

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

“MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE DE
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA BAJO EL
PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO”

Tesis para optar el título profesional de:

ABOGADA

Autora:

Eliana Esperanza Vasquez Correa

Asesor:

Mg. Carlos Manuel Aguilar Enriquez

<https://orcid.org/0000-0002-8629-6214>

Trujillo - Perú

2023

JURADO EVALUADOR

Jurado 1 Presidente(a)	Jorge Anibal Zegarra Escalante	17867453
	Nombre y Apellidos	Nº DNI

Jurado 2	Edwin Adolfo Morocco Colque	70254225
	Nombre y Apellidos	Nº DNI

Jurado 3	José Gabriel Del Castillo Carrasco	09336089
	Nombre y Apellidos	Nº DNI

INFORME DE SIMILITUD

INFORME DE SIMILITUD

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	rubio.pe Fuente de Internet	3%
2	lpderecho.pe Fuente de Internet	2%
3	www.cuatrecasas.com Fuente de Internet	2%
4	ciarglobal.com Fuente de Internet	1%
5	pirhua.udep.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	ius360.com Fuente de Internet	1%
7	jalayo.blogspot.com Fuente de Internet	1%
8	www.castillofreyre.com Fuente de Internet	1%
9	repositorionew.uasb.edu.ec Fuente de Internet	1%

DEDICATORIA

A Jehová Dios, por ser quien me inspiró desde muy pequeña el estudio de esta maravillosa profesión, por darme salud, bendición, sabiduría y fuerza para terminar lo que inicié.

A mis padres, por ser lo más bello que tengo en esta vida, por amarme incondicionalmente, por cuidarme, defenderme; por ser el soporte que necesitaba cuando tropezaba y por confiar en mí a pesar de mis faltas.

A mis abuelos, por amarme, por cuidarme y por criarme como a una hija en su hogar.

Eliana Esperanza Vásquez Correa.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por guiarme y fortalecerme para superar cada una de las adversidades diarias de la vida.

A mi casa superior de estudios, Universidad Privada del Norte, por ser la que me acogió en este largo periodo de aprendizaje.

A mis docentes de la carrera de Derecho y Ciencias Políticas, pues es a ellos a quienes tengo mi respeto y admiración por haberme compartido sus conocimientos y experiencias.

A mi asesor de investigación el Dr. Carlos Aguilar Enríquez, quien me brindó su apoyo para la realización del presente trabajo de investigación.

Eliana Esperanza Vásquez Correa

TABLA DE CONTENIDO

JURADO EVALUADOR	2
INFORME DE SIMILITUD	3
DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
TABLA DE CONTENIDO	6
ÍNDICE DE TABLAS	8
ÍNDICE DE CUADROS	9
ÍNDICE DE FIGURAS	10
RESUMEN	11
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	12
1.1. Realidad problemática	12
1.2. Formulación del problema	20
1.3. Objetivos	20
1.3.1. Objetivo general.	20
1.3.2. Objetivos específicos	20
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	26
2.1. Tipo de investigación	26
2.1.1. Según su nivel	26
2.1.2. Según su propósito	26
2.1.3. Según su enfoque	26
2.2. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)	27
2.2.1. Población	27
2.2.2. Muestra	28

2.3.	Instrumentos	28
2.4.	Métodos	29
2.4.1.	Métodos lógicos	29
2.4.2.	Métodos específicos en la investigación	29
2.5.	Procedimiento de recolección de datos	30
2.6.	Procedimiento de análisis de datos	30
CAPÍTULO III: RESULTADOS		31
3.1.1.	Resultado del Análisis del Marco Teórico	31
3.1.2.	Resultado del Análisis de la Entrevista	32
3.1.3.	Resultado del Análisis de la Entrevista	35
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES		54
4.1.1.	Discusión N. ° 01.	54
4.1.2.	Discusión N. ° 02.	54
4.1.3.	Discusión N. ° 03.	55
REFERENCIAS		58
ANEXOS		60
ANEXO 01: MATRICES		60
MATRIZ DE CONSISTENCIA		60
MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES		63
ANEXO 02:		68
ANEXO 03:		72

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 01	20
Tabla N° 02	26
Tabla N° 03	27

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro N° 01	31
Cuadro N° 02	35
Cuadro N° 03	42
Cuadro N° 04	49

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura N° 01	34
Figura N° 02	47
Figura N° 03	48
Figura N° 04	52

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se contextualiza en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje. El principal objeto es abordar como influye en el principio de igualdad procesal cautelar, ya que, cuando un particular contrata con el estado, requiere o solicita una medida cautelar necesariamente debe presentar una carta fianza como contracautela por el 10 % del monto del contrato.

Ahora bien, la presente abordará estudios estadísticos de medidas cautelares, para ello, se realizará entrevistas a especialistas en el área. Asimismo, se desarrollará entrevistas a centros de conciliación y arbitraje, el principio de Igualdad Procesal, que forman parte de la tutela cautelar efectiva en arbitraje, colisionando con otro de los presupuestos cautelares, que es el de razonabilidad.

Por otro lado, la metodología aplicada es descriptiva, básica y mixta. A continuación, se seleccionó la muestra que serviría de análisis, consistente en diez (10) entrevistas a especialistas en el área y entrevistas a tres (03) centros de arbitraje de la ciudad de Trujillo.

Luego de examinar la muestra se advirtió que, el referido influye negativamente, pues genera una vulneración al principio del debido proceso cautelar.

PALABRAS CLAVES: Principio de Igualdad Procesal, Medida Cautelar, Contrataciones con el Estado.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

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 árbitro 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 árbitro o el tribunal arbitral, según corresponda.

De lo mencionado, se puede apreciar que se mantiene como elemento constante la vulneración al principio de igualdad procesal de las partes en el proceso cautelar, puesto que se estaría limitando al acceso de los contratistas a medidas cautelares y la autonomía de los árbitros para definir la contracautela al otorgar una medida cautelar, por lo que, el principio a la igualdad de armas deriva de la interpretación sistemática del numeral 2 del artículo 2° y numeral 3 del artículo 139° de la Constitución. Dicho principio permite conceder a las partes de un proceso los mismos derechos. Lo mismo no aplica a las entidades lo cual no tiene justificación razonable.

Como señala Horna Rodríguez (2020), en las principales modificaciones a la Ley de Arbitraje:

El DU exige la carta fianza como único tipo de contracautela que debe presentar el solicitante de una medida cautelar, si es que el Estado es parte afectada con su ejecución.

Esta carta fianza debe ser semejante, a la garantía de fiel cumplimiento. La contracautela es una garantía de naturaleza real o personal que se expone (no presenta) al momento de solicitar la medida cautelar. El juez o árbitro puede aceptar o modificar la propuesta, a fin de garantizar a la medida al afectado. Por lo que, se lleva a cabo una evaluación previa de las circunstancias, y de la magnitud de los posibles daños a ser ocasionados. En este caso, el DU inclina su balanza a favor del Estado. Siendo que, no importa cuál es la medida cautelar, ni el grado de afectación; puesto que, el solicitante deberá presentar una carta fianza por el monto mínimo prefijado por ley. Si uno no tiene la capacidad de asumir los costos que ello implica, difícilmente, podrá recibir una tutela cautelar. (Sección de discusión, párrafo 8). En tal sentido, es evidente la desproporcionalidad del caso en concreto, por ejemplo, supongamos que la garantía de la medida cautelar, es para que se recauden recursos del estado por el 1% del contrato y entonces para obtener una garantía por el 1% del contrato por un pago que te debe el estado, tienes que darle al tribunal arbitral como una contracautela (una carta fianza por el 10% del contrato). Además, el estado tiene garantías, cuenta con cartas fianzas por ejecución de contrato de fiel cumplimiento y adelantos con lo cual cubre normalmente y con este decreto se genera una garantía más que no tiene sentido.

Por esta razón, Matheus (2020) indica que:

Es evidente, que la norma vulnera el principio constitucional de igualdad, que es parte de la tutela cautelar efectiva en el arbitraje, chocando con otro de los presupuestos cautelares, como es el de la razonabilidad. Asimismo, la mala factura técnica de esta regla, se extiende incluso a su propia ubicación en el DLA, puesto que el contenido no es tema de competencia para el dictado y/o ejecución de medidas cautelares, sino por el contrario uno de presupuestos cautelares, el cual viene regulado en el artículo 47 del DLA. (Sección de

discusión, párrafo 7). De lo citado, es preciso indicar, que el artículo 47 del DLA, establece que la contracautela puede ser real o personal y en alguna medida le está otorgando plena libertad al tribunal arbitral de establecer la caución; no obstante, el artículo 8 del DLA, establece que debe de ser real. Además de ello, se supone que el artículo 47 del DLA, está hecho exactamente para temas cautelares. Ahora bien, existe el hecho de que se tiene el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de acceder a una decisión en cuanto a resolver el conflicto y que no esté limitado por cuestiones de no tener el “monto suficiente o el patrimonio suficiente”.

Asimismo, Arrarte Arisnabarreta (s.f.) sobre el control del debido proceso arbitral, señala que:

1. Formas de control del debido proceso arbitral

- a. En todo proceso arbitral se deberá respetar los derechos fundamentales, tales como, el debido proceso, además es debido establecerse mecanismos de control que garanticen eficacia, evitando situaciones de arbitrariedad o abusos del poder conferido a los árbitros.

Ahora bien, enfatizando que la actividad arbitral no sólo es de interés de las partes involucradas sino que trasciende al interés público, es menester que este control, sea ejercido por instancias ajenas al que hacer arbitral, por lo que nos encontramos en un escenario que compete esencialmente al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional.
(...) (p.3).

La investigación deja en evidencia que la Constitución Política regula al principio de igualdad procesal de las partes; sin embargo, la modificación plasmada en artículo 8

numeral 2, del Decreto Legislativo N°1071, se encuentra vulnerando la igualdad procesal. Frente a ello la investigación se centra en establecer las consecuencias jurídicas de la exigencia de introducir la presente modificatoria establecida por Decreto de Urgencias 020 - 2020.

Por lo expuesto, existe una enmarcada necesidad de demostrar si la modificación plasmada en artículo 8 numeral 2 dado por el Decreto de Urgencias 020 - 2020, contraviene al principio del debido proceso cautelar, considerando que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho se propugna el respeto de los principios y garantías constitucionales.

a. Justificación

La presente investigación se justifica, desde un punto de vista teórico, en la necesidad de demostrar si el artículo 8 numeral 2 del Decreto Legislativo N°1071, limita el Principio del debido proceso cautelar, en la medida que desanima al contratista para que cuestione alguna petición o controversia, toda vez que inclina su balanza a favor del Estado, puesto que el solicitante deberá presentar una carta fianza por el monto mínimo prefijado por ley y si el privado no tiene la capacidad de asumir los costos que ello implica, difícilmente, podrá recibir una tutela cautelar. Por lo que, es menester que, se pueda analizar y determinar si la evidente irracionalidad y vulneración al debido proceso cautelar.

Desde un punto de vista práctico por la necesidad de esbozar los fundamentos de los especialistas en arbitraje para la no aplicación del artículo 8 numeral 2 del Decreto Legislativo N°1071, se acuerda que, no existe proporcionalidad en su aplicación. Por lo tanto, ante estas circunstancias es importante determinar el fundamento para apartarse de lo dispuesto por el artículo en mención, por ir en contra del principio de igualdad procesal cautelar.

Se justifica valorativamente la presente investigación porque se propugna el respeto de principios y garantías constitucionales en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, debido a que se va a conocer el fundamento para la no aplicación del artículo 8 numeral 2 del del Decreto Legislativo N°1071, el cual va a beneficiar a colocar a las partes en igualdad de armas.

Se justifica académicamente por lo novedoso del tema de investigación, el cual podrá alcanzar beneficio a corto y largo plazo al demostrar el fundamento del apartamiento de figuras jurídicas que contravengan con la tutela jurisdiccional efectiva, además se aportará un conocimiento científico a la comunidad académica. Por último, que se consolide como un precedente para quienes tengan interés en el tema.

b. Antecedentes

b.1. Antecedentes Nacionales

i. Tesis: La Garantía del Debido Proceso en el Arbitraje

Autora: Sarai Elizabeth Robledo Maza.

Año: 2018

Universidad: Universidad de Piura.

Tesis para optar el título de Abogado

Las Autora han obtenido que, el proceso de arbitraje se encuentra sujeto al control constitucional pues no hay ámbitos exentos del control constitucional. Por lo tanto, el derecho fundamental al debido proceso resulta exigible en el arbitraje, encontrándose en nuestra legislación y jurisprudencia mecanismos de control constitucional de la actividad arbitral a fin de evitar lesiones a los derechos que forman el mismo, pues en los

casos concretos dentro del arbitraje puede resultar vulnerado el derecho al debido proceso. El antecedente contribuye a la presente investigación, puesto que señala que el derecho fundamental al debido proceso resulta exigible en el arbitraje.

ii. Tesis: Vulneración a la tutela jurisdiccional efectiva en la concesión de medidas cautelares en el arbitraje Peruano.

Autor: Luis Martínez Cardoza

Año: 2016

Universidad: Universidad de Piura.

Tesis para optar el título de: Abogado

El autor obtuvo que, el arbitraje además de tener como principal característica a la flexibilidad en el procedimiento, también, se caracteriza por resolver la controversia en un menor tiempo en comparación con el tiempo que tomaría en sede judicial; no obstante, cabe la posibilidad que en ese tiempo exista un riesgo que lo resuelto en el laudo final no se cumpla, es por ello que las partes se encuentran legitimadas a solicitar la concesión de alguna medida cautelar para lograr una tutela real, con lo cual la medida cautelar es ese instrumento que permite que se concrete una de las manifestaciones de la Tutela judicial efectiva, como es la efectividad de las resoluciones arbitrales. El antecedente contribuye a la presente investigación, puesto que señala que la medida cautelar es ese instrumento que permite que se concrete una de las manifestaciones de la Tutela judicial efectiva; sin embargo, con la modificatoria de DU 020-2020, este

derecho se encontraría limitado por cuestiones de no tener el “monto suficiente o el patrimonio suficiente”.

iii. Tesis: El Efecto De Las Designaciones Repetitivas En La Independencia E Imparcialidad De Los Árbitros Bajo El Sistema Arbitral Peruano.

Año: 2020

Universidad: Universidad del Pacifico

Tesis para optar el título de: Abogado

El sistema de justicia en Perú admite dentro de los derechos constitucionales la observancia del debido proceso. En los procesos judiciales, los jueces deben cumplir con ser independientes e imparciales; y, en los procesos arbitrales, aunque con su propia lógica y particularidades, los árbitros también deben ser independientes e imparciales. El antecedente contribuye a la presente investigación, puesto que, si bien es cierto los árbitros deben ser independientes e imparciales, con la modificatoria prevista en el art. 8 numeral 2 del Decreto Legislativo N°1071, coloca al árbitro en una situación de confusión, ya que dicha modificatoria se presenta contraria al artículo 47 DLA, y eso ha conllevado que en muchos casos los árbitros hayan inaplicado por control difuso esta norma.

b. 2. Antecedentes Internacionales

iv. Tesis: Reflexiones Sobre El Debido Proceso En El Arbitraje Independiente

Autor: Víctor Andrés Rincón Tello

Año: 2012

Universidad: Pontificia Universidad Javeriana

Tesis para optar el grado: Doctoral

En la presente, el autor obtuvo que el arbitraje promueve la protección de los intereses de las partes, también tiene el respeto a la supremacía normativa de la Constitución. El antecedente contribuye a la investigación, ya que establece la facultad de las partes y el respeto al derecho fundamental del debido proceso.

v. Tesis: El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador.

Autor: Jara Vásquez, María Elena

Año: 2016

Universidad: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Tesis para optar el grado: Doctoral

En la presente, la autora obtuvo que el arbitraje doméstico ecuatoriano desde la vigencia del derecho constitucional a la tutela efectiva, se configura como un cauce para el ejercicio del derecho a la tutela efectiva y se concentra en la relación entre acceso a la justicia y arbitraje, obteniendo como parte importante los vacíos del régimen de la acción de nulidad del laudo arbitral y garantía del debido proceso arbitral. El antecedente contribuye a la investigación, ya que se concentra en los principales vacíos del régimen de ejecución de laudos arbitrales y garantía del debido proceso arbitral.

1.2. Formulación del problema

¿En qué medida la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, sobre la presentación de una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar del contratista en la ciudad de Trujillo/periodo 2018 – 2023?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general.

En qué medida la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, sobre la presentación de una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar del contratista en la ciudad de Trujillo/periodo 2018 – 2023

1.3.2. Objetivos específicos

- Explicar la introducción de la figura de la carta fianza bancaria equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar del contratista a la luz de la doctrina y la constitución.
- Analizar la introducción de la figura de la carta fianza bancaria equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado afecta el principio del debido proceso cautelar del contratista a la luz de las posiciones tomadas por los expertos en el arbitraje

TABLA N° 01: Matriz de operación de variables

TÍTULO: El Arbitraje y la Contratación Pública bajo El Principio de Igualdad Procesal.					
VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ESCALA DE MEDICIÓN
VARIABLE DEPENDIENTE: La carta fianza equivalente al 10% del monto contratado al solicitar medida cautelar en un arbitraje con el estado.	<p>Las cartas fianzas por las entidades es mayoritariamente arbitraria y, por otro lado, la contracautela (fianza bancaria y/o patrimonial) constituye una “barrera de entrada” excesivamente onerosa que restringe el derecho a la tutela cautelar y vulnera el principio del debido proceso cautelar la igualdad de las partes en el proceso. En suma, una “tormenta perfecta” destinada a vulnerar los derechos del justiciable. (García y Gamarra, 2020).</p>	<p>La investigación será medida a través del análisis de 05 entrevistas a centros de arbitraje que se encuentran ubicadas en la ciudad de Trujillo, sobre la vulneración del principio de igualdad procesal en los procesos arbitrales donde el estado es la parte afectada con la medida cautelar.</p> <p>- RENACE, sobre la aplicación de la carta fianza bancaria en los procesos arbitrales.</p>	<p>Económico</p> <p>Contractual</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Carácter obligatorio - Monto fijado. <ul style="list-style-type: none"> - Contrato. - Obligaciones contractuales. - Garantías 	<p>Ordinal:</p> <p>Muy Inadecuado, Inadecuado, Regular, Adecuado, Muy adecuado.</p> <p>Discreta:</p> <p>Muy Inadecuado, Inadecuado, Regular,</p>

<p>VARIABLE INDEPENDIENTE:</p> <p>Principio del debido proceso cautelar.</p>	<p>Ahora se verían perjudicadas por la mera voluntad del legislador (hasta el día de redacción del presente artículo, el Ejecutivo).</p> <p>Ello, no hace más que mostrar al Estado como el operador de un monopolio de las reglas de contratación, despojando al contratista de la paridad de armas e igualdad de condiciones propias de un arbitraje. (Tafur, 2020)</p> <p>Rabines (2020) El DU 020-2020 ha introducido un</p>	<p>La investigación será medida a través del análisis de 3 entrevistas a centros de arbitraje que se encuentran ubicadas en la ciudad de Trujillo, sobre la vulneración del principio de igualdad procesal en los procesos arbitrales donde el estado es la parte afectada con la medida cautelar.</p> <p>- RENACE, sobre la aplicación de la carta fianza bancaria en los procesos arbitrales.</p> <p>La investigación será medida a través del análisis de 10 entrevistas a</p>	<p>Fuentes normativas arbitrales</p> <p>Derechos fundamentales.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Guías reguladoras. - Juicio deontológico. - Valores humanitarios. - Jerarquía normativa. - Orden constitucional. 	<p>Ordinal:</p> <p>Muy Inadecuado, Inadecuado, Regular, Adecuado, Muy adecuado</p> <p>Ordenación jerárquica</p>

	<p>conjunto de nuevas reglas arbitrales que, en algunos casos, no solo se ve perjudicado el principio de igualdad de armas que debe regir en todo arbitraje, sino que también se puede llegar a ver comprometida la imparcialidad e independencia con que los árbitros deben ejercer sus labores. (Sección de discusión, párrafo 10)</p> <p>Rabines (2020)</p> <p>Ahora bien, también consideramos cuestionable que el Estado establezca este requisito solo para las empresas privadas. Esto, en efecto, constituye una vulneración al principio de igualdad de armas procesales, ya que coloca a su contraparte de un proceso arbitral en una situación dispar al momento de ejercer sus derechos como</p>	<p>especialistas en el área del arbitraje, sobre la vulneración del principio del debido proceso en los arbitrajes donde el estado es la parte afectada con la medida cautelar.</p>	<p>Debido proceso arbitral</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Formalidades esenciales del procedimiento. - Garantía de orden legal. - Derecho a la igualdad de condiciones. 	<p>Discreta:</p> <p>Muy Inadecuado, Inadecuado, Adecuado, adecuado.</p> <p>Regular, Muy</p>
--	--	---	--------------------------------	---	---

	parte en el proceso al encarecer sus costos de acceso a la tutela cautelar.		Actuación de operadores del derecho	<ul style="list-style-type: none"> - Remisión a la normativa. - Garantía de respeto a la ley. 	
--	---	--	-------------------------------------	---	--

Fuente: Elaboración Propia.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo no experimental.

2.1.1. Según su nivel

Se aprecia una investigación descriptiva correlacional.

Descriptiva, se centra en explicar que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071 vulnera el principio del debido proceso cautelar.

Correlacional, pues estará orientada en determinar la introducción de la figura de la carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar.

2.1.2. Según su propósito

Es una investigación básica. En tal sentido, se buscará abordar la teoría dogmática y la doctrina jurídica sobre la introducción de la figura de la carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar.

2.1.3. Según su enfoque

Cualitativo, por la naturaleza de la investigación que se enfoca en el derecho arbitral y, a su vez, se desprenden categorías de los conceptos estudiados.

Cuantitativo, ya que, existe una medición, expresándose en cifras los datos a través de entrevista.

2.2. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)

2.2.1. Población

En la investigación, se ha considerado:

Los arbitrajes institucionales, que solicitaron medidas cautelares, tramitados en los 5 centros arbitrales de la ciudad de Trujillo desde 2018 al 2023.

Los 10 expertos en derecho arbitral sobre la introducción de la carta fianza bancaria en los procesos arbitrales por contratos de obra que laboran en la ciudad de Trujillo.

Tabla 2: *Relación de expertos en derecho arbitral de la población.*

RAZON SOCIAL	REPRESENTANTE
Enlazando Derecho Y Protección	Altuna Urquiaga, María Del Carmen
Instituto De Derecho, Alternativas Y Soluciones Un&Co	Urtecho Navarro, Santos Eugenio
Colegio De Ingenieros Del Perú - Consejo Departamental La Libertad	Pilco Castañeda, Iván
Trujillo Marc	Carranza Enríquez, Edith Betzabé
Arbitrare Soluciones Legales Y Arbitrales Sac	Paz Hoyle, María Alejandra

- *Nota: Información obtenida en el RENACE.*
- *Fuente: Elaboración propia.*

2.2.2. Muestra

En la presente investigación, se ha considerado:

Los arbitrajes institucionales, que solicitaron medidas cautelares, tramitados en los 03 centros arbitrales de la ciudad de Trujillo desde 2018 al 2023.

Los 10 expertos en derecho arbitral sobre la introducción de la carta fianza bancaria en los procesos arbitrales por contratos de obra que laboran en la ciudad de Trujillo.

Tabla 3: Relación de centros de arbitraje de la muestra.

RAZON SOCIAL	REPRESENTANTE
Colegio De Ingenieros Del Perú - Consejo Departamental La Libertad	Pilco Castañeda, Iván
Arbitrare Soluciones Legales Y Arbitrales Sac	Paz Hoyle, María Alejandra
Tmarc	Edith, Carranza Enríquez

Fuente: Elaboración propia.

2.3. Instrumentos

2.3.1. Guía de entrevista

Se entrevistará a especialistas en el arbitraje que cuentan con experiencia en arbitrajes institucionales, lo que contribuirá al desarrollo de la presente, ello en razón del cumplimiento del objetivo general y objetivos específicos de la presente.

2.4. Métodos

2.4.1. Métodos lógicos

2.4.1.1. Método de análisis y síntesis

Se utilizará este método con la finalidad de analizar las teorías, para tener una visión completa sobre la aplicación del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, y su vulneración al principio del debido proceso cautelar del contratista.

2.4.1.2. Método Inductivo

Será utilizado en la redacción de la hipótesis, en la incidencia de las variables que son empleadas en el presente estudio.

2.4.1.3. Método Deductivo

Este método será empleado para trabajar la información teórica y doctrinaria recabada, partiendo desde la presentación del problema de investigación, hasta la descripción de las variables a través de conceptos específicos.

2.4.2. Métodos específicos en la investigación

2.4.2.1. Método dogmático

Este método se aplicará para el estudio de las distintas posturas que existen en la doctrina nacional en torno a si es viable y constitucional la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071.

2.4.2.2. Método sistemático

Este método permitió analizar y determinar el alcance de la aplicación de la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N°1071, teniendo como parámetro la doctrina y la legislación para determinar su vulneración al principio del debido proceso cautelar.

2.5. Procedimiento de recolección de datos

El procedimiento es el siguiente:

Sobre la información académica, se recopiló información de fuentes confiables vía internet, tales como: libros virtuales, artículos científicos virtuales, revistas virtuales y tesis en repositorios internacionales, nacionales y locales. Es por ello que, se buscó en portales bibliográficos tales como: Google Academic, Redalyc, Academia, Dialnet y Scielo; empleando términos relaciones con la presente investigación.

2.6. Procedimiento de análisis de datos

En relación al análisis de datos, el procedimiento está bajo el método de análisis estadístico y deductivo-inductivo. Posterior a ello, la explicación de interpretación bajo análisis de categorías conceptuales.

2.7. Aspectos Éticos

El trabajo de investigación, ciñe sus bases en el respeto a los principios éticos que rigen a la investigación científica, las fuentes utilizadas en la búsqueda de información son confiables. Asimismo, se utilizaron las normas establecidas en el Manual de Publicaciones de American Psychological Association (APA) para la redacción de las citas y referencias bibliográficas.

CAPÍTULO III: RESULTADOS

3.1. Resultados

La presente investigación persigue el objetivo principal determinar en qué medida la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, sobre la presentación de una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar del contratista en la ciudad de Trujillo/periodo 2018 – 2023. Para lograr dicho fin se ha propuesto objetivos específicos que permitan encaminar hacia el fin último ya mencionado, mismos que fueron contrastados con la aplicación del instrumento de la entrevista arribándose a los resultados que paso a describir a continuación.

3.1.1. Resultado del Análisis del Marco Teórico

En cuanto a lo plasmado en el marco teórico, se ha podido obtener como resultado que:

El artículo en cuestión, comprende una desproporcionalidad en cuanto al derecho al debido proceso, puesto que, implica que en la práctica el contratista (privado) que contrata con el Estado (público) que solicite una medida cautelar cuyos efectos afectarán al Estado deberá presentar prácticamente dos garantías de fiel cumplimiento. Debido a que, la primera garantía de fiel cumplimiento fue otorgada en la celebración del contrato; y la segunda, garantía de fiel cumplimiento que será otorgada para asegurar el pago que pudiese corresponderle al Estado como la “indemnización por los daños y perjuicios” que pudiera haber sufrido si es que después de todo lo que dura el proceso arbitral se logra comprobar que la medida cautelar

fue indebidamente concedida. No obstante, el único afectado con esta medida no es el Estado sino el propio contratista, ya que desde un primer momento estaría careciendo de verosimilitud en los derechos que invoque al fundamentar su solicitud.

3.1.2. Resultado del Análisis de la Entrevista

La guía de entrevista cumple la función de contrarrestar los objetivos planteados y las hipótesis formuladas de la presente investigación. Estas fueron realizadas a tres (03) especialistas y/o expertas en el Derecho Arbitral. En ese sentido, se efectuó el cuestionario de entrevista a las doctoras: Dra. María Alejandra Paz Hoyle, Dra. Elizabet Quevedo Villalobos y la Dra. Edith Betzabé Carranza Enríquez; quienes cordialmente accedieron a absolver la siguiente pregunta:

- **CUADRO N° 01: ¿Cuál es su reporte de casos en el que se solicitaron medidas cautelares a partir de los años 2018 a 2020 y 2021 a 2023?**

ABOGADOS ESPECIALISADOS	
<p>María Alejandra Paz Hoyle Secretaria General Centro de Arbitraje "ARBITRARE"</p>	<p>Tenemos los siguientes datos del Centro de Arbitraje, a partir del 2018:</p> <p>En el 2018, solo en el 16.6% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p> <p>En el 2019, solo en el 25% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p> <p>En el 2020, solo en el 11% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p>

	<p>En el 2021, en ninguno de los arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p> <p>En el 2022, solo en el 5% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p> <p>En el 2023, en ninguno de los arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p>
--	--

Fuente: Elaboración Propia.

ABOGADOS ESPECIALISADOS	
<p style="text-align: center;">Edith Betzabé Carranza Enríquez</p> <p style="text-align: center;">Secretaria General del Centro de Arbitraje, Conciliación y Dispute Bordas Tmarc.</p>	<p>Tenemos los siguientes datos del Centro de Arbitraje, a partir del 2018:</p> <p>En el 2018, solo en el 15% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p> <p>En el 2019, solo en el 15% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p> <p>En el 2020, solo en el 5% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p> <p>En el 2021, en ninguno 2% de los arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p> <p>En el 2022, solo en el 5% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.</p>

	En el 2023, se cuenta solo con 1 medida cautelar solicitadas en el año 2023.
--	--

Fuente: Elaboración Propia.

ABOGADOS ESPECIALISADOS	
Elizabet Quevedo Villalobos Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje y Resolución de Disputas del Colegio de Ingenieros de la Libertad.	Se cuenta solo con 2 medidas cautelares solicitadas en el año 2021. Una de ellas fue declarada fundada en el Poder Judicial y confirmada por el Tribunal Arbitral; la otra, declarada improcedente a nivel judicial. A la actualidad ninguna.

- Descripción:** Las (03) especialistas en base a su reporte de casos en el que se solicitaron medidas cautelares a partir de los años 2018 a 2020 y 2021 a 2023 arrojaron un resultado negativo en cuanto a la solicitud de medidas cautelares dadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la modificatoria del artículo en cuestión. En ese sentido se obtuvieron los siguientes porcentajes: Sí: 100% (corresponde a 03 especialistas) No: 0%. (no corresponde porcentaje).

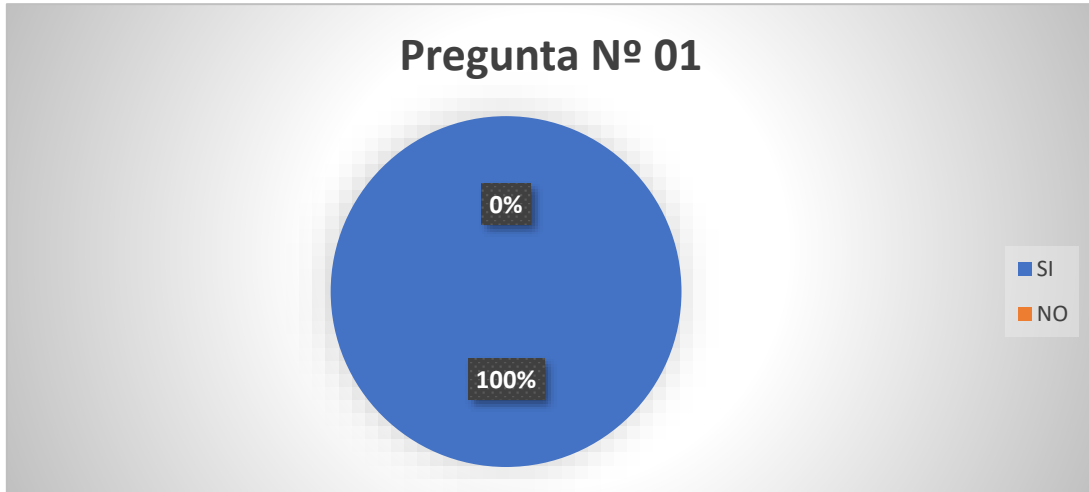


Figura 1: *Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del debido proceso.*

Fuente: Elaboración propia.

3.1.3. Resultado del Análisis de la Entrevista

La guía de entrevista cumple la función de contrarrestar los objetivos planteados y las hipótesis formuladas de la presente investigación. Estas fueron realizadas a diez (10) especialistas y/o expertos en el Derecho Arbitral. En ese sentido, se efectuó el cuestionario de entrevista a los doctores: Dra. Katty Karyna Hoyos Quiroz, Dra. Carolina Cabrera Moncada, Dra. María Del Carmen Altuna Urquiaga, Dr. Edith Carranza Enríquez, Dr. José Zegarra Pinto, Dr. Carlos Enrique Álvarez Solís, Dra. Diana Milagros Chávez Chiguala, Dra. Duberly More Castillo, Dr. Hugo Sologuren Calmet, y el Dr. Rodrigo Andres Freitas Cabanillas; quienes cordialmente accedieron a absolver las siguientes preguntas:

- **CUADRO N° 02: ¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

ABOGADOS ESPECIALISADOS	
Katty Karyna Hoyos Quiroz	<p>Para responder a esta pregunta, es necesario establecer la pirámide jerárquica de las normas. Los Decreto de Urgencias lo hace el ejecutivo, más no el legislativo. Estos son mecanismos vinculados con el arbitraje y eso tiene que ver con la cantidad de arbitraje que el estado peruano venia perdiendo y no necesariamente por cuestiones técnicas o legales.</p> <p>Al respecto existe una injerencia directa en cuestionar las decisiones de los árbitros y en todo caso tener hasta cierta manera un cuestionamiento directo de la administración libre de los árbitros en las decisiones en los casos de contratación pública.</p>

Carolina Cabrera Moncada	<p>No, no se debió establecer dicha modificatoria.</p> <p>Para mí, esta modificatoria es inconstitucional, ya que, los decretos de urgencia se dan ante situaciones urgentes y regulan materias económicas; aquí no se está regulando una materia propiamente económica; que está relacionado a un tema económico sí, pero está mal dado.</p>
	<p>Considero que la moficatoria debería ser por un instrumento legislativo general, no necesariamente por decreto de urgencia porque el fin de</p>

<p>María Del Carmen Altuna Urquiaga</p>	<p>este darle potestad al poder ejecutivo cuando existen situaciones de emergencia o se trate de un tema económico que requiera necesidad urgente de la actuación del Estado.</p>
<p>Edith Carranza Enríquez.</p>	<p>No, porque un Decreto de Urgencia se da cuando surge algo extraordinario a nivel nacional en materia económica y este decreto surgió a raíz de la corrupción que venía surgiendo, además existen otros medios para modificar una norma de este tipo.</p> <p>Esta normativa vulnera derechos.</p>
<p>José Zegarra Pinto</p>	<p>Un decreto de urgencia se da en el marco de un interés nacional, situación extraordinaria y debe estar referido a materia económica o financiera. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que Los Decretos de Urgencia deben cumplir los criterios de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad.</p> <p>Ahora bien, dado que la ley busca mitigar los efectos de la corrupción, sin embargo, existen otros mecanismos legales para modificar una norma que regula un mecanismo de resolución de conflictos con carácter jurisdiccional como lo es el arbitraje, en tanto se ha perjudicado diversos derechos, principalmente el de igualdad en un arbitraje en contrataciones con el Estado. En ese caso, el control de la corrupción no dota de excepcionalidad la emisión del presente Decreto de Urgencia, en tanto a través de otro mecanismo legal se pudo efectuar las respectivas modificaciones de la ley de Arbitraje, luego de un análisis más detallado y certero en sus fundamentos que impidan vulneraciones a diversos derechos de las partes en un proceso arbitral.</p>

<p>Carlos Enrique Álvarez Solís</p>	<p>No en lo absoluto, este Decreto de Urgencias data desde enero del año 2020 cuando no teníamos Congreso de la República, estábamos en terreno parlamentario y quien regulaba era el poder ejecutivo vía Decreto de Urgencia. Ahora yo creo que ello fue un gran error por parte del presidente de aquel entonces, quien fue el señor Martín Alberto Vizcarra Cornejo, pero que fue producto de una coyuntura político especial, pues existía lamentablemente un deprimido permanente en contra del arbitraje producto del escándalo de corrupción de los arbitrajes de Odebrecht y también de los arbitrajes de Orellana, por eso que el ex presidente Vizcarra tuvo que tomar una decisión de forma rápida y celeridad para poder asegurar al estado, pues se daba la idea también que el Estado era el gran perdedor de los procedimientos arbitrales, pese a que el informe de la Contraloría Nacional de la República y de la Pontificia Universidad Católica del Perú brinda una data contraria.</p>
<p>Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas</p>	<p>Ciertamente, no resultaba imperativo modificar el mencionado artículo y mucho menos garantiza la transparencia de los procedimientos y no previene la corrupción.</p> <p>Cuando se emitió el DU, el Perú se encontraba sin congreso, siendo que el Poder Ejecutivo tenía las facultades legislativas, no siendo realmente urgente esta modificación para el arbitraje ni para los contratos con el Estado, en la situación en la que nos encontrábamos.</p>

<p>Hugo Sologuren Calmet</p>	<p>Para contestar esta interrogante debemos partir de la justificación expresada por el Poder Ejecutivo en la exposición de motivos del Decreto de Urgencia N° 020-2020, la cual, señala:</p> <div data-bbox="512 443 1377 745" style="border: 1px solid black; padding: 10px;"> <p>II.- JUSTIFICACIÓN DE LA URGENCIA DE LA MEDIDA</p> <p>La presente propuesta normativa es urgente y no puede esperar hasta la instalación del próximo Congreso, toda vez que actualmente existe el potencial perjuicio de que continúe la paralización de ejecución de obras, tales como la de los hospitales regionales de Cuzco, Tacna y Junín, y además teniendo en cuenta que se iniciarán programas de infraestructura el próximo año 2020 y se tiene diversos contratos importantes que requieren ser protegidos.</p> </div> <p>El Poder Ejecutivo justificó la necesidad de la medida en base a un riesgo potencial por paralización de obras de algunos hospitales que estaban ubicados en Cusco, Tacna y Junín.</p> <p>Efectivamente, por ejemplo, el contrato de la ejecución del Hospital de Tacna estuvo plagado de medidas cautelares que determinaron que no se pueda ejecutar la obra, y este caso fue de público conocimiento.</p> <p>El detalle aquí es que este caso como los de Cusco y Junín eran excepciones a la regla general y las medidas cautelares emitidas por los Tribunales Arbitrales que se constituyeron para resolver las controversias de dichas obras, fueron muy cuestionadas no solo por su contenido y poca motivación, además, por los árbitros quienes emitieron estas decisiones cautelares.</p> <p>Tomando como base una situación casi inusual, se generalizó y prácticamente satanizó las medidas cautelares.</p>
---	--

Asimismo, el Poder Ejecutivo incurrió en diversas imprecisiones al momento de justificar la necesidad de la emisión del Decreto de Urgencia, considerando que era el arbitraje el culpable de que el Estado pierda montos ingentes en los procesos que era parte, cuando ello desde el año 2013, se estableció claramente por parte de la Contraloría General de la República en el informe “El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013”, que la causa de que el Estado pierda en los procesos arbitrales no era por el arbitraje, sino que la razón radicaba en:

2. Los resultados desfavorables que registran las entidades del Estado en la mayoría de los casos no son producto de problemas derivados del propio sistema arbitral. Estos resultados se dan por las causas que generan que el Estado sea llevado a un arbitraje y que por lo general, están referidas a problemas en el proceso de gestión en las contrataciones públicas.

En ese sentido, el Poder Ejecutivo obvió sin mayor justificación los estudios que realizó la Contraloría General de la República sobre porque el Estado resultaba perdedor en los procesos arbitrales.

Teniendo en cuenta este contexto, no era necesario realizar modificación alguna a la Ley de Arbitraje por cuanto, la justificación del Poder Ejecutivo, no se condice con la real situación del arbitraje en contratación pública, siendo que la modificación responde a un tema político y no técnico. Lamentablemente las normas no son pensadas por técnicos expertos en la materia, sino por personas que solo piensan cuanto de popularidad van a ganar con una u otra decisión.

	<p>En relación con la pregunta sobre si era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, debemos traer a colación que la justificación del Poder Ejecutivo fue:</p> <p>Esta incorporación encuentra sustento en la abusiva utilización de las medidas cautelares por parte de los contratistas, cuyo otorgamiento genera consecuencias negativas para el Estado, por ejemplo, paralización de la ejecución de obras, afectación en la prestación de servicios públicos, etc.</p> <p>Nuevamente la motivación cae en imprecisiones, porque, incluso la propia norma de contratación pública, determina que la ejecución de una obra se paraliza cuando cualquiera de las partes resuelve el contrato conforme lo establecía el primer párrafo del artículo 177° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente cuando se emitió el D.U. N° 020-2020, entonces, una medida cautelar no es ni sería la única culpable de la paralización de una obra.</p> <p>Asimismo, se señaló que se afectaban la prestación de servicios públicos, no obstante, no se detalle que servicios se vieron afectados.</p> <p>En atención a ello, no se aprecia que se haya motivado la necesidad de la modificación en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071.</p> <p>Debemos recordar que, en esencia, un arbitraje pasa por la elección de los árbitros, buenos árbitros determinan que se tenga un buen proceso arbitral, por ello, suele decirse que el arbitraje vale lo que valen los árbitros que son elegidos para ello.</p>
--	---

	<p>Si las partes designan árbitros con poca trayectoria o que no son reconocidos como los mejores o buenos árbitros, no se podría esperar mucho de un proceso arbitral.</p> <p>Respecto a si la modificación de la Ley de Arbitraje era necesario establecerla vía Decreto de Urgencia, debo precisar que particularmente, esta interrogante esta más conducida a un aspecto constitucional para poder emitir una respuesta adecuada.</p> <p>No obstante, mi particular posición, es que, de lo desarrollado en la presente entrevista, se puede evidenciar fácilmente que no existía una debida motivación para realizar la modificación y ello determina que tampoco era necesario usar un decreto de urgencia.</p> <p>Lo que si queda claro es que resulta mucho más fácil emitir un decreto de urgencia para modificar una norma tan importante y buena como la Ley de Arbitraje peruana que ha sido reconocida como una de las mejores en el mundo, a que esperar por un proceso legislativo para modificar una ley con otra ley como impone la razón y la lógica.</p>
<p>Duberly More Castillo</p>	<p>A criterio personal considero que no había necesidad de la modificación si bien la preocupación del estado es disminuir la cantidad de laudos que no le eran favorables, primeramente, debería ser consciente de sus propias deficiencias en la gestión de sus contratos y preocuparse en trabajar en ellas, porque el arbitraje es una forma en la que se ejerce función jurisdiccional, por ende el estado no debe ni puede emitir normas jurídicas que vayan contra los principios que rigen su ejercicio,</p>

	pues en dicho caso las normas serán implicadas por los órganos jurisdiccionales por ser contrarias a la constitución.
Diana Milagros Chávez Chiguala	Con respecto a ello, considero que no, puesto que con esta modificatoria se están vulnerando los principios y derechos de los contratistas.

Fuente: Elaboración Propia.

- **Descripción:** Los diez (10) especialistas respondieron en base a los siguientes porcentajes: Sí: 100% (corresponde a los 10 especialistas) No: 0%.

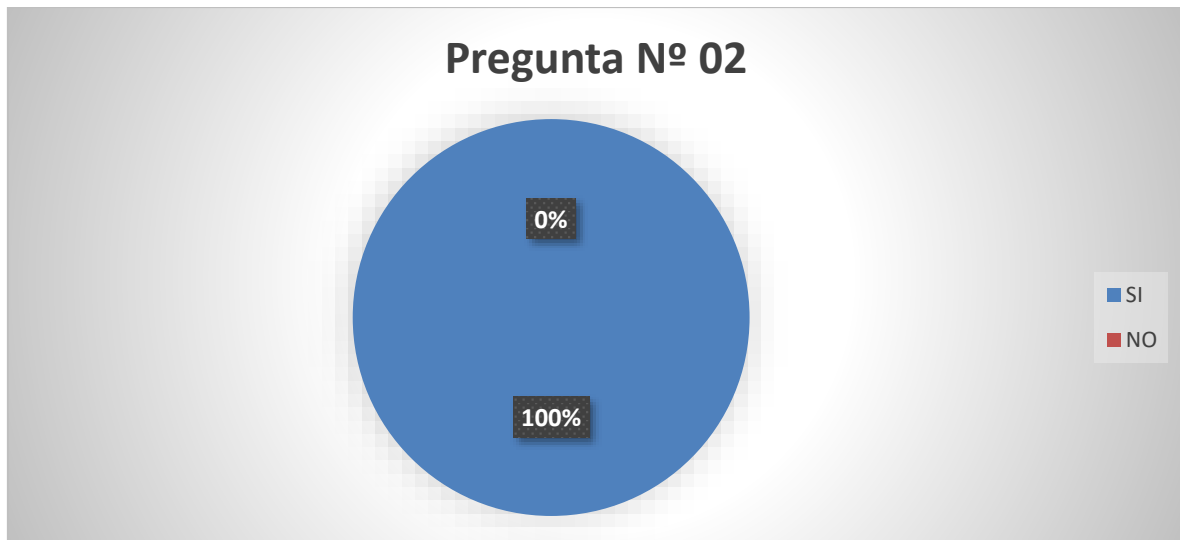


Figura 2: Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del debido proceso.

Fuente: Elaboración propia.

- **CUADRO N° 03: Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento?**

ABOGADOS ESPECIALISADOS

Katty Karyna Hoyos Quiroz	<p>No, no solo no es proporcional, sino que en Contrataciones con Estado hay que tener un equilibrio frente al Estado que obviamente forma parte de un litigio con el privado. En este caso estas garantías si bien es cierto están puestas para lograr este equilibrio, el Estado no puede ser privilegiado en un proceso arbitral y lo que ocurre con esta norma es que simplemente vas a desanimar al contratista para que cuestione alguna petición o controversia, porque no le resultara via practica la ejecución de una pretensión frente a tener que garantizarla con la misma cantidad de la carta fianza.</p>
--------------------------------------	--

Carolina Cabrerera Moncada	<p>No, no debería establecerse porque siempre se ha dejado a decisión del Tribunal o Juez dependiendo a quien se le esté otorgando la medida cautelar o dependiendo de cada caso, entonces establecer una garantía con un monto determinado le quita incluso facultades al tribunal y esa autonomía para tomar una decisión. Además, es limitante para el contratista.</p>
María Del Carmen Altuna Urquiaga	<p>Si consideramos el principio de igualdad de partes, podría no considerarse proporcional.</p>
Edith Carranza Enríquez.	<p>No, porque partiendo desde el objeto de la contracautela que busca garantizar al afectado de la medida cautelar los daños a la parte que en este caso es el contratista, que tuvo que soportar sus efectos durante el proceso. Este resulta irracional.</p>

José Zegarra Pinto	<p>Considero que no es proporcional la exigencia de una garantía no menor a la de fiel cumplimiento, por la misma razón que fundamenta la contracautela. En ese sentido, la función del otorgamiento de una contracautela es garantizar los eventuales daños y perjuicios del afectado con la medida cautelar, es decir, el monto no puede estar previamente determinado, dado que estaremos ante supuestos en los que el monto de la medida cautelar puede resultar mayor o menor al monto de fiel cumplimiento. Por lo tanto, carece de proporcionalidad y razonabilidad dicha exigencia, restándole autonomía al árbitro o juez determinar la cantidad del monto en función al caso en concreto en concordancia con los principios antes esbozados.</p>
Carlos Enrique Álvarez Solís	<p>El contrato con el Estado tiene una particularidad, pues existen un montón de cláusulas plenipotenciarias, preexistentes ya dirigidas en la norma propia de Contrataciones con el Estado, que garantizan una especie de asimetría contractual en favor del Estado, tómale los ejemplos:</p> <ul style="list-style-type: none">- La garantía de fiel cumplimiento equivalente al 10% del monto del contrato.- Si se dan garantías por adelanto de materiales o adelanto directo o garantías por monto diferencial estas tienen que ser dadas por la totalidad del monto que se está otorgando por parte del Estado, que es mucho mayor al 10% del monto del contrato.- Las cláusulas de penalidades.

- Las normas técnicas de cumplimiento con perfil profesional.
- La cláusula anticorrupción, etc.

En punidad existe un sin número de cláusulas y de normas que el propio Estado provee y que de alguna u otra manera se justifican y se justifican porque el estado contrata no con el dinero que produce sino con el dinero que el propio estado recauda y la recaudación parte de la colectividad, es decir de los impuestos de la población, es por ello que debe existir una simetría funcional, contractual entre los pares.

Esto es aceptable en etapa de selección e inclusive en etapa de ejecución contractual, pues la lógica es garantizar que el contrato cumpla la finalidad publica, pero cuando ya estamos en etapa de solución de controversias el Estado se comporta como una parte procesal y ya no como un sujeto que cuenta con una simetría funcional por un rol de garante dentro de la sociedad ¿se está convirtiendo en demandante o se está convirtiendo en demandado? Por lo tanto, no debería existir alguna diferenciación de trato.

Lo que esta normativa hace es convertir una simetría que ya existía o que ya preexistía en la etapa de procedimiento de selección, actuaciones preparatorias y ejecución contractual y que es trasladada a un terreno donde el estado ya no debe de competir con un desigual.

Entonces no se justifica por ningún motivo.

<p>Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas</p>	<p>El segundo párrafo del numeral 2 del Artículo 8 establece que "El monto de la contracautela lo determina el juez o el tribunal arbitral ante el cual se solicita la medida cautelar, y dicho monto no puede ser inferior a la garantía de fiel cumplimiento". Esta disposición plantea la posibilidad de que el juez tenga el poder de establecer el monto de la garantía, lo cual podría dar lugar a acuerdos internos o favoritismos. Por lo tanto, en mi opinión, el monto de la contracautela no debe ser equivalente al monto de la garantía de fiel cumplimiento para evitar posibles conflictos de interés o sesgos en la determinación del monto; mas no tiene ninguna relación y desnaturaliza la figura de la contracautela, que siendo una garantía debe ser analizada caso por caso.</p>
<p>Hugo Sologuren Calmet</p>	<p>El monto que debe ser considerado para emitir la contracautela en la concesión de una medida cautelar no es proporcional.</p> <p>Gramaticalmente lo proporcional significa dicho de una cantidad o de una magnitud: Que mantiene una proporción o razón constante con otra</p> <p>A simple vista no existe mayor razón o proporción entre una contracautela por el monto de la garantía de fiel cumplimiento y los posibles daños que se podrían producir con la ejecución de una medida cautelar.</p> <p>Un ejemplo concreto, cómo se calcularían los daños que pudiera tener una Entidad que no puede ejecutar la carta fianza por fiel cumplimiento, cuando la resolución del contrato se encuentra en</p>

	<p>controversia en un arbitraje, resulta lógico establecer que no se podría cuantificar daños futuros o posibles.</p> <p>Así como, no se podría evidenciar cuál es el daño que se genere en perjuicio de la Entidad por no poder ejecutar una carta fianza.</p> <p>Por otro lado, es importante traer a colación, que una Entidad no deja de tener una garantía a su favor en el marco de los contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, dado que, siempre tendrá una carta fianza por fiel cumplimiento y cartas fianzas por los adelantos que otorgue.</p> <p>El Estado no deja de estar garantizado, por lo que, pedir una segunda garantía para garantizar lo que ya tiene otra garantía, sería en términos simples un exceso de garantías a favor del Estado.</p> <p>Nadie niega que en el marco de la ejecución de contratos regidos por la Ley de Contrataciones del Estado se encuentra de por medio el interés público y los fondos públicos, no obstante, ello no significa que el Estado sea una parte desprotegida o como se suele decir la parte más débil de la relación contractual.</p>
<p>Duberly More Castillo</p>	<p>Considero que no es proporcional dado que esta disposición genera un desequilibrio entre el estado y el contratista en el proceso ante el diferente tratamiento de los requisitos para que se ejecute la medida cautelar, por otro lado, resulta irrazonable que resulta la exigencia de una contracautela con una forma y un monto predeterminado en todo caso sin atender en si las circunstancias del caso en concreto. Por lo que, sería adecuado delimitar el ámbito de actuación de la modificación</p>

	<p>normativa con la finalidad de no generalizar una regla que es del todo particular por lo que se debería proponer realizar una interpretación restrictiva en lo posible y que no se expanda los alcances de la modificatoria en materia de contracautela</p>
<p>Diana Milagros Chávez Chiguala</p>	<p>La medida cautelar es un instrumento procesal de carácter precautorio. En este caso, el arbitraje de oficio o a solicitud de las partes con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e interés que respondan a dilucidar en el proceso.</p> <p>Para mí el Estado, esta sobre rodeado y resguardado de todo tipo de garantía en el contrato; sin embargo, deja de lado el resguardo del contratista desentendiéndose del debido proceso.</p>

Fuente: Elaboración Propia.

- **Descripción:** Los diez (10) especialistas respondieron en base a los siguientes porcentajes: Sí: 100% (corresponde a los 10 especialistas) No: 2%.

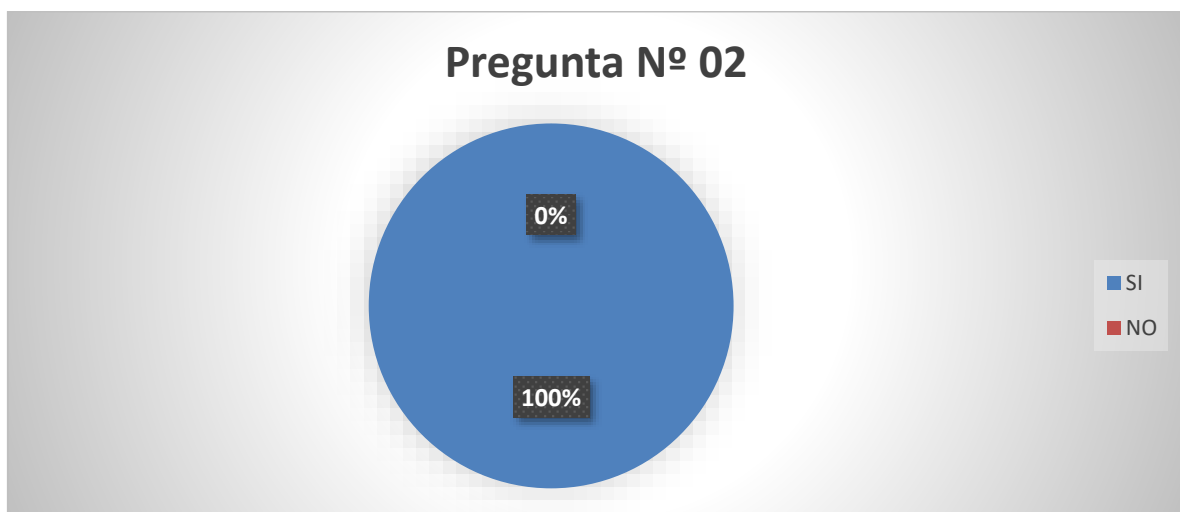


Figura 2: Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del debido proceso.

Fuente: Elaboración propia.

- CUADRO N° 04: Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?**

ABOGADOS ESPECIALISADOS	
Katty Karyna Hoyos Quiroz	<p>Sí, es justamente el principio de igualdad procesal cautelar y la administración de justicia lo que se ve afectado a través de este Decreto que aún está vigente y que a todas luces no solo por el manejo de los contratistas sino también por el buen manejo de las Contrataciones con el Estado, es inconstitucional, siendo lesivo contra una de las partes que legítimamente acude al arbitraje.</p>

Carolina Cabrera Moncada	<p>Sí, además vulnera la proporcionalidad y razonabilidad ya que se establece como monto el 10% de la carta fianza bancaria, entonces si quieres una medida cautelar para la nueva ejecución de la fianza ¿Cómo es que se exige el mismo monto? ¿Otra carta fianza para que no se ejecute la carta fianza? Es irracional.</p>
---------------------------------	---

María Del Carmen Altuna Urquiaga	<p>Sí.</p>
Edith Carranza Enríquez.	<p>Sí, pues no existe el respeto a la tutela jurisdiccional efectiva en los arbitrajes donde el estado es parte, además de que no permite una evaluación objetiva frente al acceso de una medida cautelar.</p>
José Zegarra Pinto	<p>Si estamos ante una vulneración dentro del arbitraje. Esto se configura cuando se exige condiciones abusivas a una de las partes, en este caso el contratista, para solicitar una medida cautelar. Siendo la tutela cautelar una manifestación del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, se restringe el acceso a esta figura con el único fundamento de evitar su uso abusivo (de acuerdo con la exposición de motivos del Decreto de Urgencia) en contra del Estado. Por ende, existe un trato diferenciado para el acceso a la tutela cautelar.</p>
Carlos Enrique Álvarez Solís	<p>Por su puesto y no solo ese principio, igualdad de trato, equilibrio económico financiero, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.</p>
Rodrigo Andres Freitas Cabanillas	<p>El requerimiento de esta contracautela vulnera el principio del debido proceso cautelar y la igualdad ante la Ley. Dado que solo está prevista cuando el solicitante es el privado, pero nunca cuando sea el Estado. La contracautela, en realidad, cumple un papel importante al garantizar la transparencia y prevenir actos de corrupción en el proceso. Al requerir que la parte que solicita una medida cautelar proporcione una</p>

	<p>contracautela, se busca equilibrar los intereses en juego y proteger los derechos de ambas partes involucradas en el proceso legal. Esto debe ser coherente con el principio de equidad y justicia que subyace en el debido proceso cautelar.</p>
<p>Hugo Sologuren Calmet</p>	<p>Antes de contestar debo traer a colación las diversas opiniones de árbitros y las posiciones expresadas en diversos foros académicos que han tenido como factor común que el Decreto de Urgencia N° 020-2020, vulnera el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional cautelar, a la igualdad y al presupuesto cautelar de razonabilidad.</p> <p>Partiendo de ello, ha sido largamente discutido en eventos académicos las vulneraciones cometidas por el Decreto de Urgencia N° 020-2020, es por ello que, en diversos pronunciamientos emitidos por destacados árbitros, la norma antes mencionada simplemente ha sido dejada de lado, por su flagrante vulneración a la tutela cautelar.</p> <p>Es importante tener en cuenta que el derecho a la tutelar cautelar es definido como el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional -a través de una cognición sumaria- el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse</p> <p>Al condicionarse que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto</p>

	contratado simplemente se está vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional del contratista.
Duberly More Castillo	Como se señalaba anteriormente esta medida no es proporcional por ende si se está vulnerando el principio de igualdad procesal, dado que la norma establece una limitación a un derecho de rango constitucional que es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, porque, el titular del derecho no podrá ver satisfecho es decir no vera atendida su solicitud cautelar a menos que cumpla con la presentación de la garantía de fiel cumplimiento.
Diana Milagros Chávez Chiguala	Sí, estamos ante una vulneración, pues se exige condiciones abusivas al contratista para poder ejercer su derecho de solicitar una medida cautelar.

Fuente: Elaboración Propia.

- **Descripción:** Los diez (10) especialistas respondieron en base a los siguientes porcentajes: Sí: 100% (corresponde a 10 especialistas) No: 0%.

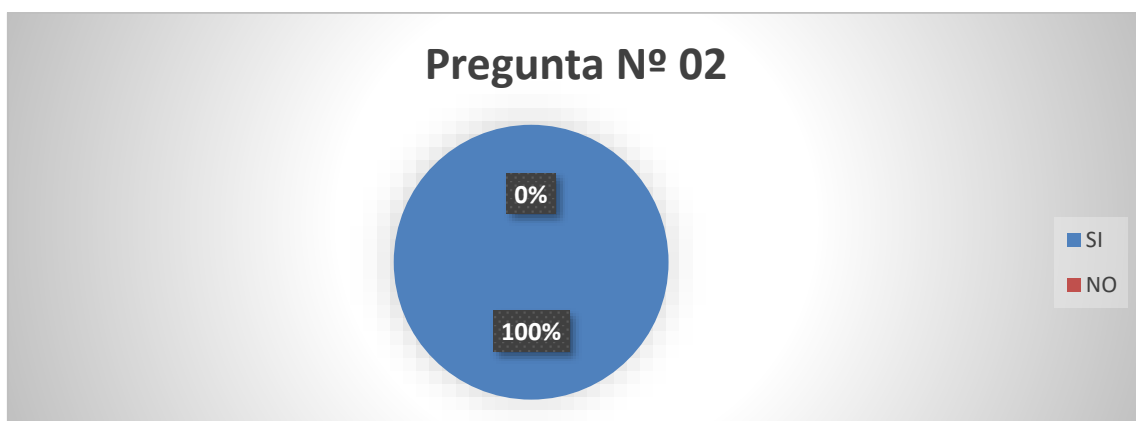


Figura 4: Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del debido proceso.

Fuente: Elaboración propia.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1. Discusión

A continuación, en el presente acápite, se dará a conocer las discusiones de la investigación.

4.1.1. Discusión N. ° 01.

La presente discusión, guarda relación con el objetivo general, el cual es determinar en qué medida la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, sobre la presentación de una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar del contratista en la ciudad de Trujillo/periodo 2018 – 2023.

Sobre el particular, se ha considerado a) Resultado de Análisis del Marco Teórico, b) Resultado de Análisis de las Entrevistas.

Luego del análisis obtenido doctrinaria y estadísticamente a tres (03) abogadas especialistas en el arbitraje que desempeñan sus funciones como secretarios arbitrales en la ciudad de Trujillo, se puede constatar que antes de la modificatoria existía un mayor número de medidas cautelares solicitadas.

4.1.2. Discusión N. ° 02.

La presente discusión, guarda relación con el objetivo específico, el cual es explicar la introducción de la figura de la carta fianza bancaria equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar

en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar del contratista a la luz de la doctrina y la constitución.

Sobre el particular, se ha considerado a) Resultado de Análisis del Marco Teórico, b) Resultado de Análisis de las Entrevistas.

Luego del análisis obtenido doctrinaria y constitucionalmente, a través de entrevistas a nueve (09) abogados árbitros y dos (02) secretarías arbitrales, se puede constatar que esta modificatoria debió darse luego de un análisis eficiente para evitar que impidan vulneraciones a diversos derechos de las partes en un proceso arbitral. Siendo que, la misma no es proporcional, pues no existe un equilibrio frente al Estado y el Contratista.

4.1.3. Discusión N. ° 03.

La presente discusión, guarda relación con el objetivo específico, el cual es analizar la introducción de la figura de la carta fianza bancaria equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado afecta el principio del debido proceso cautelar del contratista a la luz de las posiciones tomadas por los expertos en el arbitraje.

Sobre el particular, se ha considerado a) Resultado de Análisis del Marco Teórico, b) Resultado de Análisis de las entrevistas.

Luego del análisis de los resultados obtenidos doctrinaria y a través de entrevistas a tres (03) abogadas especialistas en el arbitraje que desempeñan sus funciones como secretarías arbitrales en la ciudad de Trujillo y a (08) abogados árbitros y (02) secretarías arbitrales, se puede

constatar que esta modificatoria vulnera el debido proceso cautelar dentro del arbitraje, toda vez que nos encontramos en un terreno desproporcional que vulnera todo lo relacionado al debido proceso cautelar, puesto que, si se solicita una medida cautelar en estos casos, el contratista deberá presentar dos garantías de fiel cumplimiento al Estado como la “indemnización por los daños y perjuicios” en todo lo que dura el proceso arbitral.

4.2. Conclusiones

A continuación, en el presente acápite, se dará a conocer las conclusiones de la investigación.

- 1) La exigencia para solicitar una medida cautelar en los arbitrajes donde el Estado es la parte afectada con la misma, según lo dispuesto en el artículo 8° segundo párrafo del Decreto Legislativo N° 1071 de la Ley de Arbitraje, no es proporcional y vulnera el debido proceso cautelar del contratista, ya que limita su acceso a este derecho, generando que ante la afectación de sus derechos este decida no iniciar una medida cautelar puesto que, el contratista deberá presentar dos garantías de fiel cumplimiento al Estado en todo lo que dura el proceso arbitral, como “indemnización por daños y perjuicios” al Estado, vulnerando con ello la tutela cautelar e igualdad procesal.
- 2) La contracautela en sí es una garantía del derecho de crédito, eventual y determinable que es derivado del reconocimiento de la responsabilidad civil por los daños derivados a la ejecución de una medida cautelar, por lo que, predeterminedar un monto como contracautela de forma general y abstracta, sin entender a los criterios que existen para su cuantificación es

un proceder arbitrario por parte del legislador que conlleva además, a una limitación del derecho a la tutela cautelar, en tanto, la contracautela es una condición de eficacia de la resolución que concede la medida cautelar.

- 3) La medida no es proporcional, dado que esta disposición genera un desequilibrio entre el estado y el contratista en el proceso ante el diferente tratamiento de los requisitos para que se ejecute la medida cautelar, por otro lado, resulta irrazonable la exigencia de una contracautela con una forma y un monto predeterminado en todo caso sin atender en si las circunstancias del caso en concreto. Por lo que, seria adecuado delimitar el ámbito de actuación de la modificación normativa con la finalidad de no generalizar una regla que es del todo particular. En ese sentido, se debería proponer realizar una interpretación restrictiva en lo posible y que no se expanda los alcances de la modificatoria en materia de contracautela.
- 4) Si bien el Estado puede tener interés en no verse afectado con la ejecución de medidas cautelares que no deberían ser concedidas, no es correcto que se imponga restricciones inconstitucionales a todas las solicitudes cautelares que se presenten en su contra. Si bien al estado puede interesarle evitar medidas cautelares planteadas sin fundamento y en mala fe, esta situación en ningún caso justificaría que para lograrlo todos los particulares que arbitren en contra del Estado reciban este tipo de restricciones afectando su derecho.

REFERENCIAS

1. Rabines, R. (2020). *¿Justos Pagan Por Pecadores? Analizando Las Modificaciones A Las Reglas Del Arbitraje Contra El Estado Peruano* *The Righteous Paying For The Sinners? Analyzing The Amendments To The Arbitration Rules Against The Peruvian State*. Facultad de Derecho de PUCP. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23485/22499>
2. Matheus, C. (2020). *Comentarios al Decreto de Urgencia sobre la Ley de Arbitraje Peruana*. Centro Iberoamericano del Arbitraje. Ciar Global <https://ciarglobal.com/comentarios-al-decreto-de-urgencia-sobre-la-ley-de-arbitraje-peruana-por-carlos-matheus/>
3. García, L., & Gamarra, L.(2020). “La arbitrariedad como regla”: comentarios acerca de la inconstitucionalidad del artículo 8° del Decreto de Urgencia N°020-2020 | Ruinas en construcción . Ius360. <https://ius360.com/la-arbitrariedad-como-regla-comentarios-acerca-de-la-inconstitucionalidad-del-articulo-8-del-decreto-de-urgencia-n020-2020-ruinas-en-construccion/>
4. Vera, G. (2020). *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/>
5. Tafur, S. (2020). *A propósito del Decreto de Urgencia 020-2020: Paranoia Estatal o Necesidad Normativa*. <https://www.linkedin.com/pulse/prop%C3%B3sito-del-decreto-de-urgencia-020-2020-paranoia-o-tafur-scaglia/?originalSubdomain=es>
6. Campos, H. (2020). *La libertad de los árbitros para fijar la contracautela en los procesos arbitrales en los que el Estado es parte*. Lp Pasion por el Derecho. <https://lpderecho.pe/libertad-arbitros-fijar-contracautela-procesos-arbitrales-estado-parte/>
7. Robledo, S.(2018). *La Garantía del Debido Proceso en el Arbitraje* [tesis de título, Universidad Piura]. Repositorio Institucional <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3701>

8. Martínez, L. (2016). *Vulneración a la tutela jurisdiccional efectiva en la concesión de medidas cautelares en el arbitraje Peruano*. [tesis de título, Universidad Piura]. Repositorio Institucional <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2669>
9. Arméstar, C., & Rocca, R.(2020). *El Efecto De Las Designaciones Repetitivas En La Independencia E Imparcialidad De Los Árbitros Bajo El Sistema Arbitral Peruano*. [tesis de título, Universidad del Pacifico]. Repositorio Institucional <https://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/2817>
10. Jara, M.(2020). *El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador*. [tesis de doctorado, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio Institucional <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5303>
11. Rincón, V.(2012). *Reflexiones Sobre El Debido Proceso En El Arbitraje Independiente*. [tesis de título, Universidad Javeriana]. Repositorio Institucional <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/10122/RinconTellVictorAndres.pdf?sequence=3>

ANEXOS

ANEXO 01: MATRICES

MATRIZ DE CONSISTENCIA

ESTUDIANTE:

Eliana Esperanza Vásquez Correa

TÍTULO: El Arbitraje y la Contratación Pública bajo El Principio de Igualdad Procesal					
PROBLEMA	HIPOTESIS	OBJETIVOS	VARIABLES	METODOLOGÍA	POBLACIÓN
¿En que medida la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, sobre la presentación de una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar del contratista en la ciudad de Trujillo/periodo 2018 – 2023?	GENERAL: La exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071 sobre la presentación de una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio de igualdad procesal cautelar del contratista en la ciudad de Trujillo/periodo 2018 – 2023	GENERAL: En que medida la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, sobre la presentación de una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar del contratista en la ciudad de Trujillo/periodo 2018 – 2023	VARIABLE 1: La carta fianza equivalente al 10% del monto contratado al solicitar medida cautelar en un arbitraje con el estado.	Tipo de investigación: Básica, descriptiva tipo correlacional y mixta. Diseño: No experimental. Técnica: Análisis documental, análisis documental de entrevista. Instrumento: fichas bibliográficas, guía de análisis de entrevistas.	POBLACIÓN Las medidas cautelares, tramitados en los 5 centros arbitrales de la ciudad de Trujillo desde 2018 al 2023. La entrevista a 10 especialistas en el área del arbitraje, sobre la vulneración del principio de igualdad procesal en los procesos arbitrales donde el estado es la parte afectada con la medida cautelar.

	<p>ESPECÍFICAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La introducción de la figura de la carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar del contratista a la luz de la doctrina y la constitución. • La introducción de la figura de la carta fianza equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado afecta el principio del debido proceso cautelar del contratista a la luz de las posiciones tomadas por los expertos en arbitraje. 			<p>Método de análisis de datos:</p> <p>Métodos lógicos:</p> <p>Método de análisis y síntesis.</p> <p>Método inductivo.</p> <p>Método deductivo.</p> <p>Métodos específicos en la investigación jurídica:</p> <p>Método dogmático.</p> <p>Método sistemático.</p>	
		<p>ESPECÍFICOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Explicar la introducción de la figura de la carta fianza bancaria equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida cautelar en un arbitraje con el estado vulnera el principio del debido proceso cautelar del contratista a la luz de la doctrina y la constitución. • Analizar la introducción de la figura de la carta fianza bancaria equivalente al 10% del monto contratado para solicitar una medida 	<p>VARIABLE 2:</p> <p>Principio de igualdad procesal.</p>		<p>MUESTRA</p> <p>Las medidas cautelares, tramitados en 3 centros arbitrales de la ciudad de Trujillo desde 2018 al 2022.</p> <p>La entrevista a 10 especialistas en el área del arbitraje, sobre la vulneración del principio de igualdad procesal en los procesos arbitrales donde el estado es la parte afectada con la medida cautelar.</p>

		cautelar en un arbitraje con el estado afecta el principio del debido proceso cautelar del contratista a la luz de las posiciones tomadas por los expertos en el arbitraje.			
--	--	---	--	--	--

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

ESTUDIANTE:

Eliana Esperanza Vásquez Correa.

TÍTULO: El Arbitraje y la Contratación Pública bajo El Principio de Igualdad Procesal.					
VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ESCALA DE MEDICIÓN
<p>VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <p>La carta fianza equivalente al 10% del monto contratado al solicitar medida cautelar en un arbitraje con el estado.</p>	<p>Las cartas fianzas por las entidades es mayoritariamente arbitraria y, por otro lado, la contracautela (fianza bancaria y/o patrimonial) constituye una “barrera de entrada” excesivamente onerosa que restringe el derecho a la tutela cautelar y vulnera la igualdad de las partes en el proceso. En suma, una “tormenta perfecta” destinada a vulnerar los</p>	<p>La investigación será medida a través de la análisis de 3 entrevistas a centros de arbitraje que se encuentran ubicadas en la ciudad de Trujillo, sobre la vulneración del principio de igualdad procesal en los procesos arbitrales donde el estado es la parte afectada con la medida cautelar.</p> <p>- RENACE, sobre la aplicación de la carta</p>	<p>Económico</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Carácter obligatorio - Monto fijado. 	<p>Ordinal:</p> <p>Muy Inadecuado, Inadecuado, Adecuado, adecuado.</p> <p>Regular, Muy</p>

	<p>derechos del justiciable. (García y Gamarra, 2020).</p> <p>Vera (2020)</p> <p>El artículo 8 de la LA, norma que regula la colaboración y control en el arbitraje por parte del Poder Judicial. Entendiendo entonces el nuevo tenor de dicho artículo, no debería dar pie a interpretar que dicha regla debe de aplicarse a las medidas cautelares cuando estas son solicitadas al Tribunal Arbitral, ello porque el artículo 47 de la LA que regula sobre las medidas cautelares no ha sufrido ninguna modificación. (Sección de discusión, párrafo 1).</p>	<p>fianza bancaria en los procesos arbitrales.</p> <p>La entrevista a 10 especialistas en el área del arbitraje, sobre la vulneración del principio de igualdad procesal en los procesos arbitrales donde el estado es la parte afectada con la medida cautelar.</p>	<p>Contractual</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Contrato. - Obligaciones contractuales. - Garantías - Prestaciones recíprocas. 	<p>Discreta:</p> <p>Muy Inadecuado, Inadecuado, Adecuado, adecuado.</p> <p>Regular, Muy</p>
--	--	--	--------------------	---	---

			Carácter sancionador	<ul style="list-style-type: none"> - Acción disuasoria. - Imposición de pago. 	
VARIABLE INDEPENDIENTE: Principio de igualdad procesal.	Ahora se verían perjudicadas por la mera voluntad del legislador (hasta el día de redacción del presente artículo, el Ejecutivo). Ello, no hace más que mostrar al Estado como el operador de un monopolio de las reglas de contratación, despojando al contratista de la paridad	La investigación será medida a través de la análisis de 3 entrevistas a centros de arbitraje que se encuentran ubicadas en la ciudad de Trujillo, sobre la vulneración del principio de igualdad procesal en los procesos arbitrales donde el estado es la parte afectada con la medida cautelar.	Fuentes normativas arbitrales	<ul style="list-style-type: none"> - Guías reguladoras. - Juicio deontológico. - Valores humanitarios. <ul style="list-style-type: none"> - Jerarquía normativa. 	Ordinal: Muy Inadecuado, Regular, Adecuado, Muy adecuado

	<p>de armas e igualdad de condiciones propias de un arbitraje. (Tafur, 2020)</p> <p>Rabines (2020)</p> <p>El DU 020-2020 ha introducido un conjunto de nuevas reglas arbitrales que, en algunos casos, no solo se ve perjudicado el principio de igualdad de armas que debe regir en todo arbitraje, sino que también se puede llegar a ver comprometida la imparcialidad e independencia con que los árbitros deben ejercer sus labores. (Sección de discusión, párrafo 10)</p> <p>Rabines (2020)</p> <p>Ahora bien, también consideramos cuestionable que el Estado establezca este requisito solo para las empresas privadas. Esto, en efecto,</p>	<p>- RENACE, sobre la aplicación de la carta fianza bancaria en los procesos arbitrales.</p> <p>La entrevista a 10 especialistas en el área del arbitraje, sobre la vulneración del principio de igualdad procesal en los procesos arbitrales donde el estado es la parte afectada con la medida cautelar.</p>	<p>Derechos fundamentales.</p> <p>Debido proceso arbitral</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Orden constitucional. - Formalidades esenciales del procedimiento. - Garantía de orden legal. - Derecho a la igualdad de condiciones. 	<p>Odenacion jerarquica</p> <p>Discreta:</p> <p>Muy Inadecuado, Inadecuado, Regular, Adecuado, Muy adecuado.</p>
--	---	--	---	--	--

	<p>constituye una vulneración al principio de igualdad de armas procesales, ya que coloca a su contraparte de un proceso arbitral en una situación dispar al momento de ejercer sus derechos como parte en el proceso al encarecer sus costos de acceso a la tutela cautelar.</p>		<p>Actuación de operadores del derecho</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Remisión a la normativa. - Garantía de respeto a la ley. 	
--	---	--	--	---	--


ANEXO 02:

**GUÍA DE ENTREVISTA A LOS CENTROS DE ARBITRAJE
INSCRITOS EN EL RENACE DE LA CIUDAD DE TRUJILLO.**

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	María Alejandra Paz Hoyle
Institución:	Arbitrare
Especialidad:	Secretaria Arbitral
Firma:	Fecha: 12 de junio de 2023.  Abog. María Alejandra Paz Hoyle SECRETARIA GENERAL

II. ÍTEM

1. ¿Cuál es su reporte de casos en el que se solicitaron medidas cautelares a partir de los años 2018 a 2020 y 2021 a 2023?

En el 2018, solo en el 16.6% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.

En el 2019, solo en el 25% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.

En el 2020, solo en el 11% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.

En el 2021, en ninguno de los arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.

En el 2022, solo en el 5% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.


En el 2023, en ninguno de los arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.

GUÍA DE ENTREVISTA A LOS CENTROS DE ARBITRAJE INSCRITOS EN EL RENACE DE LA CIUDAD DE TRUJILLO.

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Elisabet Quevedo Villalobos
Institución:	Colegio de Ingenieros del Perú - CDLL
Especialidad:	Secretaria Arbitral
Firma:  ELISABET QUEVEDO VILLALOBOS Abogada Verificadora C.A.L.L. N° 9985	Fecha: 22 de junio de 2023.

II. ÍTEM

1. ¿Cuál es su reporte de casos en el que se solicitaron medidas cautelares a partir de los años 2018 a 2020 y 2021 a 2023?

Informarte que asumí funciones en enero 2022, por lo que solo puedo dar cuenta de los procesos activos desde el 2021 a la fecha.

Respecto a procesos previos, comprendidos del 2018-2020 (archivados), se trata de información manejada por el Secretario General, Dr. Luis Armas Salazar.

En ese sentido, se cuenta solo con 2 medidas cautelares solicitadas en el año 2021.

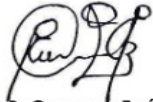
Una de ellas fue declarada fundada en el Poder Judicial y confirmada por el Tribunal Arbitral; la otra, declarada improcedente a nivel judicial.

GUÍA DE ENTREVISTA A LOS CENTROS DE ARBITRAJE INSCRITOS EN EL RENACE DE LA CIUDAD DE TRUJILLO.

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Edith Carranza Enriquez
Institución:	Tmarc
Especialidad:	Secretaria General de Arbitraje
Firma:  Edith B. Carranza Enríquez Secretaria General TMARC	Fecha: 19 de agosto de 2023.

II. ÍTEM

2. ¿Cuál es su reporte de casos en el que se solicitaron medidas cautelares a partir de los años 2018 a 2020 y 2021 a 2023?

En el 2018, solo en el 15% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.

En el 2019, solo en el 15% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.

En el 2020, solo en el 5% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.

En el 2021, en ninguno 2% de los arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.

En el 2022, solo en el 5% de arbitrajes institucionales, se solicitaron medidas cautelares.

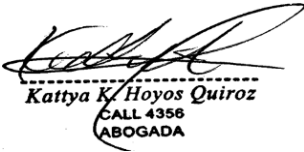
En el 2023, se cuenta solo con 1 medida cautelar solicitadas en el año 2023.

ANEXO 03:

**GUÍA DE ENTREVISTA A LOS ESPECIALISTAS EN EL ARBITRAJE
FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO**

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Kattya Karyna Hoyos Quiroz
Especialidad:	Arbitro
Firma:  Kattya K. Hoyos Quiroz CALL 4356 ABOGADA	Fecha: 11 de Agosto de 2023

II. ÍTEM

- 1. ¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

Para responder a esta pregunta, es necesario establecer la pirámide jerárquica de las normas. Los Decreto de Urgencias lo hace el ejecutivo, más no el legislativo. Estos son mecanismos vinculados con el arbitraje y eso tiene que ver con la cantidad de arbitraje que el estado peruano venia perdiendo y no necesariamente por cuestiones técnicas o legales.

Al respecto existe una injerencia directa en cuestionar las decisiones de los árbitros y en todo caso tener hasta cierta manera un cuestionamiento directo de la administración libre de los árbitros en las decisiones en los casos de contratación pública.

- 2. Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento?**

No, no solo no es proporcional, sino que en Contrataciones con Estado hay que tener un equilibrio frente al Estado que obviamente forma parte de un litigio con

el privado. En este caso estas garantías si bien es cierto están puestas para lograr este equilibrio, el Estado no puede ser privilegiado en un proceso arbitral y lo que ocurre con esta norma es que simplemente vas a desanimar al contratista para que cuestione alguna petición o controversia, porque no le resultara via practica la ejecución de una pretensión frente a tener que garantizarla con la misma cantidad de la carta fianza.

3. Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?

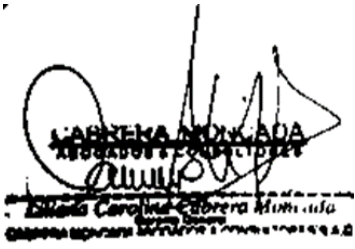
Sí, es justamente el principio de igualdad procesal cautelar y la administración de justicia lo que se ve afectado a través de este Decreto que aun está vigente y que a todas luces no solo por el manejo de los contratistas sino también por el buen manejo de las Contrataciones con el Estado, es inconstitucional, siendo lesivo contra una de las partes que legítimamente acude al arbitraje.

GUÍA DE ENTREVISTA A LOS ESPECIALISTAS EN EL ARBITRAJE

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Carolina Cabrera Moncada
Especialidad:	Arbitro
Firma: 	Fecha: 14 de agosto de 2023

II. ÍTEM

1. **¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

No, no se debio establecer dicha modificatoria.

Para mí, esta modificatoria es inconstitucional, ya que, los decretos de urgencia se dan ante situaciones urgentes y regulan materias económicas; aquí no se esta regulando una materia propiamente económica; que esta relacionado a un tema económico sí, pero esta mal dado.

2. **Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garatia de fiel cumplimiento?**

No, no debería establecerse porque siempre se ha dejado a decisión del Tribunal o Juez dependiendo a quien se le este otorgando la medida cautelar o dependiendo de cada caso, entonces establecer una garantía con un monto determinado le quita incluso facultades al tribunal y esa autonomía para tomar una decisión. Además es limitante para el contratista.

- 3. Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?**


Sí, además vulnera la proporcionalidad y razonabilidad ya que se establece como monto el 10% de la carta fianza bancaria, entonces si quieres una medida cautelar para la nueva ejecución de la fianza ¿Cómo es que se exige el mismo monto? ¿Otra carta fianza para que no se ejecute la carta fianza? Es irracional.

GUÍA DE ENTREVISTA A LOS ESPECIALISTAS EN EL ARBITRAJE

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	María Del Carmen Altuna Urquiaga
Especialidad:	Arbitro
Firma:  MARÍA DEL CARMEN ALTUNA URQUIAGA	Fecha: 18 de setiembre de 2023

II. ÍTEM

- ¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

Considero que la modificatoria debería ser por un instrumento legislativo general, no necesariamente por decreto de urgencia porque el fin de este darle potestad al poder ejecutivo cuando existen situaciones de emergencia o se trate de un tema económico que requiera necesidad urgente de la actuación del Estado.

- Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento?**

Si consideramos el principio de igualdad de partes, podría no considerarse proporcional.

- Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?**

Sí.


GUÍA DE ENTREVISTA A LOS ESPECIALISTAS EN EL ARBITRAJE

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Edith Carranza Enríquez
Especialidad:	Arbitro
Firma:	Fecha: 19 de agosto 2023



Edith B. Carranza Enríquez
Secretaría General TMARC

II. ÍTEM

1. **¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

No, porque un Decreto de Urgencia se da cuando surge algo extraordinario a nivel nacional en materia económica y este decreto surgió a raíz de la corrupción que venía surgiendo, además existen otros medios para modificar una norma de este tipo.

Esta normativa vulnera derechos.

2. **Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento?**

No, porque partiendo desde el objeto de la contracautela que busca garantizar al afectado de la medida cautelar los daños a la parte que en este caso es el contratista, que tuvo que soportar sus efectos durante el proceso. Este resulta irracional.

3. **Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar,**

como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?


Sí, pues no existe el respeto a la tutela jurisdiccional efectiva en los arbitrajes donde el estado es parte, además de que no permite una evaluación objetiva frente al acceso de una medida cautelar.

GUÍA DE ENTREVISTA A LOS ESPECIALISTAS EN EL ARBITRAJE

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Jose Zegarra Pinto
Especialidad:	Arbitro
Firma: 	Fecha: 13 de setiembre de 2023

II. ÍTEM

1. **¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

Un decreto de urgencia se da en el marco de un interés nacional, situación extraordinaria y debe estar referido a materia económica o financiera. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que Los Decretos de Urgencia deben cumplir los criterios de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad. Ahora bien, dado que la ley busca mitigar los efectos de la corrupción, sin embargo, existen otros mecanismos legales para modificar una norma que regula un mecanismo de resolución de conflictos con carácter jurisdiccional como lo es el arbitraje, en tanto se ha perjudicado diversos derechos, principalmente el de igualdad en un arbitraje en contrataciones con el Estado. En ese caso, el control de la corrupción no dota de excepcionalidad la emisión del presente Decreto de Urgencia, en tanto a través de otro mecanismo legal se pudo efectuar las respectivas modificaciones de la ley de Arbitraje, luego de un análisis más detallado y certero en sus fundamentos

que impidan vulneraciones a diversos derechos de las partes en un proceso arbitral.

2. Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento?

Considero que no es proporcional la exigencia de una garantía no menor a la de fiel cumplimiento, por la misma razón que fundamenta la contracautela. En ese sentido, la función del otorgamiento de una contracautela es garantizar los eventuales daños y perjuicios del afectado con la medida cautelar, es decir, el monto no puede estar previamente determinado, dado que estaremos ante supuestos en los que el monto de la medida cautelar puede resultar mayor o menor al monto de fiel cumplimiento. Por lo tanto, carece de proporcionalidad y razonabilidad dicha exigencia, restándole autonomía al árbitro o juez determinar la cantidad del monto en función al caso en concreto en concordancia con los principios antes esbozados.

3. Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?


Si estamos ante una vulneración dentro del arbitraje. Esto se configura cuando se exige condiciones abusivas a una de las partes, en este caso el contratista, para solicitar una medida cautelar. Siendo la tutela cautelar una manifestación del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, se restringe el acceso a esta figura con el único fundamento de evitar su uso abusivo (de acuerdo con la exposición de motivos del Decreto de Urgencia) en contra del Estado. Por ende, existe un trato diferenciado para el acceso a la tutela cautelar.

GUÍA DE ENTREVISTA A LOS ESPECIALISTAS EN EL ARBITRAJE

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Carlos Enrique Álvarez Solís
Especialidad:	Arbitro
Firma: 	Fecha: 01 de setiembre de 2023

II. ÍTEM

- ¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

No en lo absoluto, este Decreto de Urgencias data desde enero del año 2020 cuando no teníamos Congreso de la República, estábamos en terreno parlamentario y quien regulaba era el poder ejecutivo vía Decreto de Urgencia. Ahora yo creo que ello fue un gran error por parte del presidente de aquel entonces, quien fue el señor Martín Alberto Vizcarra Cornejo, pero que fue producto de una coyuntura político especial, pues existía lamentablemente un deprimiento permanente en contra del arbitraje producto del escándalo de corrupción de los arbitrajes de Odrebrech y también de los arbitrajes de Orellana, por eso que el ex presidente Vizcarra tuvo que tomar una decisión de forma rápida y celeridad para poder asegurar al estado, pues se daba la idea también que el Estado era el gran perdedor de los procedimientos arbitrales, pese a que el informe de la Contraloría Nacional de la República y de la Pontificia Universidad Católica del Perú brinda una data contraria.

- Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento?**

El contrato con el Estado tiene una particularidad, pues existen un montón de cláusulas plenipotenciarias, preexistentes ya dirigidas en la norma propia de Contrataciones con el Estado, que garantizan una especie de asimetría contractual en favor del Estado, tómale los ejemplos:

- La garantía de fiel cumplimiento equivalente al 10% del monto del contrato.
- Si se dan garantías por adelanto de materiales o adelanto directo o garantías por monto diferencial estas tienen que ser dadas por la totalidad del monto que se está otorgando por parte del Estado, que es mucho mayor al 10% del monto del contrato.
- Las cláusulas de penalidades.
- Las normas técnicas de cumplimiento con perfil profesional.
- La cláusula anticorrupción, etc.

En punidad existe un sin número de cláusulas y de normas que el propio Estado provee y que de alguna u otra manera se justifican y se justifican porque el estado contrata no con el dinero que produce sino con el dinero que el propio estado recauda y la recaudación parte de la colectividad, es decir de los impuestos de la población, es por ello que debe existir una simetría funcional, contractual entre los pares.

Esto es aceptable en etapa de selección e inclusive en etapa de ejecución contractual, pues la lógica es garantizar que el contrato cumpla la finalidad publica, pero cuando ya estamos en etapa de solución de controversias el Estado se comporta como una parte procesal y ya no como un sujeto que cuenta con una simetría funcional por un rol de garante dentro de la sociedad ¿se está convirtiendo en demandante o se está convirtiendo en demandado? Por lo tanto, no debería existir alguna diferenciación de trato.

Lo que esta normativa hace es convertir una simetría que ya existía o que ya preexistía en la etapa de procedimiento de selección, actuaciones preparatorias y ejecución contractual y que es trasladada a un terreno donde el estado ya no debe de competir con un desigual.

Entonces no se justifica por ningún motivo

- 3. Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?**


Por su puesto y no solo ese principio, igualdad de trato, equilibrio económico financiero, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.

GUÍA DE ENTREVISTA A LOS ESPECIALISTAS EN EL ARBITRAJE

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Duberly More Castillo
Especialidad:	Secretaria Arbitral
Firma:  DUBERLY MORE CASTILLO SECRETARIA ARBITRAL TMARC	Fecha: 03 de setiembre de 2023

II. ÍTEM

1. **¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

A criterio personal considero que no había necesidad de la modificación si bien la preocupación del estado es disminuir la cantidad de laudos que no le eran favorables, primeramente, debería ser consciente de sus propias deficiencias en la gestión de sus contratos y preocuparse en trabajar en ellas, porque el arbitraje es una forma en la que se ejerce función jurisdiccional, por ende el estado no debe ni puede emitir normas jurídicas que vayan contra los principios que rigen su ejercicio, pues en dicho caso las normas serán implicadas por los órganos jurisdiccionales por ser contrarias a la constitución.

2. **Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento?**

Considero que no es proporcional dado que esta disposición genera un desequilibrio entre el estado y el contratista en el proceso ante el diferente tratamiento de los requisitos para que se ejecute la medida cautelar, por otro lado, resulta irrazonable que resulta la exigencia de una contracautela con una forma y un monto predeterminado en todo caso sin atender en si las circunstancias del caso

en concreto. Por lo que, sería adecuado delimitar el ámbito de actuación de la modificación normativa con la finalidad de no generalizar una regla que es del todo particular por lo que se debería proponer realizar una interpretación restrictiva en lo posible y que no se expanda los alcances de la modificatoria en materia de contracautela

3. Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?

Como se señalaba anteriormente esta medida no es proporcional por ende si se está vulnerando el principio de igualdad procesal, dado que la norma establece una limitación a un derecho de rango constitucional que es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, porque, el titular del derecho no podrá ver satisfecho es decir no vera atendida su solicitud cautelar a menos que cumpla con la presentación de la garantía de fiel cumplimiento.

GUÍA DE ENTREVISTA A LOS ESPECIALISTAS EN EL ARBITRAJE

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Sologuren Calmet Hugo
Institución:	Árbitro
Especialidad:	Especialista en Contrataciones del Estado y otros
Firma:  HUGO SOLOGÜREN CALMET	Fecha: 30/10/2023

II. ÍTEM

1. **¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

Para contestar esta interrogante debemos partir de la justificación expresada por el Poder Ejecutivo en la exposición de motivos¹ del Decreto de Urgencia N° 020-2020, la cual, señala:

¹ Ver: <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2020/Enero/24/EXP-DU-020-2020.pdf>

II.- JUSTIFICACIÓN DE LA URGENCIA DE LA MEDIDA

La presente propuesta normativa es urgente y no puede esperar hasta la instalación del próximo Congreso, toda vez que actualmente existe el potencial perjuicio de que continúe la paralización de ejecución de obras, tales como la de los hospitales regionales de Cuzco, Tacna y Junín, y además teniendo en cuenta que se iniciarán programas de infraestructura el próximo año 2020 y se tiene diversos contratos importantes que requieren ser protegidos.

El Poder Ejecutivo justificó la necesidad de la medida en base a un riesgo potencial por paralización de obras de algunos hospitales que estaban ubicados en Cusco, Tacna y Junín.

Efectivamente, por ejemplo, el contrato de la ejecución del Hospital de Tacna estuvo plagado de medidas cautelares que determinaron que no se pueda ejecutar la obra, y este caso fue de público conocimiento.

El detalle aquí es que este caso como los de Cusco y Junín eran excepciones a la regla general y las medidas cautelares emitidas por los Tribunales Arbitrales que se constituyeron para resolver las controversias de dichas obras, fueron muy cuestionadas no solo por su contenido y poca motivación, además, por los árbitros quienes emitieron estas decisiones cautelares.

Tomando como base una situación casi inusual, se generalizó y prácticamente satanizó las medidas cautelares.

Asimismo, el Poder Ejecutivo incurrió en diversas imprecisiones al momento de justificar la necesidad de la emisión del Decreto de Urgencia, considerando que era el arbitraje el culpable de que el Estado pierda montos ingentes en los procesos que era parte, cuando ello desde el año 2013, se estableció claramente por parte de la Contraloría General de la República en el informe “El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013”, que la causa de que el Estado pierda en los procesos arbitrales no era por el arbitraje, sino que la razón radicaba en:

2. Los resultados desfavorables que registran las entidades del Estado en la mayoría de los casos no son producto de problemas derivados del propio sistema arbitral. Estos resultados se dan por las causas que generan que el Estado sea llevado a un arbitraje y que por lo general, están referidas a problemas en el proceso de gestión en las contrataciones públicas.

En ese sentido, el Poder Ejecutivo obvió sin mayor justificación los estudios que realizó la Contraloría General de la República sobre porque el Estado resultaba perdedor en los procesos arbitrales.

Teniendo en cuenta este contexto, no era necesario realizar modificación alguna a la Ley de Arbitraje por cuanto, la justificación del Poder Ejecutivo, no se condice con la real situación del arbitraje en contratación pública, siendo que la modificación responde a un tema político y no técnico. Lamentablemente las normas no son pensadas por técnicos expertos en la materia, sino por personas que solo piensan cuanto de popularidad van a ganar con una u otra decisión.

En relación con la pregunta sobre si era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, debemos traer a colación que la justificación del Poder Ejecutivo fue:

Esta incorporación encuentra sustento en la abusiva utilización de las medidas cautelares por parte de los contratistas, cuyo otorgamiento genera consecuencias negativas para el Estado, por ejemplo, paralización de la ejecución de obras, afectación en la prestación de servicios públicos, etc.

Nuevamente la motivación cae en imprecisiones, porque, incluso la propia norma de contratación pública, determina que la ejecución de una obra se paraliza cuando cualquiera de las partes resuelve el contrato conforme lo establecía el primer párrafo del artículo 177^{o2} del Decreto Supremo N° 350-

² Artículo 177.- Resolución del Contrato de Obras

2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente cuando se emitió el D.U. N° 020-2020, entonces, una medida cautelar no es ni sería la única culpable de la paralización de una obra.

Asimismo, se señaló que se afectaban la prestación de servicios públicos, no obstante, no se detalle que servicios se vieron afectados.

En atención a ello, no se aprecia que se haya motivado la necesidad de la modificación en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071.

Debemos recordar que en esencia, un arbitraje pasa por la elección de los árbitros, buenos árbitros determina que se tenga un buen proceso arbitral, por ello, suele decirse que el arbitraje vale lo que valen los árbitros que son elegidos para ello.

Si las partes designan árbitros con poca trayectoria o que no son reconocidos como los mejores o buenos árbitros, no se podría esperar mucho de un proceso arbitral.

Respecto a si la modificación de la Ley de Arbitraje era necesario establecerla vía Decreto de Urgencia, debo precisar que particularmente, esta interrogante esta más conducida a un aspecto constitucional para poder emitir una respuesta adecuada.

No obstante, mi particular posición, es que de lo desarrollado en la presente entrevista, se puede evidenciar fácilmente que no existía una debida motivación para realizar la modificación y ello determina que tampoco era necesario usar un decreto de urgencia.

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

Lo que si queda claro es que resulta mucho más fácil emitir un decreto de urgencia para modificar una norma tan importante y buena como la Ley de Arbitraje peruana que ha sido reconocida como una de las mejores en el mundo, a que esperar por un proceso legislativo para modificar una ley con otra ley como impone la razón y la lógica.

2. Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento?

El monto que debe ser considerado para emitir la contracautela en la concesión de una medida cautelar no es proporcional.

Gramaticalmente lo proporcional significa dicho de una cantidad o de una magnitud: Que mantiene una proporción o razón constante con otra³.

A simple vista no existe mayor razón o proporción entre una contracautela por el monto de la garantía de fiel cumplimiento y los posibles daños que se podrían producir con la ejecución de una medida cautelar.

Un ejemplo concreto, cómo se calcularían los daños que pudiera tener una Entidad que no puede ejecutar la carta fianza por fiel cumplimiento, cuando la resolución del contrato se encuentra en controversia en un arbitraje, resulta lógico establecer que no se podría cuantificar daños futuros o posibles.

Así como, no se podría evidenciar cuál es el daño que se genere en perjuicio de la Entidad por no poder ejecutar una carta fianza.

Por otro lado, es importante traer a colación, que una Entidad no deja de tener una garantía a su favor en el marco de los contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, dado que, siempre tendrá una carta fianza por fiel cumplimiento y cartas fianzas por los adelantos que otorgue.

El Estado no deja de estar garantizado, por lo que, pedir una segunda garantía para garantizar lo que ya tiene otra garantía, sería en términos simples un exceso de garantías a favor del Estado.

Nadie niega que en el marco de la ejecución de contratos regidos por la Ley de Contrataciones del Estado se encuentra de por medio el interés público y los fondos públicos, no obstante, ello no significa que el Estado sea una parte desprotegida o como se suele decir la parte más débil de la relación contractual.

³ Ver: <https://dle.rae.es/proporcional>

3. Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?

Antes de contestar debo traer a colación las diversas opiniones de árbitros y las posiciones expresadas en diversos foros académicos que han tenido como factor común que el Decreto de Urgencia N° 020-2020, vulnera el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional cautelar, a la igualdad y al presupuesto cautelar de razonabilidad.

Partiendo de ello, ha sido largamente discutido en eventos académicos las vulneraciones cometidas por el Decreto de Urgencia N° 020-2020, es por ello que en diversos pronunciamientos emitidos por destacados árbitros, la norma antes mencionada simplemente ha sido dejada de lado, por su flagrante vulneración a la tutela cautelar.

Es importante tener en cuenta que el derecho a la tutela cautelar es definido como el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional -a través de una cognición sumaria- el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse⁴.

Al condicionarse que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado simplemente se esta vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional del contratista.

A ello, debemos agregar que no existe una motivación que permita evidenciar la necesidad de establecer condiciones al ejercicio de un derecho fundamental, aspecto que también evidencia la fragilidad técnica del Decreto de Urgencia N° 020-2020.

⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. “El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites”, 184. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11799>.

GUÍA DE ENTREVISTA A LOS ESPECIALISTAS EN EL ARBITRAJE

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Rodrigo Andres Freitas Cabanillas
Institución:	Universidad Científica del Sur y Universidad Privada del Norte
Especialidad:	Especialista en Contrataciones del Estado y Derecho de la Construcción
Firma:	Fecha: 03/11/2023

II. ÍTEM

1. **¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

Rpta: Ciertamente, no resultaba imperativo modificar el mencionado artículo y mucho menos garantiza la transparencia de los procedimientos y no previene la corrupción.

Cuando se emitió el DU, el Perú se encontraba sin congreso, siendo que el Poder Ejecutivo tenía las facultades legislativas, no siendo realmente urgente esta modificación para el arbitraje ni para los contratos con el Estado, en la situación en la que nos encontrábamos.

Esta enmienda, no fortalece el sistema de arbitraje institucional y no contribuye a la proliferación de casos en los que conductas indebidas menoscaban la eficacia del arbitraje y ocasionan perjuicios significativos al Estado Peruano, su

exposición de motivos no tiene un verdadero análisis de costo – beneficio, y mucho menos un análisis de impacto regulatorio.

2. Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento?

Rpta: El segundo párrafo del numeral 2 del Artículo 8 establece que "El monto de la contracautela lo determina el juez o el tribunal arbitral ante el cual se solicita la medida cautelar, y dicho monto no puede ser inferior a la garantía de fiel cumplimiento". Esta disposición plantea la posibilidad de que el juez tenga el poder de establecer el monto de la garantía, lo cual podría dar lugar a acuerdos internos o favoritismos. Por lo tanto, en mi opinión, el monto de la contracautela no debe ser equivalente al monto de la garantía de fiel cumplimiento para evitar posibles conflictos de interés o sesgos en la determinación del monto; mas no tiene ninguna relación y desnaturaliza la figura de la contracautela, que siendo una garantía debe ser analizada caso por caso.

3. Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?


Rpta: El requerimiento de esta contracautela vulnera el principio del debido proceso cautelar y la igualdad ante la Ley. Dado que solo está prevista cuando el solicitante es el privado, pero nunca cuando sea el Estado. La contracautela, en realidad, cumple un papel importante al garantizar la transparencia y prevenir actos de corrupción en el proceso. Al requerir que la parte que solicita una medida cautelar proporcione una contracautela, se busca equilibrar los intereses en juego y proteger los derechos de ambas partes involucradas en el proceso legal. Esto debe ser coherente con el principio de equidad y justicia que subyace en el debido proceso cautelar.

GUÍA DE ENTREVISTA A LOS ESPECIALISTAS EN EL ARBITRAJE

FORMATO DE VALIDACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

Instrumento de evaluación es de la investigación titulada: “Medidas Cautelares en el Arbitraje de la Contratación Pública bajo el principio del Debido Proceso”

I. DATOS GENERALES

Apellidos y nombres:	Chávez Chiguala Diana Milagros
Especialidad:	Secretaria General de Arbitraje.
Firma:	Fecha: 10 de noviembre de 2023
	

II. ÍTEM

1. **¿Para usted era necesario establecer la modificatoria en el art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071?, ¿Era necesario establecerlo vía Decreto de Urgencia?**

Con respecto a ello, considero que no, puesto que con esta modificatoria se están vulnerando los principios y derechos de los contratistas.

2. **Para usted ¿Es proporcional la exigencia – monto no menor a la garantía de fiel cumplimiento?**

La medida cautelar es un instrumento procesal de carácter precautorio. En este caso, el arbitraje de oficio o a solicitud de las partes con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e interés que respondan a dilucidar en el proceso. Para mí el Estado, esta sobre rodeado y resguardado de todo tipo de garantía en el contrato; sin embargo, deja de lado el resguardo del contratista desentendiéndose del debido proceso.

- 3. Usted ¿Considera que la exigencia del art. 8 numeral 2 segundo párrafo del Decreto de Legislativo N° 1071, que el contratista que quiera solicitar una medida cautelar en un arbitraje en contra del Estado deba presentar, como contracautela, una carta fianza equivalente al 10% del monto contratado vulnera el principio del debido proceso cautelar?**

Sí, estamos ante una vulneración, pues se exige condiciones abusivas al contratista para poder ejercer su derecho de solicitar una medida cautelar.