

EL ORDEN DE PREFERENCIA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO. DE LA CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDO ESTABLECIDA EN LA LEY 29873 A LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO – LEY 30225

1. Introducción

El 01 de junio de 2012, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano", la Ley N° 29873, que modificó la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1017). Ello, en virtud a lo establecido en el Decreto de Urgencia N° 048-2011, a través del cual se dictaron medidas en materia de contratación pública, para mejorar la eficiencia del gasto público.

En el artículo 5 del indicado Decreto de Urgencia, se estableció que el Poder Ejecutivo debía proponer un proyecto de Ley que modificara la Ley de Contrataciones del Estado. De esta forma, el 07 de agosto de 2012, se publicó en el mencionado Diario Oficial, el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, por medio del cual se modificaba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N° 184-2008-EF).

De las modificaciones llevadas a cabo por la Ley N° 29873, una saltaba a la vista, por dos razones importantes: por su relevancia dentro del procedimiento arbitral y por su aparente vulneración a la libertad con la que cuentan los árbitros para decidir la norma pertinente a la cuestión controvertida a resolver dentro de los procesos arbitrales. Nos referimos a la nueva causal de anulación de laudo que establecía la

mencionada Ley.

Esta nueva causal de anulación de laudo, que en su momento trajo consigo un cúmulo de análisis llevados a cabo desde distintos frentes²; llamó la atención debido a que establecía la observancia obligatoria a un orden de preferencia basado en la especialidad de las normas, por sobre la jerarquía de éstas.³ Asimismo, invocaba al orden público como el fundamento central de este orden de prelación. Precisamente este concepto, el de "orden público", era (y aún es) uno muy difícil de definir debido al permanente cambio al que está sujeto, por lo que es necesario el esfuerzo por encontrar una definición lógica y acorde con lo establecido por el legislador. O de ser posible, anticiparnos a los problemas que podría acarrear esa dificultad en conceptualizar este fundamento.

Ahora bien, esta causal de anulación de laudo, aparentemente no ha sido incluida en la nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225) promulgada el 11 de julio del presente año. En esta nueva ley – que aún no entra en vigencia, ya que se está a la espera de la promulgación de su respectivo Reglamento – el numeral 45.3 establece nuevamente la obligatoriedad del mencionado orden de preferencia en la aplicación del derecho para resolver controversias en el arbitraje, así como se hace referencia a la disposición de

1. Abogado senior con más de treinta y cinco años de experiencia en áreas de derecho económico y empresarial, así como en derecho administrativo público y organismos supervisores y reguladores, contratación pública y concesiones. Con especial formación en conciliación, negociación y arbitraje; gestor y promotor de la fundación del Centro de Arbitraje de la CCL, habiendo presidido por siete años la Comisión Administradora del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, siendo Ex Vocal de la Corte y del Consejo Superior de Arbitraje de dicho Centro. Así también, desempeñándose como Arbitro Único o miembro de Tribunales Arbitrales en casos internacionales y nacionales, integrante de la lista de árbitros de la CCL, de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI-Paris, del CARC de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de AMCHAM PERÚ y del OSCE (Ex CONSUCODE). Habiendo ejercido la Presidencia de la Cámara de Comercio de Lima en dos periodos, la Vice Presidencia de OSINERGMIN por más de cinco años y de la ODI-CAM (INDECOPI) por más de cuatro años. Actualmente, Vice Presidente del Consejo Superior de Arbitraje del CAL, presidente y/o director de empresas nacionales y extranjeras, así como consultor de comisiones mixtas de negociaciones y comercio exterior del sector público y privado.

2. Ver al respecto y como muestra, la Revista de Arbitraje PUCP, Año II N° 02, setiembre de 2012; en donde buena parte del bloque temático dedicado a las modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado en materia arbitral, están relacionadas – precisamente – al análisis de esta nueva causal de anulación.

3. Respecto a este punto, el problema radicaría en el mayor "peso" legal que se le estaría otorgando al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en relación con otras normas de mayor jerarquía legal (incluyendo incluso Leyes Orgánicas), al momento de resolver las controversias en el laudo; tal como veremos más adelante.

orden público ya mencionada. Sin embargo hay aquí una diferencia sustancial: No se menciona expresamente que el incumplimiento de esta disposición será causal de anulación de laudo.

¿Qué podemos esperar entonces?, ¿debemos ser positivos y asumir que el legislador se percató del error de incluir esta nueva causal de anulación de laudo y que por esa razón ya no la incluyó en la nueva Ley de Contrataciones del Estado?, ¿o quizá no debemos ser tan optimistas, ya que es muy probable que esta causal de anulación sea incluida en el Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado, próximo a promulgarse?⁴, ¿o quizá la mencionada causal de anulación de laudo no está considerada de forma expresa en el numeral 45.3, pero sí contenida en el numeral 45.9 del artículo 45° de la nueva Ley?

Como dice un viejo adagio, "Hay que esperar lo mejor, pero prepararse para lo peor"; y es en función del mismo, que hemos desarrollado este artículo: Asumiendo que el numeral 45.9 del artículo 45° de la nueva Ley de Contrataciones del Estado incorpora – no de forma expresa – la causal de anulación de laudo establecida en la Ley 29873. Es necesario analizar esta causal, debido a la posibilidad que otorga a la autoridad jurisdiccional de pronunciarse, al momento de resolver el recurso de anulación interpuesto, respecto al fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o a calificar los criterios, interpretaciones o motivaciones expuestos por el Tribunal Arbitral en el laudo. Si esta causal de anulación de laudo afecta la jurisdicción arbitral de tal modo que vulnere la decisión tomada por los árbitros, el fundamento central del arbitraje (esto es, que las partes encarguen a un tercero la solución de sus controversias) peligraría. Se podría hasta asumir que la autoridad jurisdiccional haría de las veces de segunda instancia dentro del proceso arbitral, ya que podría analizar y revisar el fondo y el fundamento de las controversias.

2. La anulación de laudo arbitral. Marco teórico y legal

Antes de comenzar el estudio de esta causal de

anulación de laudo, conviene hacer algunas valoraciones de carácter general, sobre las causas que constituyen el fundamento de la acción de anulación y sobre la propia acción.

No pretendemos hacer un recuento total de la figura de la anulación de laudo a lo largo de la normativa de las contrataciones del Estado en nuestra historia, sin embargo es necesario llevar a cabo un paneo general de la institución de la anulación de laudo, a fin de comprender que se gana y que se pierde con la causal de anulación establecida en la Ley 29873.

La anulación de laudo – entendido como un medio de control de la actividad arbitral – tiene como finalidad, evitar un posible exceso por parte de los árbitros, por lo que no debe estar dirigido a revisar el fondo de la controversia, en tanto que lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada.⁵ Y es justamente por esto, que el fundamento principal del recurso de anulación de laudo, no es el de corregir errores ocasionados por los árbitros, sino el de garantizar el derecho a la tutela judicial establecido en la Constitución.

Para esto se tiene en cuenta, que el ámbito de la revisión judicial de un laudo arbitral, necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje. Si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, entonces el arbitraje se convertirá en una simple instancia judicial. Por otro lado, si la ley no estableciese algún tipo de revisión judicial, cualquier persona, válidamente podría considerar que el arbitraje es una especie de sistema inferior de justicia. En tal sentido, es necesario que la normatividad establezca un apropiado punto medio que garantice dos cosas a la vez: la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes.⁶

Por lo tanto, lo óptimo que debería recoger toda normativa, serían condiciones mínimas que deben observarse en todo proceso arbitral.⁷ Estas condiciones mínimas que controlasen el exceso de poder de los árbitros deben limitarse a cuestiones fundamentales, ya que de lo contrario, las partes se encontrarían envueltas en penosos y dilatados

4. Ver al respecto la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30225: Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se aprobará el reglamento de la presente Ley, dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a su publicación, el cual contendrá un glosario de términos.

5. CASTILLO FREYRE, Mario; *Arbitraje en la contratación pública*. Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen N° 7, Palestra Editores y Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2009. Pág. 238.

6. OLIVIER, Antonie; *Judicial Review of Arbitral Awards*. En: *Dispute Resolution Journal*. Vol. 54. N° 3, 1999. Pág. 23-24.

7. Respecto al concepto de *condiciones mínimas*, ver: REISMAN, Michael; *Systems of control in international adjudication and arbitration – breakdown and repair*. Duke University Press, 1992. Pág. 8. Cito: "Appeal is concerned with what is right for the parties. Control is concerned with the minimum conditions for the continuation of the process of decision itself".

trámites, que el acuerdo arbitral busca justamente eliminar. Por esta razón se recomienda restringir los medios de impugnación del laudo, a un solo recurso, detallando en forma específica las razones por las cuales se podría utilizar dicho recurso.⁸

El recurso de anulación de laudo es justamente este recurso único que cumple con la exclusiva finalidad de controlar el exceso de poder de los árbitros, sin llevar a cabo una revisión del fondo de la controversia. Cantuarias hace un interesante paneo representativo de algunos países latinoamericanos, que regulan el recurso de anulación o de nulidad de laudos arbitrales como la única vía de orden público habilitada para atacar la validez del fallo de los árbitros. Estos países son: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.⁹

Así, al no revisar el fondo de la controversia lo que se busca es proteger la calidad de cosa juzgada que ostenta el laudo. Siendo que es justamente aquí donde radica la diferencia central entre un recurso de apelación y un recurso de anulación. Mientras que el recurso de apelación sí permite la revisión de los fundamentos usados por las partes en el proceso, de la prueba y de la aplicación e interpretación del derecho, el recurso de anulación sólo tiene por finalidad la revisión de la validez formal de los laudos.

Al respecto, Caivano precisa que el objetivo del recurso de anulación de laudo, no es el de revisar el contenido del mismo en cuanto al fondo de lo resuelto por los árbitros, sino controlar que éstos hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que las legislaciones de los respectivos países hayan considerado indispensables para la buena administración de justicia.¹⁰

De esta manera, el artículo 62° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje, establece en su punto 2 que el recurso de anulación se resuelve "declarando la validez o la nulidad del laudo", siendo que "[...] está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse

sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral".¹¹ Asimismo, se establece que la revisión de la validez del laudo se lleva a cabo en observancia de las causales indicadas en el artículo 63° del mencionado decreto legislativo. De esta manera, la norma precisa un determinado número de causales de anulación, no pudiendo la autoridad jurisdiccional declarar la nulidad de un laudo, si es que no es por alguna de estas causales.

Estas causales son siete: i) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz; ii) Que una de las partes no haya sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos dentro del proceso; iii) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con alguna disposición del Decreto Legislativo 1071, de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se hayan ajustado a lo establecido en el indicado Decreto Legislativo; iv) Que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias no sometidas a su decisión; v) Que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional; vi) Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje o el laudo sea contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional; y, vii) Que la controversia haya sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

De la lectura de estas causales de anulación establecidas en la Ley de Arbitraje vigente, se aprecia que todas se encuentran relacionadas con cuestiones de forma que deben observarse a lo largo del proceso. Ninguna de estas causales permite que la Corte Superior pueda – al resolver

8. GARRO, Alejandro; *El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central*. En: Arbitraje comercial y laboral en América Central; Transnational Juris Publications, Nueva York, 1990. Pág. 51-52.

9. CANTUARIAS, Fernando; *Arbitraje comercial y de las inversiones*; Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC; Lima, 2007. Pág. 377. Al respecto, Cantuarias identifica, los artículos que regulan la anulación de laudo en cada norma de cada país, así como deja por sentada la particularidad de países como Colombia y Costa Rica que establecen en su normativa, la existencia de un recurso extraordinario de revisión, conforme al Código de Procedimiento Civil o Procesal Civil, respectivo a cada país.

10. CAIVANO, Roque; *Arbitraje*; Edit. Ad Hoc. Buenos Aires. 2000. Pág. 288.

11. Artículo 62° del Decreto Legislativo N° 1071.

el recurso de anulación planteado – revisar, opinar respecto a, o corregir los argumentos legales o fácticos usados por el Tribunal Arbitral al momento de resolver la cuestión controvertida.

A la vista de las causales de anulación de laudo precedentes, los motivos que fundamentan la pretensión de anulación pueden clasificarse en dos grupos: de un lado, los que están ligados al convenio arbitral (inexistencia o invalidez del convenio e inarbitrabilidad de la materia controvertida objeto del mismo); y, de otro lado, los que suponen una infracción de las reglas esenciales del procedimiento arbitral (indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, resolución por los árbitros de cuestiones no sometidas a su decisión, designación de los árbitros o desarrollo del procedimiento arbitral sin ajustarse al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la Ley).¹²

Pero nuestras causales de anulación de laudo no son únicas en su tipo. Estas causales de anulación, reconocidas en los diferentes países, han ido estandarizándose, y esto gracias a la existencia de dos instrumentos internacionales importantes: la Convención de Nueva York de 1958, y la Ley Modelo de UNCITRAL.¹³ A tal nivel ha llegado esta estandarización gracias a instituciones internacionales, que si un Estado reconoce dentro de su legislación, causales de anulación, distintas o adicionales a las reconocidas internacionalmente, este país será considerado como poco amigable para la práctica del arbitraje.¹⁴ De esta forma, tenemos que en Latinoamérica, las causales de anulación establecidas en las legislaciones de Chile, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú, son prácticamente las mismas a las contenidas en la Ley Modelo de UNCITRAL, las que a su vez son similares a las establecidas en el artículo V de la Convención de Nueva York.¹⁵

Regresando a nuestra legislación, tenemos entonces que las causales de anulación de laudo, establecidas por el Reglamento de la Ley de

Contrataciones del Estado, pueden separarse en dos tipos: los ligados al convenio arbitral y los que suponen una infracción de las reglas esenciales del procedimiento. Estas son las causales de anulación aplicables tanto para procesos arbitrales seguidos entre privados (arbitraje comercial o de las inversiones, por ejemplo), como para arbitrajes con el Estado. Es justamente para estos arbitrajes con el Estado, que la Ley 29873 establece la nueva causal de anulación de laudo. Veamos entonces que establece exactamente esta nueva causal.

3. La causal de anulación establecida en la Ley N° 29873

La Ley N° 29873 que modificó el Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, establecía lo siguiente:

52.3 El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral 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; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación de laudo.

Esta ley modificatoria, dividió al artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1017, en doce numerales. El numeral 52.3 antes transcrito, modificaba el segundo párrafo del artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017. Veamos cual era la anterior redacción:

El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

12. Dentro del grupo de las causas formales de anulación del laudo será objeto de consideración específica el supuesto de emisión de laudo fuera de plazo.

13. La UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) o la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Es el órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. Sus funciones consisten en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. Sus principales actividades son: la elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial; la preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de valor práctico; la presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno; la prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación; y, la organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme.

14. CRAIG, Lawrence; Park, William; Paulsson, Jan; *International Chamber of Commerce Arbitration*; Oceana Publications/ICC Publishing, 2000. Pág. 528.

15. CANTUARIAS, Fernando; *Op. Cit.* Pág. 378.

Lo primero que se aprecia, luego de comparar ambos textos (el segundo párrafo del artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017 y el numeral 52.3 de la Ley N° 29873), es que la obligatoriedad del orden de preferencia en la aplicación de las normas con las que se resolverían las controversias en el laudo, ya estaba establecida – y de forma expresa – en el Decreto Legislativo N° 1017.

¿Cuál fue entonces la razón por la que el legislador se vio forzado para –además de disponer que este orden de prelación sea obligatorio – establecer también, que de no respetarse dicho orden, esto devendría en causal de anulación de laudo? La respuesta no puede ser otra que la vulneración constante de la obligatoriedad del mencionado orden. Y la razón de esta constante vulneración es obvia: el Decreto Legislativo N° 1017 no había previsto ningún tipo de acción o sanción a recaer en los árbitros o en el laudo, por medio del cual pudiese obligar de forma real y efectiva, al cumplimiento de la observancia de este orden de prelación por parte del tribunal arbitral, al momento de elaborar y sustentar su posición en el laudo.

Quizá – y esto sí es meramente un supuesto – el legislador considerase que una de las razones por las que el Estado pierde un gran número de arbitrajes, se deba en gran parte, a la excesiva libertad con la que cuentan los árbitros para decidir la norma que mejor consideren, para resolver las controversias de un proceso arbitral. Tal vez de la revisión de un buen número de laudos arbitrales, hayan concluido que los Tribunales Arbitrales no están aplicando la norma que realmente corresponde a la controversia en particular, y que es justamente por esto, que las entidades públicas pierden un gran número de casos arbitrales.

Ahora bien, de haberse llevado a cabo este razonamiento, ¿el legislador puede establecer límites al razonamiento legal del tribunal arbitral?, y esto es tomado en cuenta, porque al establecer un orden de prelación de observancia obligatoria por los árbitros – bajo sanción de anulación de laudo tal como lo disponía la Ley 29873 – lo que en realidad se estaba haciendo era limitar la

estructura de razonamiento de los árbitros. Éstos ya no podrían – si así lo consideraban pertinente para el caso en concreto – aplicar las normas que considerasen justas y óptimas para cada uno de éstos. ¿Dónde queda entonces la capacidad de sopesar y ponderar las normas a aplicar?, ¿Dónde queda el leal saber y entender de los árbitros, que son tan necesarios en ciertos casos que lo ameriten? Lo que pretendía el legislador con la Ley 29873 era que los árbitros llevaran a cabo un trabajo de abstracción total, frente a la particularidad de cada caso, y de forma casi mecánica se aplique un orden de prelación normativo de antemano dispuesto. En este concepto de administración de justicia, el árbitro vería reducidas sus funciones a las de un mero ejecutor de lo dispuesto en la norma, debiendo respetar un orden inflexible y guardando sus facultades de ponderación y de leal saber y entender, en aras de una aplicación sin miramientos de la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado.

Esta nueva causal de anulación de laudo tenía antecedentes directos, que habían sido recogidos por Rodríguez Ardiles¹⁶. A saber, dos: En el artículo 51 y en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado.¹⁷ Asimismo, tenemos dos antecedentes en la Ley de Contrataciones del Estado: el primero en su artículo 5 y el segundo en el propio artículo 52, que ya habíamos transcrito y analizado en los párrafos precedentes.

El artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. El Titular de la Entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento.

Estos antecedentes no hacen más que demostrar

16. RODRIGUEZ, Ricardo; *Anulación de laudo por incumplimiento del orden de preferencia en la aplicación de la normativa*. En: Revista Arbitraje PUCP. Año II N° 2. Setiembre 2012. Pág. 90-91.

17. Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

que la obligatoriedad del orden de prelación por especialidad y por jerarquía de normas ya había sido tomada en cuenta, tanto en la Constitución Política como en la propia Ley de Contrataciones del Estado.

El orden de prelación pautado por la Ley 29873 sería entonces: i) La Constitución Política; ii) La Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado; iii) Las normas de derecho público; y, iv) Las normas de derecho privado.

Sin embargo, ¿que se estaba vulnerando realmente con la causal de anulación de la Ley 29873 que obligaba a respetar el orden de prelación para la solución de las controversias en el arbitraje?, si tenemos en cuenta que el legislador analizaría si el tribunal arbitral tuvo observancia de este orden al momento de resolver la controversia, ¿este análisis se podría considerar como un análisis de forma, tal como se había indicado en las páginas precedentes? Nuestra posición – así como la de muchos que analizaron en su momento esta medida – es que este análisis no se enmarcaba en un análisis de forma, tal como estipula la teoría arbitral, sino que lo que se llevaba a cabo era una revisión del razonamiento o la forma cómo se habían estructurado los argumentos del tribunal arbitral en el laudo. Y es justamente por esta razón, que el arbitraje corría el riesgo de ser considerado con el tiempo, como una instancia judicial más, necesaria para llegar a aquella instancia que finalmente tomaría la decisión definitiva respecto a la controversia: la Corte Superior.

Dicho en otras palabras, teóricamente el recurso de anulación representa el último recurso con que se cuenta, para asegurar la efectividad de la aplicación de lo dispuesto en el convenio arbitral, ya que de la adecuada aplicación de este recurso dependerá – finalmente – que sean realmente los árbitros quienes resuelvan las controversias del proceso, y que éstas decisiones tomadas respecto a las controversias no sean modificadas, reemplazadas o alteradas por los jueces con posterioridad, esto es, que los jueces no lleguen a disponer respecto al sentido ni al fondo del asunto bajo controversia en el arbitraje. Esto es recogido también por Avendaño y Velásquez, cuando indican que:

Si queremos que el arbitraje sea una real

alternativa al Poder Judicial para resolver conflictos y no un simple mecanismo para obtener un consejo, es necesario que la decisión arbitral goce de exigibilidad y eficacia. Por tanto, no debe bastar con la decisión unilateral de una de las partes en desconocer el convenio arbitral que suscribió antes para sortear la eficacia de la decisión, sino que, al contrario, se debe conferir a esa decisión el máximo nivel de protección jurídicamente posible para que sea eficaz, lo que no niega obviamente alguna posibilidad de control judicial (...) el ejercicio de tal derecho se hace viable a través del llamado recurso de anulación de laudo, que supone dilatar la tutela jurisdiccional efectiva, ya que exige esperar hasta el final del arbitraje para activar el control judicial y además limita las posibilidades de tutela, dado que la revisión judicial solo procede por causales taxativamente previstas y no por cualquier injusticia que se invoque.¹⁸

De esta forma, y de lo ya revisado, tenemos que las causales de anulación de laudo planteadas por la norma, y por la doctrina, deben cumplir necesariamente con dos requisitos a saber. Primero, que impliquen la prohibición de forma expresa o tácita a los jueces que conocerán el recurso de anulación, de conocer el fondo de la controversia; y segundo, que la interposición del recurso de anulación de laudo obedezca a causales expresamente señaladas en la norma, y que hagan referencia a vicios procedimentales.

Se plantea entonces una pregunta central en el análisis de la causal de anulación de laudo incorporada por la Ley 29873, ¿esta causal se encontraba inmersa dentro de estas dos características que deben cumplir las causales de anulación de laudo? Consideramos que la respuesta era negativa.

Y era negativa, justamente porque permitía de una u otra forma, que los jueces pudiesen analizar el fondo de la controversia resuelta en el laudo. Cuando el juez tiene la capacidad de analizar y revisar si en el laudo – de acuerdo con los puntos controvertidos planteados – se respetaba un orden de prelación jerárquico normativo, ¿se estaba analizando el fondo de la controversia,

18. AVENDAÑO, Juan y Velásquez, Raffo; *Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio*. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional: Control Constitucional y Arbitraje N° 4. 2011. Nueva Época. Pág. 80-81.

el razonamiento jurídico llevado a cabo por los árbitros, o se está avocando al análisis de posibles errores de procedimiento existentes a lo largo del proceso? Al parecer la respuesta es obvia: se estaba entrando a analizar uno de los fundamentos que sustentaban el análisis legal llevado a cabo por los árbitros en el laudo, la libertad de ponderar y establecer en el caso en concreto, de llevar a cabo un real y completo razonamiento judicial, de las cuestiones controvertidas en el proceso. El nivel de rigidez y encorsetamiento al que se veían expuestos los árbitros, era – desgraciadamente – contraproducente al momento que la parte ganadora de un proceso arbitral decidía ejecutar el laudo que le favorecía. La parte perdedora del proceso podría invocar esta causal, a pesar de que no tuviese razón de ser aparente, y solamente la Corte Superior tendría la facultad final de decidir si realmente en aquel laudo, se respetó o no el orden de prelación normativo establecido. Esto, dilataba innecesariamente la etapa de ejecución de laudo y era contraproducente – en definitiva – para la parte ganadora del arbitraje.

Respecto a este límite de los jueces a revisar solamente los errores de procedimiento, Talero refiere que

De este modo, se debe admitir que los laudos arbitrales, a diferencia de las sentencias judiciales, no están sujetos en general, a una segunda instancia, vale decir a una revisión sobre el fondo del asunto. Por ende se afirma que la decisión judicial sobre la validez del laudo arbitral no puede llegar a sustituir la decisión de fondo adoptada por los árbitros. De ahí que la anulación, como tal, proceda por errores de procedimiento – in procedendo – y no por errores de fondo – in iudicando –. Estos errores de procedimiento determinan la anulación del laudo arbitral. (...) Es así como las causales de anulación de laudos arbitrales al referirse a errores de procedimiento, no abarcan propiamente la correcta interpretación de los supuestos de hecho o de derecho analizados por el respectivo tribunal arbitral.¹⁹

Por otro lado y respecto a la segunda característica esencial para ser considerada causal de anulación de laudo, esto es, que obedezca a causales expresamente señaladas en la norma y que hiciesen

referencia a vicios procedimentales, la causal de anulación incorporada por la Ley 29873 no hacía referencia a un vicio procedimental per se. Y es que distaba mucho de las causales establecidas en el artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071. Las siete causales del mencionado Decreto Legislativo son causales ligadas a la validez y existencia del convenio arbitral y al respeto de las garantías procesales existentes en todo proceso. Como se aprecia, la causal de anulación de laudo bajo análisis, no lograba enmarcarse en estas características esenciales, debido a que hacía referencia a una revisión respecto al fondo de la controversia, no analizando las garantías procesales (de forma), ni tampoco analizando la existencia del convenio arbitral que da origen al proceso.

Por estas razones, la causal de anulación de laudo incorporada mediante la Ley 29873, a nuestro parecer no era tal. Ésta no tenía como fin el regular un orden de prelación normativo (que ya estaba recogido anteriormente en el Decreto Legislativo N° 1017), sino que buscaba encorsetar, delimitar y coaccionar al tribunal arbitral a aplicar – sin miramientos – un orden de prelación normativo rígido y, aparentemente, inamovible para el legislador. Quizá todas estas razones influyeron en el legislador para que no incluyera esta causal de anulación de laudo en la nueva Ley de Contrataciones del Estado – Ley 30225 promulgada el 11 de julio de 2014. Si bien es cierto la causal de anulación desaparece, no desaparece la obligatoriedad del orden de preferencia en la aplicación del derecho, ni la naturaleza de orden público en que se sustenta esta disposición. Esto, como veremos más adelante, trae problemas en cuanto al mecanismo coercitivo que logre que en la práctica se respete este orden de preferencia, así como en cuanto a lo que debemos entender por “orden público” dentro del contexto de la Ley.

4. La nueva Ley de Contrataciones del Estado y su artículo 45°

Como ya habíamos señalado, la nueva Ley de Contrataciones del Estado – Ley 30225 promulgada el 11 de julio de 2014 establece en su artículo 45° las pautas concernientes a los medios de solución de controversias en la ejecución contractual. El artículo está dividido en trece numerales, algo nunca antes visto en las anteriores leyes de contratación del estado. Esta simple característica

19. TALERÓ, Santiago; *Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones básicas y Derecho aplicable*. Ed. Temis. Bogotá. 2008. Pág. 388-389.

ya nos dice algo respecto a la nueva tendencia de los legisladores al momento de elaborar la ley: O han normado en exceso, o han sido demasiado detallistas respecto a ciertos aspectos del arbitraje. En cualquiera de los dos casos, se corre el peligro de que ocurra lo que Bullard llama "arbitraje con trampa".²⁰

En relación al aspecto que nos ocupa, el numeral 45.3 establece lo siguiente:

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; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

Como se puede apreciar, el contenido del texto es casi similar al numeral 52.3 de la Ley 29873, la gran diferencia radica en la supresión de la causal de anulación de laudo en caso incumplir esta disposición.

Como ya se había indicado en la introducción de este artículo, la supresión de la causal de anulación de laudo en la nueva Ley de Contrataciones del Estado puede deberse a que el legislador tomó en cuenta que ésta no era una causal de anulación per se, ya que abría la puerta a la revisión de fondo del laudo, siendo una herramienta para vulnerar la independencia del fuero arbitral. Sin embargo no debemos cantar victoria tan rápidamente. Cabe aún la posibilidad de que el legislador establezca de forma taxativa en el Reglamento de la Ley (de pronta promulgación) la causal de anulación por falta de observancia del orden de preferencia dispuesto en numeral 45.3 del artículo 45° de la nueva Ley de Contrataciones del Estado. Incluso, no sería necesario esperar a la promulgación del Reglamento de la Ley. El mismo artículo 45° de la Ley 30225 establece ya en su numeral 45.9 disposiciones que obligan a una relectura detallada en cuanto a las causales de anulación de laudo. Veamos.

El numeral 45.9 del artículo 45° de la Ley establece lo siguiente:

El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el

momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su eficacia. La notificación se tiene por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo sólo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje o norma que lo sustituya.

Adicionalmente, el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fuese desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y esta fue desestimada.²¹

Es así, que la nueva Ley de Contrataciones del Estado deja un margen amplio de interpretación en este aspecto, ¿Qué debemos entender por "actuaciones arbitrales ajustadas a lo establecido en la Ley y el Reglamento"? ¿Se hace referencia solamente a las actuaciones arbitrales relacionadas con la imparcialidad e independencia de los árbitros dentro del proceso?, ¿o es que también debemos incluir en estas "actuaciones arbitrales", el aplicar el orden de preferencia normativo contenido en el numeral 45.3 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado? Como se ve, la Ley 29873 era más explícita en este punto, siendo que ahora resulta que además de las causales de anulación de laudo contenidas en el artículo 63° del Decreto Legislativo 1071, tenemos una disposición que funciona como una especie de "cajón de sastre" para todas las demás causales no señaladas expresamente en el mencionado artículo 63°. Esperemos que este punto sea esclarecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado a publicarse.

Si seguimos asumiendo la lógica con la que iniciamos este artículo, de esperar lo mejor y prepararnos para lo peor, asumiremos entonces que

20. Ver al respecto: Bullard, Alfredo; *Arbitraje con trampita*. Columna de opinión de fecha 19 de julio de 2014. Diario El Comercio.

21. El subrayado y las negritas son nuestros.

las disposiciones contenidas en el numeral 45.9 del artículo 45° de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a la anulación del laudo arbitral, son también aplicables para la inobservancia del orden de preferencia normativo por parte de los árbitros (¿de que otra forma sino podría el Estado "castigar" la inobservancia de la obligatoriedad del orden de preferencia normativo señalado en el numeral 45.3 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado?). Si ello fuera así, regresaríamos a la posición inicial con la que nos encontrábamos al promulgarse la Ley 29873 en el lejano mes de junio de 2012. Ya hemos explicado porqué consideramos que esta causal de anulación de laudo no es tal, y porqué acarreará más problemas que soluciones para el desarrollo del arbitraje en contrataciones del Estado. Pero este no es el único problema.

5. El orden público como motivo de anulación

Cuando la norma hace mención a que la disposición obligatoria de orden de preferencia en la aplicación del derecho es una de orden público, lo que busca es dejar por sentado que la vulneración a tal observancia afecta de forma directa el orden público existente, y que al normar sobre este punto obedece a una motivación de preservación del mismo.

Surge entonces una pregunta obvia, ¿Qué debemos entender por orden público en este contexto? Un concepto generalmente aceptado, es el que considera al orden público como la condición básica para la estabilidad de un Estado. La crisis institucional de un Estado, proviene de la carencia de orden público, que puede expresar desgobierno e intranquilidad social.²² El contenido del concepto de orden público incluye los principios políticos básicos que permiten la articulación de la sociedad, las normas o principios integrantes de la moral pública y los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución. Así lo recoge la Asociación de Derecho Internacional en su Resolución N° 2 del año 2002.²³

En España la vulneración del orden público es causa de anulación de laudo. El orden público es una cláusula general que adquirió una nueva

dimensión desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1978. Sin embargo, autores como Remón Peñalver, consideran que el concepto de orden público no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los árbitros.²⁴

En la práctica de los tribunales españoles y a partir de la sentencia STC 43/1986 de fecha 15 de abril de 1986, la noción de orden público incluye los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente garantizadas, pero no únicamente los comprendidos en el artículo 24 de su Constitución (esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva), sino que también es necesario entender que el laudo dictado puede atentar contra principios y derecho constitucionales distintos del referido artículo 24°.²⁵

Sobre el marco del concepto de orden público, resulta problemático para los españoles, cuál deba ser la actuación de los árbitros, en el arbitraje de Derecho, cuando la pretensión de alguna de las partes en el arbitraje se funda en que la ley aplicable al caso – por ejemplo – es contraria a la Constitución. Es justamente frente a este problema de la posible inconstitucionalidad de una ley, que concurren tres factores estructurales del sistema de justicia español: i) El Tribunal Constitucional tiene reconocido el monopolio de rechazo de las leyes postconstitucionales y, en consecuencia, "el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una Ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución"; ii) La depuración del ordenamiento legal corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, de forma que los jueces y tribunales están obligados a motivar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional antes de inaplicar una norma con rango de ley; y, iii) Los árbitros no pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad. Surge entonces la pregunta, ¿qué deben entonces hacer los árbitros si dudan de la constitucionalidad de la ley de cuya aplicación depende la solución de la controversia?, ¿Inaplicar la ley tras motivar las razones de inconstitucionalidad que hubieran apreciado? ¿Aplicarla a pesar de mantener dudas

22. CHANAMÉ, Raúl; *Diccionario de Derecho Constitucional*; Edit. Praxis. Lima. 2000. Pág. 245.

23. La Resolución 2/2002 de la International Law Association establece que: "the international public policy of any State includes: i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as 'lois de police' or 'public policy rules'; and, iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organizations".

24. REMÓN, Jesús; Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas. En: Revista para el Análisis del Derecho. N° 3. Julio de 2007. Barcelona. Pág. 15 y ss.

25. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10°, del 04 de octubre de 2003.

acerca de su adecuación a la Constitución?²⁶

Remón indica que ante esta disyuntiva, el camino natural que se ofrece al árbitro es aplicar la Ley conforme al criterio hermenéutico de *interpretación conforme a la Constitución*. En la práctica, esto servirá para superar la mayoría de los conflictos que puedan presentarse. Y la parte disconforme con el fallo, podría acudir a la acción de anulación de laudo, siempre que la infracción constitucional que impute a la Ley aplicada pueda encuadrarse en el concepto de orden público. En tal caso, lo que va a ocurrir es que, una vez invocada la inconstitucionalidad de la ley como motivo de anulación de laudo, la Audiencia Provincial competente (que en el caso peruano sería la Corte Superior), deberá plantear el correspondiente proceso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional con carácter previo a la decisión del recurso.

Por otro lado, si los árbitros decidiesen inaplicar la ley por ser esta inconstitucional, el Tribunal Constitucional Español tiene establecido que la inaplicación judicial de la ley postconstitucional – sin mediar el paso previo de su declaración de inconstitucionalidad a través del mecanismo del proceso de inconstitucionalidad – genera un supuesto de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dentro del cual es preciso observar un *derecho al sistema de fuentes*.²⁷ La inaplicación en la vía arbitral de la ley, en razón de su posible inconstitucionalidad, podría ser, por tanto, tachada de contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

¿Qué nos enseña entonces el sistema de administración de justicia arbitral español?, pues primero, que cuando en una causal de anulación de laudo se hace mención al respeto y observancia del orden público, se hace referencia directa – o al menos así se debería entender – al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que implica un respeto a un orden de prelación normativo, que tiene como escalafón más alto, la Constitución Política del Estado.

Segundo; que tal como ya lo han analizado juristas españoles, el concepto de orden público no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los

árbitros. Justamente este es un punto importante, ya que a todas luces lo que creemos que ocurrirá es que el legislador no ha tenido en cuenta este peligro, y por esta razón, no ha creado o no ha tomado en cuenta crear – aún – mecanismos legales efectivos para evitar que esta puerta falsa quede abierta.

Por último, el legislador no ha establecido aún, cuáles serían las reglas procedimentales por medio de las cuales se llevaría a cabo la anulación de laudo, asumiendo que sea de aplicación lo dispuesto en el numeral 45.9 del artículo 45° la Ley 30225. Si la Corte Superior considerase que el orden de preferencia en la aplicación del derecho normativo establecido en el artículo 45.3 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225, ha sido vulnerado, ¿cuáles serán las acciones a tomar por su parte?, ¿devolverá el laudo al tribunal para que éste adapte su fallo al orden de preferencia normativa establecido, a pesar de que esto conlleve a que se modifique totalmente el contenido y el fallo del laudo?, de ser esto así, ¿hasta qué etapa retrotraerá el proceso?, la lógica no hace pensar que sólo hasta el momento de la expedición del laudo. Por otro lado, ¿qué pasaría si este irrespeto al orden de preferencia en la aplicación del derecho se ha venido presentando con anterioridad a la emisión del laudo, digamos, en la emisión de decisiones del tribunal contenidas en otro tipo de resoluciones distintas al laudo?, ¿o acaso será la propia Corte Superior la que llevará a cabo la modificación, debido a que al parecer es una observancia de pleno derecho? Estas son algunas de las interrogantes que aún no han sido respondidas, o que el legislador no ha tomado en cuenta al momento de redactar el numeral 45.3 y 45.9 del artículo 45° de la nueva Ley de Contrataciones del Estado – Ley 30225. Esperemos que muchas de estas dudas sean aclaradas en el Reglamento de la Ley que será promulgado dentro de poco.

6. Conclusiones

De esta forma hemos analizado la causal de anulación de laudo por inobservancia del orden de preferencia normativo en la emisión de laudos arbitrales que resuelven controversias de ejecución contractual en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado. Hemos visto los orígenes de esta causal

26. REMÓN, Jesús. Op. Cit. Pág. 16 y ss.

27. Este *derecho al sistema de fuentes*, hace referencia al respeto de un orden de prelación normativo y de obligatorio cumplimiento por parte de los tribunales arbitrales españoles, que en buena cuenta, es el respeto a un orden prelación normativa establecido en la nueva causal de anulación de laudo arbitral, recogida ahora para nuestro sistema de arbitraje con el Estado.

de anulación de laudo, con su incorporación en la Ley 29873 de junio de 2012, hasta su aparente supresión en la nueva Ley de Contrataciones del Estado – Ley 30225 de fecha 11 de julio de 2014; y decimos aparente, ya que como se ha visto, el numeral 45.9 del artículo 45° de esta nueva ley, deja una puerta abierta a causales de anulación de laudo no contenidas en el artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.

De hacerse realidad nuestros temores, el mencionado numeral 45.9 del artículo 45° de la nueva Ley, incluiría como causal de anulación de laudo, la inobservancia del orden de preferencia en la aplicación del derecho al que hace mención el numeral 45.3 contenido también en el mencionado artículo 45° de la nueva Ley de Contrataciones del Estado. Si esto ocurriese, peligraría la posibilidad de que las causales de anulación de laudo versen solamente respecto a errores in procedendo, cuestión recogida por un amplio sector de la doctrina y la legislación de muchos países de Latinoamérica. Asimismo, sería contraproducente para el sistema arbitral contar con un procedimiento de revisión de laudos arbitrales que se avoque a analizar las cuestiones de fondo o el razonamiento llevado a cabo por los árbitros en lugar de solamente analizar las cuestiones de forma o de procedimiento. Ello nos lleva a indicar que la posible causal de anulación de laudo por inobservancia del orden de preferencia normativo no sería tal, debido a que no cumple con dos de las características esenciales de toda causal de anulación de laudo: i) la prohibición expresa o tácita a los jueces que conocerán el recurso de conocer el fondo de la controversia; y, ii) que la interposición del recurso de anulación de laudo responda a causales expresas relacionadas a vicios procedimentales.

Por otro lado, la relevancia de lo dispuesto en el numeral 45.9 del artículo 45 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado – Ley 30225, radica en que aparentemente funcionaría como una especie de “cajón de sastre” que contendría todas aquellas causales de anulación de laudo, no especificadas en el artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071. Consideramos que esto es contraproducente para la seguridad jurídica que debe revestir el arbitraje. El término “actuaciones arbitrales que no se hayan ajustado a lo establecido a la Ley y al Reglamento”, es demasiado subjetivo como para ser considerado una causal de anulación de laudo. La falta de especificidad en este caso ha jugado en contra del legislador.

En cuanto a la figura del orden público como el fundamento central de este orden de preferencia en la aplicación del derecho, su rol es sumamente importante debido a que éste no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los árbitros. Consideramos que este es uno de los muchos puntos grises que deben ser aclarados con la promulgación del Reglamento de la nueva Ley de Contrataciones del Estado.