

ANULACIÓN DE LAUDO POR INCUMPLIMIENTO DEL ORDEN DE PREFERENCIA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA

1. BREVES NOCIONES PREVIAS

La expresa creación legislativa de una nueva causal de anulación de laudo para aquellos emitidos dentro de arbitrajes derivados de contratos celebrados con las entidades del Estado dentro de los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado, nos obliga a reflexionar respecto de la acción de anulación de laudo.

Sin ingresar a mayor desarrollo conceptual, bien podemos admitir sin reserva la expresión que Hinojosa establece al respecto, según el contenido de la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje Española, en torno a que “...el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial (...). Por ello, se regula un recurso de anulación del laudo a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la ley...”, a efectos de garantizar, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva¹.

Sin embargo, las causales de anulación, como se ha entendido de modo permanente, no son abiertas sino estrictamente restringidas a determinados

supuestos que el legislador ha establecido de modo previo y en función de elementos suficientes que permitan, precisamente, que la decisión arbitral haya sido efectuado en función de los alcances del convenio, que a la postre es la expresión de la voluntad de las partes, y con sujeción a los criterios de debido proceso que por excelencia constituye el ejercicio real de una defensa efectiva.

Esto es, como señala incluso la propia Ley de Arbitraje, numeral 1 del artículo 62, el recurso de anulación “tiene por objeto la revisión de su validez”.

Esta última afirmación respecto de la validez incluso se extiende a la defensa de los derechos constitucionales que pudieran haber sido afectados por la decisión arbitral, tal como lo expresa el Tribunal Constitucional, “Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso

* Abogado egresado de la Universidad de San Martín de Porres. Ex Vocal del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Arbitro PUCP

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1991

constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5º del CPCConst.”²

Ahora bien, ese alcance del recurso de anulación no puede conllevar a que a través de la decisión jurisdiccional se ingrese al fondo de la decisión arbitral, pues precisamente el numeral 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje determina con detalle “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”.

2. LA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN

La Ley 29873, modificatoria del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, ha establecido la siguiente normativa:

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.

No se ha brindado sobre el sustento de la disposición información alguna, razón por la cual nos enfrentamos –como otras tantas

veces- a la necesidad de interpretar no solo el texto de la norma, sino desentrañar el propósito de la misma.

Aun a costa de incurrir en imprecisiones, podemos encontrar respecto al texto de la causal, antecedentes específicos mediatos indirectos y antecedentes específicos inmediatos directos.

Antecedentes específicos mediatos indirectos

Uno primero, podrían ser encontrado en el artículo 138 de la Constitución en el que, de una parte, se señala que la administración de justicia (por el Poder Judicial) se ejerce con sujeción a la Constitución y a las leyes; y de otra, que en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal debe preferirse la primera, al igual que se preferirá la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Uno segundo, lo encontraremos en el artículo 51 de la Carta Política que establece la primacía de la Constitución sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente; consagrando en esta disposición la conocida pirámide de Kelsen, que establece la primacía de las normas de mayor rango respecto de las inferiores.

Como veremos mas adelante, esta segunda referencia tiene un matiz que lo modifica sustancialmente en razón de la especialidad de la norma.

3. ANTECEDENTE ESPECÍFICO INMEDIATO DIRECTO

El primer antecedente específico inmediato directo se encuentra en el artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado que explicita de manera enfática y bajo la aplicación del Principio de Especialidad, la prevalencia de esta Ley y su reglamento sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

² Sentencia N° 0142-2011-PA/TC, de 21 de setiembre de 2011.

El segundo, que es prácticamente reproducido en el numeral bajo comentario, lo encontramos en el artículo 52 de la Ley citada, en la que se detalla que el arbitraje de derecho será resuelto “mediante la aplicación del preferente Decreto Legislativo (1017) 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”.

4. LA PREFERENCIA DE LA ESPECIALIDAD DE LAS NORMAS SOBRE LA JERARQUÍA DE AQUELLAS

El numeral 52.3 que comentamos, introduce la prescripción de preferencia en la aplicación del derecho, luego de la Constitución Política del Estado, a la Ley de Contrataciones del Estado, extremo que no tiene objeción por ser totalmente compatible con el artículo 51 de la Constitución citado anteriormente, pero y en el mismo rango, al Reglamento de aquella, aprobado por Decreto Supremo; sobre todas las demás disposiciones del ordenamiento legal nacional, lo que configura un apartamiento de la disposición constitucional.

Frente a ello se han expresado opiniones que cuestionan esta preferencia reglamentaria sobre otras normas de mayor jerarquía legal, incluyendo Leyes Orgánicas, basados precisamente en la disposición constitucional reseñada en el párrafo precedente.

En simultáneo, hay quienes expresan que el elemento de sustento a esta disposición se encuentra en el Principio de Especialidad asumido en la Teoría General del Derecho que determina que ante normas que regulan el mismo tópico, deberá aplicarse

la propia del tema en análisis, al tratarse de una disposición específica; o como define José Tardío Pato en “El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales”³, aquel debe ser entendido como “la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad”.

Mas allá de la discrepancia teórica, lo cierto es que a futuro, todo cambio en el contenido de la normativa de la Ley y de su Reglamento, provenga de donde provenga, para ser factible de aplicarse en la solución de una controversia requerirá que aquélla, de modo explícito, establezca la modificación de la norma de contratación estatal, a fin de que pueda considerarse obligatoria.

5. EL CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO

La Ley 29873 sin embargo, ha establecido un matiz especial a esta disposición que comentamos al concederle el carácter de “norma de orden público”, con lo cual se aparta del carácter de norma dispositiva (sujeta a la voluntad de los árbitros) y la convierte en norma imperativa, y con ello –reconociendo la existencia de los fundamentos de la discrepancia-entendemos soluciona, de manera definitiva, la antinomia que se produce entre jerarquía y especialidad de las normas, al primar el criterio de especialidad sobre la jerarquía en el caso de la norma reglamentaria, decreto supremo, que prevalecerá sobre otra norma de mayor jerarquía.

Como es conocido, la noción de orden público es uno de los conceptos más difíciles de definir, por su vastedad y a la vez por su permanente cambio, ya que varía de un momento histórico a otro, y de una nación a otra.

³ Revista de Administración Pública N° 162, Set. - Dic. 2003, pág. 191

Sin perjuicio de ello, sin embargo, podemos afirmar que el orden público en general traduce la preeminencia del interés general (público o social) por encima del interés puramente individual, utilizando como herramienta para lograr ese cometido de tutela del interés general, el imperio, su obligatoriedad. De ahí bien se afirma que todas las normas de orden público son imperativas.

Roque Caivano afirma en torno a este concepto, que “El orden público sería, así, la institución de la cual se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar la vigencia y la preeminencia de los intereses colectivos o generales de la sociedad, objetivo que se logra limitando la autonomía de la voluntad”⁴.

En este orden de ideas, la nota tipificadora de una norma imperativa es su obligatorio cumplimiento, de cuyo contenido los sujetos jurídicos no pueden prescindir, de manera que la regulación normativa que se haga de la materia tendrá completa validez independientemente de la voluntad del individuo, en este caso los árbitros.

Ahora bien si toda norma imperativa es de cumplimiento obligatorio, la norma genera como consecuencia de su incumplimiento la nulidad del laudo, el mismo que debe ser declarado por el Poder Judicial como producto del recurso de anulación que se interponga.

Esta consideramos es la lógica de la norma comentada.

6. ASPECTOS PENDIENTES

La Ley 28973 ha creado la causal de anulación pero no tenemos convicción que haya advertido que la referida causal, es poco probable pueda cumplir con el segundo acápite del artículo 62 de la Ley de Arbitraje (el primero está circunscrito ha declarar que la anulación sólo procede por causal

prevista en la normativa), que establece que la autoridad jurisdiccional no puede pronunciarse, al momento de ser resuelto el recurso de anulación que se haya interpuesto, respecto del fondo de la controversia, o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal Arbitral.

Sobre ello no resulta ocioso recordar opiniones tales como las de Munné Catarina que afirma que “...El alcance de este control judicial, como ha expresado de forma reiterada la doctrina y la jurisprudencia, se limita al juicio externo de la observancia de los límites de la jurisdicción arbitral y de las mínimas garantías formales que constituyen los motivos de impugnación expresamente previstos en la Ley, pero sin entrar en ningún caso en el mayor o menor fundamento de lo decidido, ni en la valoración de la prueba. Por tanto no se trata de valorar el juicio del árbitro en cuanto a los hechos y la equidad o el derecho aplicable a los mismos, sino de garantizar el cumplimiento de las garantías formales que la Ley establece como límites a la actuación del árbitro, de quien le haya designado y de quien administre el arbitraje, exclusivamente por los motivos de impugnación previstos ..., que entendemos constituyen un *numerus clausus*, dada la expresión que emplea el legislador en cuanto a que el laudo «sólo podrá ser anulado» cuando se alegue y pruebe que concurre una de las causas que se relacionan en dicho precepto...”⁵.

Así como también Cantuarias Salaverry quien afirma “...aun cuando los jueces encuentren que los árbitros han incurrido en errores de apreciación de los hechos o han aplicado erróneamente el derecho, por ningún motivo podrán modificar lo decidido en el laudo, simplemente porque dicha función, para bien o para mal, fue asignada libremente por las partes de manera exclusiva a los árbitros...”⁶

⁴ Caivano Roque, Revista Foro Jurídico, “Arbitrabilidad y Orden Público”, pág. 66

⁵ Munné Catarina, Frederic. “El Arbitraje en la Ley 60/2003”. Ediciones Experiencia S.L. Barcelona. España. 2004. Pág. 175

⁶ Cantuarias Salaverry, Fernando. “Anulación de un Laudo Arbitral por la Causal de Nulidad del Convenio Arbitral”. En: “Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia”. Número 17. Noviembre 2002. Gaceta Jurídica S.A.. Lima. Perú. 2002. Pág. 4.

Tampoco ha determinado la Ley bajo comentario respecto si la nueva causal se rige o no por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje en el sentido que aquella “sólo será procedente si fuera objeto de reclamo expreso en su momento ante el Tribunal Arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas” o si le resulta de aplicación lo regulado en el numeral 7 del mismo artículo respecto a que “No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlo”; extremos en esencia indispensables que debieron ser determinados a fin de que analizado el argumento de la parte por el Tribunal Arbitral éste pueda pronunciarse, ya sea ratificando o modificando los criterios normativos asumidos para su decisión, la misma que, evidentemente, no podría ser modificada.

La ausencia de esta precisión en la normativa conllevará que la parte que se estima se ha configurado la causal que comentamos, pueda recurrir a la instancia jurisdiccional invocándola directamente, con lo cual y en la práctica, los laudos pierdan su calidad de decisión final, convirtiéndose de esta forma el recurso de anulación, a la postre, en uno de apelación.

Ello sin embargo no es todo, la Ley analizada no ha determinado si esta causal de anulación debe ser argumentada por la parte o, en su caso, también ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conozca del recurso de anulación por otra causal.

Como bien se entiende, si la causal tiene su fundamento en la quiebra del orden público, la Ley comentada debió decidir respecto de este alcance, ya sea asumiendo el criterio que contiene la posibilidad de que la Corte Superior que conoce del recurso de anulación puede apreciarla de oficio como

se encuentra reglado cuando se trata de un arbitraje internacional; o apartándose de aquel. Téngase en cuenta, sin embargo, que el Poder Judicial no podría asumir de oficio competencia ya que la Ley no se la otorga.

La nueva Ley tampoco ha legislado la actuación arbitral posterior a la anulación, creando por tanto un vacío legal que en puridad no corresponde ser solucionado por vía reglamentaria, el reciente Decreto Supremo N° 138-2012-EF nada dice sobre este extremo, ya que ello perturba la seguridad jurídica y queda a expensas de cambios sucesivos producto del temperamento de las autoridades del momento; y rompe la aplicación uniforme de la doctrina en el sentido que las consecuencias de la anulación deben estar fijadas en una norma de rango de Ley, tal como actualmente sucede con las disposiciones de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, en su artículo 65º, extremo que tampoco puede ser superado en vía interpretativa por el Poder Judicial, quien como ya hemos anotado, por mandato constitucional requiere para asumir decisión de una ley que le sirva de sustento.

Sin perjuicio de ello, nos atrevemos a plantear algunos criterios a ser considerados en torno a este aspecto; el arbitraje es obligatorio para la solución de las controversias contractuales, artículos 40 y 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, razón por la cual mas allá de la ausencia normativa, deberá asumirse que la controversia materia del laudo será nuevamente decidida en arbitraje, quedando sin embargo sin respuesta si será el mismo Tribunal Arbitral quien debe emitir nuevo laudo o uno nuevo reconstituido por las partes.

Así las cosas, por tanto, que se declare la anulación del laudo por esta causal creada suscita amplia incertidumbre y pone de manifiesto la carencia de rigurosidad dogmática seguida en la generación de la causal.

Causal de anulación de laudo y sanción a los árbitros

Si lo expuesto hasta el momento no fuera suficiente, lo dispuesto en el numeral 52.8 añade nuevos elementos de controversia, esta vez respecto a la sanción a los árbitros y la causal de anulación.

En efecto, si la disposición de respetar el orden de preferencia en la aplicación del derecho es de carácter imperativo, de ahí su carácter de orden público, no cabe posibilidad alguna de alejarse de esa obligatoriedad, puesto que de no ser así, la causal de anulación resultaría vacía de contenido.

Por ello resulta paradójico, por decir lo menos, que se establezca como causal de sanción el incumplir con “sustentar el apartarse cuando corresponda el orden de prelación previsto en el numeral 52.3...”, mas aún cuando se omite señalar que dicha apreciación de omisión de sustento sólo será factible de ser evaluada en el caso de que el laudo sea anulado, esto es, que requerirá necesariamente de un pronunciamiento previo del órgano jurisdiccional y, en ningún caso, será atribución de un organismo administrativo, específicamente el OSCE.

En ese entendido, la redacción contenida en el numeral 3 del artículo 243 del Reglamento, según redacción recientemente aprobada, en el sentido que el periodo de prescripción es de dos (2) años “a partir de la publicación del laudo en el SEACE” tal pareciera es contraria al alcance de la misma norma de la que emana y presupone, dada su poca feliz redacción, que una órgano o entidad que no aparece definido, podría revisar el contenido del laudo de suerte tal que pueda valorar y dictaminar que aquel se ha apartado del orden de prelación e igualmente que carece del sustento respectivo, por lo que cabría la imposición de sanción. Si ello fuera así

devendría en inaceptable, pues se ingresaría a una lógica impropia de que un órgano administrativo, cualquiera sea su nivel, podría fiscalizar una decisión jurisdiccional, con lo cual la totalidad de la teoría arbitral se vulneraría flagrantemente. Abrigamos la confianza de estar equivocados.

Sobre este extremo lo apropiado debió ser que vencido el plazo para la interposición del recurso de anulación prescribiera la conducta determinada como sancionable, toda vez que, reiteramos, sólo en la medida que exista una decisión de la jurisdicción ordinaria que anule el laudo por trasgresión de la normativa aplicable según el artículo 52.3 de la Ley, puede entenderse que existe factibilidad de sanción.

7. CONCLUSIÓN

El orden público opera “como un límite para el poder decisorio de los árbitros, pues deben respetar y aplicar las normas que tengan ese carácter y vigilar que el laudo no sea ineficaz por violar el orden público”⁷.

Al haber sido calificada la preferencia en la aplicación de la normativa en los términos establecidos en el numeral 52.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, ha conferido al señalado orden de preferencia carácter imperativo con lo cual su cumplimiento obligatorio demanda la sujeción de los árbitros a ese alcance legal.

El incumplimiento de esa disposición reseñada, con independencia de los cuestionamientos que pudieran existir en cuanto a su constitucionalidad al haberse preferido la especialidad de las normas (Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo) sobre la jerarquía de las demás vinculadas y el artículo 51 de la Constitución, conlleva la configuración de una causal de anulación

⁷ Bianchi Roberto, “Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad”, Rev. Jurisprudencia Argentinas, 2003-IV, pp. 75 y ss.

de laudo, la misma que puede ser declarada exclusivamente por la jurisdicción ordinaria.

Las acciones previas ante el Tribunal Arbitral antes de recurrir a la jurisdicción ordinaria demandando la anulación por la causal comentada, la precisión respecto a si esta causal es factible o no de ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional, así como las consecuencias derivadas de la eventual anulación por el Poder Judicial, son extremos no previstos en la legislación expedida, constituyendo cuestiones pendientes que pueden ser origen de futuras controversias.

Tratándose de una disposición imperativa, resulta paradójico que paralelamente se admita la posibilidad de apartarse de su cumplimiento y que sea factible de sanción la ausencia de fundamentar esa decisión.

No resultaría concordante con la propia norma de la que emana, que el plazo de prescripción de esta causal de sanción sea por dos años computable desde la fecha de publicación del laudo en el SEACE, por cuanto ello podría ser entendido como que un órgano o entidad administrativa puede revisar el contenido del laudo y determinar la existencia de aquella causal, aún cuando no se declare la nulidad de laudo por el órgano jurisdiccional, lo que constituiría una circunstancia que vulneraría la teoría del arbitraje.

En resumen, la creación de una nueva causal de anulación de laudo, exclusiva para los arbitrajes derivados de contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, podría abrir la posibilidad de judicializar las decisiones arbitrales y afectar la esencia misma del arbitraje.