

*Las medidas cautelares versus
el D.U. N° 020-2020*

*Precautionary Measures Versus
the D.U. N° 020-2020*

Daniel Alberto Juárez Fernández* <https://orcid.org/0000-0002-4140-1543>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v22i33.2647>

* Maestro en Derecho, docente universitario UTP, UIGV, UNFV, UPSJB, IDAT, egresado de la maestría en Derecho Empresarial UNFV, Tutela de Derechos UNMSM, Gestión Pública UNMSM, DD.HH. CAEN y Doctorado en Derecho UNFV. Árbitro de Derecho. Investigador independiente
Correo electrónico: djf38495@hotmail.com

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Celebración, óleo sobre lienzo 55 x 40 cm.
Juan Carlos Ñañake Torres, pintor peruano (Lambayeque, Chiclayo, 1971)
Correo electrónico: nanakejc@hotmail.com / [Instagram.com/juancarlosnanake/](https://www.instagram.com/juancarlosnanake/)
Blogs: <http://nanaketorres.blogspot.com> / [facebook.com/nanakejc](https://www.facebook.com/nanakejc)

RESUMEN

Existe un primer problema sobre las medidas cautelares otorgadas por árbitros de emergencia, lo cual no se encuentran con cobertura en los contratos celebrados en el marco del TUO de la Ley 30225; un segundo problema es la administración de arbitrajes por centros de arbitrales diferentes a los establecidos en la cláusula de solución de controversia y un tercer problema es el uso indebido del control difuso para no aplicar el D. U. N° 020-2020, a efectos de no presentar la fianza bancaria y/o patrimonial en los casos en que el Estado sea la parte afectada con la medida cautelar, trasgrediendo la citada norma con rango de Ley, así como los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la República, como del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: *arbitraje, arbitraje de Emergencia, medida cautelar, control difuso, D. U. N° 020-2020.*

ABSTRACT

There is a first problem regarding precautionary measures granted by emergency arbitrators, which are not covered in the contracts entered into within the framework of the TUO of Law 30225; A second problem is the administration of arbitrations by arbitration centers other than those established in the dispute resolution clause and a third problem is the improper use of diffuse control to not apply D.U. No. 020-2020, in order not to present the bank and/or property bond in cases in which the State is the party affected by the precautionary measure, violating the aforementioned norm with the rank of Law, as well as the criteria of the Supreme Court of Justice of the Republic, as well as the Constitutional Court.

Keywords: *arbitration, emergency arbitration, precautionary measure, diffuse control, D. U. N° 020-2020*

I. INTRODUCCIÓN

Frente a la necesidad de una urgente y necesaria de la modificación de la actual Ley de Arbitraje, D. Leg. 1071; se emitió el D. U. N° 020-2020, norma que busca fortalecer la institución del arbitraje y evitar la proliferación de casos en los que las malas prácticas resten eficacia al arbitraje y causen graves perjuicios en los casos en el que el Estado es parte.

Dicha norma, con rango de ley -por vez primera- es sumamente clara en el sentido que la normativa vigente en materia de arbitraje es idónea para arbitrajes entre particulares, pues ha sido diseñada bajo un modelo que rige el ámbito privado; sin embargo, dadas las particularidades de los arbitrajes en los que el Estado peruano interviene como parte, no resulta adecuada para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país.

II. ¿SE DEBE CUMPLIR EL D. U N° 020-2020?

El problema ya lo identificó el propio Decreto de Urgencia, lo que se busca es evitar (i) actos de corrupción y/o (ii) situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país. Con un agregado nuestro, el daño económico al país es irreparable debido a que desde el año 2008, el D. Leg. 1071, ordena el carácter definitivo e inapelable de los laudos arbitrales.

Las medidas cautelares tienen por objeto asegurar la eficacia de la decisión final (laudo), por ende, no está en discusión el derecho de acción del actor materializado en la demanda, o la prerrogativa de este en buscar se garantice -en tanto dure el arbitraje- que lo que se ordene en el laudo se cumpla y se ejecute.

Si bien las medidas cautelares, son esencialmente instrumentales, provisionales, mutables o flexibles, lo que cuestionamos, no es que se dicte inaudita parte, pese a que el Estado sea la parte afectada; sino lo que es grave y contrario a razón, es la vulneración del D. U. N° 020-2020 por parte de los árbitros.

Estamos de acuerdo con Rioja, al señalar que el juez (en nuestro caso el árbitro) que conozca del proceso principal sea el que también conduzca el procedimiento cautelar. Si bien el trámite de ambos no lo vincula, ya que existe una autonomía, quién más que el juez (en nuestro caso el árbitro) que conoce del proceso principal y tienen todos los elementos necesarios a fin de otorgar o no la medida cautelar solicitada, en base a los hechos acontecidos en el proceso principal, este le permite tener una mejor visión del comportamiento de las partes en el proceso y la necesidad en el dictado de la tutela cautelar¹.

Como sabemos la cautelar tiene darse diversos presupuestos como la probabilidad que le asiste al demandante. (*fumus boni iuris* “humo de buen derecho”.); o el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal (*periculum in mora*) y la razonabilidad, por la cual la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional. (STC N° 2235-2004-AA/TC)

La explicación que sobre este rubro señala Mallandrich, es bastante clara, dicha académica señala que “*con el arbitraje se crea una jurisdicción específica para resolver las controversias concretas que surjan entre las partes de un convenio arbitral. La jurisdicción de los árbitros se origina con su designación y aceptación, y finaliza, (...) en el momento que se dicta el laudo definitivo*” El resaltado es nuestro.

Sigue la autora, al indicar que “*para que los árbitros puedan decidir sobre la adopción de medidas cautelares necesariamente deberá existir un proceso principal que precisamente constituye el fundamento de su jurisdicción*”².

El D. U. N° 020-2020, en su Segunda Disposición Complementaria y Final - Convenio arbitral en que es parte el Estado; establece que el convenio se redacta por los órganos competentes en coordinación con la procuraduría pública de la respectiva entidad. Esto creemos que es razonable, porque será el Procurador (no otra área), quien deberá confrontar sobre como fue el comportamiento contractual de la Entidad, es decir, el defensor jurídico hablará y debatirá sobre ampliaciones de plazo, resolución de contrato, nulidad de contrato,

1 Alexander Rioja, “La medida cautelar en el proceso civil”, *LPderecho*, (28/05/2018).

2 Nuria Mallandrich, *Medidas Cautelares y Arbitraje*, (España: editorial Atelier S.A. 2010).

aplicación de penalidades, etc., y con este Decreto de Urgencia, por vez primera se le habilita legalmente a participar en la redacción del convenio arbitral.

Los conceptos del D. U. N° 020-2020, se complementan, la Directiva N° 001-2019-OSCE/CS, en cuyo numeral 7.3:

En el caso de la sección específica, ésta debe ser modificada mediante la incorporación de la información que corresponde a la contratación en particular, según las instrucciones previstas en dicha sección. Respecto a la proforma del contrato puede incluirse cláusulas adicionales a las previstas o adecuar las que se encuentran propuestas en dicha proforma, dependiendo del objeto del contrato, siempre que dichas incorporaciones o adecuaciones no resulten contrarias a la normativa de contrataciones del Estado.

Dicha Directiva prevé que la proforma puede incluir cláusulas adicionales, dependiendo del objeto del contrato.

III. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LAS MEDIDAS CAUTELARES

En los diferentes contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado (TUO de la Ley 30225 y su Reglamento), se advierten las siguientes situaciones:

- i. Medidas cautelares otorgadas por árbitros de emergencia, antes de la constitución del tribunal arbitral, las cuales no se encuentran previstos en los contratos celebrados entre el contratista y la Entidad.
- ii. Administración de arbitraje por centros de arbitrales diferentes a los establecidos en la cláusula de solución de controversia.
- iii. Uso indebido del control difuso para no aplicar el D. U. N° 020-2020, a efectos de no presentar la fianza bancaria y/o patrimonial en los casos en que el Estado sea la parte afectada con la medida cautelar.

Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. (Inciso 4 del art.47 de la Ley de Arbitraje, D. Leg. 1071)

La contracautela es una suerte de aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podría surgir si en el juicio definitivo (laudo) la medida provisoria es revocada, a favor de aquel contra quien ha sido ejecutada³.

³ Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 1ª ed. (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica argentina 1945).

La contracautela es pues una garantía procesal fijada por la ley (en nuestro caso el D. U N° 020-2020) con la finalidad de obtener un resarcimiento para el ejecutado en caso sea perjudicado con el dictado de la decisión cautelar⁴.

El D. U. N° 020- 2020, norma que modifica la ley de arbitraje, señala que 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.

Consecuentemente, podemos inferir que como requisito para la ejecución de una medida cautelar contra el Estado se requiere constituir una contracautela consistente en una fianza bancaria, y que el monto de la contracautela es establecido por el juez o árbitro, pero con un monto que no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento.

Por otro lado, las normas legales, como lo es el D. U, gozan de presunción de constitucionalidad y son de cumplimiento obligatorio para todos sin excepción, tal y como lo ordena el artículo 109° de la Constitución Política, de lo contrario se estaría acarreado una inseguridad jurídica a nivel nacional.

En el caso se opte por el control difuso de la constitucionalidad, la decisión cautelar requiere de una especial motivación, cumpliéndose con las reglas para el ejercicio del control difuso establecidos en el precedente vinculante señalado en el Expediente N° 1618-2016-Lima Norte, emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Por ejemplo al identificar la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma; siendo obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal).

La STCN° 142-2011-PA/TC (Caso MARIA JULIA), dice en el fundamento 26: No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla:

“Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma **aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral**, siempre que no sea posible obtener de

⁴ Jorge Peyrano, “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, *Themis, Revista de Derecho*, PUC, 1983.

ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes” (El resaltado es agregado).

Expediente N° 1618-2016-Lima Norte, emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República “... control difuso se ejerce en estricto para los fines constitucionales preservando la supremacía de las normas del bloque de constitucionalidad, **es de carácter excepcional y de última ratio**, sólo procede cuando no se puede salvar vía interpretativa la constitucionalidad de las normas...” (El resaltado es agregado).

Muchas veces tales criterios, son omitidos por los llamados árbitros de emergencia, que, sin estar previstos en el convenio arbitral, dictan medidas cautelares trasgrediendo la ley (D. U N° 020-2020).

IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: INCLUSIÓN DE CLÁUSULA EN CONVENIO ARBITRAL

“Plazo para demandar y/o contestar demanda no será menor de 30 días hábiles.

Tratándose de medidas cautelares fuera del proceso, la parte interesada deberá presentarla ante el órgano judicial competente conforme lo establece el artículo 47.4 del Decreto Legislativo N° 1071

En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se presentará como contracautela 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.

Se encuentra prohibido el sometimiento de controversias a Árbitros de Emergencia y/o Arbitrajes Acelerados, toda acción en contrario es nula, bajo responsabilidad del Centro Arbitral y del Árbitro Único y/o Tribunal Arbitral”.

Por otro lado, y dado el carácter definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento del laudo, desde su notificación a las partes, previsto en el art. 59 de la Ley de Arbitraje, señalamos lo siguiente:

- i. En materia de contratación estatal, y conforme al principio de especialidad de la norma; el titular de la Entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza

el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible, como es la conciliación. En ambos casos, se puede solicitar opinión de la procuraduría pública correspondiente o la que haga sus veces⁵.

- ii. De igual modo, constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede⁶.

V. CONCLUSIÓN

Compartimos los fundamentos del Decreto de Urgencia N° 020-2020, y debe ser aplicado, la normativa vigente en materia de arbitraje es idónea para arbitrajes entre particulares, pues ha sido diseñada bajo un modelo que rige el ámbito privado; sin embargo, dadas las particularidades de los arbitrajes en los que el Estado peruano interviene como parte, no resulta adecuada para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país.

VI. RECOMENDACIÓN

Sobre la base del Decreto de Urgencia N° 020-2020, corresponde evaluar la incorporación en la cláusula de convenio arbitral, conforme a los planteamientos indicados en el presente artículo.

⁵ Art. 45.12 de la Ley de Contrataciones del Estado.

⁶ Art. 45.13 de la Ley de Contrataciones del Estado.

REFERENCIAS

- Calamandrei Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. 1ª ed. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica argentina, 1945.
- Mallandrich Nuria, *Medidas Cautelares y Arbitraje*, España: editorial Atelier S.A. 2010.
- Peyrano Jorge. “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”. *Themis, Revista de Derecho*, PUC, (1983).
- Rioja Bermúdez Alexander, “La medida cautelar en el proceso civil”. *LPDerecho* (portal jurídico peruano), (28/05/2018). <https://lpderecho.pe/tag/alexander-rioja-bermudez/>
- Decreto de Urgencia N° 020-2020
- Expediente N° 1618-2016-Lima Norte
- STC N° 2235-2004-AA/TC
- STC N° 142-2011-PA/TC

Recibido: 03/03/2024

Aprobado: 05/04/2024