

**Rigoberto Zúñiga Maravi \***

## **CUANDO EL HÁBITO NO HACE AL MONJE O CUANDO NO BASTA DISFRAZARSE DE CAUSAL DE ANULACIÓN PARA SERLO: A PROPÓSITO DE LA “NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN” INCORPORADA POR LA LEY N° 29873 A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.**

### **1. INTRODUCCION**

Miles de veces hemos escuchado el conocidísimo refrán que inspira el título del presente artículo, muy utilizado para describir a alguien que inútilmente se esfuerza en aparentar lo que no es, es decir a alguien que trata infructuosamente de ser quien no es.

El principio que lo inspira es muy sencillo, las personas somos lo que en esencia somos, tenemos cierta configuración intangible que nos hace serlo. Generalicemos un poco este principio para hacerlo aplicable a las cosas, animales o a cualquier creación humana, y en general podremos decir que es una gran verdad que todo en el mundo es lo que es. Un gato será un gato aunque le pongamos peluca para que parezca un león, un automóvil será un automóvil aunque le pongamos alas.

En el mundo del derecho la regla es aún más sencilla y es sabido por todos nosotros que por ejemplo un contrato en donde se transfiera la propiedad de un bien a cambio de una contraprestación dineraria es una compraventa aunque lo llamemos arrendamiento o donación.

Y es que en el derecho las cosas son lo que son más allá del nombre que les coloquemos, en el derecho cuentan con especial importancia esos elementos intangibles, esas características que particularizan a las cosas, en este caso a las figuras jurídicas, por ejemplo en el párrafo anterior se aprecia que el contrato denominado donación o arrendamiento, no es tal porque no tiene las características de un contrato de donación o de uno de arrendamiento, sino que tiene los

\* Abogado graduado con mención sobresaliente por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad del Perú, Abogado de Arbitraje del CARC- PUCP, Adjunto de docencia del curso Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de la Facultad de Derecho de la PUCP.

elementos típicos de una compraventa, transferencia de propiedad a cambio de una contraprestación, por lo que en buena cuenta resulta ser un contrato de compraventa.

Partiendo de esta idea quisiera referirme a la “nueva causal de anulación” de laudo arbitral incorporada por la Ley N° 29873, que modificó la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, LCE) creando en su artículo 52.3 la siguiente “nueva causal de anulación”:

*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 del laudo.*

Lo que ocurre es que apenas revisamos la modificatoria a la LCE nos embargó el temor que el refrán antes citado, lamentablemente, le calza perfectamente a esta “nueva causal de anulación”, porque simplemente, tememos que no es una nueva causal de anulación, ya que, al parecer, no responde a la naturaleza y fines del recurso de anulación, sino que sería una sesudo segunda instancia judicial para la resolución de los conflictos de la contratación pública, en donde el Poder Judicial tiene la posibilidad de dejar sin efecto un laudo arbitral por cuestiones de fondo, es decir revocarlo, lo que configuraría una suerte de extraña vía de apelación que intenta disfrazarse de causal de anulación.

En las próximas líneas nos dedicaremos a dilucidar nuestras sospechas y discernir sobre nuestros temores expresados en el

párrafo precedente, esperamos de todo corazón, por el bien del sistema arbitral que estos sean infundados, aunque de inmediato nos embarga una extraña tristeza que nos vuelve pesimistas al respecto.

## **2. PARAMETROS Y LÍMITES DE LA RELACION ENTRE EL ARBITRAJE Y EL PODER JUDICIAL EN EL CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL: LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL**

Es sabido que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias alternativo al Poder Judicial, en este escenario las partes deciden sustraerse de la jurisdicción natural que este poder del Estado detenta para la solución de conflictos y deciden voluntariamente otorgarle a unos señores denominados árbitros la facultad para que sean ellos y no el Poder Judicial quien resuelva sus controversias y que esta decisión será de obligatorio cumplimiento y vinculante para ellos, esto lo lograran a través de la suscripción de un convenio arbitral.

Si bien es cierto que la doctrina no es pacífica sobre si el arbitraje de la contratación pública es finalmente obligatorio y no voluntario al ser impuesto por Ley, consideramos que si llega a ser voluntario en la medida que el contratista tiene plena libertad de decir si contrata con el Estado o no lo hace, lo que no puede, hacer si decide contratar con el Estado es rehusarse a arbitrar, es decir puede ejercer su libertad de contratar pero no su libertad de configuración contractual sobre el modo de resolver los conflictos que pudieran suscitarse de este contrato

Algo similar ocurre con las relaciones jurídicas estándares reguladas en el artículo 15° de la LA, donde el legislador ha reconocido que es plenamente factible que estemos en presencia de

arbitrajes provenientes de este tipo de contratos, sin que de modo alguno se argumente que estamos frente a un tipo de arbitraje obligatorio.<sup>1</sup>

Dicho esto, se aprecia que el Estado, por aplicación del principio de legalidad y el contratista, porque finalmente decide contratar con el Estado, deciden ambos someter sus controversias a arbitraje y en consecuencia excluyen de esta resolución a los fueros judiciales.

Esta exclusión natural del Poder Judicial como consecuencia del sometimiento de las controversias a arbitraje es lo que la doctrina conoce como los efectos del convenio arbitral.

Explica el recordado maestro Jorge Santistevan, que el efecto positivo del convenio arbitral consiste en que las partes por propia voluntad le otorgan a los árbitros la competencia para resolver sus controversias, lo que al mismo tiempo genera un efecto negativo en detrimento de la jurisdicción natural de los jueces a quienes se les quita la competencia para conocer dicha controversia, esta última consecuencia es la que se conoce como efecto negativo del convenio arbitral. De este modo expresa el maestro Santistevan.

*“Así se podrá en acción el efecto positivo del convenio arbitral que le da derecho a cada una de las partes de obligar a la otra al sometimiento a los árbitros de una controversia cubierta por el convenio, siendo este el fundamento*

*y la fuente de resolver con calidad de cosa juzgada que les corresponde a los árbitros (...) a dicho efecto le corresponde concomitantemente a el efecto negativo del convenio arbitral que consiste en la exclusión de la jurisdicción estatal a una controversia que este cubierta por dicho convenio y, además, se prohíbe a los jueces conocer de oficio dichas controversias (...) se llega incluso a cercenar a los jueces la posibilidad de conocer las cuestiones de fondo relacionadas con el laudo arbitral, aun en la eventualidad en que este haya sido impugnado mediante recurso de anulación ante el Poder Judicial.”<sup>2</sup>*

Los efectos del convenio arbitral son cruciales para entender la relación que debe existir entre arbitraje y Poder Judicial, en este sentido un sistema jurídico respetuoso del arbitraje deberá intentar darle plena vigencia y aplicación a estos 2 efectos para así crear un sistema arbitral autónomo sano e independiente.

Así lo ha entendido la LA en donde el legislador se ha forzado notablemente por articular la relación arbitraje- Poder Judicial y de forma tal, preservar la competencia arbitral de cualquier injerencia judicial y más otorgarle un rol de colaborador para con los árbitros para permitirles en ejercicio de la función arbitral.<sup>3</sup>

El laudo arbitral es el objeto del convenio arbitral, las partes celebran un convenio arbitral con la finalidad de si llegara a surgir una controversia, obtener un laudo que resuelva la misma.

<sup>1</sup> Artículo 15.- Relaciones jurídicas estándares.

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.

2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:

a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

<sup>2</sup> Santistevan de Noriega, Jorge. Inevitabilidad del arbitraje ante la Nueva Ley Peruana (DL N° 1071) pp.95 y 96 En: Revista Peruana de Arbitraje N°7, Lima, Año 2008.

<sup>3</sup> Puede el lector revisar a modo de ejemplo el artículo 3° de la LA donde se hace mención a la independencia entre la función de los árbitros y las posibles intromisiones del Poder judicial, el artículo 8° que de manera específica establece que el Poder Judicial brindará colaboración al tribunal arbitral para el cumplimiento de sus facultades y el artículo 16° que regula el trámite de la excepción de convenio arbitral.

A través del laudo son los árbitros y exclusivamente los árbitros, quienes por voluntad de las partes resuelven la controversia, es así que los mecanismos de control judicial del laudo arbitral deben partir esta premisa, es decir el sistema de control del laudo arbitral debe respetar el fondo de la decisión de los árbitros, de lo contrario se estaría vulnerando el efecto positivo del convenio arbitral y se estaría contraviniendo su efecto negativo, lo cual conforme señalaría el querido maestro Santistevan de Noriega iría en contra de la “inevitabilidad del arbitraje.”

Sobre el particular es sumamente ilustrativa la opinión de Juan Luis Avendaño y Raffo Velásquez:

*“Visto así, no es muy difícil notar que el interés del Estado frente al arbitraje no sea el mismo que respecto de las demás vías jurisdiccionales, pues aquí, principalmente, debe facilitar y asegurar que sean los mismos particulares quienes procuren la resolución de sus controversias de manera definitiva y vinculante. Para ello importa tanto asegurar que el arbitraje sea una efectiva manifestación de la autonomía privada, como limitar las posibilidades de que se revise lo decidido por los árbitros, evitar que la controversia sea interrumpida o trasladada sin más del espacio arbitral a la sede judicial.”<sup>4</sup>*

En este escenario ocurre que el recurso de anulación del laudo arbitral cumple cabalmente con esta premisa, lo cual apreciaremos a continuación al comentar lo que se entiende por recurso de anulación y cuáles son las características que lo definen.

### **3. RECURSO DE ANULACION: DEFINICION Y ESENCIA**

#### **3.1 El recurso de anulación como última garantía de los efectos del convenio arbitral**

En la medida que el arbitraje es mecanismo de solución de controversias, existe un innegable interés social en que este mecanismo

funcione de manera adecuada, ya que tal como señala Fernando Cantuarias citando a Reismann *“el arbitraje es una delegación restrictiva e poderes – de las partes hacia los árbitros- para resolver ciertas controversias, por lo que necesariamente debe existir algún mecanismo de control.”<sup>5</sup>*

El recurso de anulación de laudo arbitral es el mecanismo de control por excelencia del laudo arbitral, porque tal como ya lo adelantamos es una manifestación clara y tangible de los efectos del convenio arbitral.

En realidad es la manifestación más importante de estos 2 efectos ya que se materializa frente al producto último del arbitraje: el laudo y cuando la competencia arbitral ya ha concluido.

El recurso de anulación consiste entonces en el último muro de la fortaleza arbitral para asegurar la efectiva aplicación de los efectos del convenio arbitral, toda vez que de su adecuada aplicación dependerá finalmente que sean los árbitros quienes finalmente sean los que resuelvan la controversia y esta resolución no sea modificada, alterada o reemplazada por los jueces, es decir que se plasmen en ultima ratio tanto el efecto positivo como el efecto negativo del convenio arbitral.

Acerca de esto señalan Avendaño y Velásquez:

*“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,*

<sup>4</sup> Avendaño Valdéz, Juan Luis y Velásquez Meléndez, Raffo. Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio. P.80 y 81. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional: Control Constitucional y Arbitraje N° 4, 2011, Nueva Época.

<sup>5</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. Recursos contra el laudo arbitral. En Themis Revista de Derecho N° 53, 2007, P. 44.

*alguna posibilidad de control judicial (...) el ejercicio de tal derecho se hace viable a través del llamado recurso de anulación de laudo, que, como veremos, supone dilatar la tutela jurisdiccional efectiva, pues 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.”<sup>6</sup>*

Una vez entendido el importante rol del recurso de anulación como garante final de los efectos del convenio arbitral pasaremos a repasar su tratamiento legislativo y algunas opiniones doctrinarias sobre el mismo para pasar a establecer cuáles son las principales características que lo definen, o mejor dicho, como debe ser para cumplir con este rol garantista.

### **3.2 Tratamiento legislativo del Recurso de Anulación**

Empecemos por analizar escuetamente nuestra legislación nacional, de este modo encontramos que el Artículo 62° de la LA establece lo siguiente:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

*1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.*

*2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. 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.*

Se aprecia con claridad que para la Ley Peruana los rasgos preeminentes del recurso de anulación son:

vedar al juez el conocimiento del fondo del litigio y

que el recurso de anulación solamente se pueda plantear a la luz de causales taxativas.

Por su parte la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI establece lo siguiente:

Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

*1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo. (Subrayado agregado)*

*Si bien parecería ausente en la Ley Modelo una disposición parecida a la de la Ley Peruana en la cual se prohíbe a los jueces conocer a través de la anulación el fondo del laudo, compartimos plenamente la opinión de Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides quienes al respecto refieren:*

*“En efecto esta cuestión reviste especial importancia ya que la Ley Modelo no contiene disposición alguna que permita apelar un laudo arbitral por cuestiones de hecho o de derecho, o revisar la cuestión de fondo. Su el tribunal es competente, se observan los procedimientos correspondientes y se respetan las formalidades el laudo-bueno, malo o regular-es definitivo y vinculante para las partes. Esta es la cuestión fundamental. En las naciones donde el comercio ha tenido mayor difusión, el laudo del tribunal arbitral, independientemente de que se trate de*

<sup>6</sup> Avendaño, Juan Luis y Velásquez, Raffo, Ob cit.p.78

*un laudo parcial, provisional o definitivo, resuelve las cuestiones en disputa, es vinculante para las partes (a menos que se anule) y en principio, procede su ejecución contra la parte perdedora no solo en el lugar donde se llevó a cabo el arbitraje sino en cualquier otra jurisdicción,*<sup>7</sup>

En consecuencia, aunque no lo diga expresamente, tal como señalan estos autores no se aprecia causal alguna en la Ley Modelo que permita la revisión del fondo de los laudos vía anulación, por lo que apreciamos que para la Ley Modelo los rasgos característicos del recurso de anulación son también:

- vedar al juez el conocimiento del fondo del litigio y
- que el recurso de anulación solamente se pueda plantear a la luz de causales taxativas.

### 3.3 Tratamiento del Recurso de Anulación en la doctrina

Sobre las características del recurso de anulación Santiago Talero refiere acertadamente lo siguiente:

*“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”<sup>8</sup> (subrayado agregado)*

A su vez, Marianella Ledesma señala:

*“El recurso de anulación tiene un contenido limitado y va dirigido a velar por el cumplimiento de la pureza del procedimiento arbitral y su procedencia pero nunca a revisar el fondo del asunto ni la decisión que sobre el mismo los árbitros hayan podido adoptar. Si las partes han querido someterse a la decisión de un tercero no parece lógico que esa decisión pueda ser sometida a revisión por los tribunales jurisdiccionales (...) la LGA prevé la anulación del laudo por motivos concretos y no permite que fuera de estos se ejerza control alguno sobre la actuación de los árbitros, de ahí que consideramos a los motivos de la nulidad como numerus clausus.”<sup>9</sup>*

Finalmente Fernando Cantuarias señala

*“Este control judicial de la actividad arbitral que hemos identificado, pretende evitar el exceso de poder de los árbitros, no puede estar dirigido a revisar el fondo de la controversia (apelación) simplemente porque las partes, para bien o para mal, expresamente acuerdan en su convenio arbitral que sus derechos sustantivos sean resueltos fuera del aparato jurisdiccional del Estado (...) 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 podrá usar dicho recurso. Este recurso único se denomina anulación o nulidad*

<sup>7</sup> REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Law and practice of international commercial arbitration. Sweet & Maxwell. .p. 213 (9-35)

<sup>8</sup> Talero Rueda, Santiago. Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones básicas y Derecho aplicable. Bogotá, 2008, Temis. pp.388-389

<sup>9</sup> Ledesma Narváez, Marianella. Laudos Arbitrales y Medios Impugnatorios. En: Gaceta Jurídica. Cuadernos Jurisprudenciales N° 17, Lima. pp.17 y 19

*del laudo arbitral y tiene por exclusiva finalidad controlar el exceso de poder de los árbitros, sin que quepa, en forma alguna la revisión del fondo de la controversia.”<sup>10</sup>*

Asimismo, este autor en su excelente obra “Arbitraje Comercial y de Inversiones” detalla como principales características del recurso de anulación: i) no cabe a través de la anulación la revisión del fondo de la controversia, ii) las causales que lo habilitan son taxativas y deben ser interpretadas de manera restrictiva y iii) las causales deben ser, en principio alegadas y probadas por quien se opone a la eficacia del laudo arbitral.<sup>11</sup>

Como podemos observar la doctrina es unánime en reconocer exactamente las mismas características que legislativamente se le atribuyen a la anulación, siendo estas:

- vedar al juez el conocimiento del fondo del litigio y
- solamente se pueda plantear a la luz de causales taxativas.

### **3.4 Características esenciales del recurso de anulación**

A modo de conclusión sobre este punto es evidente señalar que las 2 características esenciales del recurso de anulación, vale decir los elementos que configuran a un “verdadero” recurso de anulación serán:

a) La prohibición expresa o tácita a los jueces que conocerán el recurso de conocer el fondo de la controversia

b) Que su interposición responda a causales taxativas sobre vicios del procedimentales.

### **4. LA PROHIBICIÓN QUE LOS JUECES CONOZCAN EL FONDO DE LA CONTROVERSIA Y LAS CAUSALES TAXATIVAS COMO CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN QUE PERMITEN GARANTIZAR LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL**

En líneas anteriores hemos señalado que el recurso de anulación funciona como la última garantía para la aplicación de los efectos del convenio arbitral. Para lograr este cometido el recurso de anulación del laudo arbitral posee las dos características fundamentales que ya hemos determinado.

La primera de esta características sirve para asegurar el efecto negativo del convenio arbitral ya que impide a los jueces que el recurso de anulación puedan entrar al análisis de las interpretaciones o razonamientos del tribunal arbitral y modificar su decisión, lo que en buena cuenta también significa una afirmación indirecta del efecto positivo del convenio arbitral pues se blinda la resolución de la controversia emitida por los árbitros de modo tal que son ellos quienes exclusiva y excluyentemente resuelven dicha controversia.

Sobre el particular señala Cantuarias:

*“En ningún caso el Poder Judicial podrá reexaminar el fondo de la controversia, ya que lo que han decidido los árbitros es irrevisable. En otras palabras, aun cuando los jueces encuentren que los árbitros han incurrido en errores de los hechos o que han aplicado erróneamente el derecho, por ningún motivo podrán modificar lo decidido*

<sup>10</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. Ob. Cit p.45

<sup>11</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. Arbitraje Comercial y de las Inversiones, 2007, UPC. pp.463-467

*en el laudo, simplemente porque dicha función, para bien o para mal, fue asignada libremente por las partes de manera exclusiva a los árbitros.”<sup>12</sup>*

De similar opinión son Avendaño y Velásquez quienes expresan:

*“Como se ha dicho, la finalidad última del arbitraje es alcanzar la propia solución extrajudicial de un conflicto, se vería desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pueda ser revisada en cuanto al fondo por los órganos judiciales.*

*De ahí que la regla en los arbitrajes sea que el fondo de lo resuelto en el laudo no pueda ser materia de revisión judicial, que debe ser protegido de revisiones extremas adquiriendo una suerte de cosa juzgada.”<sup>13</sup>*

En tanto la segunda característica, esto es la posibilidad de interponer la anulación solo por causales taxativas hace que los supuestos en los que el laudo arbitral pierde sus efectos, y en consecuencia decaen hasta cierto punto o del todo los efectos del convenio arbitral, sean del todo explícitos, por lo cual debe hacerse sobre ellos una interpretación restrictiva.<sup>14</sup> Asimismo, al versar sobre errores in procedendo y no sobre errores in iudicando, las causales aseguran con su aplicación, en la práctica y en un momento posterior a la prohibición general, que los jueces no se avoquen a conocer el fondo de la controversia.

Sobre esto último Cantuarias señala:

*Estas causales- las del recurso de anulación- están exclusivamente dirigidas a garantizar las legítimas expectativas de las partes referidas a que el tribunal arbitral actuará conforme a las facultades otorgadas y a*

*que el procedimiento arbitral respetará el acuerdo de las partes, el debido proceso y el derecho de defensa.”<sup>15</sup>*

O dicho en otras palabras ninguna causal de anulación permitirá a los jueces conocer el fondo de la controversia o cuestionar la interpretación de hechos o de derecho de los árbitros, ya que las únicas causales existentes no entrarán al fondo de la controversia y al ser éstas taxativas existe la seguridad que los jueces lo harán así

Como se puede apreciar hasta el momento, la importancia del recurso de anulación para la eficacia del arbitraje es vital. Un recurso de anulación cuya regulación legal se soporte en sus características típicas desarrolladas en este punto ayudará a que el laudo el arbitraje realmente sirva y funcione, ya que se aseguraran el efecto positivo y el efecto negativo del convenio arbitral.

Ahora bien, ha llegado el momento esperado, una vez detalladas las características esenciales de la anulación pasaremos a analizar la “nueva causal de anulación” creada por la modificatoria de la LCE para determinar si en verdad se trata de un recurso de anulación, o si como sospechábamos y temíamos “solo lleva el hábito pero no se trata de ningún monje.”

## **5. ¿ES LA “NUEVA CAUSAL DE ANULACION” INCORPORADA POR LA RECIENTE MODIFICATORIA A LA LCE UNA VERDADERA CAUSAL DE RECURSO DE ANULACION?**

Creemos que a estas alturas ya las sospechas se han convertido en certezas y los temores en peligros inminentes, porque la respuesta es negativa. No estamos frente a una nueva causal de anulación porque no se cumplen los 2

<sup>12</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. Ob Cit. 464-466

<sup>13</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. Recursos contra el laudo arbitral.P.82

<sup>14</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando, Arbitraje Comercial y de Inversiones. 467

<sup>15</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. Recursos contra el laudo arbitral.p46

requisitos esenciales que el recurso de anulación exige y necesita para ser tal, es decir no se cumple con:

- a) La prohibición expresa o tácita a los jueces que conocerán el recurso de conocer el fondo de la controversia
- b) Que su interposición responda a causales taxativas sobre vicios del procedimentales, es decir errores in procedendo.

Volvamos por un instante sobre el texto de esta “nueva causal”

*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 del laudo.*

Lo que se está estableciendo es que se puede cuestionar vía anulación de laudo arbitral la aplicación normativa que realice el tribunal arbitral, es decir la interpretación legal a través de la cual el tribunal arbitral resuelve el fondo de la controversia.

¿Cómo podemos estar frente a una verdadera causal de anulación si justamente esta causal permite abiertamente a los jueces analizar el fondo de la controversia cuando justamente una de las características esenciales de la anulación es no permitir a los jueces conocer el fondo del litigio?

¿Cómo podemos estar frente a una verdadera causal de anulación si de esta consignado en esta causal un error in iudicando como motivo de anulación cuando una de las características de la anulación es consignar causales taxativas por errores in procedendo?

La pregunta natural que surge es, ¿si no se trata de una causal de anulación? ¡¿Qué es?!

Pues bien, decíamos al inicio del presente artículo que en el derecho las cosas muchas veces son lo que son y no necesariamente como las partes las llamen, decíamos además que para determinar o definir a una determinada figura jurídica había que atender a sus principales elementos para a partir de ellos clasificarla.

Recordemos que la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (en adelante, LGA) que fuera sustituida por la Ley de Arbitraje (LA) actual contemplaba la posibilidad de apelar un laudo arbitral ya sea en sede arbitral o ante el Poder Judicial.

En efecto, en sus artículos 63° y 64° señalaba lo siguiente respecto de la apelación judicial.

*Artículo 63o.- Apelación: Órgano competente.- Es competente para conocer de la apelación del laudo de derecho la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la apelación.*

*Artículo 64o.- Plazo de interposición.- El recurso de apelación se interpone directamente ante la Sala respectiva, dentro del plazo de diez (10) días contados desde la notificación del laudo o de notificadas las correcciones, integración o aclaraciones del mismo*

Respecto de la apelación en contra de un laudo arbitral, señala Ledesma lo siguiente:

*“El recurso de apelación tiene en el procedimiento arbitral, el mismo alcance que en el proceso judicial, de manera que a través de aquel cabe la reparación de cualquier error de juzgamiento que adolezca el laudo, sea que se haya producido en la aplicación de normas jurídicas o en la apreciación de los hechos o valoración de la prueba.”<sup>16</sup>*

<sup>16</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. Recursos contra el laudo arbitral.p.16

Por su parte Cantuarias expresa sobre el recurso de apelación y su diferencia con el recurso de anulación:

*“Mediante la apelación lo que se busca es que el órgano superior revise lo decidido por los árbitros en el laudo, con facultades para confirmarlo. Modificarlo o revocarlo. En este último supuesto se revisa el fondo del laudo, mientras que en el primero – anulación- solamente se controla el cumplimiento de los recaudos legales sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión.”<sup>17</sup>*

Luego de apreciar lo expresado por ambos autores podemos señalar con toda razón que cuando un juez aplique esta “nueva causal de anulación” deberá obligatoriamente entrar a conocer el fondo de la controversia y en virtud a un juicio valor respecto de las bondades o defectos de la interpretación legal y aplicación del derecho efectuada por los árbitros pasará a declarar válido o nulo el laudo, o mejor dicho en términos más concretos confirmarlo o revocarlo, porque lo que realmente es esta “nueva causal de anulación” es una instancia de apelación de laudo arbitral en sede judicial ya que tiene como objetivo el cuestionamiento de un error in iudicando.

## **6. CONSECUENCIAS DE LA “NUEVA CAUSAL DE ANULACION” PARA EL SISTEMA ARBITRAL**

### **6.1 Incentivos perversos para la parte vencida en el arbitraje**

Si el dejar de lado la apelación en la LA respecto de lo que sucedía en la hoy derogada LGA fue considerado un avance, a pesar que dicha instancia de apelación admitía pacto en contrario ya que las partes podían prescindir de ella, imaginemos el serio retroceso que significa el incorporar

una instancia de apelación que en principio no admite pacto en contrario.

Las consecuencias nocivas son bastante evidentes, el relativizar de tal modo los efectos obligatorios del laudo arbitral a través de la vulneración de los efectos del convenio arbitral ha creado un incentivo perverso para que quien pierda el arbitraje intente que se revoque esta decisión recurriendo al Poder Judicial.

Tal como señalan Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides

*“La experiencia ha demostrado, sin embargo, que un sistema de arbitraje que confiere un derecho ilimitado de apelación de los laudos arbitrales presenta también serias desventajas. En primer lugar, las decisiones de los jueces nacionales pueden acabar sustituyendo a las del tribunal arbitral especialmente seleccionado por las partes o nombrado a petición de las mismas. En segundo lugar, una de las partes puede verse en una audiencia pública y ante un tribunal nacional en contra de su voluntad, aun a pesar de haber seleccionado el arbitraje como método privado de resolución de la controversia. En tercer lugar, el procedimiento de apelación ante los tribunales podría ser empleado simplemente como método para posponer el día de pago, desvirtuándose así uno de los fines principales del arbitraje comercial internacional como es la celeridad del procedimiento.”<sup>18</sup>*

Lo cual es corroborado por Cantuarias quién opina que *“si la Ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, pues entonces el arbitraje se convertirá en una simple primera instancia judicial.”<sup>19</sup>*

Una revisión judicial del laudo arbitral tal como plantea esta “nueva causal

<sup>17</sup> Redfern, Alan & Hunter Martin. Ob cit. P.464

<sup>18</sup> REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Ob Cit.p. 214

<sup>19</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. Recursos contra el laudo arbitral.p. 44

de anulación” simplemente invierta los efectos del convenio arbitral, respecto del efecto positivo del convenio arbitral hace que ya no sean los árbitros quienes de forma exclusiva y excluyente son los facultados para resolver la controversia y sobre el efecto negativo logra que los jueces finalmente recuperen la competencia para conocer la controversia que les había sido restada.

La parte vencida en el arbitraje no dudará de recurrir a este mecanismo para vulnerar los efectos obligatorios y vinculantes del laudo e intentará como última opción que esta decisión sea dejada sin efecto por el Poder Judicial, lo cual atenta contra el arbitraje como institución jurídica puesto que afecta virtudes tan esenciales del mismo como son la celeridad y la especialización.

## 6.2 Perjuicio a la captación de inversión privada

Pero hay algo más, el arbitraje en la contratación pública nace para ofrecer a los contratistas un “tribunal neutral”, el Estado en búsqueda de inversión privada declina su jurisdicción natural para no ser juez y parte de los conflictos que en sus actos de gestión pueda tener con los privados, en otras palabras en arbitraje en la contratación pública es señal de confianza hacia el privado.

Pero como bien señala Alfredo Bullard, el Estado es el único contratante con dos caras, sobre lo cual manifiesta:

*“El problema que estamos reseñando se hace aún más complejo en aquellas áreas en las que el Estado interactúa contractualmente con los particulares. Cuando el Estado compra o vende o concede un servicio para que un particular lo explote, la tentación de usar su otra cara, distinta a la del contratante,*

*es decir dibujada con el pincel del ius imperium, se exacerba y la experiencia histórica así lo demuestra. El Estado es el púnico contratante que puede cambiar las propias reglas que acordó con su primera cara usando su segunda cara. Concesiona y cuando consigue la inversión que requería puede intentar expropiar. Pacta una tarifa para un servicio pero luego usa a un regulador para reducirla o crear exigencias que no estaban en el contrato. Y los ejemplos para ilustrar este punto lamentablemente sobran”<sup>20</sup>*

Y otro ejemplo vendría a ser el que nos ocupa ahora, el Estado ofrece el arbitraje como solución de controversias a los privados con los que contrata, lo cual en principio suponía dejar a su Poder Judicial de lado del conocimiento del fondo de la controversia, y ahora modifica la Ley para a través una “nueva causal de anulación” permitir que su Poder Judicial conozca el fondo de estas controversias y pueda en la práctica revocar laudos arbitrales.

Pero aún hay más, veíamos líneas arriba que la Ley Modelo de la CNUDMI no consigna causal alguna de anulación que permita el conocimiento del fondo de la controversia, toda vez que de permitir esto se desvirtuarían los fines del recurso de anulación. Sabemos la vocación global que tiene la Ley Modelo, incluso nuestra Ley actual se inspira en buena cuenta de ella, el crear una causal de anulación ajena al sentido de las causales de anulación que contiene la Ley Modelo no es positivo para otorgar hacia el exterior una imagen favorable hacia el arbitraje.

Sobre el particular señala Cantuarias:

*“Por su parte, modernamente las causales de anulación o de nulidad de los laudos arbitrales reconocidas por los diferentes ordenamientos jurídicos han ido estandarizándose, gracias a la existencia*

<sup>20</sup> Bullard González, Alfredo. Enemigos Íntimos. El Arbitraje y los Contratos Administrativos .En: Revista Peruana de Arbitraje N°2, Grijley, Lima, 2005, p. 163

*de 2 instrumentos internacionales de la mayor importancia como son la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, al extremo que si un Estado reconoce dentro de su legislación arbitral causales distintas o adicionales a las reconocidas internacionalmente, difícilmente será considerado como un lugar amigable para la práctica del arbitraje.”<sup>21</sup>*

## 7. CONCLUSION

Lamentablemente hemos comprobado nuestras dudas y hemos visto volverse realidad nuestros temores respecto de la ambigua naturaleza de esta “nueva causal de anulación” que ahora se torna clara: se trata la posibilidad de revisión judicial del fondo de los ludos arbitrales de los arbitrajes de contratación pública, rol atribuido por doctrina no al recurso de anulación sino al de apelación.

No juzgamos la necesidad, las ventajas o desventajas de establecer el orden de prelación normativo que ha establecido esta modificatoria de la LCE y cuyo incumplimiento es el que justamente genera esta posibilidad de revisión judicial, creo que sería irresponsable de nuestra parte pronunciarnos a favor o en contra del mismo sin estudiarlo con el debido detenimiento.

Simplemente creemos que más allá de su conveniencia o no, el darle una salida tan radical a este punto, a través de la creación de esta instancia judicial revisora de los laudos arbitrales de la contratación pública, complicará más el panorama de estos arbitrajes, pues judicializar las causas de este tipo de arbitrajes generará incertidumbre jurídica, incertidumbre porque se deberá esperar en muchos casos transitar por esta vía para estar frente a un laudo firme sin saber a ciencia

cierta cuál será la interpretación del juez e incertidumbre sobre el valor de lo que el juez decida pues a diferencia de un árbitro el juez no necesariamente es especializado en contrataciones públicas.

Crear una instancia revisora judicial del fondo de los laudos arbitrales es un claro retroceso respecto de lo avanzado en materia arbitral por nuestra legislación, lo cual resulta lamentable pues afecta nuestra imagen de país amigable con el arbitraje.

El recurso de anulación ha probado ser a nivel mundial y por muchos años un remedio de control equitativo, por un lado otorga a las partes las suficientes garantías respecto a la legitimidad de los actos de los árbitros y del procedimiento arbitral y por otro se muestra respetuoso de los efectos del convenio arbitral, cumplimiento una labor garantista final sobre los mismos, nos parece sumamente arriesgado que el legislador peruano intente salir de este esquema, sobretudo en el arbitraje con el Estado que como sabemos representa la gran mayoría de arbitrajes de nuestro país.

Asimismo es preocupante que el legislador haya guardado silencio tano en la modificatoria de la Ley como en la de su Reglamento respecto de las consecuencias de esta “nueva causal de anulación”, es decir si una vez “anulado el laudo” en aplicación de la misma se debe iniciar un nuevo arbitraje o si recupera su jurisdicción natural el poder judicial.

Creemos que en todo caso la mejor opción sería la primera, pues sino el arbitraje sería un mero saludo a la bandera. Sin embargo el silencio legislativo es más grande pues tampoco se ha exigido la denuncia previa de la causal frente al tribunal arbitral en un momento oportuno ni que primeramente se agoten las solicitudes de rectificación o interpretación de laudo arbitral, aspectos

<sup>21</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando. Recursos contra el laudo arbitral.p.46

que si son exigidos y regulados para las causales de anulación que consigna la LA. Todo este escenario implica dejar todos estos aspectos a la mera discrecionalidad de los jueces.

Tal como empezamos este artículo creemos que las cosas en el derecho son lo que son más allá del nombre que muchas veces les demos, pero cuando intentamos crear un monje solamente a partir de un hábito desnaturalizamos a las figuras y el principal problema que esto trae es incertidumbre jurídica, la cual en este caso será pagada por los usuarios del arbitraje, es decir el propio Estado, vale decir todos los peruanos y el contratista, por partida doble incluso, si es peruano.