



Medidas Cautelares en Arbitraje

CONTENIDO

01

¿Qué es una medida cautelar?

02

¿Cuáles son las medidas cautelares que pueden otorgarse?

03

¿Cuándo pueden otorgarse las medidas cautelares?

04

¿Quiénes pueden dictar medidas cautelares?

05

Arbitro de Emergencia

06

Norma aplicable en la medida cautelar



1

¿QUE ES UNA MEDIDA CAUTELAR?

QUE ES EL ARBITRAJE

El arbitraje es un método de resolución de disputas alternativo al Poder Judicial. Al acudir a la vía arbitral, las partes en conflicto se someten a un tercero, el árbitro/tribunal arbitral, que resuelve la controversia mediante una decisión, contenido en el laudo arbitral, dotado de efectos equivalentes a una sentencia judicial.

Debe recordarse que nuestro sistema legal establece que el laudo produce efectos de “cosa juzgada” y tiene calidad de título ejecutivo.

QUE ES LA MEDIDA CAUTELAR

Es una herramienta utilizada por los Tribunales Arbitrales (o Poder Judicial), durante la tramitación del procedimiento, que busca proteger la litis de la controversia, buscando facilitar el cumplimiento o ejecución del laudo arbitral.

El Decreto Legislativo N° 1071, regula lo pertinente a la M/C en los artículos 8, 47 y 48.

CARACTERISTICAS DE UNA MEDIDA CAUTELAR

El D.L. N° 1071 (art. 47 y 48), no establece requisitos procesales de manera detallada a comparación del Código Procesal Civil, sin embargo, si realiza consideraciones especiales, y en algunos casos, opuestos al CPC.

Considerando que los tribunales arbitrales deben motivar sus decisiones, es necesario seguir las características del CPC.

CARACTERISTICAS QUE DIFERENCIAN LA LEY DE ARBITRAJE Y EL C.P.C. - MEDIDA CAUTELAR

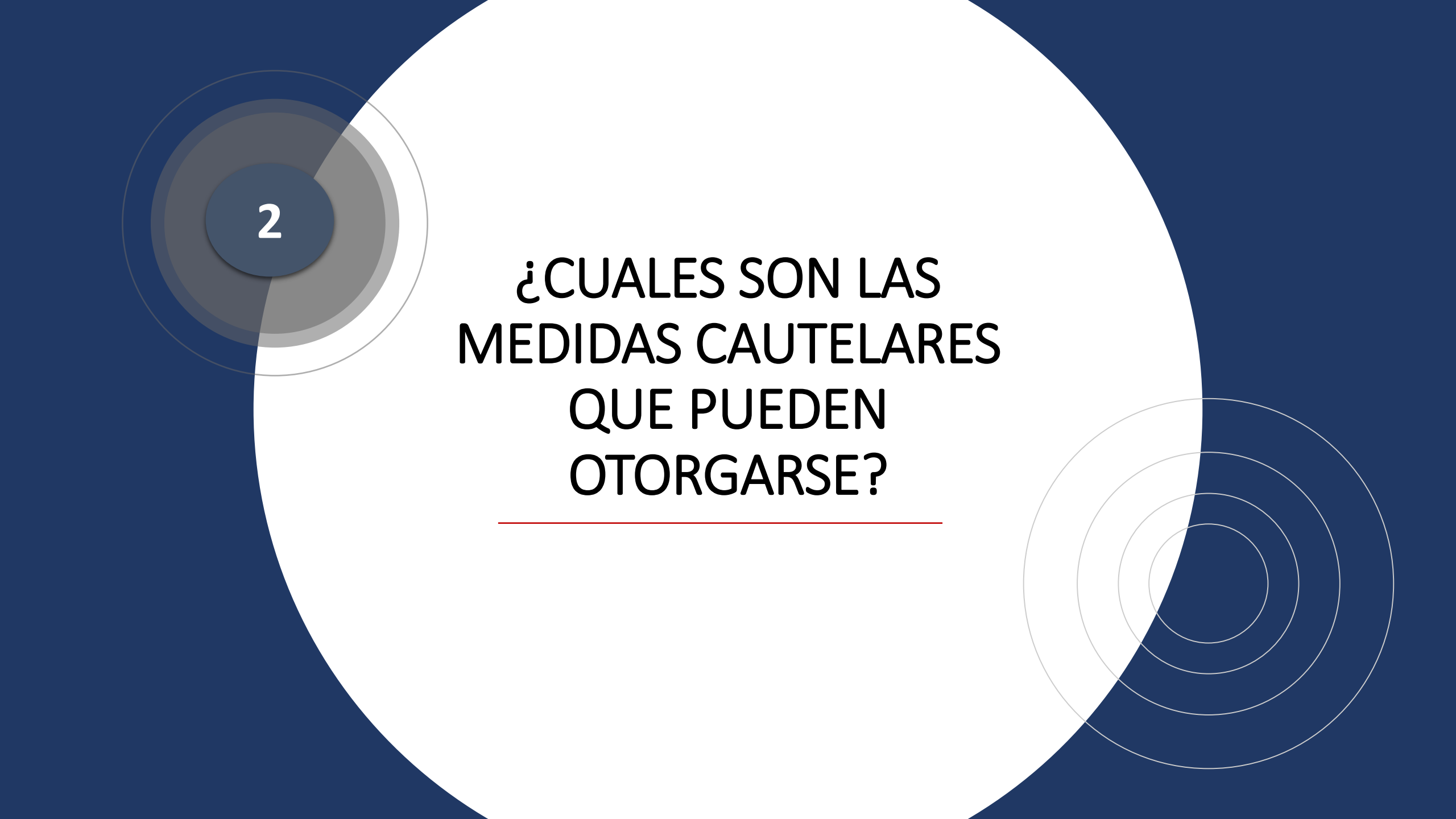
PODER JUDICIAL – C.P.C	ARBITRAJE – D.L. N° 1071
NO COMUNICACIÓN PREVIA A RESOLVER	SI COMUNICACIÓN PREVIA A RESOLVER
El artículo 637 del CPC, establece en el desarrollo del trámite de la medida cautelar, que, <i>la solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud.</i>	Inciso 3 del artículo 47 del D.L. N° 1071, establece que <i>El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre.</i>

CARACTERISTICAS DE UNA MEDIDA CAUTELAR

CARACTERISTICA	DESARROLLO
INSTRUMENTAL Y ACCESORIA	La MC no tiene un fin en si misma, sino nace y permanece al servicio del proceso. Esta subordinada a un fallo definitivo. Se orienta, mas que actuar el derecho, a conseguir o asegurar la eficacia practica de la sentencia.
VARIABLE	Permite la mutación de los elementos de la resolución cautelar, atendiendo a la modificación de las circunstancias sobre cuyas bases se decretaron, así como, nuevos elementos de juicio que se aporten.
TEMPORAL O PROVISIONAL	No es permanente ni absoluta, ni se puede asociar la cosa juzgada material a ella. Esto es, tiene una duración limitada en el tiempo, por que está relacionada con el fallo definitivo.
PREJUZGAMIENTO	Emite opinión precisa y fundada sobre puntos concretos que deberán ser motivo de precisión antes de la oportunidad fijada para pronunciarse.

PRESUPUESTOS DE UNA MEDIDA CAUTELAR

CARACTERISTICA	DESARROLLO
VEROSIMILITUD DEL DERECHO (Fumus Bonis Iuris)	Si la medida cautelar tiende a asegurar la efectiva tutela de una pretensión principal, es razonable que la adopción de esta medida tenga la apariencia de un buen derecho, que no responde, a que la pretensión sea probablemente estimada, sino a que pueda serlo. El Tribunal Arbitral al analizar el pedido de la medida cautelar, deberá examinar que tan posible es que la pretensión llegue a ser estimada. <i>(alcanza con que satisfaga el marco de lo hipotético y razonable)</i>
PELIGRO EN LA DEMORA	Quien resuelve la medida cautelar debe no solo apreciar la apariencia del derecho que invoca la parte peticionante de la medida, sino también, el peligro de que el probable derecho sea violado, o que, sin la efectividad de la cautela, pueda permanecer insatisfecho.



2

¿CUALES SON LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDEN OTORGARSE?

Según el artículo 47 del D.L. N° 1071, *por medida cautelar, se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, que puede ser otorgada antes de la emisión del Laudo.*

Según el artículo 47 del D.L. N° 1071, las medidas cautelares otorgadas en el proceso arbitral, son los siguientes:

- a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
- b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
- c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
- d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

MEDIDAS CAUTELARES – D.L. N° 1071 (Art. 47)	TIPO DE MEDIDA CAUTELAR	TIPOS GENERICOS
a) Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;	Mantengan o restablezca el status Quo	NO INNOVAR
b) Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;	Impidan (o abstengan de llevar a cabo) algún daño o perjuicio al proceso arbitral. Restablecimiento de la situación existente	INNOVATIVA
c) Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o	Preserven bienes que permitan el cumplimiento del mandato arbitral	PARA FUTURA EJECUCION FORZADA
d) Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.	Preserven elementos de prueba	PRUEBA ANTICIPADA

(*) La lista es meramente enunciativa y no limitativa del poder del Tribunal Arbitral para dictar las medidas cautelares que resulten necesarias y adecuadas a la luz de las circunstancias particulares de cada caso en concreto.

13º JUZGADO CIVIL-COMERCIAL
EXPEDIENTE : 2021-1-1817-JR-CO-13
MATERIA : MEDIDA CAUTELAR
JUEZ : RENGIFO SANTANDER, JUAN PABLO
ESPECIALISTA : GRANER CASAS, MONICA
DEMANDADO : MINISTERIO
DEMANDANTE : CONSORCIO

Resolución Nro. UNO
Lima, veintitrés de Marzo del dos mil veintiuno. -

AUTOS Y VISTOS:

(*) Medida Cautelar
de NO INNOVAR –
abstención de
ejecutar Cartas
Fianzas

Por las consideraciones expuestas; **SE RESUELVE: CONCEDER** la MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR fuera de proceso arbitral petitionada por el **CONSORCIO** contra el **MINISTERIO**, a fin de que se disponga lo siguiente:

PRIMERO: SE ORDENA AL MINISTERIO que **SE ABSTENGA DE EJECUTAR Y/O REQUERIR EL PAGO DE ALGUNA O TODAS LAS CARTAS FIANZAS Y/O SUS RENOVACIONES Y/O REAJUSTES; HASTA** que un Tribunal Arbitral declare consentido el laudo arbitral que ordene que, como consecuencia de la resolución de contrato efectuada por el consorcio corresponde que las partes realicen una constatación física e inventario de materiales entre las partes, que identifique los trabajos pendientes de valorizar, la verificación de los materiales en obra y los metrados ejecutados para acreditar lo invertido en el proyecto con los adelantos entregados por la Entidad. Las Cartas Fianzas que se solicita proteger con la medida cautelar son las que se detallan a continuación:

CARTA FIANZA N°	ENTIDAD	CONCEPTO	MONTO
300	SEGUROS	Adelanto Directo	S/. 10'736,138.35
300	SEGUROS	Adelanto Directo	S/. 10'122,644.73

En ese sentido y por las consideraciones antes expuestas el Tribunal Arbitral

RESUELVE:

Primero. - CONCÉDASE LA MEDIDA CAUTELAR, conforme a las siguientes instrucciones:

A) El Consorcio en el plazo de tres días contados a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución deberá indicar el número o números de cuentas de la entidad financiera que correspondan, para que el Gobierno Regional de [REDACTED] proceda a realizar el depósito correspondiente por devolución de los montos de las cartas fianzas ejecutadas siguientes:

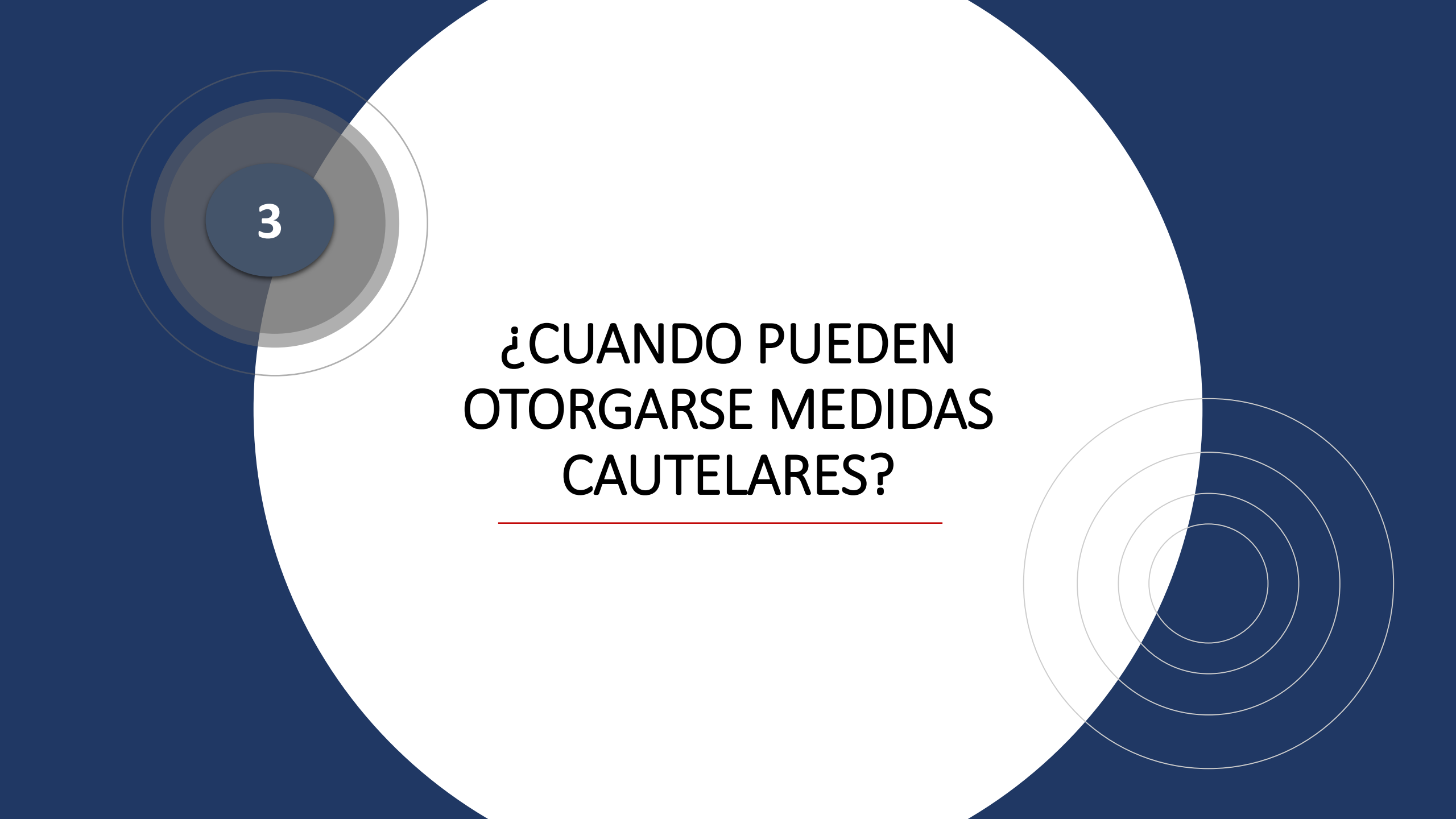
(...)

B) Dispóngase que del Gobierno Regional de [REDACTED] dentro de los diez (10) días siguientes a recibida el número o números de la(s) cuenta(s), proceda con acreditar el depósito de los fondos correspondientes a las cartas fianzas mencionadas en el literal A) precedente.

C) Dispóngase que el Consorcio en el plazo de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución entregue a este Tribunal las nuevas cartas fianzas, con las mismas características a las cartas fianzas entregadas, mencionadas en el punto A) que precede y con un plazo mínimo de vigencia de (06) meses, debiendo renovarse antes del vencimiento de acuerdo a ley.

D) Acreditada la transferencia, el Tribunal procederá con la entrega de las cartas fianzas al Gobierno Regional de [REDACTED] quien no deberá ejecutarlas sino hasta la emisión del laudo, de corresponder y conforme a ley.

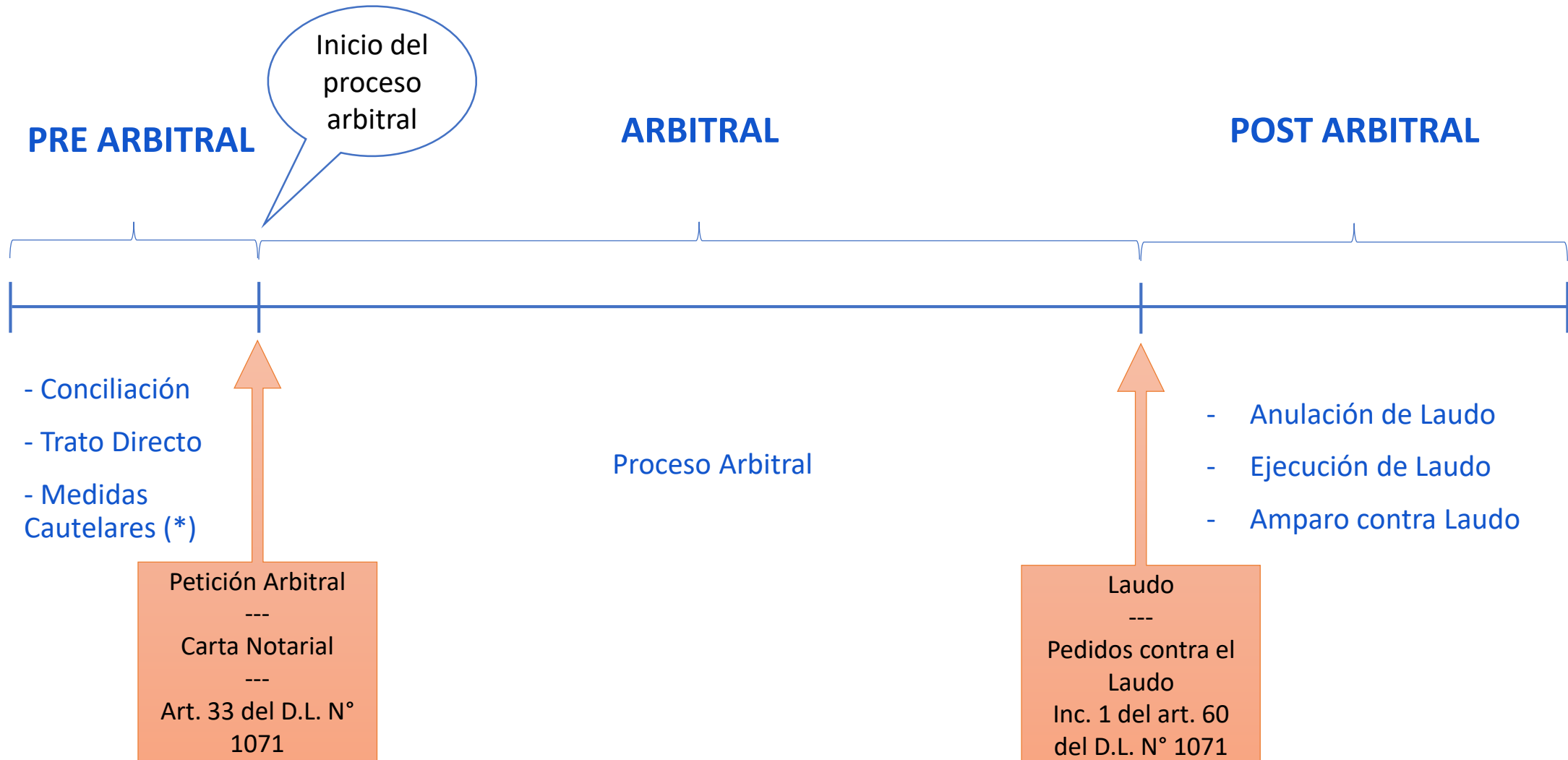
**(*) Medida Cautelar
de INNOVAR –
restablecimiento de
las Cartas Fianzas**



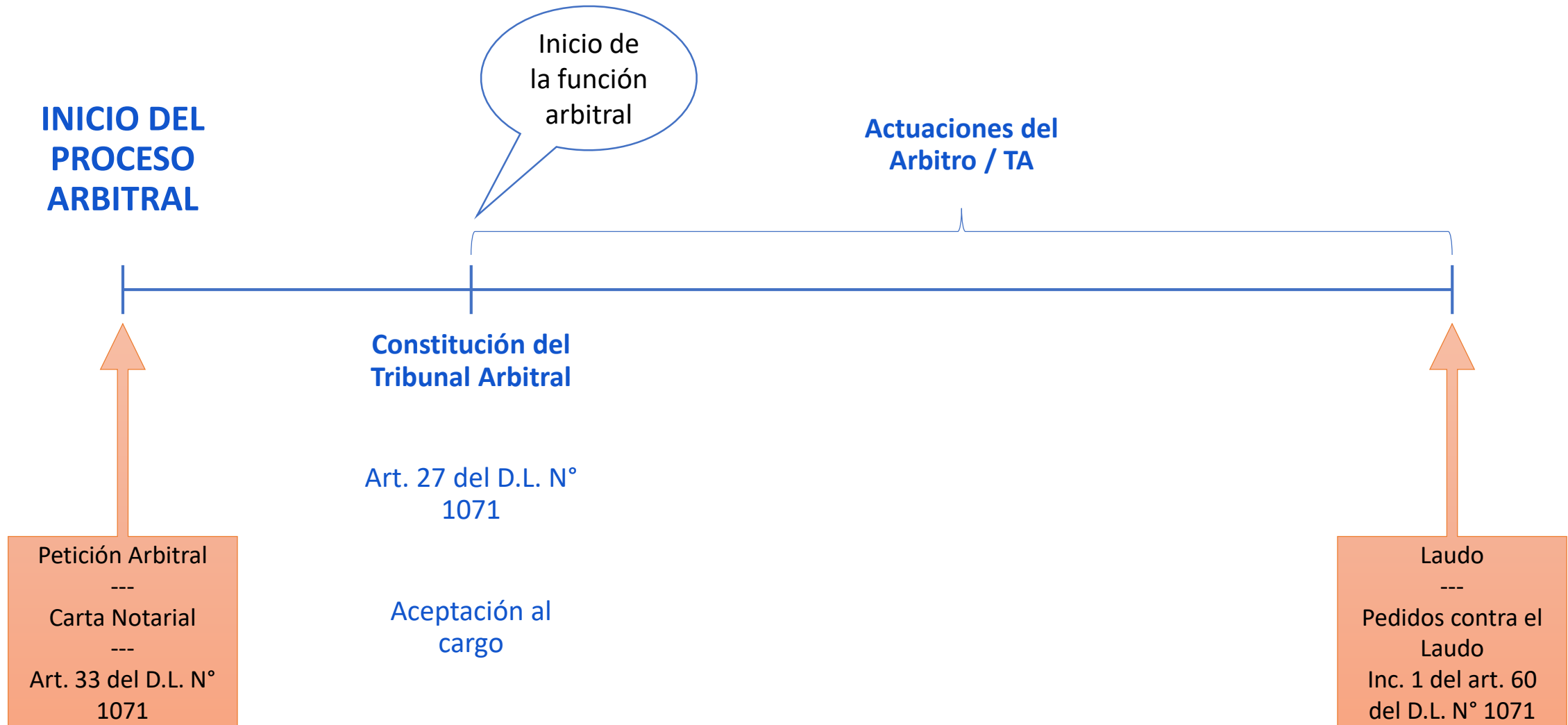
3

¿CUANDO PUEDEN OTORGARSE MEDIDAS CAUTELARES?

ETAPAS DEL ARBITRAJE



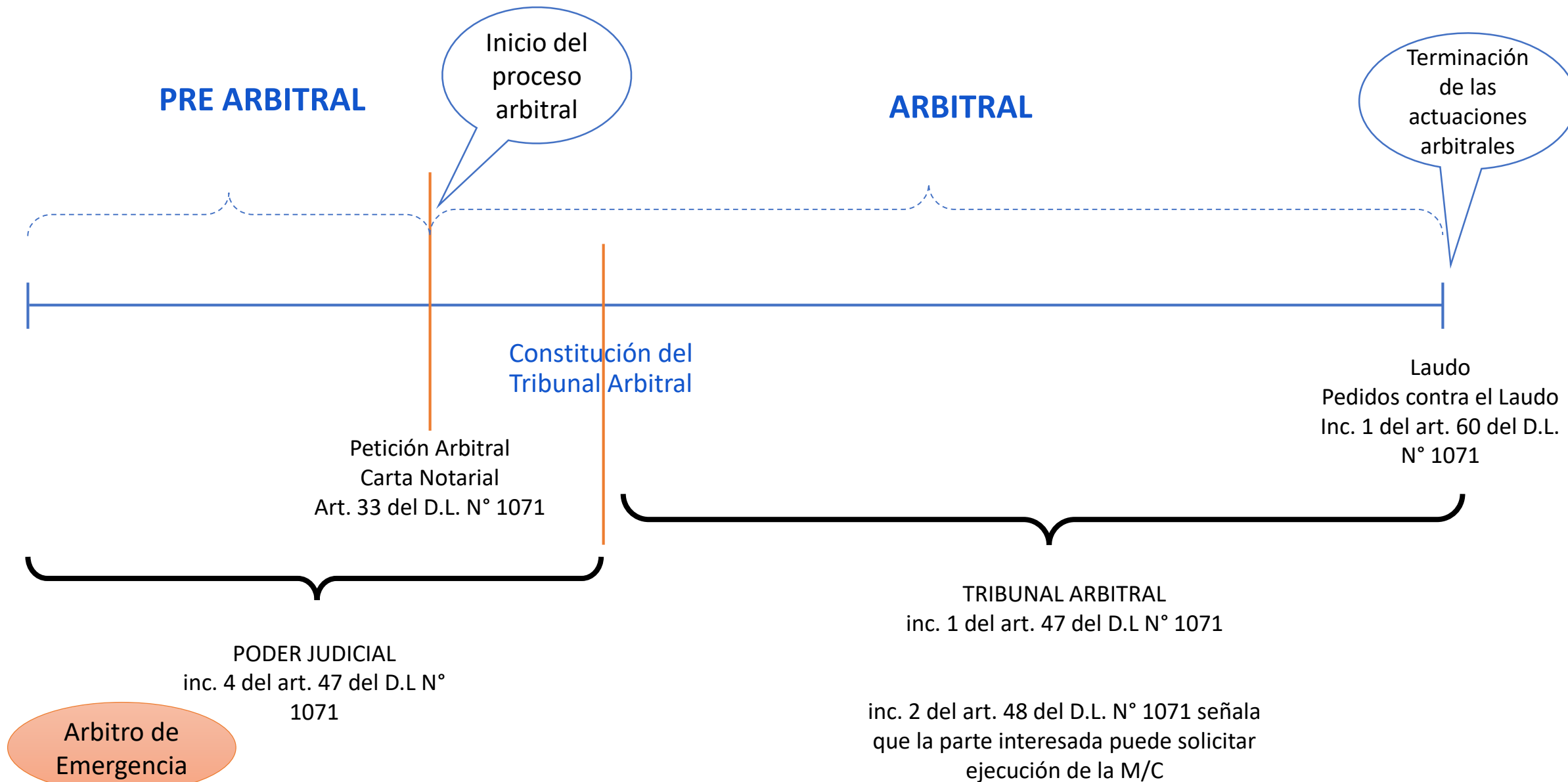
INICIO DE LA FUNCION ARBITRAL



¿CUANDO PUEDE OTORGARSE UNA MEDIDA CAUTELAR?

El inciso 1 del artículo 47 del Decreto Legislativo N° 1071, señala que, ***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.

¿CUÁNDO PUEDE OTORGARSE UNA MEDIDA CAUTELAR?





4

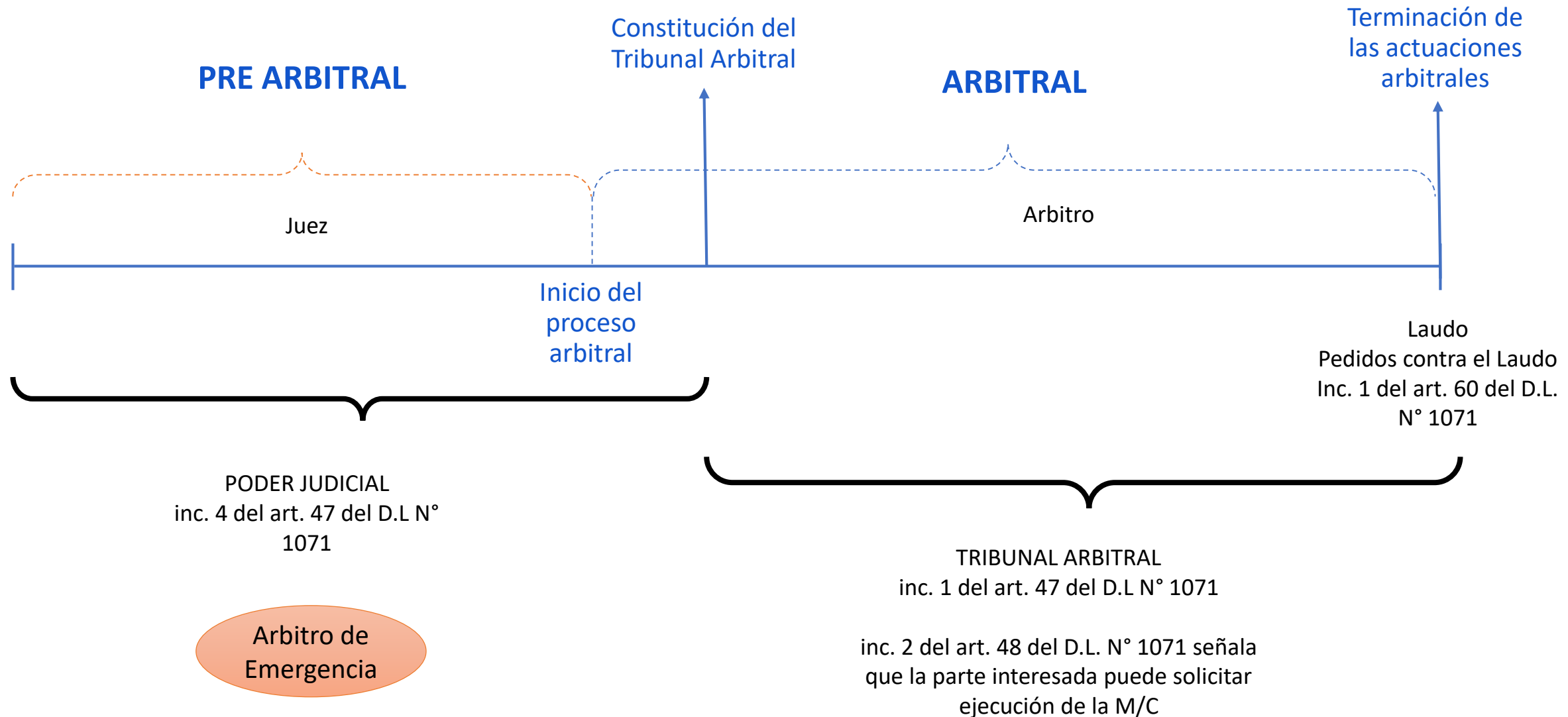
¿QUIENES PUEDEN CONCEDER MEDIDAS CAUTELARES?



El inciso 1 del artículo 47 del Decreto Legislativo N° 1071, señala que, ***una vez constituido***, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias (...)

Asimismo, el inciso 4 del artículo 47 del mismo cuerpo normativo, señala que las medidas cautelares pueden ser solicitadas a la autoridad judicial, ***antes de la constitución del tribunal arbitral***, la misma que no es incompatible con el arbitraje, ni considerada como una renuncia a él.

¿QUIEN PUEDE OTORGAR UNA MEDIDA CAUTELAR?





5

ARBITRO DE EMERGENCIA

¿QUE ES EL ARBITRO DE EMERGENCIA?

Es una figura nacida y usada en las controversias entre privados; inicia a requerimiento de una de las partes, y actúa para resolver una petición de **medida cautelar urgente, siempre y cuando se solicite antes del inicio del proceso arbitral, o iniciado este, aun no se haya constituido el tribunal arbitral**, esto es, su etapa de acción es la misma que posee el Órgano Jurisdiccional – Juez, en atención al art. 47 del D.L. N° 1071.

Es preciso señalar que dicho concepto es aplicable al ámbito puramente privado – sometimiento a reglamentos expresos, pues en los arbitrajes con participación del Estado, dicha figura no se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje.

ANTECEDENTES

La figura del arbitro de emergencia inició en el Reglamento del procedimiento Pre-Arbitral de la ICC de 1990 – conocida como el Pre Arbitral Referee.

Esta figura no tuvo mucha acogida, debido a que dichas reglas, al no estar contenidas en el reglamento arbitral, **exigían** – para su aplicación – el sometimiento expreso de las partes “sistema opt-in”.

Sin embargo, hoy en día, con la incorporación del “arbitro de emergencia” en los principales reglamentos de los Centros Arbitrales Nacionales e Internacionales, el sistema aplicable (entre privados), es un **“sistema opt-out”**, es decir, no necesita autorización/sometimiento expreso para su aplicación, sino una “exclusión expresa de uso dentro del proceso arbitral” para su no aplicación.

¿ES VALIDO SU APLICACIÓN EN LAS CONTROVERSIAS CON PARTICIPACION DEL ESTADO?

Diversos artículos académicos, admiten que la figura del “Arbitro de Emergencia” no esta regulada en la Ley de Arbitraje; pero hacen extensiva la facultad del Tribunal Arbitral para dictar Medidas Cautelares (artículo 47 del D.L. N° 1071), para concluir que los Árbitros de Emergencia, también tendrían esta facultad, en caso las partes pacten su aplicación – dado que la Ley de Arbitraje no lo prohíbe.

Es preciso señalar que la facultad de las partes de pactar este procedimiento se encuentra dentro del principio de autonomía de la voluntad.

Sin embargo, ¿puede el Estado pactar este mecanismo sin que esté incorporado en las normas (legislación nacional)?

Como premisas, tengamos presente que:

- a) La Conciliación y el Arbitraje, como forma de resolución de conflictos, se encuentra incorporado en la Ley de Contrataciones del Estado, desde el año 1997.
- b) La facultad de someter a la JRD las discrepancias surgidas dentro de la ejecución de obras públicas, se encuentra contenida en la Ley de Contrataciones del Estado, desde el año 2014.
- c) La facultad de otorgar medidas cautelares por el Poder Judicial, antes de la constitución del Tribunal Arbitral, y la facultad de otorgar medidas cautelares por el Tribunal Arbitral, se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje.

Ley N° 23554

Ley que rige la contratación de servicios de consultorías por entidades del Sector Público o empresas estatales o mixtas

1982

1980

D.S. N°34-80-VC

Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP)

Decreto Legislativo N° 25935
Ley General de Arbitraje

1992

1985

D.S. N°65-85-VC
Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales (RUA)

Ley N° 26850
Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
(30-07-1997)
1997

1996

Ley N° 26572
Ley General de Arbitraje

D.S. N°083-2004-PCM
TUO de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

D.S. N°084-2004-PCM
Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

2004

2001

D.S. N°12-2001-PCM
TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

D.S. N°13-2001-PCM
Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

D.S. 184-2008-EF
Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

2009

2008

D.L. N°1017
Ley de Contrataciones del Estado

D.L. N°1071
que norma el Arbitraje

Ley N° 30225
Ley de Contrataciones del Estado
JRD

2014

D.U N° 020-2020
Modifica el D.L 1071

2020

2019

D.S. N°344-2018-EF
Reglamento de la Ley N° 30225

D.S. 82-2019-EF
TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado

2019

2021

D.S. N°162-2021-EF
que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225

¿Donde se encuentra regulado el arbitro de emergencia?

¿Cuál es la norma que le otorga jurisdicción para otorgar medidas cautelares?

VEAMOS ALGUNOS REGLAMENTOS QUE HAN INCORPORADO AL ARBITRO DE EMERGENCIA

Artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CCL, establece que:

5. Las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no son aplicables en los siguientes supuestos:

- a) si el convenio arbitral fue celebrado con antelación al inicio de vigencia del Reglamento;
- b) si las partes del convenio arbitral han excluido previa y expresamente su aplicación; o
- c) si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del Árbitro de Emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del Centro.

Otros reglamentos, o directivas de Centros Arbitrales, establecen que:

Árbitro de Emergencia

Por su solo sometimiento al arbitraje institucional administrado y organizado por el Centro, cualquiera de las partes que se encuentre en situación de urgencia podrá solicitar el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para que dicte las medidas correspondientes, de conformidad a lo dispuesto en la presente Directiva.

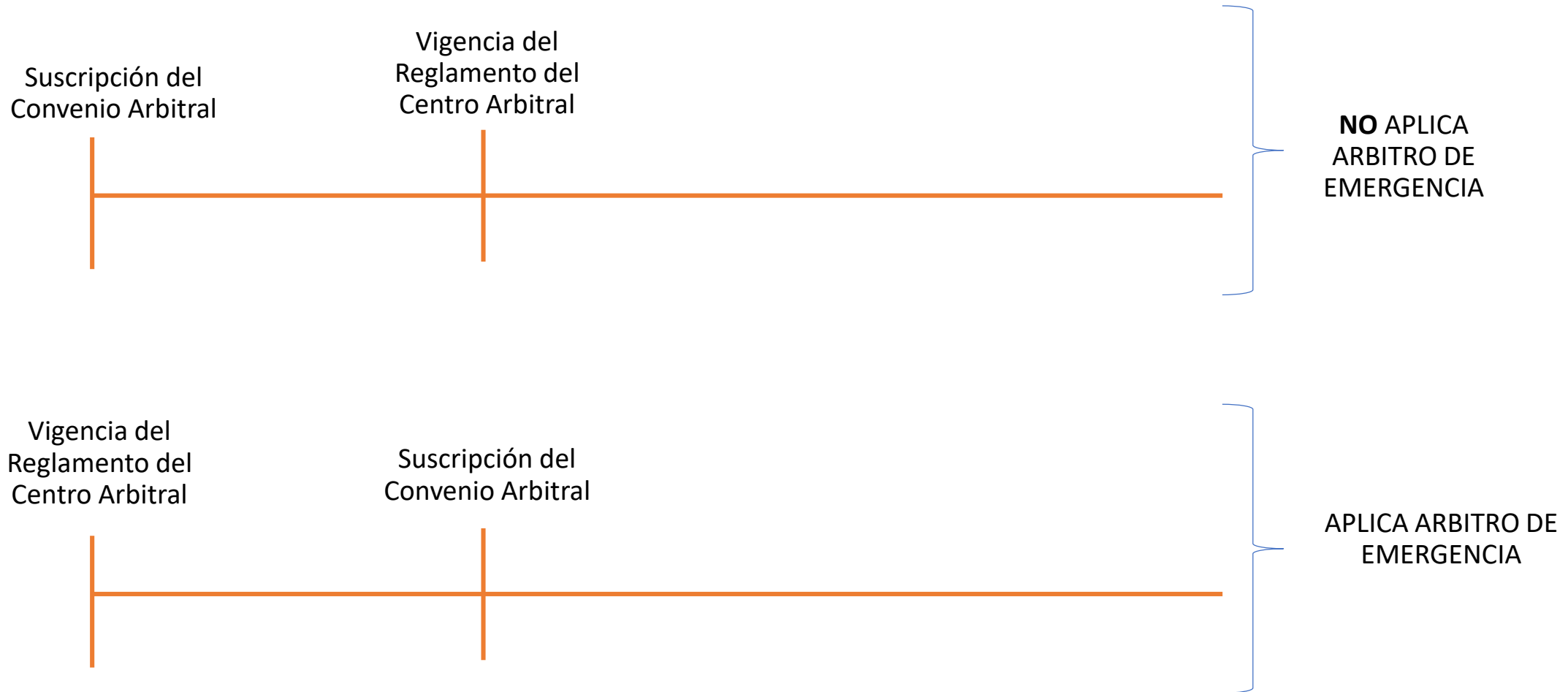
Se entiende como urgencia, aquella situación que no pueda esperar hasta la constitución del Tribunal Arbitral.

El Árbitro de Emergencia será competente hasta producida la constitución del Tribunal Arbitral.

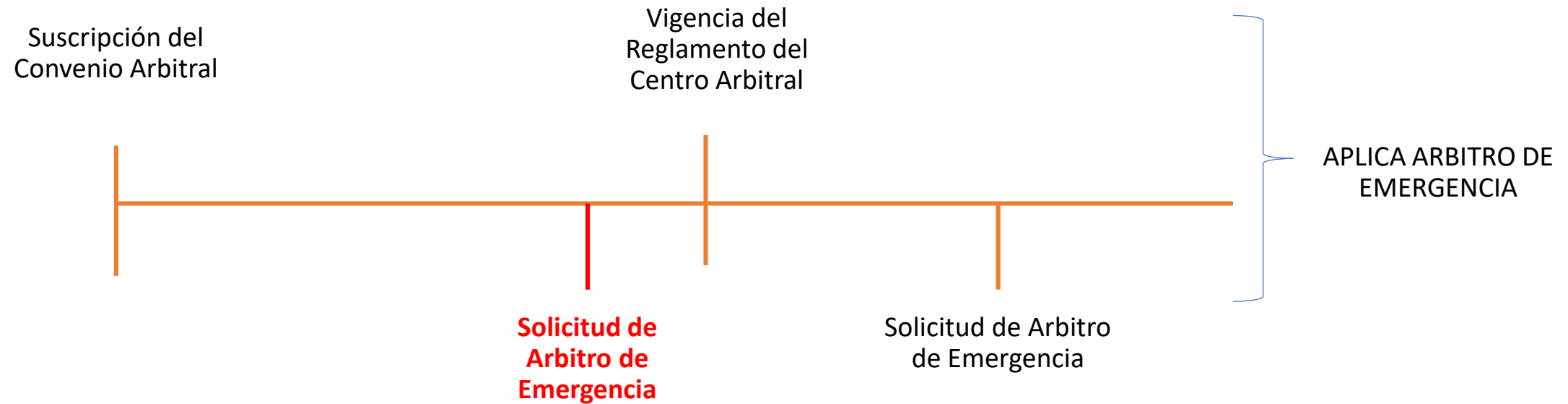
El procedimiento de Árbitro de Emergencia será aplicable solamente a las partes que hayan suscrito el convenio arbitral después de la entrada en vigencia del reglamento que lo contempla (Reglamento de Arbitraje de 2017).

La Solicitud de Árbitro de Emergencia puede presentarse antes, después o conjuntamente con la solicitud de arbitraje.

Cual es la lógica de aplicación para los Centros Arbitrales:



Lamentablemente algunos Centros Arbitrales aplican:





6

NORMA APLICABLE EN LA MEDIDA CAUTELAR Y PROCEDIMIENTO

Tanto las Medidas Cautelares dictas en Sede Judicial o en Sede Arbitral, SOLO debe aplicar la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), considerando lo expuesto en la Decima Disposición Final del D.L. N° 1071:

“Las disposiciones procesales de esta norma respecto a cualquier actuación judicial **prevalecen** sobre las normas del Código Procesal Civil”

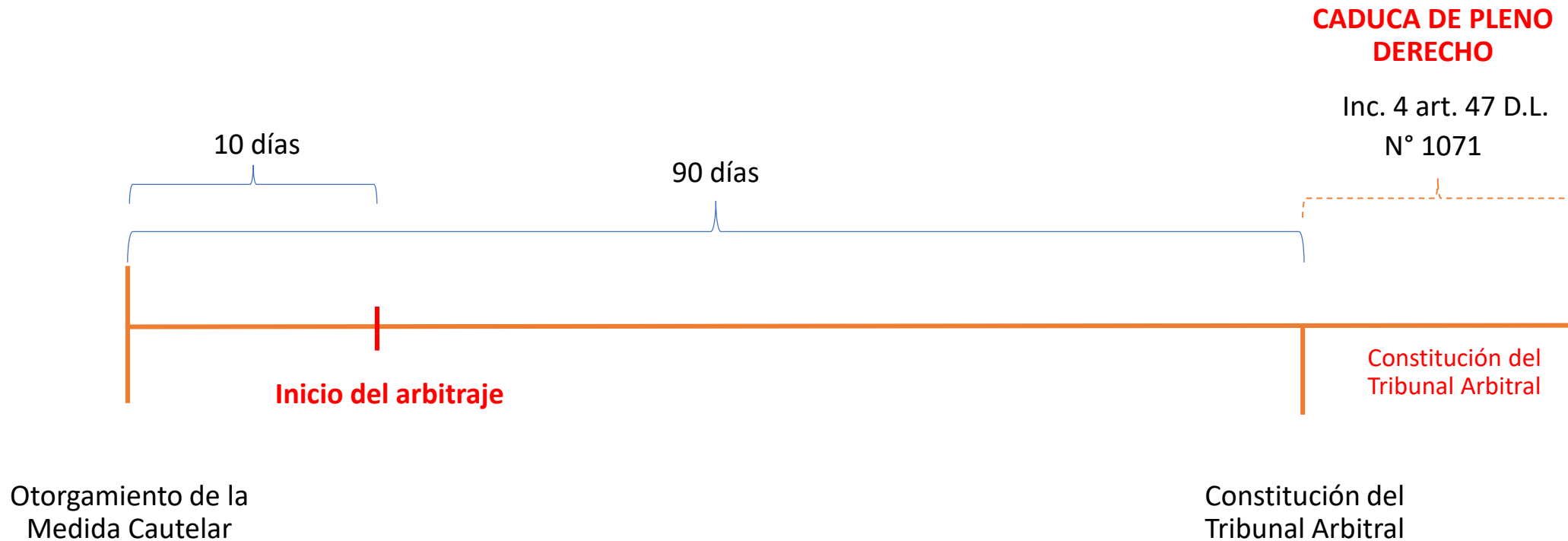
Esto es, las medidas cautelares dictadas en sede judicial y arbitral, debe aplicar los procedimientos dictados en los artículos 8, 47 y 48 del D.L. N° 1071.

¿La contracautela es potestativa u obligatoria?

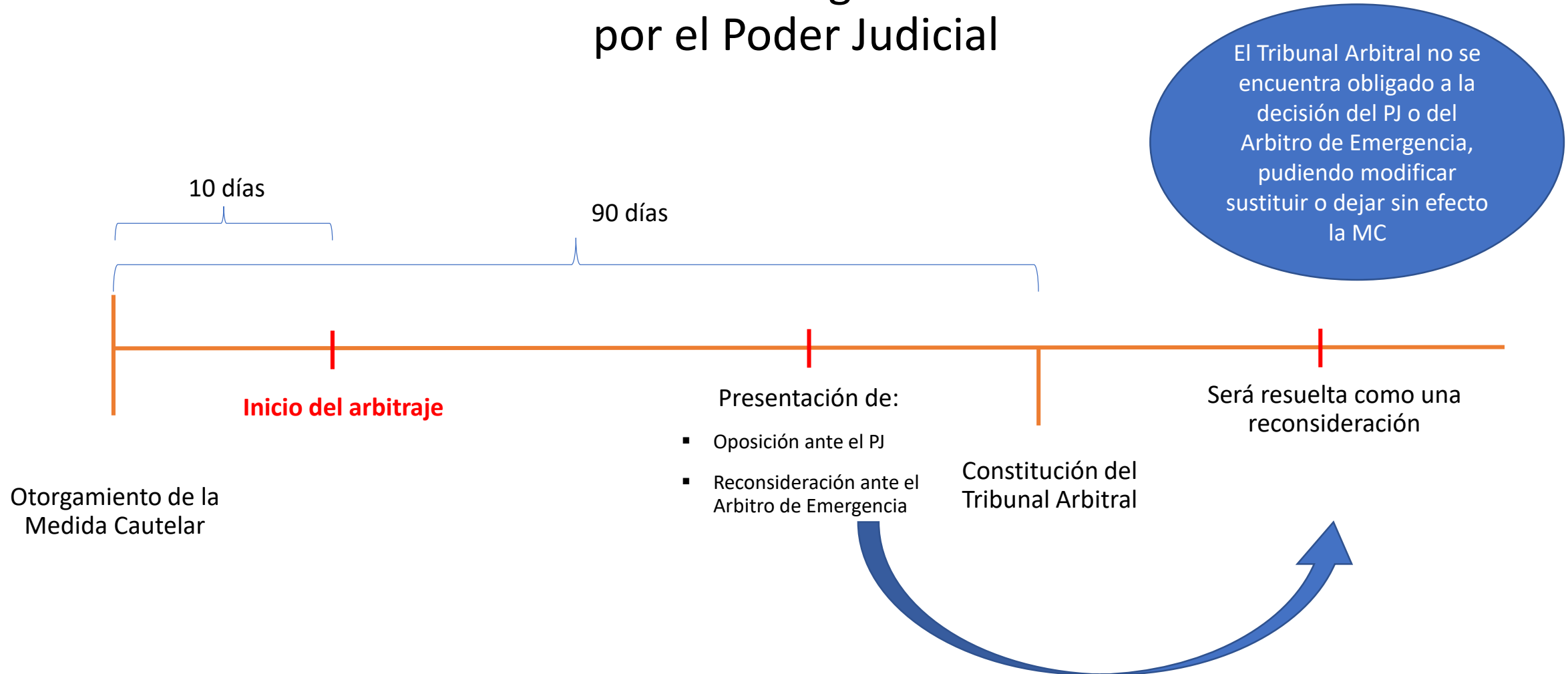
La Ley de Arbitraje habla de la contracautela en términos potestativos (*...pudiendo exigir las garantías que estime conveniente* – art. 47 D.L. N° 1071), sin embargo, el segundo párrafo del numeral 2, artículo 8 del D.L. N° 1071, modificado por el D.U N° 020-2020, **exige la presentación de una contracautela, en la forma de una carta fianza y/o patrimonial, por un monto que no debe ser menor a la Garantía de Fiel Cumplimiento, cuando el Estado sea la parte afectada con la Medida Cautelar.**

PROCEDIMIENTO UNA VEZ OTORGADA LA MEDIDA CAUTELAR

Procedimiento una vez otorgada la Medida Cautelar por el Poder Judicial



Procedimiento una vez otorgado la Medida Cautelar por el Poder Judicial



HERRAMIENTAS / ARGUMENTOS CONTRA LA MEDIDA CAUTELAR DE EMERGENCIA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 855/2021

EXP. N.º 00305-2021-PA/TC

LIMA

BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ SA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión de Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 26 de agosto de 2021, los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto) han emitido la siguiente sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia **NULAS** (i) la Resolución 1-2015-Árbitro Único/CC [cfr. fojas 67], de 24 de agosto de 2015; (ii) la Resolución 2-2015-Árbitro Único/CC [cfr. fojas 74], de 3

Firmado digitalmente por:
LEDESMA NARVAEZ
Marianella Leonor FAU 20217267618
soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 18/10/2021 21:15:55-0500

Firmado digitalmente por:
REATEGUI APAZA Flavio
Adolfo FAU 20217267618 soft
Motivo: Doy fe
Fecha: 29/10/2021 08:49:25-0500

Firmado digitalmente por:
FERRERO COSTA Augusto FAU
20217267618 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 19/10/2021 11:37:58-0500

Fundamento 12: *“En el presente caso, corresponde determinar si los apremios que recayeron sobre el recurrente fueron dictados por un árbitro que tenía la competencia para ello. Este Tribunal Constitucional considera que la extensión del convenio arbitral realizada por el árbitro emplazado resulta a todas luces arbitraria debido a que en ningún momento el recurrente consintió aquella extensión.”*

Fundamento 16: *“Así las cosas, queda claro que la fundamentación antes transcrita constituye una actuación arbitraria pues, el recurrente manifestó —de modo expreso— su decisión de no someterse al fuero arbitral, pese a ello el árbitro demandado asumió lo contrario y, en tal virtud, se arrogó competencias —de naturaleza jurisdiccional— para compelerlo a ejecutar lo que había decidido a nivel cautelar, forzándolo a aceptar su competencia —como árbitro— y, como consecuencia de esto último, imponiéndole apremios.”*

Principio vulnerado por los Árbitros de Emergencia

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

“3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”

El Decreto Legislativo N° 1071, ha establecido que, previo a la constitución del Tribunal Arbitral, quien puede otorgar medidas cautelares, es el Poder Judicial.



“Sólo hay un bien, el conocimiento, y sólo un mal, la ignorancia.”

Sócrates

Dirección de Aplicación Jurídico Procesal de la Procuraduría General del Estado

Área de Arbitraje

pnavarro@pge.gob.pe



REPÚBLICA DEL PERÚ

PGE

Procuraduría General del
Estado

MUCHAS GRACIAS
