

Apuntes sobre el arbitraje en la nueva ley general de contrataciones públicas

Notes on Arbitration in the New General Law on Public Procurement

Luis Juárez Guerra*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen:

Mediante el presente artículo se analizan algunas de las disposiciones arbitrales contenidas en la nueva Ley General de Contrataciones Públicas – Ley N.º 32069 que, a criterio del autor, resultan controvertidas, se presentan incompletas o merecen un mayor desarrollo para su mejor comprensión.

En particular, se analizan aspectos vinculados a normas procesales aplicables al arbitraje, normas sustantivas aplicables al fondo del asunto, judicialización de pretensiones derivadas de la falta de aprobación total o parcial de prestaciones adicionales, continuidad de ejecución de prestaciones, la caducidad en el arbitraje, el carácter obligatorio del laudo arbitral y, la contracautela de medidas cautelares.

Abstract:

This article analyzes several arbitration provisions contained in the new General Law on Public Procurement – Law No. 32069, which, in the author's view, are controversial, incomplete, or require further development for better understanding.

In particular, it examines aspects related to procedural rules applicable to arbitration, substantive rules governing the merits of the case, judicialization of claims arising from the total or partial non-approval of additional services, continuity in the performance of contractual obligations, the statute of limitations in arbitration, the binding nature of the arbitral award, and the countersecurity required for interim measures.

Palabras clave:

Arbitraje; Contrataciones Públicas; Ley; Reglamento

Keywords:

Arbitration; Public Procurement; Law; Regulation

* Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por ESAN. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor legal en Derecho Corporativo, Contrataciones Públicas y Derecho Arbitral. Patrocinio especializado en procesos arbitrales sobre Contrataciones del Estado y Derecho Comercial. Integrante de la Nómina de Árbitros del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la PUCP, del Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú, de la Dirección de Arbitraje del OSCE y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio del Cusco, habiendo participado como tal en múltiples arbitrajes. Responsable y Coautor del "Informe para el Perfeccionamiento de la Normativa de Contrataciones del Estado – Estudio Comparado" (2013) por encargo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE. Correo de contacto: ljuares@jhabogados.com

1. Introducción

Asistimos a una nueva etapa en el sistema de contrataciones públicas con la reciente publicación de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas¹ y su Reglamento², los cuales traen, por supuesto, innovaciones en todos los ámbitos o, más propiamente, en las distintas fases del proceso de contratación pública, siendo materia del presente artículo abordar aquellos aspectos del arbitraje de este especial tipo de contratación, que consideramos resultan relevantes ser analizados dadas sus implicancias.

Ciertamente, resulta importante destacar la apuesta del legislador por la permanencia del arbitraje como mecanismo último para la solución de controversias en el ámbito de las contrataciones públicas, pese a las constantes críticas recibidas durante sus más de veinticinco años de vigencia, traducidas en una serie sucesiva de modificaciones legislativas que han ido más allá de su ámbito normativo, para recalar en la propia Ley de Arbitraje que lo regula de manera general³.

Mediante el presente trabajo se abordarán lo que, a criterio del autor, constituyen aspectos o temas de la nueva normativa de contrataciones públicas vinculadas al arbitraje que, independientemente de su novedad o no, generan diversas interpretaciones en su aplicación.

2. Normas procesales aplicables al arbitraje

Con cierta frecuencia se suelen omitir disposiciones arbitrales, obligatorias o vinculantes de la normativa de contrataciones públicas⁴, en las reglas arbitrales de un determinado proceso arbitral.

Esta situación, presente desde el origen del proceso arbitral, pareciera sintomática de un problema mayor, consistente en la poca relevancia que se le da o desconocimiento del carácter vinculante antes señalado, que exige un análisis de las implicancias y alcances de esta especial regulación en el desarrollo o *iter* procesal del arbitraje, no debiendo soslayar el hecho que, siendo tales disposiciones de orden público, su inobservancia puede generar consecuencias adversas a la validez de las decisiones que se adopten durante el arbitraje y, en definitiva, del propio Laudo Arbitral.

Así, si bien bajo los alcances de un arbitraje nacional, de tipo institucional, al amparo de lo establecido en la Ley de Arbitraje —digamos, uno comercial—, prima —en este orden— i) el acuerdo

de las partes recogido en el convenio arbitral, ii) las reglas de la institución arbitral y, finalmente, iii) la Ley de Arbitraje, la situación cambia cuando nos encontramos bajo el ámbito de un arbitraje en contrataciones públicas, en el que, incluso, el propio acuerdo de las partes en el convenio arbitral debe observar las disposiciones arbitrales de obligatorio cumplimiento contenidos en dicha normativa, primando también sobre las reglas arbitrales de la institución arbitral designada, y las de la Ley de Arbitraje.

Bajo tales premisas, las reglas procesales en un arbitraje derivado de contrataciones públicas deben respetar el siguiente esquema de prelación: i) convenio arbitral (siempre que respete o no se oponga a las disposiciones arbitrales vinculantes contenidas en la normativa de contrataciones públicas), ii) disposiciones arbitrales vinculantes de la normativa de contrataciones públicas, iii) las reglas de la institución arbitral y, iv) la Ley de Arbitraje.

Sin ánimo de ser exhaustivo, algunas de las disposiciones obligatorias o vinculantes de la Ley son las siguientes:

- a) Prelación normativa en la solución de controversias (Constitución Política del Perú, Ley y su Reglamento, normas de derecho público, normas de derecho privado), regulado en el numeral 76.2 de la Ley.
- b) Pretensiones que no pueden ser sometidas a mecanismos de solución de disputas de la Ley, tales como enriquecimiento sin causa o indebido o, pago de indemnizaciones o, cualquier otra de similar naturaleza derivada de la falta de aprobación de prestaciones adicionales o, aprobación parcial por parte de la Contraloría General de la República, todos los cuales son de competencia del Poder Judicial. Regulado en el numeral 76.3 de la Ley.
- c) Los supuestos y plazos de caducidad para someterlos a arbitraje, establecidos en los numerales 84.4 al 84.8 de la Ley.
- d) Obligatoriedad de notificar el laudo vía Pladicop, regulado en el numeral 84.9 del artículo 84° de la Ley.
- e) No procede la concesión de una medida cautelar por el juez o el Tribunal Arbitral sin traslado previo a la contraparte, regulado en el literal (d), numeral 85.1, artículo 85° de la Ley.

1 Ley General de Contrataciones Públicas, aprobada mediante Ley N.° 32069.

2 Reglamento de la Ley General de Contrataciones Públicas, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-2025-EF.

3 Decreto Legislativo N.° 1071.

4 Aun cuando suene contradictorio aquello de “disposiciones arbitrales de orden público”, resulta innegable su existencia en tal normativa, debiendo precisar que coexisten igualmente otras de carácter dispositivo o facultativo, respecto de las que las partes gozan de libertad para su regulación o aplicación.

- f) No proceden las medidas cautelares destinadas a impedir, paralizar o retrasar el inicio o continuidad de la ejecución de obras en salud, educación, infraestructura vial y saneamiento, y la gestión y conservación por niveles de servicio para el mantenimiento vial, regulado en el literal (e), numeral 85.1, artículo 85° de la Ley.

Es importante recordar que, con la suscripción del contrato, las partes contratantes quedan sometidas a las disposiciones de la normativa de contrataciones públicas, entre ellas, las disposiciones arbitrales obligatorias allí reguladas. De la misma manera, y desde el momento en que los árbitros aceptan su designación a este tipo de arbitrajes, quedan igualmente sometidos a tales disposiciones. En ese sentido, no incluirlas ni considerarlas como parte de las reglas arbitrales de un caso concreto, supondría inobservarlas, lo cual puede ser considerado como causal de anulación de laudo prevista en el literal “c”, numeral 1, artículo 63° de la Ley de Arbitraje.

3. Normas sustantivas aplicables al fondo del asunto

Sobre este punto, resulta especialmente destacable la disposición proveniente de versiones anteriores de la Ley, ahora recogida en el numeral 76.2 del artículo 76°, cuyo tenor es el siguiente:

76.2. Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado. Se mantiene obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

La disposición bajo análisis ha introducido un par de instituciones jurídicas relevantes que corresponde destacar.

Una primera, la del principio de especialidad normativa, según la cual, lo específico prevalece sobre lo genérico, de forma tal que la ley especial prima sobre la ley general. Asimismo, y desde otra perspectiva, se puede afirmar que se presenta una prevalencia ante lo cronológico, cediendo ante el jerárquico, salvo que la ley posterior establezca lo contrario expresa o tácitamente.⁵

El citado principio no supone que, en el supuesto de contradicción entre una norma general y otra especial, la primera quede derogada, sino que, ante la vigencia simultánea de ambas normas, la ley especial se aplicará con preferencia a la ley general en aquellos supuestos contemplados en dicha norma.

En ese orden de ideas, y como también se refiere, “las “normas especiales” no contradicen a las “normas generales”, sino que están contenidas en ellas. Su relación es de contenido-continente, por lo que las “normas generales” no se derogan, sino que se inaplican para el caso específico” (Zegarra, 2005, p. 133).

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 018-2003-AI/TC) precisa que las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo sui generis de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas.

Una segunda institución, recogida en el numeral bajo comentario, no menos importante, es la de la aparente incorporación en la norma del control difuso de la Constitución a ser aplicada por los árbitros⁶ en el ámbito de las contrataciones públicas. Ciertamente, tal facultad o prerrogativa viene precedida del reconocimiento jurisprudencial del que han sido objeto los árbitros a través de decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional, como refiere Bustamante (2019):

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido jurisprudencialmente que los árbitros pueden y deben ejercer ese tipo de control. Lo explica de esta manera: “Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente [...], y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdiccional ordinaria o constitucional. (p. 104)

En el mismo sentido se pronuncia Landa, cuando refiere que:

En efecto, a partir de las consideraciones vertidas por el Tribunal, se ha interpretado que: [...] los árbitros no podrían cumplir con la Constitución sin tener la facultad de inaplicar una ley contraria a ella». En ese mismo sentido, se ha sostenido que la potestad de los árbitros de aplicar el control difuso, constituye no solo una facultad, sino también un deber, cuyo incumplimiento habilitó la intervención de la justicia constitucional.

En consecuencia, si en el marco del ejercicio de sus funciones, los árbitros son requeridos o advierten

5 Para mayor detalle, véase, Betti, E. (1975). Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducido por José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado. p.119.

6 No podríamos extender la facultad o prerrogativa del control difuso a los adjudicadores en tanto no ejercen verdadera jurisdicción. Tampoco a los conciliadores en tanto no son juzgadores, al tratarse la conciliación de un mecanismo autocompositivo de solución de controversias.

incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma de inferior jerarquía, tendrán el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sean contrarias a la Constitución.

Ahora bien, ¿la inobservancia del principio de especialidad o el no ejercicio del control difuso por parte de los árbitros, previstos en la citada norma, podrían constituir causales de anulación de laudo?

Tal como fuera señalado en páginas anteriores, la normativa de contrataciones públicas contiene disposiciones arbitrales de ineludible cumplimiento que deben ser incorporadas y respetadas por los árbitros, dado su carácter vinculante. Se trata, así, de disposiciones incorporadas por imperio de la norma cuya inobservancia por parte de los árbitros implicaría un trastocamiento del acuerdo de las partes, sometidas voluntariamente a este tipo especial de contratación, pudiendo configurarse, a nuestro entender, la causal de anulación prevista en el literal c, numeral 1, del artículo 63° de la Ley de Arbitraje.

4. Judicialización de pretensiones derivadas de la falta de aprobación total o parcial de prestaciones adicionales

De acuerdo con el numeral 76.3 del artículo 76° de la nueva Ley, no pueden ser sometidas a la junta de prevención y resolución de disputas, conciliación o arbitraje, las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido o, pago de indemnizaciones o, cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas por parte de la Contraloría General de la República, siendo tales supuestos de competencia del Poder Judicial.

Es de advertirse que el legislador ha optado por la naturaleza extracontractual de tales reclamos, bajo la premisa de la inexistencia de algún acuerdo entre las partes que lo cobije, estando por tanto limitado el sometimiento de estas pretensiones a los mecanismos de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones públicas.

Es importante precisar que, al interponerse las demandas ante el Poder Judicial, no será necesario transitar la etapa previa de la conciliación, como requisito de admisibilidad de la demanda, en la medida que, por aplicación del principio de ley especial, prima la LGCP (artículo 76.3) por encima de lo establecido en la Ley de Conciliación.

Excepcionalmente, la norma refiere que las controversias relacionadas a prestaciones adicionales aprobadas por la entidad sí pueden ser sometidas a la junta de prevención y resolución de disputas o a arbitraje. Concordamos en que el universo de controversias derivadas

de una prestación adicional, debidamente aprobada, es bastante menor, en la medida que lo verdaderamente discutible es un escenario de prestaciones no aprobadas o denegadas, por lo que es altamente probable la infrecuencia de controversias bajo este supuesto.

5. Continuidad de ejecución de prestaciones

De acuerdo con el numeral 76.5 del artículo 76° de la Ley, el inicio del procedimiento de solución de controversias no suspende ni paraliza las obligaciones contractuales de las partes, salvo que la entidad contratante o el órgano jurisdiccional competente disponga lo contrario, de acuerdo con el plazo y condiciones establecidos en el reglamento.

Entendemos que el propósito de la norma es el de procurar que la activación de tales mecanismos para la solución de una controversia específica, no perjudique el normal desarrollo de las demás actividades del contrato, que no presenten problema alguno ni se encuentren vinculados con la misma; es decir, que mientras se desarrolle tal mecanismo, en paralelo se vayan ejecutando las demás prestaciones, bajo parámetros de eficiencia, lo cual resulta justificado.

Sin embargo, no siempre la materia controvertida se encontrará aislada o desvinculada de las demás actividades de la ejecución contractual, en mayor o menor medida, impidiendo que esta última se desarrolle de manera normal.

A lo anterior, cabe resaltar que, de acuerdo con la norma, la evaluación y decisión sobre la continuidad o no de la ejecución contractual corresponde exclusiva y unilateralmente a la Entidad.

Así, un primer tema se presenta en aquellos casos en los que la Entidad no discierna con claridad si existe o no la vinculación referida en párrafos anteriores, entre la materia sometida a controversia y las demás actividades del contrato, de manera que, en los casos en que se presente tal vinculación, correspondería la suspensión de todo o parte de la ejecución contractual, según el grado de compromiso existente. Lamentablemente, ni la Ley, ni —especialmente— el Reglamento han fijado pautas para ello, habiendo dejado la decisión en manos de la Entidad.

Un segundo tema se presenta en los casos en los que la parte que incumple sea, precisamente, la Entidad (ya sea por falta de pagos parciales, valorizaciones u otros), pese a lo cual, exija al contratista la continuidad de la ejecución de sus prestaciones. En estos casos, ¿podría el contratista oponer la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti*) recogida en el artículo 1426° del Código Civil para el ámbito civil?

Salvo lo establecido en el numeral 202.3 del artículo 202 del Reglamento⁷ para contratos de obra y, específicamente, los de construcción y, diseño y construcción, la excepción de cumplimiento no cuenta con una regulación general (aplicable a supuestos de bienes o servicios con pagos parciales) en la normativa de contrataciones públicas de manera orgánica, pudiendo verse limitado el contratista a oponerlo, lo que no le impide, ciertamente, a ejercer la facultad resolutoria prevista en dicha normativa ante el incumplimiento de su contraparte

6. La caducidad en el arbitraje

Tal como refiere Jiménez (2019), “el rol esencial de la caducidad se asienta en la seguridad jurídica”, de ahí que agregue que “el Derecho no es —no debe ser— un conjunto de caprichos imperativos o de voluntades arbitrarias del legislador, sino un sistema ordenado que permite tanto el juego de los intereses individuales como de los sociales. El aggiornamento de las figuras e instituciones jurídicas es indispensable, y es labor de la doctrina y, más aún, de la jurisprudencia”.

Sirve la reflexión de la autora para repasar si la manera en la que ha sido estructurada la caducidad en la nueva normativa de contrataciones públicas obedece a criterios de seguridad jurídica y equilibrio entre intereses individuales y sociales o si, por el contrario, obedece más bien a criterios efectistas cuyo objetivo es el de cautelar principalmente los intereses de una de las partes en detrimento de la otra y si, además, han sido regulados de manera objetiva y técnica.

De acuerdo con Castillo (2009), la caducidad es “el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o por la voluntad de los particulares” (p. 135).

Si bien los numerales 84.4 al 84.8 del artículo 84° de la Ley regulan los plazos de caducidad recogidos en la Ley; sin embargo, llama la atención que el legislador no haya incidido en los derechos materiales que pueden ser objeto de caducidad, sino en las controversias a las cuales se encuentran vinculados tales derechos, de manera que, si no se somete determinada controversia a los mecanismos de solución de controversias previstos en la Ley dentro del plazo establecido, caducará indefectiblemente el derecho material que subyace a tal controversia.

En otras palabras, sin importar, en estricto, qué derechos materiales se verán afectados con la caducidad, la norma se centra en los temas controvertidos y en el transcurso del plazo para someterlos a los mecanismos de solución de controversias, quedando extinguidos todos los derechos materiales que se encuentren detrás de tales controversias.

Así, las controversias sobre la validez, nulidad, resolución, terminación o ineficacia del contrato que no sean sometidas dentro de los 30 días a los mecanismos de solución determinarán que los derechos materiales vinculados o subyacentes a las mismas caduquen; pero, ¿qué derechos? Diversos, entre ellos, el derecho a consumir el contrato celebrado, el derecho a percibir la prestación (o la contraprestación), entre otros.

Repasemos, igualmente, otros supuestos recogidos en la norma. Así, el numeral 84.5 no hace referencia a controversias específicas sino a una generalidad bajo la fórmula “*las demás controversias*”, de manera que, cualquiera sea la controversia y el derecho material subyacente en juego, distintos a los señalados en el numeral 84.4, la caducidad operará a los 30 días hábiles luego de haberse entregado el bien o la obra o, de haberse presentado el entregable (en el caso de servicios).

En buena cuenta, mediante el numeral 84.5 el legislador ha establecido un plazo de 30 días hábiles para controvertir cualquier tema distinto a los señalados en el numeral 84.4, bajo sanción de declararse la caducidad del derecho material detrás de tal controversia, pero ¿qué derechos? Entendemos que el derecho a obtener la prestación contratada (identidad entre lo pactado y lo cumplido), el derecho a una menor o mayor contraprestación (según la parte que lo exija), el derecho a solicitar reajustes, entre otros.

A nuestro entender, si bien esta técnica legislativa se basa en la practicidad de identificar una controversia (las señaladas en el numeral 84.4), o un hito (entrega de la prestación), a partir de la cual se establece un plazo de caducidad de derechos subyacentes, se corre el riesgo de i) no identificar específicamente cuál es el derecho material a ser afectado con caducidad y, ii) no hacer el análisis de caducidad, precisamente, a partir de tal derecho.

Con el fin de graficar de mejor manera esta problemática, tomemos como ejemplo las controversias o pretensiones vinculadas a la

7 202.3. La falta de pago de dos valorizaciones consecutivas ocasiona la suspensión del plazo de ejecución contractual, para lo cual el contratista requiere a la entidad contratante el pago de por lo menos una valorización pendiente en un plazo no mayor de diez días. Vencido el plazo otorgado por el contratista, el residente anota en el cuaderno de incidencias la suspensión, que inicia desde el día siguiente de realizada la anotación. En este caso, la entidad contratante reconoce al contratista los costos directos y/o mayores gastos generales vinculados y acreditados.

validez o nulidad de penalidades. Como bien sabemos, en el ámbito de contrataciones públicas las penalidades son, en un primer momento, comunicadas (aplicadas), y luego, en un segundo momento, deducidas del pago correspondiente (ya sea en el pago parcial, en la valorización o, en el pago final). Independientemente de las oportunidades o momentos referidos (aplicación o deducción), queda claro que, en ambos casos, el derecho material es uno solo: el derecho a percibir el íntegro del pago, sin penalidades.

Bajo dicha premisa, se podría llegar a afirmar que, tanto la controversia sobre la aplicación de una penalidad, como la controversia por su posterior deducción, estarían afectos, cada uno, al plazo de caducidad de 30 días hábiles previsto en la norma, lo cual no resulta consistente ya que significaría que un mismo derecho (el señalado anteriormente) podría estar sujeto a dos plazos de caducidad distintos. Así, se advierte el riesgo de centrar el análisis de caducidad en las controversias o pretensiones, en lugar de hacerlo respecto del derecho material subyacente.

Otro aspecto que, al parecer, no ha sido considerado o precisado, es que no siempre la entrega del bien, servicio u obra están exentos de observaciones, para cuyo efecto la propia norma prevé un plazo para que la Entidad las formule y, a su vez, un plazo para que el contratista las subsane, previo al otorgamiento de la conformidad. En ese sentido, la norma debió señalar que el plazo de caducidad se computa desde la subsanación de la entrega, no desde la entrega misma.

Por otro lado, mediante el numeral 84.6 se han previsto excepciones al cómputo del plazo de caducidad recogido en el numeral 84.5, algunas de las cuales merecen mayor comentario.

Una de ellas sostiene que, en las controversias referidas a la conformidad del bien, servicio u obra, el plazo de caducidad se computa desde la negativa de su otorgamiento o desde el vencimiento del plazo para otorgarla, según corresponda. Una mirada incisiva del supuesto permite inferir que la caducidad gira, una vez más, no en torno a derechos materiales, sino a controversias sobre la conformidad, pudiendo ser las primeras, el derecho al cobro de la contraprestación, por parte del contratista o, el derecho a obtener la prestación contratada o idoneidad de la misma, por parte de la Entidad.

Adicionalmente, y en cuanto a la parte contratista, es importante advertir que la falta de emisión de la conformidad, que por ley es de exclusiva responsabilidad de la Entidad, perjudica no solo a la Entidad omisa, sino también al propio contratista, quien verá extinguido (caduco) cualquier derecho

en su favor derivado de la conformidad, como por ejemplo, el cobro de la contraprestación.

Es importante destacar, por otro lado, el acierto de la nueva Ley en corregir, a nuestro entender, un error proveniente de la anterior normativa, referido a la caducidad vinculada al pago final. Así, en el numeral 45.6 de la derogada Ley se establecía que las controversias no contempladas en los otros numerales del artículo 45° caducaban con el pago final, situación que, lejos de suponer un plazo de caducidad, constituía una condición sujeta a la exclusiva voluntad de la Entidad, quien podía definir la oportunidad en la que realizaba el pago final, generando la pérdida del derecho del contratista en controversia, lo cual era atentatorio, además, del principio de seguridad jurídica.

Corrigiendo el error, la nueva Ley establece un plazo expreso de caducidad de 30 días hábiles, a ser contados desde que se realiza el pago final.

Finalmente, el numeral 84.8 sentencia que los plazos señalados en los párrafos 84.4 al 84.7 son de caducidad y que, como ya referimos, lo que en realidad parece perseguir es un fin efectista, ya que busca limitar posteriores reclamos, extinguiendo no solo la acción sino el derecho mismo que subyace a los mismos.

7. El carácter obligatorio del laudo arbitral

El numeral 84.10 de la Ley señala que: “el pago del laudo arbitral es obligatorio, el reglamento establece los mecanismos de pago y su exigencia”.

A nuestro entender, lo dispuesto resulta redundante, ambiguo y antitécnico y, como se verá al analizar el Reglamento, hasta innecesario.

Es redundante en la medida que, tal como ya se encuentra establecido en el numeral 1 del artículo 59° de la Ley de Arbitraje, todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Por otro lado, se trata de una redacción ambigua, en la medida que pareciera hacer referencia, exclusiva y particularmente, a la obligación pecuniaria de pago de la parte estatal o pública, en el entendido que, en un contrato celebrado bajo los alcances de la normativa de contrataciones públicas, la obligación de pago dineraria o contraprestación, corresponde ser efectuada por esta parte. Sin embargo, nada obsta a que el laudo contenga una disposición u orden condenatoria en favor de las Entidades Públicas, a ser abonada por la parte contratista, como los casos en los que existe un saldo acreedor a favor de la primera, derivado de liquidaciones de obra o, indemnizaciones no cubiertas por la garantía de fiel cumplimiento, entre otras.

Finalmente, consideramos que es legalmente antitécnica porque confunde el concepto de “pago”, recogido en el artículo 67° de la Ley, que desarrolla dicha materia, vinculada al abono de la contraprestación a cargo de la Entidad, con el “cumplimiento” del Laudo Arbitral, que es como propiamente debió regularse, y que supone honrar o acatar lo dispuesto en el Laudo, sin distinción de la parte que se encuentre obligada a hacerlo. Es importante recordar que los laudos arbitrales, como títulos ejecutivos, se clasifican en laudos de condena, laudos declarativos y laudos constitutivos, los cuales Ledesma (2010) conceptualiza de la siguiente manera:

Los títulos de condena persiguen la realización u omisión de una prestación en la que el demandado haga algo o deje de hacer, por ejemplo, que pague determinada suma de dinero o se abstenga de ejecutar una obra. Los títulos declarativos esclarecen una situación incierta y lo encontramos en los que interpretan una situación jurídica dudosa en alguna relación jurídica. Los títulos constitutivos son los que crean, modifican o extinguen una relación jurídica, por citar, los que declaran la resolución de un contrato. (p. 217)

En ese sentido, un laudo arbitral que imponga una orden de dar, hacer o no hacer algo, constituye una situación que va más allá de una simple orden de pago pecuniaria, salvo que, reiteramos, el término “pago” sea entendido en su más amplia acepción de “cumplimiento” de lo ordenado en el Laudo Arbitral.

Ahora bien, la norma hace referencia a que el Reglamento establecerá los mecanismos de pago y su exigencia.

Así, de la lectura del numeral 344.3 del artículo 344 del Reglamento⁸ se advierten dos alcances: primero, se corrobora la referencia al “pago” como la específica obligación pecuniaria o dineraria a cargo de la Entidad y, segundo, que se limita a remitirse a la ley de la materia sobre la forma en la que debe cumplirse el Laudo, lo que no hace sino ratificar que el cumplimiento de un laudo se sujeta las disposiciones generales sobre ejecución de laudo contenidas en los artículos 67° y 68° de la Ley de Arbitraje y, de manera supletoria, a lo establecido en el Título V del Código Procesal Civil sobre Proceso Único de Ejecución. En buena cuenta, el Reglamento declinó la oportunidad brindada por la Ley de dotar de una regulación especial a la forma en la que se debe ejecutar la orden de pago dispuesta en un laudo arbitral derivado de esta normativa.

Ahora bien, el tema referido a la demora en el cumplimiento de un Laudo y, específicamente, a uno de alcance condenatorio que ordena a las Entidades el pago de sumas dinerarias en favor de los contratistas, constituye una verdadera problemática que, lejos de afectar únicamente a éstos últimos, afecta en definitiva al propio sistema de contrataciones públicas en su conjunto.

Veamos. Frente a un reclamo pecuniario derivado del contrato, y ante la negativa o discrepancia de la Entidad, los contratistas se ven obligados a recurrir, en última instancia decisoria, al mecanismo del arbitraje, cuyo resultado final se plasma en el Laudo Arbitral. Ante ello, no es infrecuente que algunas Entidades Públicas sean renuentes a cumplir voluntariamente el Laudo, sea porque no están dispuestas a asumir tal responsabilidad o, porque han promovido demanda de anulación del Laudo ante el Poder Judicial, quedando a la espera del resultado de dicho proceso para dar cumplimiento o no al laudo.

En cualquier caso, y salvo que la Entidad haya logrado suspender la ejecución de un laudo durante la tramitación de un proceso judicial para su anulación, lo cierto es que el único camino que tiene el contratista para obtener el cobro de su acreencia es iniciar un proceso de ejecución de laudo ante el Poder Judicial.

Hasta aquí, y considerando que se haya recurrido al uso de todos los mecanismos mencionados, cualquier reclamo del contratista frente a la Entidad debe sortear i) un proceso arbitral, ii) un proceso de anulación de laudo y, iii) un proceso de ejecución judicial de laudo arbitral (sucesivo o simultáneo al anterior), todos los cuales deberán ser favorables para obtener el derecho reclamado.

Ciertamente, no puede negarse ni soslayarse el derecho de las Entidades Públicas a que se dilucide la controversia sobre el referido pago en sede arbitral, o a que se cuestione el Laudo Arbitral vía proceso de anulación en sede judicial, siendo simplemente nuestro propósito dejar constancia de la travesía jurisdiccional que debe transitar el contratista para obtener el cobro de su acreencia.

Sin embargo, lo que resulta cuestionable e injustificable es que, habiendo quedado firme un Laudo Arbitral (luego de desestimada, incluso, la respectiva demanda de anulación), las Entidades Públicas sean renuentes, en no pocos casos, a cumplir voluntariamente con lo dispuesto en

⁸ 344.3. El pago reconocido al contratista como resultado de un proceso arbitral se realiza en la oportunidad que establezca el respectivo laudo y como máximo junto con la liquidación o conclusión del contrato, salvo que el proceso arbitral concluya con posterioridad. Para efectuar el pago ordenado en sede arbitral las entidades contratantes deben considerar las disposiciones de la normativa de la materia.

el Laudo Arbitral, pese a su carácter definitivo y ejecutorio.

Esta problemática ha sido referida también por Maraví, para quien, al año 2022, “se advierte recientemente una tendencia del Estado peruano de no pagar oportunamente lo ordenado por los laudos arbitrales”. De esta manera, e invocando el artículo 73° del Decreto Legislativo N.° 1440 – Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto y la Ley N.° 30137 – Ley que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 003-2020-JUS, concluyó señalando que “estas disposiciones ponen al pago de laudos sea nacionales o internacionales a la par y en última prioridad que las sentencias. Esto los sujeta a la disponibilidad presupuestal de la entidad y a un plazo de cinco años para el pago.”

Por otro lado, y ante los vacíos legales de la Ley de Arbitraje y, supletoriamente, también del Código Procesal Civil, los juzgados comerciales han tenido que recurrir a lo establecido en normas afines, como el artículo 46° del TUO de la Ley N.° 27584 – Ley, que regula el Proceso Contencioso Administrativo, y que establece lo siguiente:

Artículo 46.- Ejecución de obligaciones de dar suma de dinero

Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan:

46.1 La Oficina General de Administración o la que haga sus veces del Pliego Presupuestario requerido deberá proceder conforme al mandato judicial y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto.

46.2 En el caso de que para el cumplimiento de la sentencia el financiamiento ordenado en el numeral anterior resulte insuficiente, el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente.

46.3 De existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento expresadas en los numerales precedentes, los pliegos presupuestarios, bajo responsabilidad del Titular del Pliego o de quien haga sus veces, mediante comunicación escrita de la Oficina General de Administración, hacen de conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de atender tales

sentencias de conformidad con el artículo 70 del Texto Único Ordenado de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado mediante el Decreto Supremo 304-2012-EF.

46.4 Transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 46.1, 46.2 y 46.3 precedentes, se podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el artículo 713 y siguientes del Código Procesal Civil. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al artículo 73 de la Constitución Política del Perú.

Lo anterior no hace sino revelar una clara incertidumbre sobre la manera en la que se debe proceder legal y/o procesalmente para obtener el cobro efectivo de lo ordenado en un laudo arbitral, derivado de la normativa de contrataciones públicas, lo que debió ser abordado y regulado por esta misma normativa pero que, lamentablemente, y tal como vimos en párrafos anteriores, no se implementó mediante su nuevo Reglamento, pese a la expresa delegación de la nueva Ley.

8. Sobre la contracautela de medidas cautelares

La contracautela es el contrapeso necesario a la concesión de toda medida cautelar, por lo que cumple un papel sumamente relevante para mantener el equilibrio, no solo procesal sino, más importante aún, económico entre las partes, ya que mientras la medida cautelar genera una afectación en la esfera patrimonial de la parte que debe soportar la medida, la contracautela, a ser otorgada por la parte beneficiada con la medida, constituye la garantía de reparación de los eventuales daños que le pudiera generar la medida, siempre que esta última sea desestimada como consecuencia, a su vez, de la desestimación de las pretensiones procesales amparadas con la medida cautelar.

La nueva LGCP regula la contracautela en su artículo 86° en los siguientes términos:

Artículo 86. Contracautela

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

86.2. El juez o el Tribunal Arbitral que reciba la solicitud cautelar verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la contracautela. Constituye causal de nulidad de la medida cautelar en caso se conceda con inobservancia de tales requisitos.

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

Un aspecto que no ha sido claramente abordado por la Ley, ni por el Reglamento, es la manera (el procedimiento) en que se debe ejecutar la contracautela en caso sea desestimada la demanda, lo cual constituye un tema crucial, como también lo refiere Palacios y Carlín al referirse a la contracautela en el proceso civil, en los siguientes términos:

La ejecución de la contracautela es un asunto de la mayor importancia en el proceso civil. Y es que siendo la contracautela la garantía para asegurar la reparación de los eventuales daños que pueda causar la actuación de una medida cautelar, la ejecución de la misma resulta vital para indemnizar a la parte que tuvo que soportar, injusta e injustificadamente, los efectos de una o más medidas dictadas para cautelar una pretensión infundada, esto es, para asegurar un derecho declarado inexistente.

De esta manera, el propio autor hace referencia al procedimiento especial que se sigue ante el mismo juez de la causa principal para la ejecución de la contracautela, de la siguiente manera:

Nuestro Código Procesal Civil regula un procedimiento incidente especial para la ejecución de la contracautela⁹, estableciendo que esta podrá ser realizada a pedido de parte y previo traslado por tres días¹⁰, en el mismo cuaderno en el que se dictó la medida cautelar que dañó la esfera jurídica de la parte demandada o reconvenida. Se trata de un mecanismo expeditivo cuyo propósito es lograr la pronta reparación, en el mismo proceso, de los daños sufridos por la parte afectada con la medida

cautelar, liberándola así de la exigencia de iniciar un nuevo proceso de indemnización.

En el ámbito arbitral, resulta pertinente analizar la manera en la que la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N.º 1071, regula la contracautela.

Así, mediante los numerales 1 y 8 del artículo 47º de la Ley de Arbitraje se regula, de manera general, tanto la contracautela (garantía de la medida cautelar), como la responsabilidad y asunción de los daños que ocasione la medida, garantizados con la contracautela:

Artículo 47.- Medidas cautelares.

1. Una vez constituido, el Tribunal Arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

[...]

8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el Tribunal Arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el Tribunal Arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

Si bien no se menciona la palabra “contracautela”, no cabe duda de su equivalente en el numeral 1 bajo la frase: “pudiendo exigir las garantías [...] para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la medida”. Por su parte, el numeral 8 hace referencia expresa a los daños a resarcir, respaldados con la contracautela, y cuya condena puede ser dispuesta “en cualquier momento de las actuaciones”, tema este último que nos reservamos de analizar más adelante, luego de mostrar la especial disposición sobre la contracautela aplicable al ámbito de contrataciones públicas, incorporada mediante el Decreto de

9 Artículo 613.- Contracautela y discrecionalidad del juez*

[...]

En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.

[...]

10 Artículo 621.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa

Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

Urgencia N.º 020-2020, publicado el 24 enero 2020, el cual introdujo el siguiente párrafo al numeral 2 del artículo 8º de la Ley de Arbitraje:

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

Si bien la disposición traduce la contracautela en una fianza bancaria, cuyo monto debe ser determinado por el juez o el Tribunal Arbitral, se señala al final de esta última disposición, lacónicamente, que la ejecución de tal fianza se ciñe a lo resuelto por el juez o Tribunal Arbitral; sin embargo, no define un procedimiento claro, como el regulado para la ejecución de la contracautela del proceso civil. De hecho, tampoco lo regulan las disposiciones generales sobre la contracautela de la Ley de Arbitraje, citadas anteriormente.

Y es que es importante tener presente que, de un lado, uno es el monto de la contracautela o garantía que, de manera anticipada, fija el juez o Tribunal Arbitral para hacer frente a los posibles perjuicios que pudiera causar la medida cautelar, mientras que, otro es el monto de los daños efectivamente generados a consecuencia de la medida, los cuales deberán ser acreditados y demostrados por la parte que pretende su resarcimiento. Claramente, no nos adscribimos a la posición según la cual, desestimada la medida cautelar, corresponde entregar el íntegro del monto de la fianza bancaria a título de contracautela, a favor del perjudicado con la medida, no solo porque la propia norma no lo establece así expresamente, sino porque podría resultar lesivo al solicitante de la medida tener que asumir un monto mayor al de los daños efectivamente irrogados.

Asimismo, se debe precisar que es recién mediante el Laudo Arbitral (o, eventualmente, las decisiones sobre solicitudes contra el Laudo), que se resuelven las pretensiones arbitrales y, por consiguiente, se define el destino de las medidas cautelares. Así,

en caso sea desestimada una pretensión arbitral que cuente con una medida cautelar, esta última quedará sin efecto, activando el derecho de la contraparte a solicitar o exigir la compensación por los daños efectivamente irrogados por la medida, garantizados con la contracautela.

A tal efecto, debemos recordar también que, una vez emitido el Laudo, o las decisiones por las que se resuelven solicitudes contra el mismo, el Tribunal Arbitral pierde toda competencia, tal como lo establece el numeral 1 del artículo 60º de la Ley de Arbitraje:

Artículo 60.- Terminación de las actuaciones

Las actuaciones arbitrales terminarán y el Tribunal Arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67º.

[...]

Cabe precisar que el artículo 67º al que se alude está referido a la etapa de ejecución de laudo¹¹, lo cual no es propio de la etapa decisoria y, en particular, de la decisión sobre el monto que debe atribuirse al perjudicado con la medida cautelar, garantizado con una contracautela.

En ese sentido, se presenta aquí un problema de vacío normativo relacionado con la ausencia de un procedimiento que permita al Tribunal Arbitral resolver lo señalado en el párrafo anterior, tal como sí se regula para el proceso civil.

Asimismo, la disposición del numeral 8 del artículo 47º de la Ley de Arbitraje, referida a que el Tribunal Arbitral puede condenar a los daños que ocasione la medida “en cualquier momento durante el arbitraje”, tiene como límite temporal y competencial la terminación de las actuaciones arbitrales luego de emitido el Laudo, como refiere el artículo 60º. Sin embargo, es recién con el Laudo que se deja sin efecto una medida cautelar, luego de lo cual corresponderá que la parte perjudicada solicite, cuantifique y acredite el daño ocasionado, a ser resuelto posteriormente por el Tribunal Arbitral con la respectiva condena, situaciones que, por lo establecido en el artículo 60º, se encontrarían fuera de la competencia del Tribunal Arbitral debido a

11 Artículo 67.- Ejecución arbitral.

1. A solicitud de parte, el Tribunal Arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el Tribunal Arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

que sus funciones cesaron con la emisión del Laudo.

Veamos la manera en que el tema es abordado por los Reglamentos de Arbitraje de algunos de los Centros de Arbitraje¹² del país.

En primer lugar, el actual Reglamento del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vigente desde el 1° de enero de 2024, establece la necesidad de otorgar contracautela en su artículo 63°:

Medida cautelar en sede arbitral

Artículo 63.-

Luego de la constitución del Tribunal Arbitral y a pedido de cualquiera de las partes, los árbitros podrán dictar las medidas cautelares que consideren necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estimen necesarias para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución de la medida. Si la garantía que solicita el tribunal es de tal naturaleza que deba permanecer en custodia, la parte deberá hacerla llegar en forma virtual y en original a la sede del Centro.

Por su parte, el artículo 68° del propio Reglamento hace referencia a los daños generados por la medida y la manera en que deben ser resarcidos:

Responsabilidad

Artículo 68. -

Las partes serán responsables de los costos y de los daños y perjuicios que la ejecución de las medidas cautelares solicitadas le ocasione a la contraparte, siempre que los árbitros consideren que dadas las circunstancias del caso no debió otorgarse la medida. En este caso, los árbitros pueden condenar al solicitante en cualquier momento del proceso, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

Según se advierte, la propuesta es muy similar a la contenida en los numerales 1 y 8 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje, cuya deficiencia se resume en que, al desestimarse las medidas cautelares con el Laudo Arbitral, el Tribunal Arbitral se ve limitado de emitir pronunciamiento sobre el monto de los daños a reparar a favor de la parte que soportó la medida, en tanto las funciones del Tribunal Arbitral cesan con la emisión y notificación del Laudo, como

también lo refiere el artículo 60° del Reglamento de Arbitraje PUCP¹³.

Cabe reiterar aquí, que no resulta materialmente viable establecer en el Laudo Arbitral, de manera simultánea, la decisión por la que se desestima la pretensión y la medida cautelar y, a su vez, la fijación del monto de los daños a favor de la parte perjudicada con la medida, garantizados con la contracautela, por la simple razón que, es a partir de la decisión de dicha desestimación que la parte puede alegar y demostrar los daños efectivos que se le hubieran generado, no antes, debiendo ser resuelto posteriormente, mediante decisión complementaria.

Por otro lado, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú – AMCHAM, regula la constitución de la contracautela en el numeral 1 de su artículo 36°, en los siguientes términos:

1

Una vez constituido el Tribunal Arbitral, a solicitud de cualquiera de las partes, puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, exigiendo las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

A su vez, mediante el numeral 4 del mismo artículo 36° se regula lo relativo a los daños generados por la medida y la manera en que deben ser resarcidos:

4

El solicitante de una medida cautelar es responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el Tribunal Arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debía haberse otorgado la medida. En ese caso, el Tribunal Arbitral puede condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios pudiendo disponer la ejecución de las garantías otorgadas.

Como se advierte, se trata de una fórmula muy parecida a la establecida tanto en la Ley de Arbitraje, como en el Reglamento de Arbitraje PUCP, antes analizado.

Finalmente, tenemos el actual Reglamento del

12 Nos referimos a los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Colegio de Ingenieros del Perú y Cámara de Comercio Americana del Perú – AMCHAM.

13 Artículo 60. - Finalización del arbitraje

Se dará por culminado el arbitraje y, en consecuencia, los árbitros cesarán en sus funciones, con la emisión del laudo por el que se resuelve de manera definitiva la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo; sin perjuicio de la facultad otorgada a los árbitros de ejecutar el laudo arbitral. Las actuaciones posteriores a la culminación del arbitraje son tramitadas y resueltas por el Centro, salvo que se trate de la ejecución del laudo o exista una disposición legal en contrario. También culmina el arbitraje si los árbitros comprueban que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima¹⁴, cuyo numeral 1 de su artículo 33 regula

la potestad del Tribunal Arbitral de exigir la constitución de una garantía (contracautela) para conceder una medida cautelar, en los siguientes términos:

1. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, a petición de cualquiera de las partes, puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias o apropiadas. **El Tribunal Arbitral puede supeditar dichas medidas al otorgamiento, por la parte que las solicite, de una garantía adecuada en favor de la otra parte.** Las medidas cautelares son adoptadas en una decisión motivada. [Énfasis agregado]

Por su parte, mediante el numeral 5 del mismo artículo 33° del Reglamento CCL, se regulan las consecuencias de la desestimación de una medida cautelar en los siguientes términos:

5. La parte que solicite una medida cautelar es la única responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a cualquier parte. El Tribunal Arbitral puede resolver sobre estos temas y sobre la ejecución de las garantías de cualquier medida cautelar.

Resulta especialmente relevante la prerrogativa otorgada al Tribunal Arbitral para resolver sobre la atribución de responsabilidad por los daños generados, derivados de la medida y, asimismo, sobre la propia ejecución de las garantías (contracautela) otorgadas para dicho fin.

Bajo estas reglas, no pareciera haber duda que el Tribunal Arbitral cuenta con competencia para resolver el destino de la contracautela, fijando el monto de los daños generados e, incluso, disponiendo la ejecución de las garantías otorgadas para tal fin, más allá de la emisión del Laudo Arbitral o de las decisiones que resuelven solicitudes contra el Laudo. Lo anterior debe ser interpretado sistemáticamente con los numerales 7 y 8 del artículo 40° del citado Reglamento:

7. Con la emisión del laudo final y, en su caso, con las decisiones sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, el Tribunal

Arbitral cesa en sus funciones, salvo lo dispuesto en el numeral 8 siguiente.

8. En los arbitrajes nacionales, por excepción, el Tribunal Arbitral, a su entera discreción, puede disponer o efectuar actos de ejecución que importen requerimientos de cumplimiento del laudo, siempre que hayan sido solicitados por la parte interesada dentro de los treinta días posteriores a la notificación del laudo.

Ciertamente, las disposiciones señaladas anteriormente provienen de la anterior versión del Reglamento CCL, que estuvo vigente desde el 2017 y que, como se aprecia, brindan importantes herramientas al Tribunal Arbitral ya que lo facultan a resolver y ejecutar los temas vinculados a los daños generados por la medida cautelar y el destino de sus garantías (contracautela) más allá de la emisión del Laudo Arbitral.

Sin embargo, consideramos que hubiera sido mejor establecer un proceso simple y expeditivo en el Reglamento para implementar lo señalado en el párrafo anterior, dotando de predictibilidad a las actuaciones del Tribunal Arbitral, en lugar de sólo concederle facultades generales para tal fin.

Lista de referencias

Bustamante Alarcón, R. (2019). El control difuso en sede arbitral. *Forseti*, 7(10), 93-115. <https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1101>

Castillo Freyre, M. (2009). *El arbitraje en la contratación pública* (vol. 7). Palestra.

Jiménez Vargas-Machuca, R. (2019). Apuntes sobre la caducidad y la seguridad jurídica. *Forseti*, 7(10), 42-54. <https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1098>

Ledesma Narváez, M. (2010, diciembre). *Jurisdicción y Arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Maravi Sumar, M. (2022). Desequilibrio en el arbitraje con el Estado. En L. Castro Zapata & M. Guerinoni Romero (coords.), *La mujer en el Arbitraje*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

14 Vigente desde el 1° de marzo de 2025.