

# El Tratamiento del Laudo Arbitral en Materia de Contratación Administrativa

Christian Guzmán Napurí\*

*“El autor realiza un análisis muy detallado del arbitraje obligatorio en la contratación pública como un medio de solución de conflictos más eficiente que el acceder al Poder Judicial, dándole un especial énfasis al carácter jurisdiccional de las decisiones de los árbitros, y a como esta característica incide en la posibilidad de revisión de los laudos arbitrales tanto mediante el recurso de nulidad o el de amparo.”*

## 1. Introducción

Conforme lo dispuesto por el artículo 53° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, el TUO), las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato –una vez celebrado éste–, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes. De hecho, los conflictos que no puedan resolverse a través de la conciliación, si la misma se encuentra establecida en el contrato, deben ser resueltos a través de la jurisdicción arbitral.

Asimismo, las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto a la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje<sup>1</sup>. Demás está señalar que dicho sometimiento es obligatorio, figura es que por demás atípica en el contexto del arbitraje, incluso en materia contractual pública<sup>2</sup>, y que para algunos podría resultar cuestionable en tanto el convenio arbitral es por definición voluntario.

Las razones de esta previsión se enmarcan en dos prioridades aplicadas a la contratación administrativa

como mecanismo empleado por la Administración Pública para satisfacer necesidades públicas. En primer lugar, la celeridad del arbitraje es mucho mayor que la que muestra el Poder Judicial, lo cual permite resolver los posibles conflictos generados por la ejecución contractual de una manera más rápida. Una controversia que demande varios años en ser resuelta puede dejar una carretera sin construir o suministros necesarios sin despachar.

En segundo lugar, los mecanismos establecidos para la designación de los árbitros y la tramitación del arbitraje en la contratación administrativa permiten que sea una jurisdicción –consideramos que es tal– más especializada que la que corresponde al Poder Judicial. Normalmente, los árbitros son designados a partir de registros que establecen un procedimiento para incorporarse a ellos, lo cual otorga una importante garantía de probidad y especialización. De hecho, la revisión del laudo por parte del Poder Judicial es eminentemente excepcional, como veremos más adelante, siendo el mismo definitivo.

### La Aparente Antinomia entre el Arbitraje y la Contratación pública

Parecen evidentes las ventajas del arbitraje para resolver controversias en el ámbito de la ejecución de los contratos administrativos. Sin embargo, inicialmente

\* Abogado especialista en Derecho Público. Magíster en derecho con mención en Derecho Constitucional. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en las áreas de derecho constitucional y derecho administrativo. Arbitro en materia de contratación administrativa y derecho público.

1 Segundo párrafo del artículo 273° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, el Reglamento).

2 Sobre el particular: KUNDMULLER CAMINITI, Franz - “Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento”. En: *Themis N.° 39*. Lima: PUCP, 1999, p. 217.

es posible percibir cierto conflicto entre la naturaleza esencialmente privada del arbitraje –que no lo es tanto, como veremos luego– y la esencia pública de la contratación administrativa, basada en la satisfacción de necesidades de la colectividad<sup>3</sup>.

En primer lugar, es discutible afirmar que el arbitraje sea una institución esencialmente privada. Si bien es cierto, el arbitraje surge como resultado de un acuerdo entre privados, ello no impide que exista un fuerte componente de interés público en el mismo, derivado de la necesidad de emplearlo para resolver conflictos. Ello proviene evidentemente de la aplicación del artículo 139° de la Constitución<sup>4</sup>, que establece con claridad que el arbitraje constituye jurisdicción, no siendo –como algunos creen– un medio alternativo a la misma.

Lo antes señalado es consecuente con lo establecido por el Tribunal Constitucional sobre el particular, el mismo que ha señalado en un importante precedente que la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las que le permiten concluir que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional<sup>5</sup>.

En ese sentido, continúa señalando el Tribunal, que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal a) de la Constitución, sino se origina, como lo hemos señalado, en el artículo 139° de la propia Constitución. Nótese entonces que el Tribunal, a través de este precedente, no discute que el arbitraje constituya jurisdicción, tópico este último que ha generado poca controversia en la doctrina, controversia que hoy en día carece de sentido. Ello nos permite afirmar que el arbitraje no es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, sino que más bien constituye una jurisdicción paralela, que goza de las prerrogativas de tal, las mismas que impiden cualquier afectación a la competencia que corresponde sea por voluntad de las partes o, como ocurre en el ámbito de la contratación administrativa, sea por mandato de la ley.

De allí que el Tribunal Constitucional señale que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes –resolviendo controversias–, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51° de la Carta Magna; siendo que ambas dimensiones son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y en la jurisprudencia.

Lo señalado en el párrafo anterior permite, como consecuencia lógica, que dicha jurisdicción arbitral se encuentre protegida, en primer lugar, por el Principio de No Interferencia, consignado en dicho artículo 139°<sup>6</sup>, así como por el principio de la “*kompetenz-kompetenz*”, que consiste en la facultad de los árbitros de decidir respecto a su propia competencia y que se encuentra consignada con meridiana claridad en el Artículo 39° de la Ley General de Arbitraje.

En segundo lugar, el arbitraje se ha convertido en un mecanismo para reemplazar al ineficaz Poder Judicial por un modelo que permita los mismos resultados con una mayor eficiencia, a fin de asegurar que el mismo pueda servir como un adecuado instrumento para que la ejecución en materia de contratación administrativa pueda llegar a un buen término, con un evidente beneficio para ambas partes. Y es que, el arbitraje goza de cierto prestigio al interior de las Administración Pública y respecto de los propios contratistas, a lo que hay que sumar el hecho de que permite resolver los conflictos con mayor celeridad y especialización.

El Estado ha recurrido al arbitraje como resultado de la constatación de que su propio Poder Judicial no brinda las garantías necesarias para que el sistema funcione<sup>7</sup>. De hecho, la normativa vigente hasta la promulgación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado regulaba un mecanismo de resolución de controversias por completo distinto, que consistía en la solución de la controversias por parte de un tribunal administrativo, para que luego sea revisado a través del proceso contencioso administrativo vigente en aquel entonces;

3 Sobre el particular: BULLARD GONZALEZ, Alfredo - “Enemigos Íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N.º 2. Lima: Grijley, 2006, p. 155 y ss.

4 Constitución de 1993:

Artículo 139o.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.*

*No hay proceso judicial por comisión o delegación.*

(...)

5 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, fundamento N.º 11.

6 Constitución de 1993:

Artículo 139o.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

*Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.*

(...)

7 Sobre el particular: BULLARD GONZALEZ, Alfredo - *Op. cit.*, p. 161 y ss.

mecanismo que resultaba ser por completo ineficiente. El empleo del arbitraje en este caso es la constatación de que no todo puede someterse al control jurisdiccional, por evidentes razones de eficiencia<sup>8</sup>.

## 2. El Laudo Arbitral

La decisión del árbitro o Tribunal Arbitral, denominada laudo arbitral, es inapelable, definitiva y obligatoria para las partes, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia<sup>9</sup>. Ello significa, como veremos más adelante, que el laudo arbitral resuelve la controversia de manera definitiva, sin que exista mecanismo alguno de impugnación del fondo de la controversia. La evaluación de los hechos y la aplicación del derecho por parte de los árbitros no puede ser materia de nueva evaluación, ni en una segunda instancia arbitral, ni ante el Poder Judicial.

### Remisión del Laudo

La importancia de los laudos arbitrales y la necesidad de que las decisiones tomadas por los árbitros sean públicas han generado que la norma preceptúe que el laudo arbitral, así como sus correcciones, integraciones y aclaraciones, deberán ser remitidos al CONSUMODE por el árbitro único o el tribunal arbitral en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificado para que pueda ejecutarse en la vía correspondiente. Ello significa que la ejecución judicial del laudo no resulta posible mientras no se ponga en conocimiento de CONSUMODE la expedición del laudo.

En este orden de ideas, el CONSUMODE ha establecido regulaciones adicionales para asegurar el cumplimiento de esta previsión legal<sup>10</sup>. Así, se señala que es obligación del representante de la entidad en el proceso arbitral, verificar que el laudo haya sido remitido al CONSUMODE. Vencido el plazo señalado en la primera disposición específica, sin que se haya remitido los laudos arbitrales, el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa, bajo responsabilidad, deberá remitir dentro de los quince (15) días siguientes, copia impresa del Laudo Arbitral al CONSUMODE.

### Corrección e Integración del Laudo

Conforme al artículo 54° de la Ley General de Arbitraje, a solicitud de parte, formulada dentro de los cinco (5) días posteriores a la notificación, o por propia iniciativa de los árbitros dentro del mismo plazo, éstos pueden corregir errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográfico y de naturaleza similar. Es necesario señalar que la corrección

no puede implicar modificar el pronunciamiento sobre el fondo que ya se ha emitido en el laudo arbitral, puesto que implica subsanar un error que se deduce del texto del laudo que se muestra como meramente formal.

Dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, los árbitros pueden también integrar el laudo si se hubiese omitido resolver alguno de los puntos que son materia de la controversia. La norma no señala si la integración puede ser efectuada a pedido de parte, pero el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva obliga a considerarlo. Asimismo, la integración del laudo tampoco puede modificar el pronunciamiento de fondo emitido respecto a los puntos ya resueltos, no conformando recurso alguno.

### Aclaración del Laudo

Conforme el artículo 55° de la Ley General de Arbitraje, dentro del mismo plazo señalado en el artículo anterior, cualquiera de las partes puede solicitar de los árbitros, con notificación a la otra parte, una aclaración del laudo. La aclaración implica que los árbitros expliquen aspectos oscuros del laudo, sea de la parte considerativa o del fallo. La norma establece que la aclaración se efectuará por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la solicitud, prorrogables por acuerdo de las partes. La aclaración forma parte del laudo.

Es evidente que la aclaración no puede modificar lo resuelto por el árbitro o el Tribunal Arbitral ni constituye un recurso, no obstante que muchas veces es empleado por las partes como si lo fuera, pretendiendo que se reforme el sentido de la decisión tomada. La aclaración no implica de manera alguna reformar el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

### 3. Mecanismos de Impugnación. El Recurso de Anulación

Dada la naturaleza inapelable del laudo arbitral, en la contratación administrativa no procede impugnación ante segunda instancia arbitral ni ante el Poder Judicial<sup>11</sup>, que sí son posibles en otros procesos arbitrales, salvo el recurso de anulación por las causales que se encuentran previstas en la Ley General de Arbitraje. Debe tenerse presente en este orden de ideas, que el recurso de anulación versa únicamente sobre los aspectos formales, pues el Poder Judicial no puede conocer de ningún modo sobre el fondo del asunto. El recurso de anulación se dirige contra vicios de actividad (*in procedendo*) mas no contra errores de valoración

8 Sobre el particular: PAREJO ALFONSO, Luciano - "Estudio sobre Arbitraje". En: *Control de la Administración Pública*. México: UNAM, 2007, p. 309 y ss.

9 Artículo 289° del Reglamento.

10 Directiva N.º 002-2005/CONSUMODE/PRE.

11 Ley General de Arbitraje:

Artículo 60o.- Recurso de Apelación.- *Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación.*

o de conocimiento (*in iudicando*), no configurando en realidad un recurso sino más bien un mecanismo extraordinario de revisión jurisdiccional de lo decidido por el árbitro o Tribunal Arbitral<sup>12</sup>.

Y es que, el artículo 61° de la Ley General de Arbitraje establece que contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia –que no resultan aplicables en el contexto de la contratación administrativa–, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73° de la citada norma. El recurso resuelve declarando la validez o nulidad del laudo; estando prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia.

## “El recurso de anulación se dirige contra vicios de actividad (*in procedendo*) mas no contra errores de valoración o de conocimiento (...) ”

En la práctica, sin embargo, y dadas las limitadas causales que justifican un recurso de anulación, es raro que el Poder Judicial efectivamente decida la invalidez de un laudo. A ello debe agregarse el hecho de que estadísticamente la mayoría de los procesos arbitrales son perdidos por el Estado, lo cual lleva a recursos de anulación que son perdidos también; muchos veces como resultado de un patrocinio deficiente, efectuado por sus propios órganos ante las limitaciones presupuestales existentes, las mismas que se encuentran consignadas legalmente.

Finalmente, la Ley General de Arbitraje no se pronuncia sobre la procedencia del recurso de anulación en el caso de los denominados laudos parciales o laudos preliminares, que ponen fin a la instancia sin pronunciamiento sobre el fondo, como por ejemplo los que deciden una excepción. En aplicación del artículo 58° de la citada Ley<sup>13</sup> podríamos inferir que contra dichas resoluciones solo cabe el respectivo recurso de reconsideración, lo cual evidentemente podría dejar sin defensa alguna a la parte afectada. En este caso, salvo que se habilite el recurso de anulación para dichas resoluciones, como ocurre por ejemplo en el caso de la oposición al arbitraje al amparo del artículo 39° de la Ley General de Arbitraje.

## Requisitos y Tramitación

La norma establece que son requisitos de admisibilidad del recurso de anulación<sup>14</sup> la indicación precisa de las causales de anulación, que deben estar debidamente fundamentadas; la presentación de copia simple del laudo arbitral y de las resoluciones que lo corrijan, integren o aclaren, en su caso; la presentación de la notificación del laudo arbitral y, en su caso, de sus correcciones, integración o aclaraciones; así como 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, como requisito para la interposición del recurso.

### Fianza Bancaria

Respecto a lo señalado, el Reglamento establece que, para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse como requisito que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria en 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<sup>15</sup>. Dicho requisito tiene por finalidad garantizar la ejecución del laudo y permitir al vencedor resarcirse de la afectación generada por el recurso de anulación que concluye en su favor y que ha generado dilación en la ejecución del laudo.

De hecho, el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUMODE establece en su artículo 63° que, para interponer recurso de anulación contra el laudo, la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria en favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida. Finalmente, si el recurso de anulación es desestimado, la autoridad judicial correspondiente deberá entregar la fianza bancaria constituida a la parte vencedora, en caso contrario se devolverá la fianza bancaria a la parte vencida.

### Comunicaciones

Cuando se interponga recurso de anulación contra el laudo, la parte impugnante deberá cumplir con comunicar y acreditar ante el Tribunal Arbitral la interposición de este recurso dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de vencido el plazo correspondiente;

12 MATHEUS LÓPEZ, CARLOS ALBERTO - "Fundamentos y características del recurso de anulación del laudo". En: *Actualidad Jurídica*, T. 154. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p.77-79.

13 Ley General de Arbitraje:

Artículo 58.- Recursos contra resoluciones

*Contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reconsideración ante los propios árbitros dentro de los cinco (5) días siguientes de notificada la resolución, salvo que ésta sea expedida en audiencia, en cuyo caso el recurso debe formularse en dicha oportunidad, sin perjuicio de fundamentación complementaria en el plazo de tres (3) días.*

14 Artículo 72° de la Ley General de Arbitraje.

15 Artículo 289° del Reglamento, tercer párrafo.

en caso contrario, el Tribunal Arbitral, a pedido de la otra parte, podrá declarar el laudo consentido y ejecutoriado. La falta de comunicación entonces impediría la suspensión de la ejecución del laudo como resultado del recurso de anulación, lo cual puede resultar discutible y vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Asimismo, las sentencias que resuelven de manera definitiva el recurso de anulación, deberán ser remitidos al CONSUMODE por la parte interesada en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificadas para que pueda ejecutarse el laudo en la vía correspondiente. Ello significaría que no será posible la ejecución del laudo mientras la sentencia no haya sido puesta en conocimiento del ente rector, siendo sin embargo pocos los jueces que exigen que se verifique dicha condición.

### Causales de Anulación de los Laudos Arbitrales y su Aplicación a la Solución de Controversias en la Contratación Pública

La anulación del laudo arbitral en el ámbito de la contratación administrativa no resulta ser igual a la que resulta aplicable a un laudo arbitral en una controversia común. La Ley General de Arbitraje establece un conjunto de causales<sup>16</sup>, las cuales pasaremos a analizar en la lógica de la contratación administrativa, para notar que algunas de ellas no resultan ser aplicables, o son pertinentes de manera más bien parcial.

1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al Artículo 39° de la Ley General de Arbitraje, el mismo que refiere al hecho de que la oposición al arbitraje en caso de invalidez del convenio arbitral se hubiere formulado al presentar las pretensiones iniciales por las partes<sup>17</sup>. En este caso, la Ley General de Arbitraje establece que la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes. Ahora bien, resulta imposible que esta causal se verifique en la práctica, puesto que la validez del convenio arbitral se encuentra ligada a la del contrato administrativo por mandato de la ley; a lo cual hay que agregar que las posibles controversias que integran la competencia arbitral incluyen la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato<sup>18</sup>. Si el contrato es nulo, lo es también el convenio arbitral, y ello no implica que el laudo arbitral sea susceptible de anulación por parte del Poder Judicial.

2. Que alguna de las partes no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente. Esta causal se encuentra enfocada de manera directa en la violación al debido proceso dentro del proceso arbitral, que también justifica el proceso de amparo, como veremos más adelante. Demás está señalar que en este caso la determinación de la afectación del debido proceso debe ser evidente máxime si se exige que haya existido el respectivo recurso<sup>19</sup>. En este caso, el Poder Judicial remitirá la causa a los árbitros para que éstos reinicien el arbitraje en el estado en que se cometió la violación, sin afectar de manera alguna la competencia de los mismos.
3. Que la composición del tribunal arbitral no se haya ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se hayan ajustado a dicho disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente. En este caso, conforme la Ley General de Arbitraje, queda expedito el derecho de las partes para proceder a una nueva designación de los árbitros.
4. Que se ha emitido el laudo sin las mayorías requeridas<sup>20</sup>. Es evidente que en este caso nos encontramos ante un laudo que es nulo, por incumplir un requisito básico de forma, que proviene precisamente de la necesaria deliberación para tomar decisión, obviamente en el contexto de un Tribunal Arbitral. En este caso, el Poder Judicial remitirá la causa a los árbitros para que se pronuncien con las mayorías requeridas.
5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo. La norma señala que, en este caso, la competencia del Poder Judicial

16 Artículo 73° de la Ley General de Arbitraje.

17 Ley General de Arbitraje:

Artículo 39o.- *Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.- Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio. Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada.*

18 Artículo 53°, inc. 53.2 del TUO.

19 LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo - "Interferencia Judicial en los Arbitrajes". En: *Revista Peruana de Arbitraje N.º 1*. Lima: Editora Jurídica Griñley, 2005, p. 273.

20 Ley General de Arbitraje:

Artículo 49.- *Requisitos del laudo.- El laudo debe constar por escrito con los votos particulares de los árbitros, si los hubiera. Tratándose de arbitraje colegiado, basta que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, adhiere al de la mayoría.*

quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes. Esta causal es muy discutible en el ámbito de la contratación administrativa, en la cual no cabe competencia del Poder Judicial. Esta causal, y en especial la consecuencia de la sentencia emitida como resultado del recurso, están pensadas en función a un supuesto de arbitraje pactado libremente por las partes en una relación jurídica determinada, y no en la lógica de una cláusula arbitral que tiene la particularidad de ser obligatoria.

6. Que se haya emitido el laudo sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal. Esta causal es difícil de verificar en el contexto del laudo emitido en un proceso arbitral en el contexto de ejecución contractual en el ámbito de la contratación pública, puesto que las materias sometidas a la decisión de los árbitros son las que constituyen la controversias derivada del contrato, a lo que debemos agregar la amplia competencia de la que gozan los árbitros en esta materia para a su vez determinar su propia competencia, que incluso hacen discutible la recurrencia al Poder Judicial por esta sola razón, cuando podría resolverse a nivel arbitral mediante un recurso equivalente a la integración<sup>21</sup>. Ello es corroborado por el hecho de que, conforme a la Ley General de Arbitraje, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes, lo cual no es posible en el contexto que venimos estudiando, puesto que toda controversia derivada del contrato tiene que ser sometida a arbitraje.
7. No obstante lo establecido en los párrafos precedentes, la Sala que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1° de la Ley General de Arbitraje<sup>22</sup>. La norma señala que la anulación

parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo. Esta causal tampoco se va a verificar, puesto que, como lo hemos señalado, el convenio arbitral obra como elemento inseparable del contrato.

#### 4. Impugnación a través del Proceso de Amparo

El Tribunal Constitucional ha establecido, en la sentencia que hemos comentado líneas arriba, que el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados<sup>23</sup>. En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. El Tribunal señala que una interpretación como esa implicaría desconocer su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

El Tribunal señala además que, no obstante que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado Constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43° de la Constitución<sup>24</sup>. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

En consecuencia, el Tribunal ha señalado que en este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Lo señalado

21 Sobre el particular: LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo - *Op. cit.*, p. 275

22 Ley General de Arbitraje:

Artículo 1o.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

23 Fundamento N.° 17.

24 Constitución de 1993:

Artículo 43o.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

por el Tribunal, que constituye precedente obligatorio, permite admitir la procedencia de demandas de amparo contra laudos arbitrales si es que estos vulneran derechos fundamentales.

### Los Supuestos de Procedencia Conforme la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Ahora bien, conforme lo señalado por el Tribunal Constitucional en reciente jurisprudencia<sup>25</sup>, son tres las posibles situaciones en las cuales resultaría posible el control constitucional de los laudos arbitrales: **a)** Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva; **b)** Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona, como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; **c)** Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles.

En lo que respecta al primer supuesto, el Tribunal ha reiterado que, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión adjetiva o procesal propiamente dicha (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva.

En lo que respecta a la segunda hipótesis enunciada, el Tribunal señala que la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados. Entonces, toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional. El Tribunal considera que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean *prima facie* ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que solo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral.

Es preciso indicar que el razonamiento del Tribunal Constitucional señalado en el párrafo precedente es incompleto. Ello porque omite referirse, como una excepción a la regla, al arbitraje en materia de

contratación pública, el mismo que es obligatorio por mandato de la Ley. Llevar al extremo este razonamiento nos llevaría a afirmar que lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en esta materia es inconstitucional, al obligar a los contratantes (es decir, la entidad y el contratista) a someterse al mismo aun cuando eventualmente puedan preferir emplear al Poder Judicial para resolver la controversia. Ahora bien, la obligatoriedad de recurrir al arbitraje se encuentra enfocada en la Administración Pública, en cuanto la misma debe incorporar la cláusula arbitral en la respectiva proforma de contrato, siendo que el postor expresa su voluntad al participar del respectivo proceso de selección<sup>26</sup>. Ello permite mantener la naturaleza consensual de la cláusula arbitral en el ámbito de la contratación administrativa.

Finalmente, en cuanto al tercer supuesto de procedencia, el Tribunal señala que, aun cuando la jurisdicción arbitral tenga su origen en el consentimiento de quienes participan de una relación contractual, ello de ninguna manera justificará el que hacia su estructura se reconduzcan asuntos por su propia naturaleza indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación, como derechos fundamentales, materias penales o incluso respecto de materias tributarias. Ahora bien, como ya lo hemos señalado, la atribución del Estado de someter sus controversias a arbitraje, aun cuando las mismas se encuentren sometidas al derecho público, no implica que el mismo se encuentre disponiendo de materias por naturaleza indisponibles, puesto que, como lo hemos señalado, el arbitraje posee una eminente naturaleza pública derivada de su consagración constitucional.

### 5. Ejecución del Laudo

Como lo hemos señalado, el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia, siendo eficaz de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Sin embargo, los árbitros carecen –en principio– de facultad para ejecutar coercitivamente los laudos arbitrales, vale decir, en contra de la voluntad de los obligados. Ello ha llevado a un sector importante de la doctrina a considerar que el arbitraje no es jurisdicción, sin tomar en cuenta que en el contexto arbitral la ejecución judicial es tan solo la plasmación material de la decisión, sin que el Poder Judicial pueda pronunciarse de manera alguna respecto a la validez o pertinencia de la misma, a lo que hay que agregar el hecho de que el nivel de intervención del Poder Judicial depende en buena cuenta de lo acordado por las partes.

En tal sentido, la Ley General de Arbitraje establece<sup>27</sup> que si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez

25 Exp. N.º 4972-2006-PA/TC, de fecha 4 de agosto de 2006.

26 CUEVA MORALES, Carlos - "El Convenio Arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado". En: *Revista CÁTEDRA* N.º 8. Lima: Palestra, 2001, p. 202-203.

27 Artículo 83º de la Ley General de Arbitraje.

Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio.

**“Los actos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Esta prohibido al Juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo siendo nula la Resolución respectiva.”**

#### Proceso de ejecución<sup>28</sup>

La Ley General de Arbitraje establece que el laudo se ejecutará como una sentencia, sin admitir otra oposición que la que se fundamenta acreditando documentalmente la interposición y pendencia de la anulación ante el Poder Judicial, en cuyo caso el Juez suspenderá la ejecución. Sin embargo, la obligación de poner en conocimiento del Tribunal Arbitral la interposición del recurso de anulación –a la cual nos hemos referido líneas arriba–, generaría que, si ello no ocurre, el laudo quede consentido y ejecutoriado, lo que privaría al recurso en mención de todo efecto suspensivo en el contexto de la contratación administrativa.

Ahora bien, la norma establece también que el Juez, bajo responsabilidad, sin trámite alguno, declarará improcedente de plano cualquier otra oposición, basada en razones distintas al cumplimiento de la obligación establecida en el laudo arbitral. Esta previsión legal es consistente con lo establecido por el Código Procesal Civil sobre el particular, al referirse a la contradicción al respectivo mandato de ejecución resultante de la demanda<sup>29</sup>. Sin embargo, en el supuesto que se interponga una demanda de amparo contra el laudo arbitral y se obtenga eventualmente una medida cautelar, la misma podría suspender la ejecución del laudo mientras no se decide el resultado del proceso constitucional iniciado.


Los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al Juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva<sup>30</sup>. Ello abunda en nuestra afirmación de que la ejecución de la resolución es una actuación material realizada por el Poder Judicial, que no implica un verdadero ejercicio de jurisdicción.

#### Anexos al Pedido de Ejecución<sup>31</sup>

Al escrito solicitando la ejecución judicial del laudo se acompañarán, necesariamente, copia del convenio arbitral –en este caso, copia del respectivo contrato, que lo contiene– y del laudo consentido o de la sentencia judicial que resuelva la anulación, en su caso; las mismas que deben de haberse puesto en conocimiento del CONSUCODE oportunamente, conforme al Reglamento. Dichos documentos permiten que el juez tenga conocimiento cabal de las pretensiones, a fin de poder ordenar eficazmente su cumplimiento, lo cual no le autoriza, como ya se ha señalado, a calificar lo decidido por la jurisdicción arbitral.

#### 6. A Modo de Conclusión

La contratación administrativa tiene por finalidad primaria y fundamental la satisfacción de necesidades públicas a través de la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública a través de la celebración del respectivo acuerdo con contrato administrativo. Ello justifica determinadas regulaciones establecidas legalmente, en especial el sometimiento obligatorio a arbitraje de la controversia que surja en la etapa de ejecución contractual, el mismo que no se contrapone, ni con la naturaleza pública de la contratación administrativa ni con la naturaleza consensual del arbitraje.

La naturaleza de la materia contractual –que posee un intenso componente de interés general– obliga a su vez que el laudo arbitral posea características propias y se encuentre protegido por un conjunto de garantías que favorezcan los beneficios que se pretenden obtener, en este caso, provenientes de la eficiencia en la resolución de la controversia. Dichas características se encuentran referidas a la naturaleza definitiva del laudo, a la participación de un ente rector como CONSUCODE, la aplicación limitada de las causales de anulación como resultado de la obligatoriedad del sometimiento a arbitraje, entre otros 

28 Artículo 84° de la Ley General de Arbitraje.

29 Código Procesal Civil:

Artículo 718.- Contradicción.-

*Puede formularse contradicción al mandato de ejecución dentro de tres días de notificado, sólo si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación. Al escrito de contradicción se anexará el documento que acredite el cumplimiento o extinción alegados. De lo contrario ésta se declarará inadmisibile.*

*De la contradicción se confiere traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá mandando seguir adelante la ejecución o declarando fundada la contradicción. La resolución que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo.*

30 Artículo 86° de la Ley General de Arbitraje.

31 Artículo 85° de la Ley General de Arbitraje.