

EL RECURSO DE ANULACION Y EL REQUISITO DE ADMISIBILIDAD EN LA LEY DE CONTRATACIONES

Gonzalo García Calderón Moreyra¹- ggc@estgarciacalderon.com.pe

Resumen:

En el presente artículo el autor analiza las implicancias del nuevo Decreto Legislativo 1341 que modifica la ley de Contrataciones del Estado en referencia a condicionar el Recurso de Anulación mediante una carta fianza solidaria en favor de la entidad. Dentro de las implicancias tenemos la discriminación que se generaría entre contratista y entidad, pues se estaría violando el Principio de Equidad, así como también siendo este recurso la única vía para cuestionar cualquier error formal, condicionarlo impediría que cualquier persona pueda recurrir al Derecho de la anulación y por ende el acceso a la justicia.

Palabras Claves:

Carta fianza, Recurso de anulación del Laudo, Debido proceso.

La Ley 26572 señalaba en el inciso 4 del artículo 72 respecto al recurso de anulación que era requisito para admitirlo por parte del poder judicial adjuntar “En su caso, el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad en favor de la parte vencedora, si se hubiera pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia,

...” Esta norma permitía la suspensión de la ejecución del laudo arbitral mientras se tramitaba el recurso de anulación¹.

La Comisión reformadora de la ley de arbitraje - que generó la base del futuro Decreto Legislativo 1071, ley vigente- estableció que el recurso de anulación no suspendía la ejecución del laudo, salvo que quien quiera lograr su paralización presentase una carta fianza; Es decir, no se condicionaba la presentación del recurso de anulación a la presentación de una garantía, sino que se condicionaba un momento diferente, el de la ejecución del laudo, y de esta manera, se permitía el derecho de defensa frente a cualquier abuso de una de las partes o de los árbitros en el desarrollo del procedimiento arbitral sin condicionar su derecho de revisión formal. En efecto, el inciso 1 del artículo 66 del Decreto Legislativo 1071 señala que “La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento de laudos ni su ejecución arbitral o judicial salvo cuando la parte que impugne el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral”

En este mismo sentido se ha pronunciado

¹ Abogado y Máster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro y Docente universitario. Experto en Derecho Comercial (Corporativo, Títulos Valores), Arbitraje Nacional e Internacional, Arbitrajes Mineros. Autor de diversos artículos especializados en materia arbitral. Ex vocal de la Corte Superior de Justicia de Lima.

el Tribunal Constitucional, al señalar que, el modelo del control a la jurisdicción arbitral, es mediante el recurso de anulación, la cual es la vía específica, igualmente satisfactoria que el amparo, para proteger derechos constitucionales que puedan ser conculcados durante el accionar arbitral.²

El Tribunal Constitucional en el caso 6167-2005 HC/TC- conocido como caso Cantuarias- señaló que la función jurisdiccional forma parte de ORDEN PUBLICO CONSTITUCIONAL habiendo complementado este tema en el caso 142-200 AA/TC conocido como el caso Maria Julia en donde preciso mediante precedentes vinculantes, que el recurso de anulación era la vía para resolver:

A) El recurso de anulación (...) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales que determinan la improcedencia del amparo (...).

B) No procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando estos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva.

C) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación de conformidad con el inciso 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo 1071.

D) Cuando a pesar de haberse aceptado la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con los derechos fundamentales de carácter indisponible o que

no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (incisos e y f) siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo.

E) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral via recurso de anulación.

F) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales solo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial”.

Entonces, después de haber realizado este análisis legislativo y jurisprudencial debemos preguntarnos ¿Puede un derecho constitucional violentado sujetarse o condicionarse al pago de una fianza?

Todo esto viene a colación por la reciente norma publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de enero de 2017 mediante el Decreto Legislativo 1341 que modifica la ley de Contrataciones del Estado y que en su artículo 45.8 establece de manera obligatoria que para la presentación de un recurso de anulación por parte del contratista este requiere de una carta fianza solidaria incondicionada y de realización automática en favor de la entidad, con una vigencia no menor a seis meses renovable por todo el tiempo que dure el trámite del recurso.

² En el mismo sentido, la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1071, consigna lo siguiente: “Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo

Lo primero que salta a la vista es la manifiesta discriminación que se da entre el contratista y la entidad, violando el principio de equidad, ya que este requisito es exclusivo para el contratista y no para el Estado ni sus dependencias, a pesar que el Estado ya cuenta con una carta fianza de fiel cumplimiento del contrato, que no es otra cosa que el instrumento para garantizar la correcta ejecución del contrato, en los términos contemplados en éste.

Entonces nos preguntamos: ¿A qué se debe esta manifiesta diferenciación/discriminación? Solo el legislador que preparo la norma lo sabe, ya que no hay una exposición de motivos que nos acerque a una idea, ni remota, de su pensamiento.

Pero esto no es lo peor, ¿Qué es lo más grave de este articulado? En mi opinión, SE IMPIDE EL ACCESO A LA JUSTICIA.

Como referencia previa, debemos recordar que el artículo 289 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado mediante Decreto Supremo 084-2004-PCM, al tratar el recurso de anulación de laudo, establecía que:

“Para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse como requisito que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida, siempre que esté recogido en el convenio arbitral o lo disponga el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia”.

Vemos pues que, si bien existía la posibilidad de pactar la constitución de una garantía como requisito para la interposición del recurso de anulación, no menos cierto es que dicho requerimiento debía estar expresamente consignado en el convenio arbitral o, en el reglamento de la institución arbitral al que

las partes sometieron sus diferencias. Esta posibilidad, era eso, una posibilidad, pero no un mandato o exigencia normativa; ello en estricto respecto a la libertad de pacto entre las partes.

Así, aquella parte que quería interponer recurso de anulación contra un laudo, debía, previamente verificar si existía o no el requisito de la garantía, tanto en el contrato como en el reglamento arbitral, de tratarse de un arbitraje institucional.

Esta disposición ha sido además recogida, aunque con modificaciones, en el Decreto Supremo 184-2008-EF. En efecto, el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado consignaba lo siguiente:

“Como requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el convenio arbitral que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de carta fianza a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida”

Es importante tener claridad, en que la única vía posible para cuestionar cualquier error formal, se tramita mediante el recurso de anulación, por lo que no cabe condicionar, a través de una disposición normativa ese derecho, toda vez que cualquier persona, natural o jurídica, puede acudir al recurso de anulación para no verse perjudicada por una decisión arbitraria y/o abusiva por parte del tribunal arbitral.

La institución arbitral forma parte del sistema de justicia y como tal no es una isla ajena a las garantías que debe responder cualquier proceso, es por ello que frente al exceso de una de las partes frente a la otra o de los árbitros frente a alguna de las partes, estos tienen el legítimo derecho de exigir una seguridad jurídica respecto a ciertas garantías procesales de carácter constitucional y a un proceso regular. El Poder Judicial es el

contrapeso, el garante de que la institución arbitral y los árbitros privados actúen dentro de este marco procesal constitucional.

Los árbitros pueden equivocarse al no conceder alguna actuación procesal relevante para la defensa de una de las partes, pueden tomar en consideración una prueba no ofrecida, pueden laudar fuera de plazo, pueden fallar “ultra petita” en donde se fije una indemnización no solicitada por montos exorbitantes, es decir, puede presentarse un acto u omisión que, en consideración de una de las partes, conlleve a la violación de su derecho de defensa y del debido proceso; por lo que, la ley de arbitraje permite el recurso de anulación como una vía de reparación frente al abuso de los árbitros, los cuales, como cualquier ser humano, puede errar durante el procedimiento arbitral, y la única vía para remediar ese abuso es la vía de la anulación.

Sin embargo, como hemos advertido ya, el artículo 45.8 del Decreto Legislativo 1341 incorpora un cambio radical en la lógica y alcance del recurso de anulación, estableciendo de manera obligatoria, la necesidad de constituir una garantía, como requisito para la procedencia del recurso, restringiendo con ello la posibilidad de corregir algún vicio o exceso en la decisión adoptada en el laudo.

En efecto, al cerrarse esa vía y exigir una carta fianza, se está conculcando el acceso a la justicia y en ese caso, se abriría la posibilidad de acudir, nuevamente al proceso de amparo, algo que ya en la sentencia en el caso “Cantuarias Salaverry” había sido delimitado por el tribunal Constitucional. A partir de ello, queda evidenciado que la disposición normativa vulnera de manera flagrante una garantía constitucional; a saber, el debido proceso (derecho de defensa), lo que conlleva a que el Tribunal Constitucional reabra la puerta a los amparos.

Anulación por parte del Estado:

La modificación bajo comentario, además incorpora el siguiente enunciado:

“Las entidades no pueden interponer recurso de anulación de laudo u otra actuación impugnada en vía judicial, salvo que se cumplan las siguientes condiciones de manera conjunta:

1. Que la acción judicial sea autorizada por la máxima autoridad de la Entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable.
2. Que la referida autorización sea aprobada por el Titular del sector correspondiente, excepto tratándose de Ministerios en cuyo caso, la autorización deberá ser aprobada por Consejo de Ministerios.

Los procuradores públicos que no interpongan estas acciones no incurrirán en responsabilidad. Esta disposición representa otro problema, la anulación de laudo es un recurso que posibilita la revisión formal de lo decidido, formalidad que está directamente relacionada con el ejercicio de las procuradurías, pues éstos se encuentran en mejor disposición para conocer si durante el desarrollo del proceso arbitral, existió algún tipo de trato diferenciado o limitación al derecho de defensa o el debido proceso. Teniendo en cuenta ello, supeditar la interposición del recurso a la autorización del titular, reviste más bien un criterio político de vinculación que una lógica en la defensa de los derechos supuestamente vulnerados.

En una primera lectura, pareciera que la intención es reducir el número de recursos de anulación interpuestos por procuradores, cuya finalidad era evitar cualquier acción de control por no haber agotado las vías posibles ante determinada acción, sino no se entiende el último párrafo referido a la liberación de responsabilidad de los procuradores públicos. Sin embargo, ello, que podría ser una conducta que puede ser reguado a través

de otros mecanismos, incluso de carácter administrativo, se incorpora de manera legislativa en expresa contravención del principio de equidad recogido en la propia Ley de Contrataciones del Estado.

Resulta impensable que por un lado se exija una relación de proporcionalidad y equivalencia en las conductas de las partes (Contratista/Entidad), durante la ejecución de la relación contractual y, por otro, el propio Estado genere un trato diferenciado frente a un mismo hecho.

Es preciso tener en mente que, si bien la interposición del recurso de anulación debe mirarse de manera excepcional y que, podría ser incluso adecuado que la máxima autoridad de la Entidad deba conocer y autorizar la presentación de este recurso (extraordinario⁹, no menos cierto es que exigir la autorización del titular del sector, contiene, a mi entender, aspectos de responsabilidad administrativa/política; situaciones que no deben ser reguladas en la ley marco de las contrataciones estatales.

Como sabemos la interposición del recurso de anulación, según está previsto en el artículo 64 del Decreto Legislativo 1071, debe ser formulado dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo, o a la notificación de la resolución que resuelve los recursos de interpretación, integración, corrección y/o exclusión.

A partir de ello, será posible que el procurador público (quien ejerce la defensa del Estado), pueda recoger la autorización de la máxima autoridad de la Entidad y del titular del sector para proceder con la interposición del recurso de anulación: Acaso ello no hará necesario tener la propia demanda en un tiempo record, para que tanto la máxima autoridad de la Entidad, como el titular del sector, puedan analizar, advertir y reconocer un vicio formal del laudo, para estar convencido que esa autorización no traerá, posteriormente,

una acción de control?. Nótese además que la autorización deberá estar debidamente motivada, lo que abre la puerta a posibles cuestionamientos sobre su fundamentación.

Vemos pues que el legislador, considera adecuado colocar trabas que impidan o al menos dificulte el acceso al recurso de anulación, olvidándose que el recurso de anulación, cumple un rol garantista y de contrapeso para los posibles excesos que pudieran efectuar los árbitros, tanto en arbitrajes ad hoc, como en institucionales.

Es por ello que, una redacción de éste tipo, no hace sino reflejar el poco entendimiento del legislador en la dinámica del arbitraje, pues bastaría con entender que el análisis debe darse caso por caso, pues las condiciones y variables son distintas para cada conflicto y por ende para cada proceso arbitral, con lo cual, poner este tipo de reglamentaciones rígidas parte de un error conceptual. En todo caso debería dársele esa prerrogativa al procurador del Estado y no al político de turno, pues ello, podría ser utilizado para cuestiones distintas a las que se pretende regular.

Por último, este mismo artículo 45.8 pretende crear causales de anulación al señalar que *“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 fue 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 ésta fue desestimada”*

Acaso estos temas no se encuentran ya recogidos en la Ley de Arbitraje?

El literal c) del artículo 62 del Decreto Legislativo 1071, consigna lo siguiente:

“c) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable [...]”.

Al parecer se ha tomado el enunciado de la Ley de Arbitraje y se ha modificado la referencia al *“acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable”*, incorporándose la referencia a la *“la presente ley y su reglamento”*. Sin perjuicio de esta acotación, considero que no existe una nueva causal de anulación; debiendo entenderse más bien como una ampliación a las condiciones que debe reunir el árbitro, así como el marco en el que debe desempeñarse las actuaciones arbitrales, en materia de contrataciones del Estado.

No obstante, considero peligroso condicionar la anulación de laudo al reclamo previo, vía recusación, pues a partir de ahora, todos y cada una de las actuaciones arbitrales podrían ser cuestionadas vía recusación, sólo con el único propósito de cumplir *“por si acaso”* con un requerimiento previo para el recurso de anulación, lo que generará sin dudas, mayores costos en la solución de conflictos, así como un mecanismo de presión a los árbitros al momento de tomar sus decisiones, con la consecuente posibilidad de configurar actos propensos de corrupción.