectos como los que se tiene con los hospitales regionales de localidades como Cusco, Tacna y Junín; y además otros que se tienen en proyecto para los años siguientes en los que resulta necesario que los contratos tengan mayor protección y seguridad jurídica (Congreso de la República del Perú: 2021, p. 13)

Por lo tanto, los legisladores de aquella comisión concluyeron que el Decreto de Urgencia N° 020-2020 sí cumplía con el criterio de necesidad para que se acelere su aprobación, y se omita el paso a un proceso legislativo ordinario, a fin de asegurar que en los procesos arbitrales donde el Estado sea parte, no se convierta en otras de las trabas que impidan próximas ejecuciones de obras públicas en beneficio de la sociedad peruana.

Asimismo, los legisladores habrían valorado al arbitraje, al tratarse de un medio alternativo de solución de controversias que goza de reconocimiento a nivel constitucional como un medio de justicia de índole comercial, y en nuestro país, obligatorio por ley para resolver controversias en contrataciones con el Estado.

Por lo tanto, a criterio del legislador, la reforma parcial de dicha normativa no supone afectación alguna al debido proceso o algún perjuicio al derecho de defensa ni tampoco desbalance sobre la igualdad de armas de las partes, así como tampoco se ha pretendido construir alguna posición de dominio sobre los tribunales arbitrales (Congreso de la República del Perú: 2021, pp. 15,16)

Así, en los párrafos precedentes vinculados a la exposición de motivos, el legislador ha pretendido argumentar otra de las razones por las cuales la modificación no genera daño alguno sobre la contraparte en situaciones de conflictos vía arbitral.

Asimismo, se debe estimar que el Estado por muchos años se habría encontrado en una posición “desfavorable”, puesto que, al ser un impulsor de licitaciones públicas, no habría diseñado correctamente las suficientes medidas que puedan deslindar la responsabilidad civil por incumplimiento del contratista.

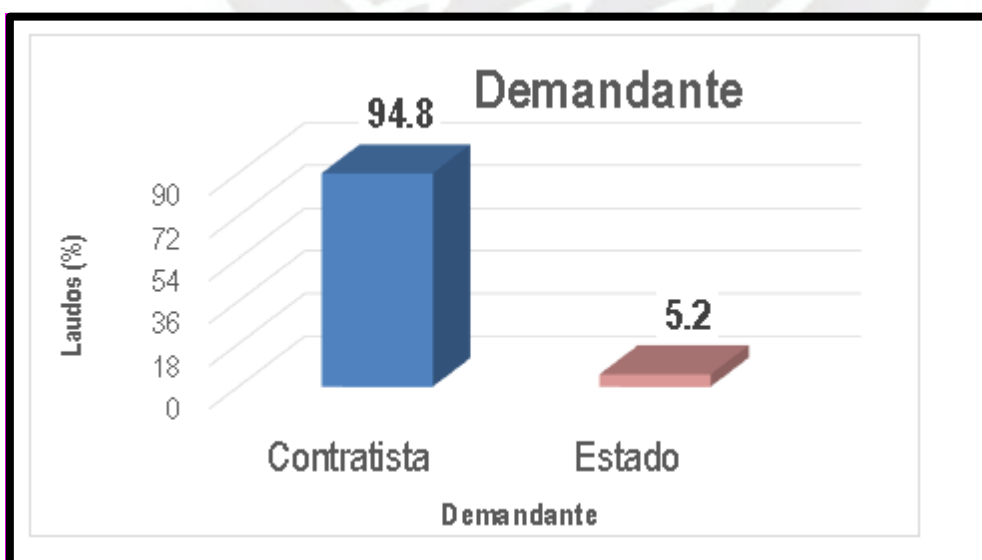
En consecuencia, este último se aferraría al contrato y proseguiría a enjuiciar al Estado a fin de que le retribuya por el periodo de paralización atribuible a la primera, y a la vez, el proyecto de inversión pública se estancaría por años.

Sin embargo, esta postura resulta injustificada, puesto que el Estado, en el marco de sus políticas públicas, tiene como deber diseñar de una mejor manera los contratos de licitación pública, a fin de desvincular de manera inmediata al contratista que ha incumplido con sus obligaciones.

Por ende, aun cuando nos encontramos ante una norma que presuntamente brinda mayor seguridad jurídica al Estado, no habrían ocurrido cambios sustanciales que le aseguren dicha garantía, puesto que los procesos arbitrales de igual modo se han ido incrementando con los años y no se ha evidenciado una disminución en la conflictividad de los contratos estatales.

A mayor abundamiento, debemos señalar que, dentro del marco de los arbitrajes en contrataciones estatales, el Estado a lo largo de los años ha obtenido resultados ciertamente positivos frente a los reclamos de los contratistas.

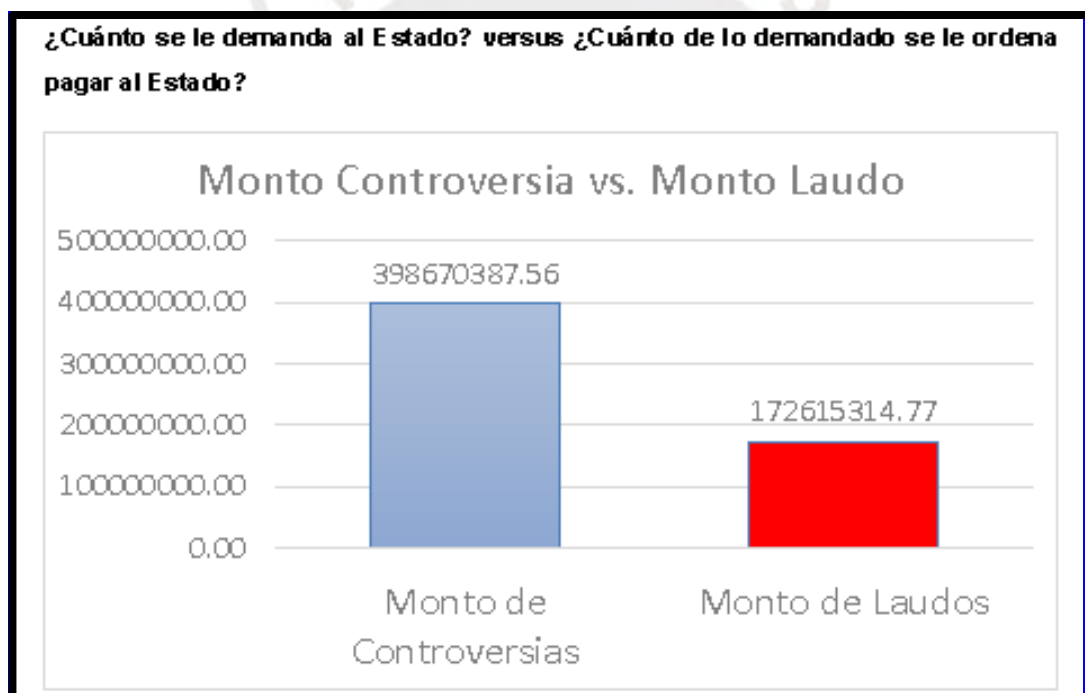
Para estos efectos, tomaremos como referencia los datos obtenidos del estudio de laudos realizado por Guzmán-Barrón y Zúñiga en el año 2015. En primer lugar, debemos recordar que el Estado usualmente es la parte demandada en los arbitrajes con el Estado:

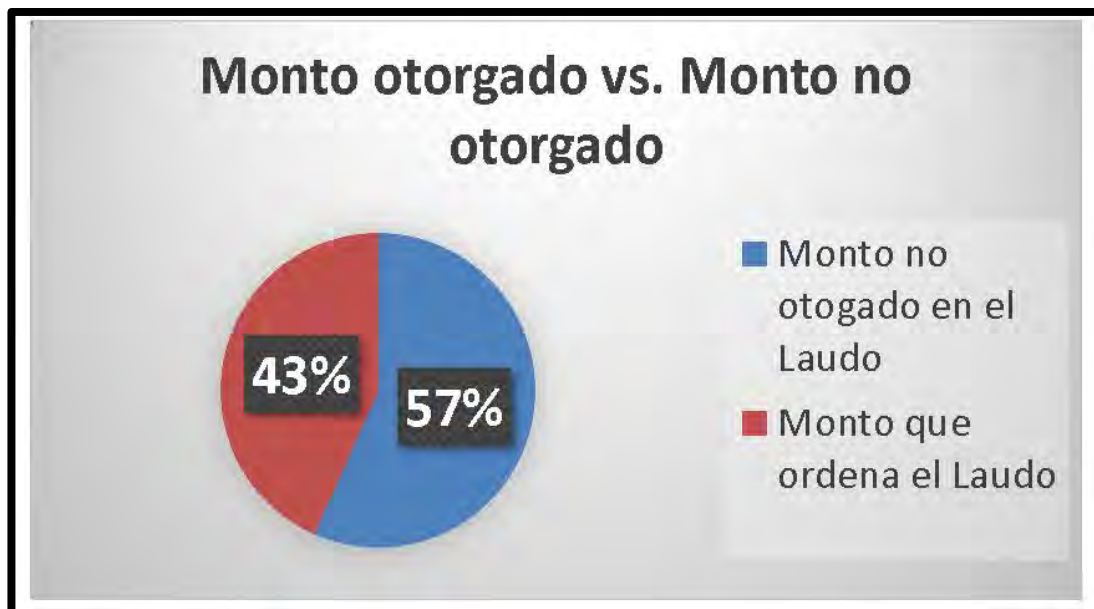


Guzmán-Barrón y Zúñiga (p.25).

Los mencionados autores (p. 26) citando a Gandolfo Cortés señalan que cuando el contratista incumple sus obligaciones, la entidad posee un conjunto de mecanismo, Así, como primera acción deja de pagar la contraprestación correspondiente al contratista, posteriormente aplica las penalidades previstas, luego, tiene la posibilidad de resolver el contrato, a su vez, ejecuta las garantías entregadas como fianzas y por si no fuera suficiente, lo envía al “bombo” del Tribunal de Contrataciones del Estado para que sea inhabilitado. Con lo cual, se tiene cinco opciones contra el contratista. En cambio, el contratista no tiene tantas alternativas ante el incumplimiento de la Entidad y solo tiene una que es el reclamo en el arbitraje.

Asimismo, se observa que el citado estudio señala que los laudos exigen pagar al Estado únicamente el 43% de los montos reclamados (p. 29):





De los datos estadísticos citados en los párrafos precedentes, podemos apreciar que el Estado en el marco de los arbitrajes en materia de contratación pública posee resultados meridianamente favorables por lo que no es cierto, desde nuestra perspectiva, que sea la parte “débil” en un arbitraje.

## Capítulo II: El principio de igualdad en el marco del arbitraje

### 2.1. El derecho de igualdad ante la ley

Este derecho se encuentra recogido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución y ha sido desarrollado por el máximo intérprete de la Constitución. Este ha indicado que dicho derecho posee dos fases. La primera es la igualdad ante la ley que es la necesidad de aplicar de manera igualitaria la Ley a todos los que se ubican en una misma situación de hecho. Por su parte, la segunda fase se vincula a la imposibilidad por parte de un órgano de modificar de forma arbitraria el sentido de decisión en casos significativamente iguales. Así, en caso un órgano se aparte de un precedente, se quiere que ello se realice con una debida justificación. (STC N°. 02498-2008-PA/TC, Fundamento 7).

Es importante tener en cuenta que no puede entenderse que la prohibición de discriminación sea dirigida de forma única al Congreso de la República, sino

que esta prohibición abarca a todas las autoridades del Estado que pueden emitir una norma jurídica (Huerta 2005, p.315).

En ese sentido, todas las normas emitidas por cualquier Entidad del Estado deben respetar este derecho. Tal como ha señalado el TC en la jurisprudencia citada anteriormente la igualdad implica tratar de la misma manera a quienes se encuentren en una misma situación de hecho.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que existe una pretensión *iuris tantum* respecto de la constitucionalidad de las normas, (derecho a la igualdad ante la Ley, por ejemplo) en tanto que: una ley no debe ser declarada como inconstitucional a menos que exista una razonable duda sobre su evidente contradicción con el texto constitucional, por ello, mientras la abierta inconstitucionalidad de la norma no sea demostrada, el juez constitucional se encontrará obligado a adoptar una interpretación que armonice la norma materia de cuestionamiento con la Constitución. (STC 020-2003-AI/TC, FJ 33).

Por tanto, en el siguiente capítulo analizaremos si las disposiciones previstas en la Ley de Arbitraje y en la Ley de Contrataciones con el Estado respecto a la contracautela con cuantificación prefijada exigida a los privados resulta en sintonía con este derecho de igualdad ante la ley.

Así, es preciso señalar que el máximo intérprete de la Constitución ha establecido ciertas condiciones para que existan normas “diferenciadoras”. Así, el Colegiado ha señalado que la igualdad ante la ley puede coexistir válidamente con normas diferenciadoras, siempre y cuando se acrediten las condiciones siguientes:

- a) Que nos encontremos ante situaciones fácticas distintas y como consecuencia la diferenciación sea relevante;
- b) En la norma diferenciadora debe acreditarse un objetivo concreto o específico;
- c) La norma debe respetar los parámetros de razonabilidad analizados desde el enfoque de un Estado constitucional de derecho;

d) Debe respetarse un parámetro de proporcionalidad; por tanto, la consecuencia jurídica diferenciadora debe concordar con los supuestos de hecho y la finalidad que persigue, y,

e) La racionalidad, en otras palabras, la coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue el objetivo que se pretende alcanzar (STC N°09617-2006-AA, FJ 5).

En este punto, consideramos pertinente realizar un análisis preliminar respecto a la norma materia de análisis de la presente investigación; el artículo 8.2 de la Ley de Arbitraje.

Al respecto, somos de la postura, que esta norma diferenciadora que exige la presentación de una contracautela con determinadas características y con un monto mínimo prefijado por ley únicamente a las partes privadas dentro del arbitraje no respeta las cinco condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia reseñada en el párrafo precede, por los siguientes motivos:

- Tal como hemos desarrollado en el primer capítulo de esta tesis, la percepción del Estado como parte “débil” dentro del arbitraje en contratación pública no cuenta con un sustento adecuado dentro de las estadísticas obtenidas de los laudos en esta materia, donde se advierte que el Estado cuenta con resultados meridianamente positivos para sus intereses.
- En ese sentido, la solicitud de una medida cautelar de parte de la parte privada o del Estado no constituiría una situación de hecho distinta que genere una diferenciación relevante.
- Sin perjuicio de ello, en el caso que sí se considere como situaciones de hecho distintas, la norma en cuestión no acredita en su texto una finalidad específica, pues únicamente se limita a imponer la exigencia sin mayor sustento. De la misma forma, la exposición de motivos de esta norma carece de fundamentos sólidos, tal como hemos desarrollado en el capítulo I de este texto y como se profundizará al momento de desarrollar el punto 3.3. “Contracautela e igualdad en el acceso a la justicia.”

- Finalmente, consideramos que esta norma no respeta los parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad, tal como desarrollaremos en el siguiente capítulo de esta investigación.

Bajo esta línea, es importante resaltar que la igualdad no implica que los individuos obtengan tratos estrictamente iguales, sino que, en base a sus diferencias, la legislación tenga que tratarlos de manera distinta, pero siguiendo las directrices de las dos fases que tiene la igualdad (Chappuis, 1994, p.15). En consecuencia, es importante concluir que no toda desigualdad de trato significa la presencia de algún tipo de discriminación, sino que lo será solo aquella que no se encuentre claramente sustentada y sea completamente razonable.

En la misma línea, el TC ha determinado que la igualdad, no solo es un derecho fundamental, sino que además representa un pilar fundamental de la organización de los estados sociales y democráticos de derecho, como el peruano; así como de la actuación de los poderes del Estado, por ello, es preciso afirmar que no toda desigualdad representa un trato discriminatorio, pues el derecho a la igualdad solo será violado cuando el trato desigual no cuente con una justificación razonable y objetiva (STC 03461-2010-PA/TC, FJ 3).

En este orden de ideas, consideramos importante resaltar que este es el derecho que se vería afectado con la norma materia de análisis de la presente investigación (artículo 8.2. de la Ley de Arbitraje), toda vez que la propia ley emana una distinción injustificada hacia una de las partes (el privado) en el marco de un proceso arbitral.

## **2.2. El principio de igualdad dentro del arbitraje**

El numeral 2 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje decreta que los árbitros deben tratar a las partes respetando el principio de igualdad y otorgarles la oportunidad adecuada y suficiente de que puedan hacer valer sus derechos. Es decir, el tribunal arbitral debe otorgar las mismas armas y condiciones a ambas partes en aras de que estas tengan la capacidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción y además interceder en la determinación de los plazos,

el tiempo de alegaciones, las entrevistas y otros. Cabe destacar que esta norma está inspirada en el artículo 18 de la Ley Modelo Uncitral.

Es decir, esta norma positiviza el principio de igualdad de armas que rige en el arbitraje y que evidentemente se debe respetar también en los arbitrajes en el marco de contratos con el Estado. Así también, por ejemplo, de acuerdo a las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, el deber de actuar con independencia e imparcialidad debe impulsarse de manera igualitaria tanto a árbitros como secretarios arbitrales a fin de preservar un desarrollo adecuado del arbitraje (2024, p.10).

Cabe destacar que la doctrina sostiene que este principio debe ser entendido como igualdad de las partes en función del convenio arbitral.

Además, es importante indicar que, de acuerdo a Castillo Freyre, el principio de igualdad tiene mucho que ver con la flexibilidad; siendo esta última bastante diferente respecto de la justicia ordinaria y el arbitraje, esto se debe a que en la institución arbitral son las partes, en virtud de la autonomía de su voluntad, las que inician el proceso arbitral, establecen las normas que regirán el mismo y adecuan sus etapas, plazos y el desarrollo de las actuaciones arbitrales (2009, p. 95).

La flexibilidad solo se desarrolla efectivamente cuando el principio de igualdad se encuentre presente entre las partes. En consecuencia, el principio de igualdad representa el soporte fundamental para la buena dirección del proceso, el cual halla como su base de origen al convenio arbitral.

Al respecto, Kundmüller, señala comentando este artículo que, a partir del convenio arbitral, las partes participan en el arbitraje en parámetros de igualdad. Por tanto, resulta imposible que predomine determinada regla establecida en el convenio arbitral, que sitúe en una situación ventajosa a una parte respecto de la otra.

En esencia, este artículo hace referencia a la igualdad entre las partes a partir de lo acordado en la cláusula arbitral. Entonces, se trata de una igualdad de las partes dentro del arbitraje, y no se trata de una igualdad ante la ley; peor aún de una igualdad de las partes ante una autoridad jurisdiccional estatal. Es

preciso señalar que ambos son ejemplos de igualdad inherentes al ordenamiento jurídico. (Kundmüller, 2011, p.395).

Cabe destacar que la propia norma es clara en entender a la igualdad como la obligación de que ambas partes puedan hacer valer sus derechos dentro del proceso arbitral.

Por su parte, doctrina reconocida también ha señalado sobre esta norma lo siguiente:

Los principios establecidos en este apartado normativo son esenciales en cualquier proceso, ya sea en tribunales ordinarios, arbitrales o cualquiera sea su naturaleza

Los autores precisan que el deber de administrar justiciase encuentra regido por reglas de contradicción y de igualdad. En el arbitraje, las reglas de igualdad de trato requieren que los árbitros sean imparciales y además que las reglas establecidas sean equitativas a ambas partes involucradas en el proceso. (Castillo Freyre & Sabroso, 2014, p.616).

De acuerdo a Paula Silva Longobardi y Valeria Moreno Machín, siguiendo el desarrollo jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos; la igualdad de armas implica que cada parte cuente con las oportunidades adecuadas para exponer su caso bajo circunstancias que no sitúen a ninguna de ellas en una posición de superioridad frente a la otra. (Silva & Moreno 2020, 397).

En concreto, este derecho exige que los árbitros otorguen a cada una de las partes las oportunidades plenas de defender sus derechos en el proceso arbitral.

Consecuentemente, de acuerdo a Augusto Dannon Alva, esta norma se encuentra acorde a lo establecido en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje internacional, en cuyo capítulo V sobre las actuaciones arbitrales se regula el principio del trato equitativo de las partes (2020, p.90).

A partir de lo desarrollado, resulta claro y pacífico por la doctrina, que el derecho de igualdad de armas reviste la posibilidad de que las partes puedan ejercer de forma adecuada su derecho de defensa dentro de un proceso arbitral, y para

ello, resulta importante el rol que tienen los árbitros como conductores del mismo.

Entre otros aspectos, se debe analizar el respeto a las garantías del debido proceso y que ambas partes puedan hacer valer sus derechos.

En ese sentido, desde nuestra postura, el presente trabajo está relacionado con el derecho de igualdad ante la ley, toda vez que la distinción respecto a la exigencia de contracautela y que contenga una cuantificación prefijada está impuesta por nuestro legislador, sin que esto implique que los árbitros en cada caso en concreto realicen un trato desigual a las partes.

Si bien es importante que la igualdad sea abordada desde diferentes dimensiones constitucionales, también es relevante resaltar que este concepto posee diferentes vertientes en cuanto a su naturaleza jurídica. Así pues, este puede ser considerado como principio o como derecho; o, en todo caso, como ambos (Díaz, 2017, p. 33).

En consecuencia, el derecho y principio a la igualdad se irradia en cualquier ordenamiento jurídico de manera transversal a todas las ramas del derecho, pues tiene carácter de *ius cogens*, lo cual es reconocido en la Opinión Consultiva 18 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por tanto, su vertiente relativa a concebirla como derecho indica que su fundamento principal es su entendimiento como igualdad ante la Ley; sin embargo, su vertiente relativa a concebirla como principio señala que la igualdad tiene más un contenido sustancial que hace que se valore la diferencia, pero que, a su vez, se tenga el impulso de combatir la discriminación tanto en el estrato público como en el privado. (Pérez, 2010, p. 657).

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, la igualdad ante la ley se constituye como un derecho – principio. Por un lado, como derecho, se aprecia su carácter subjetivo (todos los ciudadanos deben ser tratados de igual modo en la Ley) y su carácter objetivo (tanto los particulares como las entidades estatales tienen la obligación de no discriminar entre las personas). Por otro lado, como principio, este supone un mandato social, económico y político que obliga al Estado a poner fin a todas aquellas situaciones de desigualdad material a través de la realización de acciones afirmativas; es decir, representa

uno de los objetivos que tiene previsto lograr el ordenamiento jurídico (Mata, 2009: 21).

Ahora bien, tal como se ha indicado en los párrafos precedentes, el Artículo 8.2. de la Ley de Arbitraje que exige la contracautela con un monto prefijado que no puede ser menor al monto de la garantía de fiel cumplimiento únicamente a los privados para solicitar medidas cautelares contra el Estado en arbitrajes sobre Contratación Pública, entra en colisión con el derecho de igualdad ante la ley.

En ese sentido, en el siguiente capítulo se abordará en concreto el análisis de esta norma.

### **Capítulo III: La norma que afectaría el principio de igualdad ante la ley en el arbitraje en contratación pública en el Perú**

#### **3.1 Definición y fundamentos de la contracautela**

En primera lugar, corresponde señalar que las medidas cautelares son disposiciones que se otorgan con la finalidad de garantizar el resultado de un proceso que tiene determinada duración; así como asegurar que la futura sentencia sea cumplida cabalmente, y de ese modo, se evita la frustración del derecho del peticionante. En otras palabras, la medida cautelar permite garantizar la pretensión de la controversia y evitar posibles perjuicios a los litigantes quienes serían los titulares presuntos del derecho subjetivo sustancial (María Buongermini: s/f, pp.1).

A la par, Priori Posada indica que la medida cautelar implica una decisión jurisdiccional que cuenta con las características de provisoriedad, instrumentalidad y variabilidad según sean las circunstancias en las que termina por afectar la esfera jurídica del demandado. Ahora bien, se tiene que valorar que la afectación no se da por un juicio de certeza, sino por la verosimilitud, es decir, de mera apariencia (2006, p. 175).

Dicho lo anterior, para que se pueda proseguir con la admisibilidad de la medida cautelar, el solicitante debe acreditar que su pedido cumple con los requisitos que la norma establece.

No obstante, en el caso de la jurisdicción arbitral que se sostiene bajo la Ley de Arbitraje, resulta curioso que el legislador no ha desarrollado acerca de los requisitos previos y necesarios para que un sujeto que busque salvaguardar su derecho, pueda impulsar una solicitud para que se le admita y se dictamine una medida cautelar en el desarrollo del proceso arbitral.

Al respecto, en la práctica los árbitros, amparándose en el numeral 3 del artículo 34° de la Ley Arbitraje han optado por verificar los requisitos de procedencia básicos que prevé la teoría general del proceso, y por tanto vienen exigiendo que los litigantes cumplan con acreditar los mismos en sede arbitral

Por su parte, Natale Amprimo y Fiorella Casaverde (2020) mantienen una posición algo distinta, puesto que el primer autor considera que la Ley de Arbitraje no contempla requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares, siendo la contracautela potestativa (Amprimo, 2013, p. 67).

Por su parte, la segunda autora sostiene que lo relevante para que los árbitros puedan emitir una medida cautelar es sustentar su decisión con una adecuada motivación y para ello pueden acudir a las características elementales y presupuestos de esta figura procesal (Casaverde, 2020, p. 171).

Si bien la identificación de la contracautela ha sido sometida a diversos cuestionamientos toda vez que la Décima Disposición Complementaria dispone la prevalencia de la Ley de Arbitraje sobre el Código Procesal Civil, los tribunales arbitrales pueden recurrir a los principios procesales y requisitos para otorgar cautelares que emanan de la Teoría General del Proceso.

De este modo, en sede arbitral el demandante deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos y aceptados pacíficamente en la teoría general del proceso y en la doctrina relacionada, los cuales son los siguientes:

- (i) La verosimilitud en el derecho invocado

Al respecto, Ariano señala que será suficiente que el juez compruebe la verosimilitud de la existencia de la situación jurídica de ventaja del peticionante para que otorgue una la tutela declarativa cautelar favorable (Ariano, 2014, p. 95). En ese sentido, agrega la autora que, en otras palabras, el juez, para

conceder la medida cautelar, debe efectuar un simple juicio de análisis de un éxito probable y posible de la pretensión que se discutirá en el proceso principal a partir de los argumentos y pruebas presentadas por el solicitante (Ariano, 2014, p. 97).

De este modo, el hecho que el juicio que realice el Tribunal Arbitral al evaluar un pedido cautelar no tenga por objeto alcanzar la certeza de las pretensiones planteadas, ello no exime al solicitante de la medida cautelar de acreditar la probabilidad de éxito de sus pretensiones, si bien no de certeza, sí de posibilidad.

Al respecto, la apariencia del derecho es más o menos “[...] *intensa en función de la concreta medida cautelar que se solicite*” (Fernández-Ballesteros 2000, p.329). En cualquier supuesto, el amparo de estas medidas no depende de que el accionante acredite que existe el derecho sujeto alegado por dicha parte en el proceso principal, pues esta existencia justamente será debatida en este proceso y no en el incidente cautela. No obstante, pero tampoco se podrá otorgar el pedido cautelar únicamente por el pedido del demandante. Entre ambos extremos la opción adecuada es que se debe acreditar indicios de probabilidad, verosimilitud, y de “apariencia de buen derecho”(Barona 2004, p. 858-859).

Asimismo, la mencionada autora precisa que este presupuesto, denominado *fumus boni iuris*, exige un análisis de verosimilitud, provisional e indiciario, a favor de la parte que solicita la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando (o previsiblemente afirmará) en el proceso principal. Con ello se pretende alcanzar un justo término medio entre la certeza que implica la sentencia que se dictará finalizado el proceso principal y la incertidumbre producto del inicio de este proceso. De tal modo que una decisión sin más, no seguida del correspondiente juicio, supondría un claro desequilibrio entre las partes (Barona 2004, p. 861).

(ii) El peligro en la demora

El segundo requisito para conceder una medida cautelar es el referido al peligro en la demora.

Este presupuesto consiste en una preocupación legítima de la parte accionante de que el tiempo que tome el proceso principal ocasione que la sentencia a dictarse en el mismo carezca de efectividad cuando esto suceda. Cabe señalarse que, para que se configure el peligro en la demora no es suficiente el peligro de daño jurídico que genera la demora del proceso, sino que se hace necesario un peligro inminente.

Al respecto, Calamandrei sostiene sobre el peligro en la demora que éste no se refiere al peligro genérico de daño jurídico; sino que consiste en, un peligro de ulterior daño marginal que puede derivar de la demora de la sentencia final, hecho que resulta inevitable debido a la lentitud del procedimiento ordinario (1945, p.118).

Ariano, comentando a Calamandrei, refiere que existen dos tipos de peligro de demora: (i) de infructuosidad y (ii) de tardanza.

- **Peligro de infructuosidad:** es aquel que permite únicamente otorgar con antelación los medios adecuados para que la parte solicitante de tutela cautelar consiga que la sentencia final que resuelve el derecho que alega poseer se produzca en condiciones favorables para sus intereses.
- **Peligro de tardanza:** se persigue evitar las consecuencias de la tardanza en la resolución de la controversia de fondo. En consecuencia, el tiempo que demora obtener la tutela definitiva resulta el productor del daño para el accionante.

Por lo tanto, dicha autora afirma que la existencia en cada caso de cualquiera de estos tipos de peligros resultará relevante pues el tipo de peligro determinará el contenido de la medida cautelar. Si no se advierte la existencia de alguno, no deberá otorgarse la tutela cautelar. (Ariano, 2014, p.94-95)

(iii) La razonabilidad

Sobre el particular, Priori sostiene que el presupuesto de razonabilidad determina si la medida cautelar peticionada cumple con el propósito de garantizar que la futura sentencia si es que se declara fundada la demanda sea eficaz.

Por tanto, una medida incongruente, no cumplirá con el objetivo previsto, y, por tanto, se convertirá en una medida sin utilidad otorgada a la parte solicitante. La adecuación, entonces, asegura al accionante que contará con una medida que garantice de realmente la eficacia de la futura sentencia que declare fundada la pretensión (Priori, 2006. p. 88).

Habiendo desarrollado de manera breve los conceptos de los demás presupuestos, debemos señalar que, al punto que se quiere llegar por medio de esta investigación es analizar la contracautela como uno de los presupuestos de la medida cautelar.

Lo anterior a fin de determinar si la exigencia impuesta por el cambio legislativo resulta ser constitucional o no a partir del principio de igualdad ante la ley analizado en el segundo capítulo; y para ello resulta necesario conocer en qué consiste la contracautela.

Como punto de partida se tiene que Juvenal Gallardo Miraval (2000) considera que la contracautela puede definirse como una condición que deberá cumplir el solicitante para obtener una medida cautelar que tiene por finalidad garantizar el resarcimiento de los potenciales daños, que podría sufrir el demandado ante el supuesto que en el proceso principal la demanda sea declarada infundada (p. 40).

Lo anterior en función a lo que indica Calamandrei al manifestar que la contracautela es “la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial” (1945, p. 63). Por su

parte, Chiovenda sostiene que la contracautela o el acto de otorgar una fianza, permite garantizar una futura restitución de los daños al afectado con la medida cautelar ya sea por haberle quitado o reducido el goce de un bien (1948, p. 282).

El profesor Héctor Campos sostiene que el término “contracautela” tiene su origen en el derecho italiano, siendo que su uso está enfocado a dar mandato de otorgamiento de caución, por parte del demandante, con la finalidad de avalar el resarcimiento de los daños que hubiese sufrido el demandado o el afectado de una medida cautelar.

Así pues, el término “caución” es el más adecuado debido a que este hace referencia a la finalidad que cumple ser consistente en asegurar que los daños que podría sufrir la contraparte ante el pedido cautelar.

Sin embargo, el término caución y contracautela no se oponen; la caución hace referencia a un perfil conceptual, mientras que, la contracautela hace referencia a un perfil funcional (2015, p. 172-173).

A pesar de ello, Juan Monroy Gálvez sostiene que el término adecuado debería ser caución, ya que contracautela resulta equivocado al partir de la premisa que ella consiste en la “cautela del demandado”, no obstante, la caución no tiene naturaleza cautelar, sino más bien, busca resguardar el trato justo y equitativo de las partes, al resguardar los intereses del afectado con una medida cautelar (2002, p. 200).

Desde una perspectiva de la práctica jurisdiccional y arbitral consideramos que el término contracautela resulta más efectivo que el término caución en el ámbito peruano toda vez que puede llevar a equivocaciones interpretativas y doctrinarias. Como, por ejemplo, considerar a la contracautela como una garantía del ámbito civil.

Por otro lado, se afirma que el fundamento de la contracautela radica en que sirve para lograr un equilibrio de las posturas de cada una de las partes dentro del proceso cautelar, con la finalidad de evitar perjuicios producto de ilegítimas actuaciones procesales.

En otras palabras, la contracautela representa un remedio que se ofrece a las partes con el propósito de evitar un impacto negativo en el patrimonio del afectado en caso la apariencia de un derecho sea declarada infundada posteriormente (Ledezma, 2013, p.42).

Sin embargo, Ulises Yaya Zumaeta (s/f) señala que la caución tiene un propósito reparador en relación a la eventual ejecución de la medida cautelar que sea maliciosa o en todo caso, innecesaria; que generalmente es solicitada por la parte interesada y concedida por el órgano jurisdiccional que puede ser tanto el Poder Judicial o por medio del arbitraje. A manera que la contracautela tiene una aproximación casi similar puesto que representa una garantía en caso se produzca un injusto acto procesal (p. 96).

En la misma línea de ideas, Arazi señala que la contracautela encuentra su fundamento en el principio de igualdad, ya que se busca un equilibrio entre las partes al posponer el derecho de contradicción del afectado. Toda vez que el peticionante tendrá asegurado su derecho aún no reconocido, pero se garantiza al afectado el resarcimiento de los daños que le podría generar el otorgamiento de la medida cautelar (1997, p.9-10).

En esa misma línea de ideas, Hinostroza sostiene que la contracautela se basa en el principio de igualdad y en la necesidad de asegurar al futuro perjudicado el resarcimiento de los daños y perjuicios eventuales que pueda generar la ejecución de la medida cautelar, cuya pretensión en la que se busca garantizar puede resultar ser infundada (2006, p.46).

A raíz de lo señalado en las líneas precedentes, se extrae que la contracautela encuentra su fundamento en el principio de igualdad, siendo que ésta sirve como instrumento para garantizar el resarcimiento de los potenciales daños que podría sufrir el afectado con la ejecución de la medida cautelar toda vez que su derecho de contradicción se ha visto postergado hasta dicha oportunidad. A su vez, funciona como un desincentivo para las partes que soliciten medidas cautelares de forma temeraria o sin mayor sustento.

Ahora bien, en materia de arbitraje en contrataciones con el Estado, es usual que los contratistas ofrezcan como contracautela, las cauciones juratorias.

A fin de comprender la figura de la caución juratoria debemos enmarcarnos en el ámbito general de la contracautela. Este requisito, conforme señala el artículo 613 del Código Procesal Civil, ha sido conceptualizado de la siguiente manera:

**“ Artículo 613.- Contracautela y discrecionalidad del juez**

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

Al respecto, debemos señalar que la contracautela puede ofrecerse de manera real o personal.

Por un lado, la contracautela se realiza de manera real cuando el solicitante ofrece una garantía dineraria como aval frente a la medida cautelar ejecutada.

Por otro lado, se da de manera personal cuando se materializa a través de una fianza o una caución juratoria. Esta última consiste en un documento mediante el cual la parte que solicita la medida cautelar se compromete a pagar un determinado monto a fin de asegurar los posibles daños y perjuicios que se puedan generar en contra del afectado con la ejecución de la medida cautelar concedida.

En el marco normativo de Contratación Pública, resulta pertinente señalar que la novísima Ley N° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas aprobada por el Congreso de la República el 10 de mayo de 2024, y publicada en el diario el Peruano el pasado 24 de junio del presente año, señala en el artículo 86.1 lo siguiente:

**Artículo 86. Contracautela**

86.1. El contratista que solicite una medida cautelar en la vía judicial o arbitral está obligado a ofrecer una contracautela en favor de la entidad contratante. Procede como contracautela la caución juratoria para contrataciones de hasta 200 UIT, así como para la contratación con micro y pequeñas empresas. En los demás casos, la contracautela es la carta fianza financiera, patrimonial o bancaria, incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país, en favor de la entidad contratante, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, de ser el caso. Las demás condiciones se establecen en el reglamento.

Cabe destacar que en los últimos años se ha incrementado la problemática respecto al otorgamiento de medidas cautelares en arbitraje de contrataciones con el Estado. Sobre el particular, Ortiz señala que actualmente diversas empresas constructoras logran conseguir medidas cautelares defraudando al Estado mediante jueces y árbitros, en particular utilizando la figura del arbitraje de emergencia. (2022, p.1).

Así, desde la práctica se aprecia que en algunos casos existen contratistas que realizan un “mal uso” del derecho a obtener medidas cautelares, por ejemplo, solicitando medidas cautelares ante árbitros de emergencia en centros de arbitrajes que no están contemplados en el convenio arbitral, entre otras acciones. En esa línea, la problemática sobre la contracautela no se encuentra excluida debido a que esta representa un rol de garantía sobre la intervención de las medidas cautelares obtenidas por las empresas ante el Estado.

En el presente trabajo, nos hemos enfocado en las medidas cautelares en arbitraje en contrataciones con el Estado, por lo que, de manera usual el afectado con este tipo de medidas es el Estado, de este modo, siendo que en la contratación pública el Estado vela por el interés público, resulta razonable exigir un monto de contracautela.

No obstante, el cambio legislativo incorporado por el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 020-2020, el cual modifica el artículo 8 de la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo 1071, resulta ser desproporcional e irrazonable puesto que pone en una situación desventajosa y agravante a los contratistas que quieran solicitar tutela cautelar de sus derechos.

Esto en razón a que dicha disposición establece que, en caso el Estado sea el afectado con una medida cautelar, se le va a exigir a la contraparte (contratista) como contracautela, presentar una documentación legalizada que sirva como carta fianza a favor de la institución pública que resulte afectada, sin considerar que ello conllevaría a un mayor costo y congelamiento de capital de la contratista la cual podría haberlo reinvertido en alguna otra prestación a fin de incrementar sus ingresos.

### **3.2. Artículo 8.2. de la Ley de Arbitraje - Exigencia de contracautela por un monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento únicamente a los privados para solicitar medidas cautelares contra el Estado en arbitrajes sobre Contratación Pública.**

El artículo 8.2 de la Ley de Arbitraje establece en su segundo párrafo textualmente lo siguiente:

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

Como podemos apreciar, el segundo párrafo incorporado mediante el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 020-2020, es el que establece la exigencia como contracautela de una fianza bancaria cuyo monto no puede ser menor a la garantía de fiel cumplimiento presentada por el Contratista al momento de suscribir el contrato con el Estado, es decir, debe ser igual o mayor al diez por ciento del monto total del contrato.

Respecto a la fianza como medio de contracautela, Robles Meza (2020) cita a Ledesma y a la opinión de la misma al indicar que en la contracautela sí puede expresarse por medio de la fianza, al ser una garantía procesal que se presta a un tercero. En tanto, aquella documentación permite comprender que la contraparte cuenta con suficiente solvencia económica para responder ante alguna eventualidad que pueda generar posibles daños en contra del cautelado (p. 28).

En efecto, se debe considerar que el Estado al ser un sujeto perpetuo, es difícil considerar que no pueda responder alguna eventualidad puesto que cuenta con un alto presupuesto que se le aprueba cada año, así como también cuenta con patrimonio que le permite responder ante algún incumplimiento.

Aunque, dicha situación no compartiría su contraparte, esto en la medida de que generalmente cuentan un determinado capital o presupuesto que, al excederse, la normativa le permite liquidarse por falta de liquidez vía concursal lo cual es un serio riesgo.

Desde otra perspectiva, Christian Collantes (2020) señala que dicha fianza bancaria que será direccionada a favor de la Entidad estatal afectada no debe ser menor al valor de la garantía de fiel cumplimiento que ha sido establecido previamente en el contrato.

Además, que dicha modificación es desfavorecedora e injustificada puesto que el Estado le exige a la contratista el cumplimiento de una carga adicional para que esta última puede ejercer de manera efectiva su derecho a solicitar y obtener una medida cautelar (p. 273).

Cabe destacar que la norma otorga competencia la competencia del control de la medida cautelar y del monto de la contracautela tanto al juez como a los árbitros, en sintonía con el artículo 47 de la Ley de Arbitraje que permite que, en sede arbitral, el árbitro pueda dictar o graduar las medidas cautelares por lo cual podría llegar a la posible interpretación de que por medio de esta vía se pueda eliminar cualquier contracautela impuesta en sede judicial, en tanto, dicha disposición no adopta dicha institución referida a la contracautela.

A su vez, Rodrigo Rabines Matta (2020) manifiesta que la contracautela representa una manera de garantizar la indemnización por los daños que le puede ocasionar a la parte que se vea afectada con una medida cautelar que en el presente caso va a ser el Estado. En ese sentido, resulta extraño que en la modificación normativa que se haya establecido de manera indiscriminada que tal garantía tenga que ser de igual valor que la garantía de fiel cumplimiento establecido en las Bases del contrato. Por lo tanto, no es nada proporcional ni razonable que se fije ese monto como una base fija, y se le prive de dicha decisión al juez o árbitro (p. 293).

Incluso, Mario Castillo Freyre indica que la modificación es sumamente arbitraria puesto que hay un evidente tratamiento distinto que reciben los particulares con el Estado, puesto que el particular siempre va a tener que garantizar el otorgamiento de una medida cautelar con la presentación de una fianza con los requisitos que ha establecido la norma modificada. Aunque esto cambia en la situación en el cambio de roles en tanto el Estado es quien haya solicitado y otorgado la medida cautelar en las cuales no se tendrían que

cumplir con los mismos estándares establecidos en la mencionada disposición normativa (2022, p. 4).

En síntesis, somos de la postura que esta modificación normativa afecta el derecho de igualdad ante la ley, pues está imponiendo un monto irrazonable - sin una justificación para tal diferenciación- para que una de las partes dentro de un proceso pueda obtener tutela cautelar, afectando además otros principios como el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

### **3.3 Contracautela e igualdad en el acceso a la justicia.**

Tal como se advierte de la Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia materia de comentario, el legislador sostiene que la propuesta de cambio normativo es urgente, en la medida que existen obras públicas paralizadas. Al respecto pone como ejemplo el caso de los hospitales regionales de Cuzco, Tacna y Junín. (Exposición de Motivos del DU 20-2020, p. 4)

En el caso concreto de las cautelares, el sustento que esgrime el Legislador radica en que los contratistas abusan del uso de esta figura procesal, lo que ocasiona efectos perjudiciales para el Estado, paralizando obras y como consecuencia de ello afectando a la población y a los servicios públicos (Exposición de Motivos del DU 20-2020, p. 6).

En efecto, la Contraloría General de la República (2023) emitió un reporte sobre las obras paralizadas en el país en el que se determinó un total de 2,171 obras públicas paralizadas por un importe total de S/. 28,199 millones de soles y 2,054 servicios sujetos bajo el control simultáneo, posterior y previo (Reporte de Contraloría, p.8).

Ante dicho inconveniente que resulta preocupante se ha ido contratando diversos estudios de abogados especializados en arbitraje por los cuales los gastos son sumamente altos. A partir de las causas derivadas de lo indicado en el párrafo anterior, ahora se va a exigir que los contratistas tengan que presentar de una carta fianza, como requisito de procedencia para el otorgamiento de una medida cautelar, lo cual, a criterio del legislador tendría un doble efecto positivo: i) garantizaría el resarcimiento por los daños que se

podrían generar al Estado producto de la cautelar y, ii) disminuiría el uso indebido y abusivo de esta figura procesal (Exposición de Motivos del DU 20-2020, p. 6).

No obstante, como se puede apreciar, el Estado ha tenido que generalizar una situación que se ha presentado en casos específicos de malos manejos en obras públicas debido a problemas más complejos como la corrupción y que no constituyen la mayoría de casos en el mundo del arbitraje en contratación pública, por lo que de dicho sustento plasmado en la Exposición de Motivos, se advierte que no existe un fundamento razonable ni objetivo para establecer mediante ley un tratamiento desigual que faculte al Estado a contravenir el ordenamiento jurídico constitucional.

Sin embargo, con la promoción de la modificación legislativa, no se han valorado ciertos principios y derechos como el derecho a la igualdad, regulado en artículo 2º de la Constitución; sobre el cual el Colegiado Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia lo siguiente:

38. Al respecto, ya este Colegiado ha establecido que la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “[...] toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se está frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación.

(STC N° 02835-2010-PA/TC, FJ 38).

Nos encontramos entonces ante un derecho que exige tratar a las personas de la misma forma que quienes se encuentren en una situación idéntica

Luis Alberto Huerta ha señalado, por otro lado, que el mencionado artículo constitucional que hace referencia al derecho de la igualdad tiene un enfoque sobre la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación. Ahora bien, el derecho a la igualdad no posee un reconocimiento general, pues existe una mera referencia a dicho derecho ante la ley como una de sus manifestaciones. En dicho artículo tampoco se menciona el deber del Estado en adoptar medidas o políticas públicas con la finalidad de lograr una igualdad material, en favor de

las personas que se encuentran en una situación de desigualdad. Aunque, esto no prohíbe o impide que en el desarrollo jurisprudencial se precisen determinados alcances sobre dicho derecho, y adopten las medidas necesarias a fin de salvaguardarlo hacia una tendencia de igualdad material (2005, p. 309).

En efecto, se entiende que por mandato constitucional las normas deben ser aplicables por igual, por tanto, la sola razón de que el Estado actúe como parte de un arbitraje producto de un contrato suscrito con un privado, más allá de las prerrogativas que ya tiene por su calidad de entidad pública; no implica que se deban admitir exigencias legales que contravienen el principio constitucional de igualdad.

En este orden de ideas, desde nuestra perspectiva, el requisito es exigido (únicamente a los privados) por medio del Decreto de Urgencia N°020-2020 en donde ya no se trata de una contracautela, sino en muchos casos, significaría un inconstitucional obstáculo al derecho de acceso a la tutela de urgencia.

Esto en la medida de que la norma establece de manera genérica un monto mínimo de la carta fianza (10% del monto contractual), sin tomar en consideración que muchas veces la pretensión cautelar busca tutelar pretensiones declarativas o patrimoniales por montos menores al prefijado por ley.

Por tanto, teniendo en consideración que el principio de igualdad representa un una base constitucional que exige la igualdad de trato en todas las situaciones jurídicas, y con mayor razón en arbitrajes donde debe respetarse el derecho al debido proceso, el cual implica que ambas partes cuenten con las mismas oportunidades de ejercer su derecho de defensa, consideramos que de exigirse la contracautela con la cuantía mínima prefijada por ley a que hace referencia al Decreto se configuraría un desbalance respecto a la parte privada y a la pública, por lo que debería analizarse en cada caso en concreto cuál es el petitorio cautelar para establecerse el monto de la carta fianza exigida, lo contrario, significará, reiteramos, una inconstitucional brecha para el acceso a la tutela de urgencia para las partes privadas.

### 3.4. Contracautela y tutela judicial efectiva.

El Colegiado Constitucional ha establecido que “**la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales**” (Sentencia del TC, Expediente N° 763-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico 6) .

Es importante señalar que el derecho a la tutela jurisdiccional, que se encuentra reconocido en el artículo 139, numeral 3 de la Constitución Política vigente, contiene al derecho de acceso a la justicia, el cual, garantiza, entre otras cosas, la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional a pedir que resuelvan una controversia. Este derecho también puede poseer límites. Sin embargo, precisa el TC que, cualesquiera que sean las restricciones que se establezcan, su validez depende de que éstas no obstaculicen de manera irracional el acceso de una persona a un órgano jurisdiccional (Sentencia del TC, Expediente N° 2763-2002-AA/TC, Fundamento Jurídico 4).

Al respecto, como ya hemos analizado, la propia exposición de motivos del Decreto de Urgencia 20-2020 citada en los párrafos precedentes, establece como la razón de ser de esta norma evitar el uso indebido y abusivo de las cautelares.

No obstante, el legislador en dicha exposición no ha acreditado de manera fundamentada que nos encontremos ante un escenario general de malas prácticas de parte de los contratistas que solicitan medidas cautelares.

Por ello, consideramos que esta generalización no cuenta con sustento que permita comprender que la implementación de normas de esta naturaleza, no pueda vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al establecerse una exigencia únicamente a los privados, que no resulta razonable ni proporcional.

Aun cuando, Carlos Alberto Matheus López (2014) indica que el procedimiento arbitral se debe fijar sobre las bases de los principios de audiencia, contradicción y de igualdad que deben estar entrelazados entre las cuales las partes gozar de actuaciones procesales en un plano de igualdad que les permita ejercer su derecho de contradicción (pp. 161).

A mayor abundamiento, la doctrina sostiene sobre el Decreto materia de análisis que el mismo impone un monto mínimo equivalente a la garantía de fiel cumplimiento a la carta fianza que debe presentar el privado como contracautela

Sin embargo, se tiene que contemplar que la contracautela resulta ser una garantía que puede tener una naturaleza tanto personal como real, la cual se ofrece y no se presenta en el momento de la solicitud de una medida cautelar. De modo que tanto los jueces y árbitros pueden aceptar la propuesta o hacer modificaciones a esta con el fin de garantizar de manera adecuada al afectado. Sobre el particular, se evalúa de manera previa sobre las circunstancias y la magnitud de los daños que se ocasionarían. (Horna, 2020, p.1).

En el presente caso, el mencionado Decreto inclina más la balanza hacia el Estado. De tal forma, no importa cuál sea la medida cautelar y su afectación, ya el solicitante debe presentar una carta fianza conforme al monto mínimo establecido por la ley. En ese sentido, si no se cuenta con los recursos o capacidad para costearlo, resultará sumamente difícil que reciba tutela cautelar (Horna, 2020, p.1).

En ese sentido, resulta evidente que la exigencia del Decreto de Urgencia 20-2020 limita la tutela judicial únicamente a la parte privada dentro de un arbitraje con el Estado.

### **3.5. Razonabilidad del monto exigido como contracautela en arbitrajes sobre Contratación Pública**

El Tribunal Constitucional ha desarrollado en diversa jurisprudencia que la razonabilidad es un valor intrínsecamente vinculado al de justicia y se encuentra intrínsecamente relacionado a la esencia del Estado constitucional de derecho.

Adicionalmente, ha establecido que la razonabilidad es también un mecanismo que sirve de control o interdicción de la arbitrariedad respecto de las facultades discrecionales que poseen el Estado y en esa medida exige que sus decisiones

sean tomadas en función a criterios razonables y no producto de una arbitrariedad (STC N° 1803-2004-AA/TC, FJ 12).

De modo que Perello Domenech (s/f) señala que este principio resulta un importante instrumento de la justicia constitucional hasta el punto que se ha buscado equiparar el análisis de razonabilidad con el de constitucionalidad, tanto en su contenido (sólo lo razonable es constitucional) así como en su límite. De la forma que en distintos desarrollos jurisprudenciales hizo uso del test de razonabilidad sobre determinados derechos a fin de probar una posible vulneración a derechos fundamentales (p. 78).

Ahora bien, se tiene que considerar que las razones expuestas en la exposición de motivos del Decreto materia de análisis en esta investigación en el que busca imponerse la exigencia de una fianza con un monto prefijado por ley para la concesión de una medida cautelar resultan insuficientes, además de no haber desarrollado la razonabilidad de esta medida, más allá de esbozar superficialmente un análisis costo beneficio.

Cabe precisar que en el marco de la contratación pública, los contratistas tienen la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento como requisito para suscribir el contrato. No obstante, consideramos importante realizar la diferencia de esta garantía que constituye un requisito legal para suscribir un contrato con el Estado, mientras la contracautela constituye un requisito procesal para obtener una medida cautelar.

En efecto, la postura que se pretende direccionar es que, si bien es necesario que los contratistas presenten una carta fianza como contracautela, el valor mínimo no puede ser establecido de manera genérica por el legislador. Por el contrario, resulta más razonable que sea establecido por el juzgador en el caso en concreto, teniendo en cuenta la cuantía de la pretensión solicitada.

Recordemos que la norma modificada establece que el monto de la contracautela no debe ser menor al de la garantía de fiel cumplimiento, es decir al 10% del total del monto contractual. Esto significa que sin importar cual sea el pedido cautelar, la carta fianza deberá ascender a dicho monto.

Sin embargo, en muchos casos la pretensión cautelar está referida a un monto incluso menor al del 10% del monto contractual, por lo que consideramos que la regla general debería ser que el monto de la contracautela debe ascender al 10% de la cuantía que se solicita.

Es preciso señalar que la **Ley N° 31589**, Ley que garantiza la reactivación de obras públicas paralizadas, publicada el 22 de octubre de 2022 pretende postular una postura más razonable en el monto exigido como contracautela.

Así pues, en su segundo párrafo del numeral dos de la Tercera Disposición Complementaria Final, que regula la tramitación de las medidas cautelares, señala lo siguiente sobre el monto de la contracautela: “**Si el monto de la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela es equivalente al monto protegido por la medida cautelar.**”

Esta norma citada si bien significa un avance en el caso de la cuantificación de la contracautela para los casos de obras públicas paralizadas, aún significa un monto irrazonable, pues consideramos que deberían ascender al 10% de la cuantía cautelar solicitada.

Sin embargo, Luis Enrique Ames (s/f) indica que en el inciso 2 del artículo 2 de la citada normativa se exige que la interposición de una medida cautelar debe estar acompañada de la presentación a su vez de la contracautela que debe estar debidamente acreditada, y guardar armonía con el Decreto.

Aunque, la primera disposición se da por una cuestión de hecho y no de derecho en la cual permite que la contracautela pueda acreditarse con fianzas patrimoniales, pero podría resultar contradictoria sobre la segunda, puesto que esta se limita sobre las fianzas bancarias que son de carácter no patrimoniales (p. 3).

En tanto, ya en la doctrina se ha sostenido enfáticamente que la regla genérica del Decreto “*vulnera el principio constitucional de igualdad, que forma parte de la tutela cautelar efectiva en el arbitraje*” (Matheus, 2020, p.1).

### 3.6. Aplicación del Test de Proporcionalidad sobre el Decreto de Urgencia N°020-2020.

Diversos operadores de justicia han determinado que el test de proporcionalidad cumple el propósito de servir una herramienta metodológica de interpretación y argumentación jurídica que es moldeada y en diversas formas precisada por el máximo órgano de justicia.

Así, a través de este test se pueden determinar la conflictividad y colisión entre principios y derechos en los que unos prevalecen sobre otros y que usualmente sucede con normativas recientemente aprobadas vía legislativa (Baldera: 2023, p.1)

Aunque si bien Pedro Grández Castro (2009) indica que respecto al test de proporcionalidad que esta guarda un gran vínculo con la doctrina mayoritaria en los que se hace referencia a la protección de la dignidad humana, así como también de las cláusulas establecidas en todo Estado Democrático en los que se han ido incorporando continuamente en sus constituciones (p. 1). Con lo cual resulta relevante el presente test a fin de observar la constitucionalidad de la cuestionada norma

En efecto, si es que una normativa resulta ser cuestionable, esta podría pasar por el test de proporcionalidad entre las cuales tiene que superar los siguientes grados o subprincipios, tales como:

- i) *Finalidad legítima*: Está vinculada a que si la medida aplicada en la normativa cuestionada responde a un fin legítimo y no discriminatorio en la cual no tiene que carecer de razonabilidad.
- ii) *Idoneidad*: En este subprincipio se busca identificar que si la medida aplicada en la normativa resulte ser la menos dañina sobre la limitación de algún derecho fundamental
- iii) *Necesidad*: En esta se comprende que la restricción o limitación de algún derecho fundamental resulte ser lo suficientemente necesario para satisfacer el fin legítimo que se busca, pero la medida adoptada sea a su vez la menos gravosa.

- iv) *Proporcionalidad* en sentido estricto: En base a este último subprincipio se busca determinar el por qué la normativa le ha otorgado a un grupo selecto darles un trato diferenciado para que les permita alcanzar el fin legítimo esperado. De modo que se va a realizar una comparación entre las ventajas y desventajas que puede traer consigo la vigencia de dicha normativa sobre la sociedad.

Bien cabe a estas alturas de todo lo abordado en el presente trabajo en relación con el Decreto de Urgencia N°020-2020 que dicha norma ostenta una manifiesta inconstitucionalidad que viola un principio y derecho fundamental vinculado a la igualdad ante la ley.

Es evidente que la manifiesta discriminación al imponer un monto determinado o prefijado como contracautela únicamente a la parte privada en el marco de un arbitraje con el Estado para buscar tutela cautelar.

Aunque dicha situación no le sucede al Estado que actúa por medio de alguna de sus instituciones públicas entre las cuales podría solicitar la medida cautelar sin que necesariamente tenga que adjuntar la fianza u otra análoga para tener acceso a la justicia.

Por lo tanto, no se está ante un trato diferenciado que resulte ser viable y legal, sino ante una situación de desigualdad e inconstitucional puesto que las partes se presume que están bajo las mismas condiciones a fin de que no surja en un principio, una especie de desbalance y aprovechamiento del estado del otro.

No obstante, se observa la posibilidad de regular o de disponer diversos mecanismo menos gravosos tales como la reducción del estándar exigido como contracautela al 10% de la pretensión cautelar solicitada o que sea el mismo Tribunal Arbitral quien determine la pertinencia y alcance de la contracautela en cada caso en concreto.

#### **IV. Posibles soluciones al problema**

##### **4.1. La posibilidad de realizar control difuso contra estas normas por parte del Tribunal Arbitral**

#### **4.1.1. El respeto del arbitraje a los principios constitucionales y derechos fundamentales.**

Giusseppe Vera Cacho (2013) indica que el origen de la jurisdicción parte de su esencia y dimensión por las cuales es netamente una de las manifestaciones del poder del Estado, entre las cuales se crean órganos de control para que ejerzan determinadas funciones. Por ende, entre uno de estos se le da el poder de impartir justicia a fin de que puedan resolver los diversos conflictos que se suscitan cotidianamente. Así que el poder absoluto de que la decisión sea definitiva se ejercer por medio de la coerción en cumplimiento de las decisiones del juez que aplica la ley.

No obstante, este poder jurisdicción no está únicamente bajo el control constitucional, sino también de manera explícita el artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece la existencia de otras jurisdicciones independientes tales como la militar y arbitral por las cuales, las decisiones que se tomen por estas vías se limitan bajo los principios constitucionales, y a la vez tienen reconocimiento para ejercer su validez ante alguna disconformidad que busque desconocerla (pp. 17-19).

Un notable ejemplo se tiene con el caso Cantuarias (en donde se contrasta el reconocimiento de la jurisdicción independiente con la que cuenta la vía arbitral de modo que sus decisiones remitidas por medio de laudo, no pueden ser cuestionados en su fondo en respeto del principio de no interferencia. De modo que este último principio se infiere y cuya extracción se deduce del numeral 2 del artículo 139 de la Carta Magna.

Por lo tanto, hay un evidente caso de reconocimiento constitucional tanto por el órgano máximo jurisdiccional que puede interpretar la Constitución como por la misma normativa que se encuentra en el máximo grado de reconocimiento en las cuales da origen a otras normas con grado de legalidad. En ese sentido, se infiere que las decisiones adoptadas gozan del mismo respaldo que una decisión judicial, la cual puede tener la calidad de cosa juzgada, con posterioridad.

Dicho esto, Reynaldo Bustamante Alarcón (2013) tiene una opinión semejante al autor anterior al indicar que el propio Tribunal Constitucional reconoce que,

la autonomía de la jurisdicción arbitral posee una consagración constitucional, lo que exige que este mecanismo respete los derechos fundamentales que, a su vez, estos últimos construyen los criterios de validez de todo ordenamiento jurídico (pp. 398).

#### **4.1.2. ¿El árbitro tiene la capacidad de ejercer control difuso?**

Tal como hemos señalado en el primer capítulo de la presente tesis, reconocemos una naturaleza mixta del arbitraje, en tanto su origen recae en la voluntad de las partes de pactar este medio de solución de controversias en sus contratos; y por su parte, nuestro ordenamiento jurídico ha dotado de un reconocimiento constitucional de la función arbitral como un ejercicio de jurisdicción.

Este reconocimiento como jurisdicción cuenta a la vez con respaldo jurisprudencial que se tuvo con el conocido caso Cantuarias, por lo que no podría resultar extraño que los árbitros tengan similares facultades a las de un juez en sede judicial.

Sin embargo, el artículo 138 de la Constitución establece que el control difuso tiene como finalidad inaplicar normas que le pueden resultar violatorias a la Constitución, por las cuales los jueces la inaplican. En ese sentido, solo se le permite de manera expresa a que el juez pueda ejercer dicha facultad.

Dicho esto, Oswaldo Hundskopf Exebio (2006) señala que el arbitraje al ser una jurisdicción más, no se le podría privar de ejercer dicha función al árbitro puesto que este puede considerar que hay una grave transgresión normativa contra la Constitución. De tal modo que se llega a la inferencia de que el control difuso es una facultad única que recae sobre el juez, sino es un deber de todo operador imparcial que ejerce justicia; por lo tanto, es un deber propiamente que recae en el árbitro el ejercer el control difuso.

A lo anterior, resulta necesario añadir la preminencia del principio de supremacía constitucional que concurre con el de jerarquía normativa por las cuales es obligatorio para todos los gobernantes y gobernados, sin excepción alguna. Por ende, no pueden haber argumento con asidero legal y justificada

que exima al árbitro del ejercicio de un control constitucional durante el proceso arbitral, puesto que estos buscan asegurar al justiciable darle todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (pp. 9,10)

El Tribunal Constitucional ha establecido acertadamente en el precedente vinculante “María Julia” que el arbitraje en tanto constituye una jurisdicción independiente, al ser jurisdicción cuenta con todas las garantías de un órgano jurisdiccional, dentro de ellas la facultad regulada en el artículo 138 de la Constitución de ejercer control difuso de constitucionalidad (Sentencia del TC N° 142-2011-PA/TC, Fundamento 24).

Por tanto, teniendo en consideración que la modificación normativa del artículo 8° inciso 2 de la Ley de Arbitraje, vulnera en los casos donde el petitorio cautelar sea menor al 10% del monto contractual: *i)* el principio de igualdad ante la ley, *ii)* el acceso a una tutela jurisdiccional efectiva y; *iii)* el principio de razonabilidad, los cuales cuentan con reconocimiento constitucional, consideramos que los Tribunales Arbitrales (como ya lo vienen realizando) se encuentran facultados para hacer uso del control difuso en el marco del reconocimiento establecido en el precedente establecido por el TC en la sentencia recaída en el expediente N° 142-2011-PA/TC, e inapliquen esta exigencia cuando resulte desproporcionada, y a su criterio establezcan un monto razonable para exigir la presentación de la carta fianza a los privados en el marco de las medidas cautelares solicitadas en los arbitrajes en Contratación Pública.

#### **4.2. Propuesta de cambios normativos.**

En atención a lo desarrollado en la presente investigación, además de la facultad constitucional que tienen los tribunales arbitrales de ejercer control difuso, consideramos que existen algunos cambios normativos que podrían solucionar esta vulneración al derecho de igualdad ante la ley que presenta actualmente el artículo 8.2 de la Ley de Arbitraje.

Como ya hemos señalado anteriormente la Ley N° 31589, ha establecido una postura más razonable señalando que si **“el monto de la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela es equivalente al monto protegido por la medida cautelar”**.

En similar sintonía, en el marco de un desarrollo de políticas legislativas, el Congreso de la República ha aprobado recientemente el 10 de mayo de 2024 la denominada Ley General de Contrataciones Públicas, norma en cuyo artículo 86.3 se establece lo siguiente:

86.3. En los casos que la medida cautelar se refiera a pretensiones relativas a la validez, resolución o eficacia del contrato, el valor de la contracautela debe reflejar los potenciales daños y no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. Si la controversia se refiere a una pretensión cuantificable y el monto en disputa es menor que la garantía de fiel cumplimiento, el valor de la contracautela es equivalente al monto de la pretensión referida en la solicitud cautelar.

No obstante, consideramos que bajo ese supuesto igualmente significaría un monto irrazonable. Para una mejor ilustración, veamos el siguiente ejemplo:

Un contratista privado tiene un contrato con el Estado por un monto ascendente a 100000.00 soles, al respecto, solicita vía cautelar el pago de una valorización ascendente a 5000.00 soles. A continuación, se detallan los montos que debería pagar el contratista como contracautela bajo las siguientes normas:

- Art. 8.2 de Ley de Arbitraje modificada por el Decreto de Urgencia N° 020-2020.
- Ley N° 31589 y nueva Ley General de Contrataciones Públicas
- Propuesta normativa

<b>Art. 8.2 Ley de Arbitraje (modificado por DU. 020-2020)</b>	<b>Ley N° 31589 y Ley General de Contrataciones Públicas</b>	<b>Propuesta normativa (20% del monto del petitorio cautelar)</b>
10000 soles	5000 soles	1000 soles

Así pues, consideramos que en caso el petitorio cautelar sea por un monto menor a la garantía de fiel cumplimiento (10% del contrato), **la contracautela deberá ascender al 20% del monto del pedido cautelar.**

En ese sentido, la redacción de nuestra propuesta normativa, en relación a la contracautela, sería bajo el siguiente tenor:

*“Si la controversia se refiere a una pretensión cuantificable y el monto en disputa es menor que la garantía de fiel cumplimiento, el valor de la contracautela es equivalente al **veinte por ciento del monto** de la pretensión referida en la solicitud cautelar”.*

Dicha propuesta radica en entender que el monto de la contracautela “no puede ser igual al valor de la pretensión de la demanda principal, porque dicho valor no tiene por qué tener relación alguna con el daño que pueda sufrir el afectado con la medida” (Reggiardo, 2015, p.219).

Por tanto, consideramos que en casos donde el petitorio cautelar sea cuantificable y sea por un monto menor a la garantía de fiel cumplimiento, el 20% es un monto razonable de exigir al Contratista a efectos de que su derecho de acceso a la tutela jurisdiccional en su vertiente cautelar no se vea afectado; y, por otro lado, resguardando a la Entidad ante posibles daños en caso la demanda sea desestimada luego de culminar el arbitraje.

En este punto es importante recordar que “la contracautela no funciona como una cláusula penal que reemplaza automáticamente a la indemnización del daño.” (Reggiardo, 2015, p.225).

Por tanto, el afectado con la medida cautelar en caso acredite que el daño causado sea mayor al garantizado, podrá solicitar al Tribunal Arbitral una indemnización por daños y perjuicios previo contradictorio, al amparo del numeral 8 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje.

Para finalizar, otra opción, es dejar en discrecionalidad de los árbitros la fijación del monto de la contracautela, sin embargo, consideramos que esta solución afectaría principios como la seguridad jurídica, pues resulta evidente que cada Tribunal tendrá sus propios criterios.

Al respecto, consideramos que la norma debe servir como parámetro para fijar un monto razonable que permita equilibrar la protección del demandado y afectado con la ejecución de la medida cautelar, en este caso, el Estado; y por otro lado, evitar que una contracautela con un monto excesivamente oneroso signifique una barrera para acceder a la tutela jurisdiccional cautelar a los contratistas privados.

## V. Conclusiones

- a) El arbitraje presenta las ventajas de celeridad, flexibilidad, confidencialidad y especialidad, respecto a la justicia ordinaria que brinda el Poder Judicial, lo que generó que en el Perú sea el mecanismo obligatorio de solución de controversias en el marco de los contratos estatales.
- b) A partir de los datos estadísticos de los laudos en arbitrajes con el Estado, podemos apreciar que el Estado en el marco de los arbitrajes en contratación pública posee resultados meridianamente favorables por lo que no es cierto que sea la parte “débil” en un arbitraje.
- c) Consideramos que el sustento del Decreto de Urgencia N° 020-2020 referente a la exigencia únicamente a los privados a presentar como contracautela una carta fianza cuyo monto mínimo debe ser ascendente al 10 % del total del monto contractual, señalado en la exposición de motivos de dicha norma, resulta insuficiente, pues generaliza sin mayor desarrollo casos específicos donde han existido actos de corrupción y mala praxis en materia de arbitraje en contratación pública.
- d) El Artículo 8.2. de la Ley de Arbitraje que exige la contracautela por un monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento únicamente a los privados para solicitar medidas cautelares contra el Estado en arbitrajes sobre Contratación Pública, entra en colisión con el derecho de igualdad ante la ley.
- e) El requisito de presentar una contracautela por un monto irrazonable está relacionada con la igualdad en el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, por lo que si se mantiene en la práctica la exigencia genérica regulada por la modificatoria establecida por el Decreto de

Urgencia N° 020-2020 significará una inconstitucional barrera de acceso a la tutela de urgencia para las partes privadas.

- f) El monto a exigir como contracautela debe ser razonable a la cuantía de la pretensión cautelar que se está solicitando y desde nuestra perspectiva un monto adecuado sería el 10% del pedido cautelar.
- g) En la práctica, existen contratistas que realizan un mal uso de la tutela cautelar en el marco del arbitraje en contratación pública, recurriendo a medidas cautelares bajo arbitrajes de emergencia irregulares, no obstante, ello no significa que el legislador, deba fijar normas inconstitucionales.
- h) Los Tribunales Arbitrales podrán ejercer control difuso sobre la norma materia del presente trabajo, cuando en cada caso en concreto adviertan que se está vulnerando el principio de igualdad en acceso a la justicia, la tutela jurisdiccional efectiva y el principio de razonabilidad al imponer un monto irrazonable en la carta fianza exigida como contracautela.
- i) Nuestra propuesta consiste en fijar como monto de la contracautela el veinte por ciento de la pretensión cautelar cuando la misma sea cuantificable y el monto en disputa sea menor al de la garantía de fiel cumplimiento.
- j) La contracautela debe buscar un equilibrio entre la protección al afectado con la medida cautelar (desincentivando pedidos temerarios); con la protección al acceso a la tutela jurisdiccional cautelar de los accionantes.

## VI. Bibliografía

- Álvarez Conde, Enrique. *Curso de derecho constitucional*. Vol. I. Madrid: Tecnos. 4.º edición, 2003.
- Ames, Luis (s/f). Comentarios a la Ley N°31589, Ley que garantiza la reactivación de obras públicas paralizadas. En: <https://www.caeperu.com/columnistas/luis-enrique-ames/pdf/comentarios-a-la-ley-n-31589.pdf>
- Amprimo Plá, Natale (2013). La tutela cautelar arbitral. IUS ET PRAXIS, Revista de la Facultad de Derecho, número 44, pp. 59-79.
- Arazi, Roland. (1997). Capítulo I: Normas Generales. En *Medidas Cautelares* (pp. 1-42). Editorial Astrea.
- Ariano, Eugenia. (2013). Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad "objetiva" del juzgador: un tema para el debate. Athina, (010), 107-125.
- Ariano Deho Eugenia (2014), Estudios sobre la Tutela Cautelar, Gaceta Jurídica S.A., Lima.
- Balderas Espinoza, Luis Fernando (2023). ¿Qué es el test de proporcionalidad? En: <https://www.linkedin.com/pulse/qu%C3%A9-es-el-test-de-proporcionalidad-hegewischlopez/?originalSubdomain=es>
- Barona Vilar, Silvia, (2004) Comentarios a la Ley de Arbitraje. Thomson Civitas, primera edición, Madrid.
- Bullard González, A. (2008). ¿Es un arbitraje un juicio? Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el mundo, 145-153. Instituto Peruano de Arbitraje.
- Buongermini, María (s/f). Las Medidas Cautelares. En: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/procesal/Mar%C3%ADa-Buongermini-Medidas-Cautelares.pdf>
- Bustamante Alarcón, Reynaldo (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, número 71, pp. 387-411. En: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32501.pdf>

- Calamandrei, Piero. (1945) Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica, Buenos Aires.
- Campos, Héctor. (2015). Breves apuntes dogmáticos y funcionales de la caución contracautela en el proceso civil peruano. En *Sobre la Tutela Cautelar* (pp. 165-212). Editorial Jurídica Themis.
- Casaverde, Fiorella (2020). Medidas cautelares en el arbitraje. Revista Foro Académico, número 18, pp. 166-180.
- Castillo Freyre, Mario (2022). El arbitraje con el Estado: Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley para suprimir el arbitraje estatal. En: <https://www.caeperu.com/noticias/pdf/el-arbitraje-con-el-estado-mario-castillo-freyre.pdf>
- Castillo Freyre, Mario, y Ricardo Vásquez Kunze. 2006. Arbitraje: Naturaleza Y Definición. *Derecho PUCP*, n.º 59 (diciembre), p. 283. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.012>.
- Castillo Freyre, Mario (2009). El Principio de Flexibilidad en el Arbitraje. Tercer Congreso Internacional de Arbitraje. Editorial Palestra Editores.
- Castillo Freyre, M., y Sabroso Minaya, R. (2011). Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública. *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, (11), 204-221. <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539908009.pdf>
- Castillo, Mario y Sabroso, Rita (2014): Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera parte, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Ediciones, Lima
- Cárdenas Mejía, Juan Pablo (2003). El arbitraje en equidad. *Revista Vniversitas*, número 105, pp. 347-374. En: <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510514.pdf>
- Castro, María (2022). *Solución de controversias en materia de contratación pública: ¿sigue siendo el arbitraje la vía idónea?* Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre Volumen 103.
- Chappuis Cardich, J. (1994). La igualdad ante la ley. *THEMIS Revista De Derecho*, (29), 15-21. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11457>

- Chiovenda, Giuseppe (1948). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I, traducción del italiano y notas de Derecho español por E. Gómez Orbaneja, 2da. edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- Collantes Rojas, Christian (2020). No utilizar en caso de emergencia: 5 patologías latentes en el procedimiento de árbitro de emergencia peruano. Themis Revista de Derecho, número 77, pp. 265-283. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23484>
- Congreso de la República del Perú (2021). Dictamen recaído en el Decreto de Urgencia 020-2020, Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
- Contraloría General de la República (2023). Reporte de obras paralizadas en el territorio nacional a octubre de 2023 – N°0010-2023-CG/SENC. En: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5464666/4876411-informe-de-obras-paralizadas-octubre-2023.PDF>
- Cruz Solís, D. (2021). “La caución juratoria y su incidencia en caso el derecho que sustenta la pretensión sea desestimada con el derecho del afectado al resarcimiento de los daños y perjuicios, en el primer juzgado civil de Huánuco, 2019” [Tesis para optar el título profesional de Abogada]. Recuperado de: <http://repositorio.udh.edu.pe/handle/123456789/2953?show=full>
- Dannon Alva, A. (2020). Una aproximación a los convenios arbitrales asimétricos: intuiciones sobre su tratamiento legal en el Perú. THEMIS Revista De Derecho, (77), 59-97. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.003>
- Díaz Revorio, F. (2017). Las dimensiones constitucionales de la igualdad. Pensamiento Constitucional, (22), 21-60. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/19938/19960>
- Domenech, Perello (s/f). Notas sobre el concepto de razonabilidad y su uso en la jurisprudencia constitucional.

- Eto Bardales, Gerardo. 2020. La Extensión Del Convenio Arbitral a Partes No Signatarias En La Ley De Arbitraje Peruana. *Derecho & Sociedad*, (55), 445-460.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23260>.
- Fernández-Ballesteros López (2000), M. A.: «Artículo 7128», en Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil (con RIFA y RIFA Y VALLS Gombau), Atelier, Barcelona.
- Gallardo Miraval, Juvenal. Cautela y contracautela en el proceso civil. Tesis UNMSM disponible en: [https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/gallardo\\_m\\_j/t\\_completo.pdf](https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/gallardo_m_j/t_completo.pdf)
- Gandolfo, Ricardo (2023) En defensa de las medidas cautelares para reactivar la economía. Ediciones Propuesta <http://edicionespropuesta.blogspot.com/2023/04/en-defensa-de-las-medidas-cautelares.html>
- González de Cossío, Francisco: *SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE HOMENAJE A DON RAÚL MEDINA MORA*, p. 15-16. Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JD CA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>
- Grández Castro, Pedro (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano.
- Grossi, Paolo (2017). Propiedad, constitución y globalización. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik
- Guzmán-Barrón, C y Zúñiga, Rigoberto (2015) “Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales”. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2018/05/22204433/estudio-laudos-carc-pucp.pdf>
- Guzmán-Barrón, C. (2019). Arbitraje comercial nacional e internacional (Vol. 16). Fondo Editorial de la PUCP.

- Horna, Emily. *Principales modificaciones a la Ley de Arbitraje: Decreto de Urgencia N° 020-2020*. IUS 360. <https://ius360.com/principales-modificaciones-a-la-ley-de-arbitraje-decreto-de-urgencia-no-020-2020/>
- Hinostroza, Alberto. (2006). *El Embargo y Otras Medidas Cautelares* (cuarta reimpresión actualizada). Editorial San Marcos
- Huerta, Luis (2005) *El derecho a la igualdad*. Pensamiento Constitucional.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/articulo/view/7686>
- Hundskopf Exebio, Oswaldo (2006). *El Control Difuso en la Jurisdicción Arbitral*. Gaceta Jurídica, número 23, pp. 1-12. En: [https://urbeetius.org/wp-content/uploads/news\\_23\\_exebio.pdf](https://urbeetius.org/wp-content/uploads/news_23_exebio.pdf)
- Kundmüller Caminiti, Franz (2011). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, Carlos Alberto Soto Coágula y Alfredo Bullard Gonzáles (Coordinadores), Instituto Peruano de Arbitraje.
- La Rosa, J., & Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución* (Vol. 33). Fondo Editorial de la PUCP.
- Ledesma, Marianella. (2013). *Tratamiento de la contracautela en el Código Procesal Civil*. En *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Gaceta Jurídica. 41-82
- León Pastor, Ricardo (2015) *Anulación de laudo arbitral por defecto de motivación: estudio de casos en Lima, Perú. Período 2011-2015*. Tesis PUCP disponible en <http://hdl.handle.net/20.500.12404/8469>
- Maraví, Milagros (2022) *Desequilibrio en el Arbitraje con el Estado* <https://rubio.pe/publicacionescont/10061/>
- Mata Sierra, M. (2009). *El principio de igualdad tributaria*. Madrid: Editorial Aranzadi S.A.
- Matheus, Carlos (2020). *Comentarios al Decreto de Urgencia sobre la Ley de Arbitraje peruana*. Disponible en: <https://ciarglobal.com/comentarios-al-decreto-de-urgencia-sobre-la-ley-de-arbitraje-peruana-por-carlos-matheus/>
- Matheus López, Carlos Alberto (2014). *El derecho de arbitraje peruano*.
- Mendoza Pérez, Hugo Gustavo (2016). *La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de pretensión de la medida cautelar*. Trabajo

de suficiencia profesional para optar por el título de abogado. En: <http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/2246/TRAB.SUF.RPOF.HUGO%20GUSTAVO%20MENDOZA%20PEREZ.pdf?sequence=2>

- Monroy, Juan.(2002). *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Comunidad.
- Ojeda & Machín (2020). “El principio de buena fe. Su relevancia para el arbitraje”. En: La pedagogía metancera ante los retos de la educación en tiempos de Covid-19. IX Congreso de Educación y Pedagogía, REDIPE. Pág. 397. Recuperado de <https://redipe.org/wp-content/uploads/2021/04/cidep-2020-2-parte-x-matanzas.pdf#page=225>
- Ortiz, David (2022). Procuraduría Pública del MTC Logra otro Importante Resultado en favor de los Intereses del Estado. En <https://www.caeperu.com/noticias/procuraduria-publica-del-MTC-logra-otro-importante-resultado-en-favor-de-los-intereses-del-estado.html>
- Pérez Portilla, K (2010). Más allá de la Igualdad Formal: Dignidad Humana y Combate de la Desventaja. Recuperado de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2834/27.pdf>
- Priori, Giovanni F (2006), *La Tutela Cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA Editores,
- Quiroga, Anibal: *La naturaleza procesal del arbitraje*, p. 71. Disponible en <http://hdl.handle.net/20.500.12404/9141>
- Rabines Matta, Rodrigo (2020). ¿Justo pagan por pecadores? Analizando las modificaciones a las reglas del arbitraje contra el Estado peruano. Themis Revista de Derecho, número 77.
- Reggiardo, Mario. (2015). La Contracautela cálculo del monto y caución juratoria. En SOBRE LA TUTELA CAUTELAR (pp. 215–228). THEMIS. <https://doi.org/10.26439/athina2013.n010.1155>
- Robles Meza, Angélica (2020). Indemnización por ejecución de medidas cautelares en el arbitraje comercial doméstica peruano. Tesis para optar por el título profesional de abogado en la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL).En:

<https://repositorio.usil.edu.pe/server/api/core/bitstreams/970dd98b-a2d8-4869-97f6-a79fa0887850/content>

- Silva Longobardi, P., & Moreno Machín, V. (2020). ¿La rapidez o flexibilidad?: Un análisis económico de la ampliación de plazos en el arbitraje. THEMIS Revista De Derecho, (77), 395-407. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.021>
- Talero Rueda, Santiago, “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, en: Revista Lima Arbitration N° 4, 2010, p. 72
- Trazegnies Granda, F. (1996). Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia. IUS ET VERITAS, 7(12), 115-124. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15541>
- Vera, Giuseppe. (2021). Comentarios y críticas al DU 20/2020 que modifica la Ley de Arbitraje. Ciar Global. <https://ciarglobal.com/comentarios-y-criticas-al-du-20-2020-que-modifica-la-ley-de-arbitraje/>
- Vera Cacho, Giuseppe (2013). Consideraciones generales acerca del arbitraje. IUS ET PRAXIS, número 44, pp. 15-38.
- Yaya Zumaeta, Ulises (s/f). La contracautela: Requisito de Ejecución de las Medidas Cautelares. En: [https://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C8-5\\_contracautela\\_210208.pdf](https://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C8-5_contracautela_210208.pdf)
- Zúñiga, Rigoberto (2014) La eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias empresariales a la luz de la teoría contractual y la teoría jurisdiccional sobre su naturaleza jurídica. Tesis PUCP disponible en <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5809>