

El control de la Motivación del Laudo de Contratación Pública

Tesina para optar el grado de Master en Derecho Público y
Administrativo por la Universidad de Jaén

Asesor : J. Alberto del Real Alcalá

Alumno : Julio Martín Wong Abad

2017

Índice

Introducción	3
La opción por el arbitraje de contratación pública	3
El desarrollo normativo	5
La causal de rompimiento de la jerarquía normativa	11
Capítulo I	13
El arbitraje privado	13
El arbitraje como libertad	13
La Autonomía privada	13
Una visión contractualista del arbitraje	14
¿La única visión?	17
El rol de la motivación en el arbitraje privado	18
El contenido mínimo del derecho a la motivación del laudo de arbitraje privado	19
El contenido de la motivación del laudo exigible para su validez	21
Capítulo II	26
El fundamento del arbitraje administrativo	26
El fundamento del Arbitraje de Contratación Pública	29
El arbitraje administrativo y el proceso contencioso	31
¿Esto supone judicializar el proceso arbitral de contratación pública?	34
Capítulo III	36
La causal de nulidad del laudo por incumplimiento de la preferencia normativa	36
Las normas	36
El examen de lo decidido por los árbitros sobre el fondo de la controversia	39
Análisis del fondo de la controversia y arbitraje	40
The manifest disregard of law (La manifiesta inaplicación del derecho)	41
El Acta inglesa de Arbitraje	44
El control judicial del laudo doméstico en el Derecho Suizo	45
El análisis de la causal de preferencia normativa	47
Algunas características de la causal de prelación	51
Los límites de la causal	52
Capítulo IV	54
Una propuesta de revisión judicial de la motivación del laudo de contratación pública	54
Conclusiones	59
Bibliografía	60

Introducción

La opción por el arbitraje de contratación pública

El último párrafo del artículo 63 de la Constitución peruana de 1993 prevé que:

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Esta autorización constitucional fue implementada, en el año 1997, por la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE), que instituyó al arbitraje, como el único medio de resolver las controversias que pudieran surgir entre los proveedores y el Estado durante el desarrollo del contrato¹.

El texto original del artículo 41 de la Ley 26850 establecía que, en los contratos de obra, adquisición de bienes o contratación de servicios, se incluiría necesariamente y bajo responsabilidad, la siguiente Cláusula de Solución de Controversias:

Cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley 26572. El arbitraje será decidido por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados, en ambos casos, por acuerdo de las partes y a falta de este será designado por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes².

¹ Las controversias surgidas antes de la formalización del contrato administrativo se resolverán por la propia entidad convocante del proceso de selección y, finalmente, por el Tribunal administrativo de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Contra la decisión de este Tribunal administrativo cabe la interposición de la acción contencioso administrativa.

² La norma reglamentaria era aún más rotunda, pues la primera parte del artículo 130 del D.S. N° 039-98-PCM, señalaba que:

“El arbitraje regulado por el presente Reglamento será de aplicación obligatoria en la solución de los conflictos, controversias o discrepancias que se generen de la interpretación o ejecución de todo contrato derivado de procesos de Licitación Pública o Concurso Público”.

Esto representaba un cambio dramático para el tratamiento de los conflictos derivados de los contratos sujetos a la LCAE, pues excluía al Poder Judicial del conocimiento de los mismos e iniciaba, por tanto, una novísima forma de resolver los conflictos de contratación estatal.

Esta decisión tuvo un inmenso impacto económico pues debemos recordar que, por ejemplo, en el año 2007 las adquisiciones públicas de nuestro país ascendieron a 15,000 mil millones de nuevos soles, lo que alcanzaba el 10% de nuestro Producto Bruto Interno y representó más del 25% del presupuesto del Gobierno para el mismo año³.

Del mismo modo, según la oficina de Estudios Económicos del Organismo Supervisor de las Contrataciones Públicas (OSCE), dichas adquisiciones alcanzaron los 44, 642.1 millones de nuevos soles en el año 2013 y los 44, 774.4 millones de nuevos soles en el año 2014.

Es decir, los conflictos que pudieran surgir de los 103, 220 procesos de selección, las 70, 527 órdenes de compra y las 1,095 exoneraciones realizados en el año 2014, debían recurrir, por mandato de la ley, a la conciliación o al arbitraje para su resolución.

La decisión adoptada se inscribía, en palabras de TRAYTER, dentro:

“...de un nuevo sistema de relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos que la doctrina francesa denomina la «táctica de la seducción», en un intento de legitimación democrática de la actividad administrativa en detrimento de la actividad imperativa clásica”⁴.

Esta “táctica de seducción” era parte de una política mayor de liberalización de la economía⁵, que buscaba promover la inversión privada proponiendo formas más ágiles y especializadas para la resolución de los problemas, que pudieran surgir en contratos de alta especialización como, por ejemplo, los derivados de la construcción de obras.

³ Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado. Plan estratégico de contrataciones públicas del Estado Peruano Un sistema de Contrataciones Públicas Eficiente, Libre de Corrupción y Promotor del Desarrollo, Abril, 2009; p. 3.

⁴ TRAYTER, Juan Manuel. *El arbitraje de Derecho Administrativo* en Revista de Administración Pública, Núm. 143, Mayo-agosto, 1997; p. 77.

⁵ BULLARD sostiene:

“Países hambrientos de inversión se han visto en la necesidad de generar la confianza que sus Cortes no pueden generar, asumiendo compromisos contractuales que involucran incluso facultades públicas. Es decir, han tenido que aceptar ‘privatizar lo público’.

El asunto tomó dimensiones inimaginables durante los procesos de privatización en Latinoamérica en los 80s y 90s. Esos procesos marcaron formalmente un cambio radical en la titularidad de los medios de producción, que pasaron masivamente de manos estatales a manos privadas”. (BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Enemigos íntimos. El arbitraje y los Contratos Administrativos* en Revista Peruana de Arbitraje N° 2, 2006), p. 165.

Con esta decisión se evitaba, asimismo, recurrir a un Poder Judicial que se percibía como moroso, poco técnico e, incluso, poco independiente.

LA TORRE BOZA afirma al respecto que la solución:

“...a los conflictos surgidos en la ejecución de los contratos en los que es parte el Estado generó una serie de sinsabores y descontento en los administrados, pues una de las partes (el Estado) era al mismo tiempo juez y parte⁶, con lo que no se tenía la necesaria neutralidad que permita una mejor gestión del conflicto. Asimismo, las controversias se resolvían en periodos de tiempo (especialmente cuando se llegaba al proceso contencioso administrativo) sumamente extensos”⁷.

Agregando, que:

“...teniendo en cuenta que los árbitros son una suerte de "jueces privados" se pone punto final a la situación en que el Estado sea, al mismo tiempo, juez y parte, con lo que se avanza en la necesidad de contar con neutralidad e imparcialidad de estos terceros. El arbitraje administrativo en el terreno de las contrataciones y adquisiciones del Estado ha sido diseñado para sustituir tanto la vía propiamente administrativa como la vía judicial de solución de controversias”⁸.

La solución peruana a los conflictos derivados de los contratos sujetos a la LCAE fue una apuesta audaz frente a un panorama judicial desolador y a la necesidad de crear formas más igualitarias, técnicas y adecuadas para la solución de los conflictos derivados de estos contratos administrativos.

El desarrollo normativo

La escueta pero revolucionaria mención del artículo 41 de la Ley 26850 fue desarrollada por su reglamento, el D.S. N° 039-98-PCM; sin embargo, la mayoría de sus normas repetían las disposiciones de la Ley General de Arbitraje, limitándose a innovar en casos muy puntuales.

⁶ Estas afirmaciones son, por supuesto, muy discutibles y representan, más que una opinión teórica sobre el concepto de jurisdicción, una percepción social o, al menos, una percepción de la clase empresarial.

⁷LATORRE BOZA, Derick. *El arbitraje en las contrataciones públicas en* http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbi_contrata_publicas.php#2 (consultado el 27 de julio de 2017).

⁸ Op. cit.

Muy pronto se advirtió que era necesario un mayor desarrollo legislativo de la figura motivo por el cual se promulgó la Ley N° 28267 que amplió la regulación del arbitraje en la propia LCAE.

Lo mismo sucedió con la promulgación del D. Leg. 1017, sus modificatorias y, finalmente, con la actual LCAE, alejándose en cada ocasión de la regulación general contemplada en la Ley de Arbitraje, D. Leg. 1071 que reemplazó, en el año 2008, a la antigua Ley General de Arbitraje.

La razón de esta regulación especial se debió a que, muy pronto, se advirtió que una aplicación automática de las reglas del arbitraje privado resultaba inadecuada para satisfacer todos los intereses involucrados en los contratos sujetos a la LCAE.

En efecto, las reglas del arbitraje privado responden a, y se explican por, los intereses también privados que las modelan, sin embargo, el arbitraje de contratación pública involucra no solo intereses privados, no solo intereses gubernamentales, sino, sobre todo, intereses generales que requieren y exigen la producción de reglas procesales específicas que los tomen en consideración.

Baste, para graficar esta falta de ajuste entre la regulación del arbitraje privado y la que corresponde a la Contratación Pública, la regla de confidencialidad del arbitraje⁹.

Esta característica, tan útil para el arbitraje privado¹⁰, colisionaba con la necesaria transparencia de la actuación del Estado en el manejo de los fondos públicos. En efecto, la confidencialidad sobre la manera en la cual se decidía sobre los recursos públicos no encontraba explicación en el ámbito de una sociedad democrática en la cual la norma es la publicidad de la actuación de la Administración Pública.

Esto motivó que se modificara la LCAE¹¹, incorporándose la regla siguiente:

⁹ Si bien la Ley General de Arbitraje no contenía una disposición general sobre la confidencialidad si preveía el deber de los árbitros de ejercer el cargo con “absoluta discreción” (art. 18), y de conducir el proceso bajo el principio de privacidad (art. 34.7). Asimismo, el contenido del laudo solo podía ser de conocimiento de las partes, salvo mandato judicial (art. 57).

Por su parte la actual Ley de Arbitraje

¹⁰ “Otras ventajas [del arbitraje] incluyen la posibilidad de mantener tanto el procedimiento como el laudo resultante, confidenciales. La confidencialidad está prevista en algunas reglas institucionales, y puede ser expandida (para cubrir a testigos y expertos, por ejemplo) por el acuerdo de las partes para requerir a quienes están ligados por un acuerdo de confidencialidad. Muchas compañías quieren procedimientos confidenciales porque no desean que se propale información sobre sus emprendimientos y operaciones comerciales, o sobre la naturaleza de la disputa en la cual están involucrados, así como tampoco desean sufrir los potencialmente negativos efectos de que su disputa llegue a ser pública” (MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York, 2008; p. 3-4.

¹¹ Mediante Ley 28267.

El laudo es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes, debiendo ser remitido al CONSUCODE dentro del plazo que establecerá el Reglamento; y cuando corresponda, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones impondrá las sanciones correspondientes.

El arbitraje y la conciliación a que se refiere la presente Ley se desarrollarán en armonía con el principio de transparencia, pudiendo el CONSUCODE disponer la publicación de los laudos y actas de conciliación^{12 13}. (Resaltado y subrayado nuestros).

Pero esta tibia apuesta por la publicidad de los laudos solo fue parte de un movimiento mucho mayor que buscaba establecer reglas específicas para el arbitraje de contratación pública.

LATORRE BOZA señalaba al respecto:

“... este nuevo tipo de arbitraje presenta características propias e incluso una naturaleza jurídica especial y, por tanto, es importante empezar señalando que el tratamiento normativo del arbitraje administrativo debe hacerse de modo completamente independiente de mecanismos estrictamente administrativos o consensuales, pues constituye un campo híbrido, en el que convergen características que se han entendido, hasta ahora, muchas veces incompatibles unas con otras”¹⁴.

El mismo autor agrega en un trabajo posterior:

¹² De acuerdo a LATORRE BOZA:

“...ya en el año 2001, en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 013-2001-PCM, se reguló en su artículo 200 que “los laudos arbitrales serán remitidos por las Entidades al CONSUCODE, dentro del plazo de tres (3) días contados desde la fecha de notificación, bajo responsabilidad del Titular del Pliego o de la máxima autoridad administrativa, según corresponda”. De ese modo, el Órgano rector de contratación pública en el Perú buscaba quebrar aquel dogma, para verificar el desarrollo del arbitraje especializado en el Perú. Claro, dicha norma no se cumplió, debido a la falta de controles para ello. Pero es claro que, desde esa perspectiva, ya se controvertía la idea de la confidencialidad del arbitraje. (LATORRE BOZA, Derick. *La ‘privacidad’ del arbitraje* en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2009/03/13/la-privacidad-del-arbitraje>)

¹³ En el año 2008 el D. Leg. 1071, la nueva Ley de Arbitraje, incorporó el siguiente dispositivo:

En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

¹⁴ Op. cit.

“...el arbitraje en contrataciones del Estado no es el arbitraje común (como muchos pretenden hasta hoy), pero tampoco es una extensión del procedimiento administrativo (como pretenden otros)”¹⁵ ¹⁶.

Sin embargo, no faltaron las opiniones contrarias que abogaban por limitar una regulación específica del arbitraje administrativo.

Así, el reconocido árbitro Fernando CANTUARIAS sostenía:

“Si bien es necesario que la Ley de Contrataciones del Estado identifique con precisión la temática que podrá ser sometida a arbitraje y alguna que otra disposición especial aplicable; la verdad es que su Reglamento no debería establecer gran parte de la regulación que contiene. Para ello bastaría largamente la Ley de Arbitraje. Soy de la opinión de que desgraciadamente cada vez se dictan más disposiciones especiales sobre arbitraje con el Estado que van desfigurando la institución arbitral y volviéndolo un procedimiento cada vez más administrativo. Nadie gana con este tipo de “solución”, sólo la burocracia que la aplica”¹⁷.

Del mismo modo, KUNDMÜLLER afirma:

"El arbitraje en contratación pública es eso, una competencia arbitral especializada y no un arbitraje 'diferente', erróneamente bautizado como administrativo"¹⁸.

¹⁵ LATORRE BOZA, Derick. *Administrativizando el arbitraje: ¿sangrías al enfermo?* en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2012/08/27/administrativizando-el-arbitraje-sangrias-al-enfermo-2/>

¹⁶ PAREJO llega a la misma conclusión:

“Pero entonces queda claro que el arbitraje en sentido estricto que cabe en el derecho administrativo es peculiar y de derecho público, es decir, es distinto del regulado en la Ley de Arbitraje, que no resulta, así, aplicable sin más a la administración pública. Y ello no sólo por las razones expuestas, sino también por la singularidad de la actividad administrativa respecto de las de los sujetos ordinarios por muchas razones, pero entre las que destaca el empleo por la misma de mecanismos de macro-dirección y configuración sociales, es decir, afectando simultáneamente a una pluralidad de intereses y relaciones” (PAREJO, Luciano. *Arbitraje administrativo* en CISNEROS FARÍAS, Germán, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coords.). *Control de la Administración Pública Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Universidad Autónoma de México, México, 2007; p. 331.

¹⁷ Entrevista a Fernando Cantuarias en *Contratando Boletín especializado en Contratación Estatal* N° 6, Setiembre, 2009; p. 5.

¹⁸ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. *Crítica al nudo “georgiano” en la nueva causal de anulación de laudos y a las ordalías contra los árbitros, en la competencia arbitral especializada en contrataciones del Estado (Falta)* en *Revista Arbitraje PUCP* ° 2, Lima, 2012; p.97.

El autor en el mismo artículo sostiene:

“En cuanto al tema que nos interesa, tengamos en cuenta que ahora se habla de ‘arbitraje administrativo’, como si estuviéramos ante una disciplina solo para ‘iluminados’; diferente, compleja y altamente especializada, casi equiparable por su sofisticación, con la tecnología para lanzar y hacer llegar cohetes o aparatos del tipo ‘Curiosity’, a la luna (sic) o a marte (sic)”, p. 103.

La posición que ha prevalecido, a pesar de las múltiples quejas provenientes de los árbitros de contratación pública, es la que ha entendido que el arbitraje administrativo debe contar con una regulación cada vez más específica.

En esta opción legislativa han tenido mucho que ver los resultados obtenidos por el Estado en los litigios arbitrales en los cuales se ha visto involucrado.

Efectivamente, como lo demuestra un estudio realizado por la Contraloría General de la República que comprende 2, 796 arbitrajes realizados entre los años 2003 a 2013, el Estado obtuvo resultados desfavorables en el 70% de esos procesos (1,969), habiendo sido condenado al pago de S/ 1, 128' 180, 981 a favor de los contratistas privados¹⁹.

Pero no solo los resultados son notoriamente desfavorables al Estado, sino que, cada vez con mayor fuerza, se percibe que el arbitraje de contratación pública parece muy proclive a comportamientos corruptos que se expresan en laudos no solo malamente motivados sino, lo que resulta peor, interesadamente razonados para perjudicar a las entidades.

Llegan a estas conclusiones no solo informes periodísticos sino también autorizadas voces del escenario arbitral.

Como parte del escándalo de corrupción originado por la actuación de políticos y empresarios ligados a la empresa constructora Odebrecht, un informe periodístico de IDL-Reporteros llega a afirmar que el arbitraje:

“...terminó siendo un sifón a través del cual la transnacional brasileña sacó decenas de millones de dólares más a un Estado inerme, incompetente o cómplice. Mediante arbitrajes, Odebrecht ganó al menos 254 millones 656 mil 753 dólares entre los años 2003 y 2016”²⁰.

Por su parte Walter Albán, miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú sostiene, criticando la derogatoria de la obligatoriedad de recurrir a instituciones arbitrales para el desarrollo de arbitrajes de contratación pública, que el informe que acabamos de citar: “...arrojó fuertes

¹⁹ Contraloría General de la República. *Estudio sobre el Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013*, Gerencia de Estudios y Gestión Pública Departamento de Estudios, Lima; p. 8.

²⁰ IDL-Reporteros. *Arbitrajes a la Odebrecht* en <https://idl-reporteros.pe/arbitrajes-a-la-odebrecht-lavajato/>

indicios de la existencia de mafias de profesionales [árbitros ad hoc] dedicados a este negocio”²¹.

La explicación que se da a esta situación desde el establishment arbitral se limita a denunciar la escandalosa repetición de árbitros en los casos más relevantes o a recusar la utilización del arbitraje ad hoc en el arbitraje de contratación pública.

EZCURRA, afirma, por ejemplo, que:

“En nuestro país, sin embargo, es frecuente que la misma empresa que acude al proceso arbitral para resolver sus diferencias con otra empresa (o el Estado) designe repetidas veces, año a año, a los mismos árbitros. Las designaciones repetidas de árbitros son un mal popular que afecta la capacidad del sistema arbitral de constituirse en un medio transparente e imparcial de resolución de conflictos. Una reciente investigación de IDL Reporteros colgada en su web se refiere a un caso (Lava Jato) con casi una veintena de designaciones del mismo árbitro”²².

Del mismo modo, en el artículo que ya hemos citado ALBAN sostiene:

“En efecto, los arbitrajes ad hoc, más allá de la formalidad de su instalación al inicio del proceso, no guardan mayor obligación que la de entregar copia de su resolución final (el laudo arbitral) al organismo público supervisor (OSCE). En definitiva, es evidente que el procedimiento ad hoc resulta a todas luces opaco y muy difícil de controlar”.

Sin embargo, siendo todas estas razones ciertas no terminan de dar una respuesta satisfactoria frente a la utilización de razonamientos falaces o abiertamente arbitrarios para favorecer a los privados en desmedro de los intereses generales que las entidades representan.

Es verdad que el nombramiento repetido de árbitros explica muchos de los problemas detectados pero, lo más desconcertante, es comprobar que parecen existir árbitros nóveles o experimentados que convierten los casos arbitrales que resuelven ocasionalmente un una oportunidad para demostrar su desconocimiento de principios jurídicos elementales o, también, su habilidad para inventar soluciones contrarias a la justa solución de la controversia, siempre en perjuicio de los intereses de la comunidad.

²¹ ALBAN, Walter. *Una voz de alerta* en <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/voz-alerta-walter-alban-425558> (consultado el 27 de julio de 2017).

²² EZCURRA, Huascar. *Árbitro, hincha y jugador* en <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/arbitro-hincha-jugador-huascar-ezcurra-159806> (consultado el día 27 de julio de 2017).

El legislador ha entendido, ante este panorama, que la motivación de los laudos de contratación pública debe ser sometido a un control más intenso que el que soporta el laudo surgido de un arbitraje privado y, por esta razón, ha implementado una nueva causal de nulidad.

La causal de rompimiento de la jerarquía normativa

Nuestra actual LCAE señala en el artículo 45:

“45.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público”²³.

Resulta claro que con esta disposición se quiebra una de las denominadas características *esenciales*²⁴ del arbitraje privado: la irrevisabilidad del juicio de derecho realizado por los árbitros.

Como informa 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 en el laudo, simplemente porque dicha función, para bien o para mal, fue asignada libremente por las partes de manera exclusiva a los árbitros”²⁵.

²³ El texto original de la nueva causal fue incorporado a la regulación del arbitraje por la Ley 29873 que modificó el D. Leg. 1017 Ley de Contrataciones del Estado, fue el siguiente:

“52.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. **El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo**” (resaltado nuestro).

²⁴ ZÚÑIGA MARAVÍ afirma sobre este punto:

“...es evidente señalar que las 2 características esenciales del recurso de anulación, vale decir los elementos que configuran la esencia del 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 únicamente procedimentales”.

(ZÚÑIGA MARAVÍ, Rigoberto. *La Eficacia del Arbitraje como Mecanismo de Resolución de Controversias Empresariales a la luz de la Teoría Contractual y la Teoría Jurisdiccional sobre su Naturaleza Jurídica*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa, PUCP, Lima, 2014; p. 67).

²⁵ *Ibid.*, p. 67-68.

El cambio es, por consiguiente, muy importante y ha causado, como no podía ser de otra manera una virulenta reacción entre los árbitros de contratación pública.

El análisis de esta causal será el primer objetivo de esta tesina, justificaremos su existencia, analizaremos sus alcances, defenderemos su aplicación e intentaremos establecer algunos parámetros de aplicación, para, finalmente, señalar las graves limitaciones que tiene.

El segundo objetivo de nuestro trabajo será proponer una nueva causal de nulidad del laudo de contratación pública que fundamentada sobre los razonamientos desarrollados en el examen de la causal de rompimiento de la jerarquía normativa, llene los vacíos que advertimos en esta última.

Capítulo I

El arbitraje privado

No es posible comprender el arbitraje de contratación pública si no comprendemos primero el significado del arbitraje privado, por tal motivo, este capítulo estará destinado a presentar una visión de este tipo de arbitraje que pueda ser contrastada luego con la figura del arbitraje de contratación pública.

El arbitraje como libertad

El concepto de dignidad humana está íntimamente ligado al valor libertad. Nuestros sistemas no conciben la vida humana sin la dignidad que le otorga la libertad. A partir de este principio se desprenden muchas consecuencias que se concretan en variados derechos constitucionales,

Así, por ejemplo, los derechos al libre desarrollo, a la libertad de conciencia y de religión, a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, etc.

Resumiendo, nuestra Constitución afirma que todo ciudadano tiene derecho a su libertad y, que, por tanto: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

El sistema provee además a los ciudadanos con un poder jurídico que les permite ejercitar, al menos en su configuración patrimonial, todos esos derechos que pone a su disposición el ordenamiento jurídico, la autonomía privada.

La Autonomía privada

Nuestro ordenamiento nos lleva a reconocer “una esfera de libertad de los sujetos ante el *poder público y la ley*: [lo que] significa que existe un ámbito dentro del cual la suerte de las posiciones jurídicas patrimoniales de los sujetos depende de las elecciones voluntarias y libres de los mismos sujetos interesados, y no por factores externos que se superponen a su voluntad y libertad²⁶”.

²⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001; p. 23-24.

A este poder jurídico para autoregular su esfera patrimonial, para utilizar su libertad dentro de los márgenes del sistema jurídico, lo denominamos autonomía privada, constituye el reconocimiento del ordenamiento de un poder en cabeza del particular para la creación de las normas que, ajustadas al resto del sistema, pueden hacer posible las elecciones necesarias para el ejercicio de las libertades reconocidas a aquel.

La autonomía privada tiene un ámbito de actuación natural en las materias de libre disponibilidad, pues, en ellas, se reconoce la más amplia libertad de configuración concedida a los privados para la composición de sus intereses.

En efecto, la libertad de los privados para decidir sobre la mejor forma de resolver los conflictos que pudieran presentarse dentro de las relaciones patrimoniales de las que forman parte les permite, no solo rechazar la intervención del poder judicial sino, incluso, evitar complejas negociaciones permitiendo que sea la suerte la que resuelva la controversia que las enfrenta.

Así, el artículo 1311 del Código Civil, ubicado en el capítulo dedicado a la transacción, prevé:

“Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título”.

Es decir, la suerte, el lanzamiento de una moneda, tal vez, pone fin a “algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado”²⁷.

Es aquí donde ponemos advertir lo natural que resulta aceptar que, si los particulares pueden someter sus controversias sobre asuntos patrimoniales a la suerte, puedan también, aún con mayor razón, someterlos a la decisión de terceros en los cuales confían.

Esta posibilidad nos permite, también, advertir algo más, los resultados de este acuerdo sobre un mecanismo de resolución de conflictos si bien tiene efectos procesales, tiene, también, efectos sustantivos sobre las situaciones jurídico subjetivas de las partes.

Veamos cómo repercute todo esto en el arbitraje privado.

Una visión contractualista del arbitraje

²⁷ Artículo 1302º.- Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada.

Se suele afirmar que el arbitraje es una criatura contractual por cuanto su origen tiene como fundamento, casi ineludiblemente, la voluntad de los que celebran el denominado convenio arbitral.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta es, por lo menos, una versión incompleta del arbitraje y, casi con seguridad, equivocada.

La naturaleza contractual del arbitraje se expresa más que en el convenio arbitral²⁸ en dos figuras que forman también parte de esta institución compleja, el contrato de árbitro y, como resultado de este, el laudo arbitral.

Sin embargo, estas son realidades descuidadas por la doctrina arbitral, la cual, suele, por el contrario, remarcar el denominado carácter procesal del arbitraje.

Ya en 1927 ISACCS consideraba necesario advertir que detrás de una única palabra arbitraje se encontraban dos conceptos diferentes:

“Parece muy pertinente insistir en que hay realmente dos conceptos ocultos detrás de una única palabra como “arbitraje”. Ellos tienen un propósito común, a saber, evitar el litigio en una corte. Ellos tienen algunos métodos en común, particularmente confiar la decisión a personas elegidas por el común acuerdo de las partes. Pero difieren radicalmente en que uno acepta los métodos, ideales, estándares, y el general raciocinio de las cortes, y busca este resultado final de una manera más directa; la otra, por el contrario, rechaza todo esto y busca su propio resultado, sin consideración de si es el mismo que sería alcanzado eventualmente por la corte o no, o tal vez más o menos deliberadamente evita el resultado que una corte obviamente alcanzaría como inadecuado, técnica o éticamente o en algún otro aspecto. Por eso parece muy pertinente que la persona que es requerida para someterse a un arbitraje sepa a cuál de estos tipos de arbitraje se somete...”²⁹.

²⁸ Como expresa CLAY: “...el contrato que designa al árbitro no es el convenio arbitral, que no tiene por objeto, sino el retirar el litigio de la competencia de los Tribunales estatales y que resulta vinculante solamente para los litigantes entre sí. El nexo entre los litigantes y el árbitro se crea en un segundo tiempo, cuando los litigantes confieren directamente al árbitro el poder de zanjar sus diferencias. Esta operación se realiza por medio de un segundo contrato, que se llama ‘contrato de árbitro’. Al contrario de lo que ocurre con la legitimación del juez estatal, es la designación directamente recibida de quienes le piden solucionar el litigio, la que fundamenta la legitimidad del poder jurisdiccional del árbitro” (CLAY, Thomas. *El árbitro*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012; p. 20).

²⁹ ISAACS, Nathan. *Two views of commercial Arbitration* en Harvard Law Review, 05/1927, Volumen 40, Número 7, p. 940.

Pero, en qué se fundamenta esta diferencia de resultados: ¿es la flexibilidad del procedimiento? ¿En la especialización de los árbitros? ¿Acaso en el supuesto ahorro de recursos que representaría el proceso arbitral?

ISACCS sostiene lo siguiente:

“Se afirma frecuentemente y más frecuentemente se niega que los árbitros son agentes de las partes en controversia. Lo que se sugiere no es que ellos sean individualmente agentes de las personas que los eligen, sino que conjuntamente están investidos con el poder, así como con el deber de realizar un contrato para las partes. Ciertamente hay mucho más en esta situación de lo que sugiere esta analogía. Inaceptable desde un punto de vista procesal, la cual considera la función del árbitro más judicial que fiduciaria, ella satisface las expectativas de los hombres de negocios en muchas maneras”³⁰.

En nuestra opinión, es esta la veta esencial del arbitraje, las partes se someten no a un juez cuyo deber es no solo respetar la ley sino, también, optimizar los valores y principios constitucionales sino, por el contrario, a un tercero encargado de entregarles dentro del marco de la ley y de la Constitución la mejor solución para su conflicto de intereses.

Como dice De Jesús, dentro del marco del arbitraje internacional, el cual es quizás la expresión máxima del arbitraje privado:

“Es por ello que se afirma que la fuente de poder del árbitro del comercio internacional deriva de la voluntad de las partes y no de una especie de ‘delegación constitucional’; que el árbitro del comercio internacional, por no encontrarse incorporado dentro de ningún orden jurídico estatal, no es un órgano jurisdiccional del orden jurídico constitucional y por lo tanto no se encuentra obligado a aplicar el derecho constitucional como sí lo están los jueces estatales”³¹.

Esto no quiere decir, por supuesto, que el árbitro pueda transgredir impunemente el orden constitucional, pero parece evidente que tiene una muy distinta perspectiva del problema de la que tiene el juez. El árbitro quiere la mejor composición de los intereses de un problema comercial, está dispuesto a interpretaciones de la ley que responderán mejor a la solución de

³⁰ ISACCS, op. cit., p. 932.

³¹ DE JESÚS, Alfredo. *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina* en Lima Arbitration N° 3 - 2008 / 2009; p. 168.

ese problema, el juez, en cambio, pertenece a una comunidad legal preocupada por doctrinas y precedentes y no por la vida o las relaciones de los comerciantes.

No es solo que, en la mayoría de los casos, el juez no está en la capacidad técnica de comprender el problema comercial, sino que las reglas del sistema del jurídico no exigen esa comprensión para la solución jurídica de la controversia.

Como señala COHEN, citando a BELL:

“...existen varias cuestiones ‘las cuales, por su propia naturaleza, son mejor resueltas por la determinación de un juez que es expresamente seleccionado por las mismas partes sobre la evaluación de su especial aptitud para tratar casos de esa clase en particular’”³².

Podemos observar, entonces, que la imposibilidad que tienen los jueces para pronunciarse sobre el fondo de la controversia es funcional al carácter contractual de la solución adoptada por el árbitro. Desde este punto de vista los errores de derecho en que incurren los árbitros son irrevisables, pues representan no la decisión de una autoridad extraña, sino la voluntad directa de las partes en conflicto.

Es aquí donde se hacen evidentes los rasgos contractuales del arbitraje.

¿La única visión?

La visión que acabamos de presentar del arbitraje no tiene por que ser, sin embargo, la única que deba imponerse en todos los casos. En efecto, si el arbitraje es el reino de la libertad, las partes pueden diseñar no solo las reglas de procedimiento que mejor se ajusten a sus necesidades, sino también, determinar el nivel de la intensidad de revisión que podrá sufrir la decisión arbitral.

Esto es aceptado por nuestra doctrina arbitral, así BULLARD, sostiene lo siguiente:

“Y si ello es así, y esa es la fuerza de la autonomía privada, nada impediría que las partes pactaran que desean que la motivación sea algo más que mera motivación. Las partes podrían exigir a los árbitros, en su convenio arbitral o en el reglamento arbitral al que

³² COHEN, Julius Henry. *Commercial Arbitration and the Law*, Appleton and Company, New York-London, 1918; p. 26,

se sometieron, que la motivación sea adecuada, completa o que no sea aparente. Pero para ellos deben pactarlo y decirlo así de claro”³³.

En nuestro país, por consiguiente, si resulta posible que las partes puedan ampliar los poderes de revisión de los órganos judiciales que revisan la validez del laudo.

Por el contrario, la Corte Suprema americana ha negado esta posibilidad en el caso Hall Street contra Mattel.

El rol de la motivación en el arbitraje privado

Desde una visión contractualista del arbitraje resulta particular que la ley exija la motivación del laudo arbitral pues no resulta usual que los contratos se motiven. Sin embargo, esta aparente contradicción no debe confundirnos pues el carácter contractual del arbitraje no se ve afectado por esta exigencia procesal.

En efecto, no es necesario negar el carácter contractual del arbitraje para reconocer que sus reglas procedimentales (el debido proceso arbitral) pretenden garantizar el mejor conocimiento del árbitro sobre los intereses discutidos.

De este modo, nuestra Ley de Arbitraje prevé que:

“El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”.

Es decir, como se deduce también de lo dispuesto por el inciso b del apartado 1 del artículo 65 la ley condena a la nulidad a un laudo que se produce con “violación manifiesta del derecho de defensa”.

Esto nos lleva a concluir que la motivación tiene por objeto comprobar el respeto por los árbitros del derecho de defensa de las partes, pues, efectivamente, es solo a través de la motivación que es posible comprobar, en algunos casos, que se otorgó a cada una de las partes “suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”.

Así, lo ha considerado, por ejemplo, el Tribunal Federal suizo, pues, si la falta de motivación impide determinar si el laudo debería ser anulado en virtud de uno de los motivos de anulación

³³ BULLARD, Alfredo. *Comentarios al artículo 56 de la Ley de Arbitraje*, en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011; p. 626.

previstos en la ley, el laudo podrá ser anulado si los árbitros no han dado explicaciones suficientes³⁴.

De igual manera, en Francia la “jurisprudencia ha precisado que la falta de motivación sería sancionada únicamente si la ley aplicable o el convenio arbitral preveían una obligación de motivar, o si la falta de motivación disimulara una vulneración del derecho del debido proceso”³⁵.

Esto quiere decir que corresponde preguntarnos cual es el contenido mínimo que es necesario exigir a la motivación de un laudo en el arbitraje privado.

El contenido mínimo del derecho a la motivación del laudo de arbitraje privado

La motivación judicial puede ser examinado desde dos puntos de vista: el de la justificación interna o el de la justificación externa.

Como sabemos, la propia distinción entre justificación interna y justificación externa es una distinción problemática³⁶, por tal motivo, utilizaremos estipulativamente la definición que utiliza Robert Alexy sobre estos conceptos.

En tal sentido, la justificación interna se refiere a la construcción del silogismo jurídico, es decir, a una justificación lógica que está limitada al campo de las proposiciones y a la lógica formal que trata de ellas³⁷, es decir, según WRÓBLEWSKI:

³⁴ SHCLAEPFER, Anne Véronique y CREMADES, Anne-Carole, *La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión*, en SOTO COAGUILA, Carlos y REVOREDO MARSANO DE MUR, Delia (Coord.) *ARBITRAJE INTERNACIONAL PASADO, PRESENTE Y FUTURO Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Ives Derains Tomo II*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013; p. 1422.

³⁵ Op. cit., p, 1423.

³⁶ GARCÍA FIGUERÓA lo expresa del modo siguiente:

“...en realidad existe una considerable ambigüedad en el uso de la contraposición entre justificación interna y justificación externa. A veces parece que la justificación interna se refiere a la justificación basada en criterios lógico deductivos, a partir de normas del sistema jurídico que son consignadas de forma expresa en la justificación de la sentencia. La justificación externa se referiría, en cambio, a una justificación que no presentaría carácter lógico-deductivo, cuyas premisas presentarían carácter lógico deductivo, cuyas premisas presentarían carácter extrasistemático (no serían jurídicas) y, finalmente, tampoco se hallarían recogidas expresamente en los fundamentos de la sentencia”. (GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La Argumentación en el Derecho Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima, 2003; p. 150-151.

³⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Legal decision and its justification* en <http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/551> consultado 23 de julio de 2017.

“Una proposición está justificada por otras proposiciones si puede ser inferida de ellas utilizando reglas aceptadas de inferencia lógica. El tipo de “justificación” es sinónimo de la demostración de la verdad de una proposición dentro del campo mencionado”³⁸.

Más precisamente, este autor afirma:

“Hay dos tipos de justificación de una decisión legal: justificaciones interna y externa.

La justificación interna trata con la validez de las inferencias de unas premisas dadas a la decisión legal, la cual es tomada como su conclusión. La decisión en cuestión está internamente justificada si las inferencias son válidas sin examinar la solidez de las mismas. A este respecto la justificación interna es una justificación formal y no es adecuada para un análisis de la operación práctica de la decisión legal ni para un control institucional de la misma”³⁹.

Por su parte la justificación externa: “...no solo examina la validez de la inferencia, si no también la solidez de las premisas. El amplio ámbito de la justificación externa es requerida especialmente por la decisiones judiciales paradigmáticas debido a los altos estándares que impone”⁴⁰.

Tomando estas definiciones podemos afirmar que el discurso justificativo estaría justificado internamente cuando ha respetado las reglas de la lógica, es decir, cuando las premisas utilizadas, tanto la premisa normativa como la premisa fáctica, resultan compatibles entre sí, y, además, cuando estas en conjunto resulten compatibles con la conclusión.

En estos casos, como en todo razonamiento deductivo la verdad de las premisas impondrá la verdad lógica de la conclusión.

Por su parte, la justificación externa implica operaciones mucho más complejas que van, para el caso de la premisa normativa, desde la elección de una o más disposiciones del sistema, su evaluación de validez, su interpretación y, finalmente, su construcción como regla general.

Por su parte, en cuanto a la solidez fáctica de la premisa fáctica no solo será necesario verificar la pertinencia y conducencia de los medios probatorios sino también su válida incorporación al proceso, para, finalmente, proceder a su valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

³⁸ Ibidem, p. 410.

³⁹ Ibidem, 1412.

⁴⁰ Ibidem.

En cuanto al análisis del laudo arbitral podemos utilizar las categorías desarrolladas desde dos puntos de vista. Para una crítica jurídica de la calidad de las decisiones arbitrales podemos utilizar libremente y en su totalidad las dos clases de justificación pues, como parece obvio, los laudos también son discursos jurídicos justificativos que, incluso cuando incurran en errores interesados pretenden demostrar la bondad de su solución sobre la existencia de valores superiores.

Sin embargo, lo que nos interesa en este momento es si estas categorías pueden servir para analizar judicialmente la validez de un laudo, respetando, por supuesto, la prohibición de pronunciamiento sobre el fondo que impone el apartado 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje.

El contenido de la motivación del laudo exigible para su validez

De acuerdo a lo señalado por el apartado 1 del artículo 56 de la Ley de Arbitraje:

“Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto..”.

Por tanto, la primera exigencia es la existencia de motivación. Es decir, la falta de motivación de un laudo causará su nulidad. En esto están de acuerdo todos los autores nacionales.

BULLARD, señala al respecto:

“Si las partes han acordado que el laudo se debe motivar, el no motivar va contra lo pactado, y por tanto, podría existir espacio para la anulación. Así, siendo el artículo 56 una norma dispositiva, el no pacto en contra significa que la voluntad de las partes es que se integre el deber de motivar contenido en el artículo 56 a su acuerdo. Así, ese deber es parte del convenio arbitral y como tal, su no cumplimiento puede ser invocado como causal de nulidad”⁴¹.

Del mismo modo GALINDO señala:

“Debe considerarse también que la anulación del laudo por falta de motivación no debe dar lugar a la revisión de fondo o de los fundamentos mismo del laudo, el control judicial en este aspecto debe observar no el contenido, sino el aspecto externo o la estructura de

⁴¹ BULLARD, op. cit.; p. 630.

la motivación, los argumentos en su conexión lógica y su coherencia con la decisión o fallo arbitral”⁴².

A partir de la motivación contradictoria, claramente un defecto en la justificación interna del laudo, comienzan los desacuerdos.

Algunos autores sostienen, siguiendo a la jurisprudencia francesa que: “El recurso en anulación basado sobre una contradicción de motivos tiende en realidad a criticar el fondo de la motivación del laudo y es, por lo tanto, inadmisibles”^{43 44}.

Sin embargo, parece ser que una contradicción grave que hace incomprensible la decisión de los árbitros debe ser considerada en la misma forma que una ausencia de motivos. Pues, un discurso incomprensible debe ser asimilado a uno que carece de razones.

En este punto, consideramos que la jurisprudencia italiana puede servir de guía para juzgar el tipo de contradicción que debe considerarse causante de la nulidad del laudo.

En el caso Ondaclear las cortes italianas han sostenido:

“El control sobre la motivación de la sentencia arbitral tiene límites más restringidos respecto a aquellos aceptados en sede de juicio de casación respecto de las sentencias del juez ordinario. En base a la concordancia por lo dispuesto por el artículo 823.3 y 829.5, en efecto, es irrelevante el vicio de insuficiencia de la motivación y, por tanto, no es aceptable ningún control sobre la congruencia de la argumentación puesta como fundamento de la decisión, porque la nulidad de la sentencia arbitral solo puede ser pronunciada cuando la motivación falte totalmente o sea a tal punto obscura que impida la comprensión de la ratio decidendi de lo estatuido por los árbitros”⁴⁵.

⁴² GUZMÁN GALINDO, Julio César. *La falta de Motivación del Laudo como causal de Anulación en la Ley de Arbitraje Peruana* en Arbitraje PUCP Año II N° 3, Lima, 2013; p. 40.

⁴³ SHCLAEPFER, Anne Véronique y CREMADES, Anne-Carole, Op. cit., p. 1425.

⁴⁴ Las mismas autoras anotan: “Corte de Casación francesa, 11 de mayo de 1999. En: *Revue de l'Arbitrage*. París, 1999, p. 811. Antes de esta fecha, la jurisprudencia francesa consideraba, al contrario, que la contradicción de motivos equivalía a una ausencia de motivos que podía conducir a la anulación del laudo cuando existía una obligación de motivar derivada de la ley aplicable o del acuerdo de las partes (Corte de Casación, 11 de diciembre de 1979, *Revue de l'Arbitrage*. París, 1982, p. 419). La crítica, por varios autores franceses, de la paradoja que constituía sancionar la contradicción de motivos cuando el juez no tenía el poder de controlar los mismos, condujo al abandono de esta jurisprudencia” Op. cit. 1425).

⁴⁵ Citado por RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il Diritto nell'arbitrato*, CEDAM, Milano, 2002; p. 874.

El mismo RUBINO-SAMMARTANO agrega:

“En tal causal [la falta de motivación] por otro lado ha sido incluida también la motivación ausente o contradictoria, al punto de no permitir comprender el iter lógico seguido por el árbitro para arribar a su propio convencimiento” (Ibid.)

No cualquier contradicción puede generar la invalidez pues, en muchos casos, sobre todo en casos complejos con múltiples pretensiones o con situaciones de hecho complicadas pueden producirse algunos razonamientos contradictorios o narraciones no completamente coherentes. Sin embargo, estas fallas no deberían provocar la nulidad del laudo pues la contradicción a la que nos referimos debe ser una de tal entidad que simplemente impida conocer las razones expuestas por los árbitros.

Más polémica es la referencia a la denominada motivación aparente pues como ya hemos afirmado anteriormente, acusar a la motivación de un laudo como aparente suele ser la manera más sencilla de inmiscuirse en la decisión sobre el fondo de la controversia confiada a los árbitros.

Por tal motivo, parece ser necesario, nuevamente, estipular una definición de motivación aparente que cautele el derecho de las partes a una decisión motivada y, al mismo tiempo, impida incursiones judiciales inadecuadas.

En tal sentido, nos parece que debemos considerar que un discurso que pretende ser justificativo incurre en motivación aparente cuando contiene explicaciones, narraciones, descripciones, simples afirmaciones, pero no es posible identificar en él ningún argumento. Es decir, un discurso que no engarza razones con conclusiones o que, simplemente, carece de unas u otras.

Esto quiere decir que una motivación sustancialmente equivocada no puede ser considerada una motivación aparente y que, en consecuencia, los jueces no pueden juzgar la bondad del argumento si no, tan solo, constatar su existencia.

Por consiguiente, en cuanto concierne a la justificación interna podemos resumir señalando que los jueces pueden controlar la existencia de motivación, exigir que esta sea comprensible y, finalmente, que sea motivación, es decir, que existan razones, buenas o malas, que soporten la conclusión a que se arriba por los árbitros.

Más complicado resulta admitir que los jueces puedan controlar la justificación externa del discurso justificativo de los árbitros si, como hemos señalado, les está vedado pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida.

Lo primero que debemos señalar en este tema es que las razones que dan solidez de las premisas, las razones que tienen como conclusión a cada una de las premisas que constituyen la justificación interna, son resultado también de operaciones complejas en las cuales el órgano judicial no puede, en principio, intervenir.

No obstante, este control sí es posible cuando la formación de la razón que sustenta la premisa normativa o la premisa fáctica se configura afectando gravemente el derecho de defensa de una de las partes.

Examinemos, en primer lugar, la formación de la premisa normativa y las posibles lesiones al derecho de defensa en que puede incurrirse en su formación.

Los árbitros pueden viciar la justificación externa de su razonamiento ignorando completamente un argumento que razonablemente puede ser considerado como central para sustentar la posición jurídica de una de las partes.

En situaciones como esta, como señala la jurisprudencia francesa, la motivación, el discurso justificativo, no permite comprobar que la parte haya podido ejercer su derecho de presentar su caso y, por consiguiente, se habría producido, en palabras de la ley, una lesión manifiesta al derecho de defensa.

Del mismo modo, se vicia la motivación de los árbitros cuando estos incorporan al discurso justificativo un argumento sorpresa que rompe el debate producido entre las partes, causando indefensión en la parte perdedora. Efectivamente, si quien es vencido no pudo, en momento alguno del proceso, “defenderse” del argumento producido por los árbitros su derecho de defensa ha sido, también en este caso, manifiestamente afectado y, por consiguiente, el laudo así emitido debe ser anulado.

En estos casos los árbitros estarían ejerciendo el *Iura Novit arbiter* sin respeto al derecho al contradictorio de las partes y, por tanto, estarían viciando la motivación del laudo.

Los casos que corresponden a los defectos de justificación externa de la premisa fáctica son los mismos, *mutatis mutandi*, de los que ya hemos desarrollado.

Así, si los árbitros ignoran una prueba que razonablemente puede ser considerada como fundamental para la defensa de una de las partes vician su discurso justificativo y, por consiguiente, se produce nuevamente una lesión al derecho de defensa que puede provocar la nulidad del laudo.

Del mismo modo, si el tribunal arbitral incorpora a su valoración probatoria a una prueba que no fue sometida al contradictorio, lesiona gravemente el derecho de defensa y convierte al laudo, así emitido en vulnerable a una impugnación de nulidad.

Debe advertirse que la lesión al derecho de defensa solo causa la nulidad del laudo cuando la prueba viciada se incorpora al discurso justificativo y sirve de sustento a la decisión final que se adopta. Si se produce la incorporación de una prueba con lesión al derecho de contradicción, pero esta, finalmente, no es tomada en cuenta para fundamentar la decisión arbitral, la motivación no puede ser atacada y el laudo sería válido.

Es el engarce entre rompimiento del contradictorio y motivación del laudo, lo que finalmente vicia el discurso justificativo produciendo su nulidad.

Capítulo II

El fundamento del arbitraje administrativo

Antes de iniciar el análisis de la causal de nulidad del laudo de contratación pública por incumplimiento del orden de preferencia normativa debemos establecer las diferencias entre los fundamentos que sustentan al arbitraje administrativo del arbitraje privado.

Hemos afirmado que el arbitraje privado tiene como fundamentos a la libertad y a la disponibilidad; las partes eligen el arbitraje en ejercicio de su autonomía privada para que los árbitros resuelvan conflictos que solo atañen a su particular esfera jurídica.

Claramente, no es esto lo que sucede en el arbitraje de contratación pública.

Por un lado, el Estado no se rige por el principio de libertad, pues como nos recuerda AGUILAR ANDRADE:

“...la administración no obra libremente sino que está sometida a la legalidad, actúa solo en la medida en que una norma les autoriza a hacerlo. La actividad administrativa no es ejercicio de libertad, sino ‘*de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido*’; en esa medida, no es un poder libre sino un poder sometido a la norma y, como tal, ‘*obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado*’”⁴⁶.

Del mismo modo, tampoco las entidades tienen un poder de disposición sobre los bienes o intereses que administran:

“Los rasgos que configuran los derechos subjetivos se distinguen de las notas características de las potestades de que están investidas las Administraciones Públicas...El contenido de los derechos subjetivos se descompone en ‘*facultades*’...que como su propio nombre indica son de ejercicio voluntario o facultativo

...

A diferencia de los derechos subjetivos que son renunciables y transmisibles porque satisfacen intereses de su titular, las potestades son intransmisibles e irrenunciables porque están orientadas a satisfacer el interés ajeno (en el caso que aquí importa las

⁴⁶ AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. *Sobre las materias arbitrables en el Derecho Administrativo* en iea.ec/pdfs/2009/ART_JUAN_PABLO_AGUILAR.pdf (consultado el día 28 de Julio de 2017).

potestades administrativas no satisfacen intereses particulares de la propia Administración Pública, sino que tienen por finalidad satisfacer los intereses de los ciudadanos o intereses generales). Las potestades con un título fiduciario en beneficio de un tercero, y por ello son de obligado ejercicio”^{47 48}.

Por consiguiente, parece claro que respecto al Estado no es posible sostener que la utilización del arbitraje se fundamente en la autonomía privada y en la disponibilidad, pues la actuación de la administración no ostenta, por definición, estas características.

Antes de desarrollar los reales fundamentos del arbitraje de contratación pública quisiéramos considerar, también, la figura del privado que se ve sometido obligatoriamente al arbitraje cuando contrata con el Estado.

En efecto, tampoco en este caso podemos comprobar esa libertad omnímoda que parece exigir el arbitraje en tanto “criatura del contrato”.

Aunque algunos han intentado justificar esta exigencia compulsiva utilizando la figura civil de las cláusulas generales de contratación que, en este caso, permitirían al Estado fijar las condiciones en las que contratará, siendo libres los particulares de aceptar o no esa imposición.

En tal sentido se afirma que:

“... es evidente que cualquiera que desee contratar con el Estado se verá afectado y deberá someterse a esta obligatoriedad [la de someterse a arbitraje], en la medida en que se desee contratar, dado que se trata de una exigencia interna de éste, tal como puede ocurrir con cualquier empresa privada que exige requisitos mínimos para poder contratar con terceros. El Estado plasma sus políticas a través de normas jurídicas, y en este caso no atenta contra el derecho de terceros”⁴⁹.

⁴⁷ BLANQUET, David citado por AGUILAR ANDRADE, Op. cit.

⁴⁸ PAREJO lo expresa del modo siguiente:

“No hay en la administración verdadera autonomía de la voluntad, más bien heteronomía. Su actuación y, por tanto, su voluntad son siempre, por definición, “programadas” normativamente, por más que el programa pueda ser escueto y flexible, otorgando un amplio margen de maniobra. Y ello, porque los fines de esa actuación le vienen dados siempre y en cualquier caso desde “fuera” de sí misma, debiendo justificarse necesariamente en ellos. Por ello, la capacidad jurídica de la administración es necesariamente y para todo “especial” (nunca universal), en el sentido de precisar todo acto de una habilitación, un apoderamiento específico. Dicha capacidad (si este término puede llegar a aplicarse con rigor a la administración) es, pues, la suma de las potestades-habilitaciones de actuación que el ordenamiento en cada momento le atribuya efectivamente” (PAREJO, Luciano, Op. cit., pp. 319-320)

⁴⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *Arbitraje en la Contratación Pública*, Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2009; p. 28.

Queda claro, entonces, la confusión del rol que cumple el Estado en una sociedad democrática, pues su comportamiento no puede ser asimilado al de “cualquier empresa privada”. El Estado, también cuando contrata, es el garante de los derechos de las personas y, por consiguiente, resulta muy dudoso en términos constitucionales que pueda imponer obligatoriamente la vía arbitral en desmedro del cauce judicial.

Al respecto BACA ONETO sostiene:

“...el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo así su control judicial, pues esto sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, y crearía una ‘jurisdicción especial’. La razón de dicha exigencia radica en que mediante ‘el convenio arbitral, las partes renuncian a la tutela judicial a la que tienen derecho y la sustituyen por una forma alternativa de tutela, el arbitraje [y] tal desapoderamiento [...] del ejercicio de un derecho fundamental sólo es admisible en cuanto se basa en el consentimiento explícito de su titular’. Al respecto existe una gran unanimidad doctrinal, y tal ha sido además la postura asumida por el Tribunal constitucional español (TCE) cuando el asunto les fue planteado”^{50 51}.

No es el caso profundizar, en este momento, sobre este interesante tema. Baste señalar, únicamente, que quien está obligado a garantizar el libre acceso a la jurisdicción no puede limitar estos derechos fundamentales en perjuicio del particular que se relaciona con él, aun cuando ambos actúen en un ámbito convencional.

Ante este panorama parece bastante problemático sostener que el arbitraje de contratación pública es solo una “especialidad” del arbitraje general (privado), sin embargo, muchos especialistas, siguen repitiendo, en nuestra, opinión sin haber realizado una reflexión seria sobre

⁵⁰ BACA ONETO, Víctor Sebastián. *Los medios “alternativos” de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)* en Lima Arbitration N° 1, Lima, 2006; p. 232.

⁵¹ “Es elemental que el ‘arbitraje’ es un proceso consensual que requiere el acuerdo de las partes. El Artículo II de la Convención de Nueva York se aplica solo a un “acuerdo...bajo el cual las partes se obliguen a someter a arbitraje”, mientras el artículo 8 de la Ley Modelo Uncitral se aplica solamente donde exista “el acuerdo de las partes de someter a arbitraje todas o ciertas disputas”. Igualmente, las cortes nacionales uniformemente sostienen que ‘el arbitraje es una criatura que debe su existencia a la sola voluntad de las partes’, y que el arbitraje es una materia contractual y las partes no pueden ser requeridas a someter a arbitraje ninguna disputa que ellas no han acordado someter”. (BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2012; p. 4.

el tema, que no existen diferencias sustanciales entre el arbitraje privado y el arbitraje administrativo.

El fundamento del Arbitraje de Contratación Pública

De acuerdo al artículo 77 de nuestra Constitución:

“La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos. Su programación y ejecución responden a los **criterios de eficiencia**, de necesidades sociales básicas y de descentralización” (resaltado nuestro).

De igual manera, el artículo 1 de la LCAE, D. Leg. 30225 establece que:

“La presente Ley tiene por finalidad establecer normas orientadas **a maximizar el valor de los recursos públicos** que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, **de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos**. Dichas normas se fundamentan en los principios que se enuncian en la presente Ley” (resaltado nuestro).

Finalmente, el principio de eficacia y eficiencia es definido por la ley del modo siguiente:

“El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos”.

Parece claro, entonces que el fundamento de la elección estatal de resolver las controversias derivadas de los contratos de adquisición de bienes y servicios responde a una realidad concreta.

La incapacidad del Poder Judicial para resolver de manera eficiente los conflictos mencionados, obligó al Estado a buscar formas alternativas de resolver las controversias que se suscitaban en el ámbito de la contratación pública⁵².

ROSA MORENO lo expresa magistralmente:

“En el condensado concepto de ‘Estado democrático y social de Derecho’ la eficacia hace surgir con pujanza nuevos mecanismos y técnicas, ‘que pugnan por obtener reconocimiento y transformar, cuando no sustituir, las aún vigentes’, éstas son, precisamente, las dos vertientes en las que se orienta tanto la normativa como la doctrina jurídico-administrativa en el terreno de los mecanismos de solución de conflictos, postulando por un lado, la revitalización de técnicas ya clásicas y, por otro, la sustitución de éstas por otras formas nuevas. Además, hay que tener presente que estos mecanismos se acomodan a la constitucional necesidad de conciliar la garantía y la participación de los interesados con la eficacia administrativa como fines del procedimiento administrativo”⁵³.

Es pues, en esta búsqueda de eficiencia en la que debemos sustentar el arbitraje de contratación pública, no en una autonomía que no existe, así como tampoco en un poder dispositivo igualmente inexistente.

Desde este punto de vista el arbitraje que recoge el derecho administrativo no es, no puede ser, el mismo que se desarrolla en el ámbito del derecho privado, pues, no puede concebirse aquí ninguna dejación de derechos sustantivos por parte del Estado, ningún poder especial atribuido a los árbitros; sino, tan solo, el aprovechamiento de las ventajas procesales que brinda el proceso arbitral.

⁵² KUNDMÜLLER relata una reunión de trabajo con los propulsores de la incorporación del arbitraje obligatorio en la LCAE, del modo siguiente:

“Regresando a los años noventa y a la reunión materia de comentario, ante las interrogantes planteadas por mi desde la perspectiva arbitral, mis interlocutores del CONSULCOP me explicaron con gran elocuencia y entusiasmo, que era necesario optar por el arbitraje, porque el Estado peruano mantenía en ese momento centenares de miles de controversias en sede judicial, que no eran resueltas oportunamente. Señalaban que dichos litigios eran un lastre y ascendían a centenares de miles de soles, los mismos que estaban paralizados o semiparalizados por esta situación, mientras se elevaban geométricamente los costos de transacción, se perjudicaba la satisfacción del interés público y se reducían las oportunidades comerciales y de negocio, en el mercado de la procura pública.

Esto; en consecuencia, afectaba en forma considerable al circuito comercial, económico y de servicios del país, pues los contratistas y proveedores del Estado, veían perjudicados sus intereses, en un mercado que ya en aquel entonces y también en la actualidad, mueve miles de millones de soles. De otro lado, en este contexto, no se cumplían a plenitud los objetivos de la contratación pública” (Op. cit., p. 98).

⁵³ ROSA MORENO, Juan. *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; p. 17.

En efecto, el recurso al arbitraje no puede representar para la Administración un escape al principio de legalidad.

ROSA MORENO lo expresa del modo siguiente:

“El principio de eficacia, y su constitucionalización, han modificado la dogmática clásica del Derecho Administrativo, pero no para excluir la plena articulación del principio de legalidad, sino para imponer un Derecho ‘no contra la Administración, sino para facilitar sus mutuas relaciones, de modo que ese Derecho sea un útil instrumento para la consecución de los fines que la Constitución encomienda a la Administración y, al mismo tiempo, signifique una eficaz garantía para los ciudadanos’. El principio de eficacia ha aumentado, pues, el nivel de exigencia a la Administración, ya no sólo se le exige que en su actuación respete el principio de legalidad, sino que, respetándolo, sea también eficaz”⁵⁴.

Esta sujeción al principio de legalidad, como es obvio, no solo afecta a la Administración, sino que, además, deberá ser tomado en cuenta por quien la juzga pues, de otro modo, el principio de sujeción del actuar administrativo a la Ley perdería su sentido.

En otras palabras, el árbitro de contratación pública no puede liberar a la Administración del principio de legalidad.

Queda claro, entonces, que, a diferencia del arbitraje privado, el árbitro no sustituye aquí a las partes en la resolución del conflicto, sino que, por mandato expreso de la ley, a quien reemplaza es al juez del contencioso administrativo.

El arbitraje administrativo y el proceso contencioso

El artículo 148 de nuestra Constitución señala que:

“Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”.

Comentando este dispositivo BERNALES señala que:

“La acción contencioso- administrativa tiene por finalidad recurrir ante el Poder Judicial, a fin de que revise la adecuación al sistema jurídico de las decisiones administrativas que versan sobre los derechos subjetivos de las personas. En este

⁵⁴ ROSA MORENO, Op. cit., p. 15.

sentido, es garantía de la constitucionalidad y legalidad de la actuación de la administración pública frente a los administrados”.

Por consiguiente, en principio la actividad administrativa solo podría ser controlada por la jurisdicción ordinaria a través de los órganos del contencioso administrativo. Sin embargo, no debemos olvidar la habilitación constitucional para la utilización del arbitraje establecida en el tercer párrafo del artículo 63 de la nuestra Norma Fundamental^{55 56}

Debido a esto, el artículo 4 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (Ley 27584) prevé que:

“Art. 4.- Actuaciones impugnables

Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas: (...)

5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que sea obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia”.

Esto quiere decir, como lógica consecuencia, que en materia de contratación pública los árbitros sustituyen a los jueces del contencioso administrativo para el enjuiciamiento de los actos de la administración relacionados con el contrato administrativo sujeto a su conocimiento y, por consiguiente, tienen respecto a dichos actos todas las potestades reconocidas a los jueces ordinarios.

Vale la pena remarcar que el enjuiciamiento que deben realizar árbitros no se limita al examen de legalidad del acto impugnado, sino que alcanza también a su conformidad con nuestra norma fundamental⁵⁷.

⁵⁵ “El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

⁵⁶ Lo que permite excepcionar también lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo:

“Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales”

⁵⁷ El artículo 7 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo se refiere a esta posibilidad disponiendo:

Es decir, la tutela de los intereses de los particulares dentro de una relación obligatoria derivada de un contrato administrativo ha sido confiada, debido a la imposición legal del arbitraje, a la jurisdicción arbitral.

Si esto es así, no parece concebible que la tutela brindada a los particulares a través del proceso arbitral pueda ser menor a la que se alcanza través de un proceso contencioso administrativo; más aún cuando, como resultado del arbitraje obligatorio, los particulares no podrán recurrir a la jurisdicción ordinaria para impugnar las actuaciones administrativas.

Asimismo, parece evidente que los árbitros pueden ejercer con total amplitud un juzgamiento de plena jurisdicción.

En efecto, como señala DANÓS, una novedad de nuestra Ley del Proceso Contencioso administrativo es que este tipo de proceso ha sido

“...diseñado como un proceso de ‘plena jurisdicción’ o ‘de carácter subjetivo’, de modo que los jueces no están restringidos a sólo verificar la validez o nulidad del acto administrativo, o su posible ineficacia, sin(o) [a] entrar al fondo del asunto, porque tienen encomendado la protección y la satisfacción a plenitud de los derechos e intereses afectados por actuaciones administrativas”⁵⁸.

Por su parte García de Enterría señala que:

“Es cierto, en efecto que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa no están para decidir cómo y de qué forma han de trazarse las carreteras, pero no lo es menos que a ellos sólo corresponde resolver si la decisión administrativa previa es o no conforme a Derecho y, en el supuesto de que no lo sea, declarar cuáles son los concretos derechos del particular que en relación a dicho acto de la Administración, deba ésta respetar”⁵⁹ (García de Enterría)

En pocas palabras podemos decir que la plena jurisdicción permite al árbitro no solo emitir un juicio sobre la constitucionalidad o legalidad de la actuación administrativa impugnada sino

“En aplicación de lo dispuesto en los Artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso administrativo procede aún en caso de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgreda el ordenamiento jurídico. En este supuesto la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo proceso”

⁵⁸ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El Proceso Contencioso Administrativo en el Perú. En: Hechos de la Justicia, N° 10, revista electrónica editada por jueces peruanos en

<http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/contencioso%20administrativo.htm>

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo Tomo II*, Editorial Civitas S.A. Reimpresión de la segunda edición de 1981, Madrid; p. 561.

también decidir sobre la materia que fue objeto de resolución por la administración; es decir, la decisión arbitral no solo puede anular lo decidido por la administración sino también revocarlo dándole un contenido distinto.

Esta consecuencia resulta evidente si advertimos que la finalidad del arbitraje de contratación pública busca resolver las controversias de un modo definitivo entre las partes.

Asimismo, debe advertirse que los límites del control arbitral están definidos por el ámbito del contrato del cual surge la controversia, es decir, solo podrá ser controlada mediante arbitraje una actuación administrativa que suponga una declaración de voluntad de la administración destinada a tener efectos sobre el desarrollo del contrato.

Así, por ejemplo, podrán ser controladas actos administrativos que resuelvan el contrato administrativo, desapruében ampliaciones de plazo o liquidaciones presentadas, así como cualesquiera otras actuaciones que se pronuncien sobre los derechos contractuales del particular.

¿Esto supone judicializar el proceso arbitral de contratación pública?

Desde nuestra perspectiva el reconocimiento de esta realidad normativa no tiene por que afectar las ventajas procedimentales que brinda el arbitraje.

Por el contrario, el árbitro de contratación pública puede y, más seguramente, debe, utilizar las formas más adecuadas y flexibles que puedan concebirse dentro de la técnica del procedimiento arbitral para conseguir la pronta solución de los conflictos.

El árbitro de contratación pública, por tanto, debe ser celer, especializado y debe huir de comportamientos judiciales que resulten ineficientes para la debida solución de las controversias que le ha sido encomendada, pues, sino fuera así, qué sentido habría tenido reemplazar a la jurisdicción ordinaria por el arbitraje⁶⁰.

⁶⁰ “Rapidez, celeridad, flexibilidad, agilidad...Son virtudes predicadas del procedimiento arbitral por contraposición al jurisdiccional y tienen su particular regulación en la Ley de Arbitraje de 2003. Importar tales ideas-fuerza sobre el ámbito jurídico-público exige una predisposición para superar muchas inercias derivadas de la presencia en las relaciones con la Administración del estereotipado acto administrativo y de la resistente concepción revisora del proceso contencioso-administrativo. Con esto quiero decir que no puede acometerse la tarea de articular un procedimiento arbitral sobre la base del procedimiento administrativo ni, obviamente, del procedimiento judicial. Por más que valoremos como conquistas del Estado de Derecho ciertas garantías que rodean a aquellas estructuras procedimentales, habrá que aceptar que si las extrapolamos sin más al procedimiento arbitral habremos conseguido un sucedáneo, que tal vez recuerde algo al arbitraje, pero solo eso” (GARCÍA PÉREZ, Marta. *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011; p. 177.

Sin embargo, estos árbitros deben recordar, también, que su poder no emana de la libre voluntad de las partes, que no son mandatarios de ellas, sino que, como todo juez, aun cuando privado, deben fallar de acuerdo con la ley y la Constitución.

Es decir, el árbitro de contratación pública no solo debe reunir los necesarios conocimientos técnicos, sino que, además, deberá tener la habilidad y la sensibilidad necesarias para componer los intereses privados del contratista, los intereses de la Entidad involucrada, pero, sobre todo, deberá tomar en cuenta para la resolución correcta del conflicto los intereses generales que subyacen al problema suscitado.

Capítulo III

La causal de nulidad del laudo por incumplimiento de la preferencia normativa

Las normas

El apartado 3 del artículo 45 del D. Leg. 30225 establece lo siguiente:

“Artículo 45.- Solución de controversias

(...)

45.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público”.

El antecedente inmediato de este dispositivo es el artículo 53

Artículo 53.- Solución de controversias
53.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

La primera pregunta que debemos plantearnos, ante la eliminación de la referencia expresa de que nos encontrábamos ante una causal de nulidad del laudo de contratación pública es, si en efecto, dicha supresión impide considerar el incumplimiento del orden de preferencia como causa de nulidad de la decisión arbitral.

Algunos comentaristas se han apresurado a expresar su beneplácito por la eliminación de la causal:

“Felizmente, la nueva Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225, ha eliminado esta causal de anulación, señalando expresamente en su Exposición de Motivos que los jueces, para determinar la contravención al orden de prelación, podrían realizar un análisis, con el respectivo pronunciamiento sobre el fondo de la

controversia o sobre el contenido de la decisión emitida por el árbitro. Saludamos este cambio”⁶¹ ⁶².

Sin embargo, la alegría parece algo apresurada pues, cómo puede pretenderse que la contravención a una norma que se autodenomina de orden público no conduzca a la nulidad del acto privado que incurre en ese defecto.

Lo que sostienen estos autores, aunque no parezcan conscientes de la gravedad de su afirmación, es que un acto privado como el laudo, producto de la actuación de jueces privados, puede violar impunemente el orden público⁶³.

Debemos recordar que:

“Se entiende por orden público a aquella parte del ordenamiento jurídico que tiene por contenido los principios éticos y políticos, cuya observancia y actuación son considerados indispensables para la existencia de ese ordenamiento y para el logro de

⁶¹ TALAVERA CANO, Andrés. *Anulan laudo de contratación pública por incumplir jerarquía normativa en <http://www.cathedralex.com/novedades/anulan-laudo-de-contratacion-publica-por-incumplir-jerarquia-normativa/>* (consultado el día 29 de Julio de 2017).

⁶² Del mismo modo, GUERINONI ROMERO sostiene:

“Asimismo, se ha eliminado la tantas veces objetada causal de anulación de laudo por no mantener o respetar, por parte del árbitro al momento de resolver, el orden de prelación normativa, causal especialísima de anulación de creación autóctona, aplicable únicamente para los arbitrajes en el marco de la normativa de contratación estatal. Esta causal desnaturalizaba la esencia del arbitraje y se contradecía con las propias estipulaciones de la normativa de contratación pública ya que, de activarse esta causal de anulación, se correría el gravísimo riesgo que el Poder Judicial revise el fondo del asunto como una especie de apelación encubierta. Así, el laudo que el propio Reglamento define como definitivo, inapelable y con valor de cosa juzgada no iba a ser tal ya que necesariamente esta causal de anulación que, prontamente será derogada, propiciaba que la jurisdicción ordinaria de alguna manera revise el fondo del asunto” (GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. *Algunos comentarios sobre el arbitraje en la Ley N° 30225: Nueva Ley de Contrataciones del Estado*, Revista Arbitraje PUCP, N° 4, 2014; p. 147).

⁶³ Contra los que sostienen que el orden público no sería una causal de nulidad del laudo doméstico por no estar mencionada en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje transcribimos los siguientes razonamientos de PORTOCARRERO LANATTA que compartimos plenamente:

“Y es que debe apreciarse que la cláusula de orden público marca los límites entre los derechos e intereses individuales y los colectivos, erigiéndose en defensa de los últimos frente a los primeros. Tales intereses, es cierto, mudan con el tiempo y el lugar. Pero existe en los ordenamientos accidentales un funcionario público encargado de protegerlos y extraerlos de la cultura social y económica vigente a un tiempo, de percibirlos como esenciales y de resguardarlos: el Juez. Por eso es correcto que el artículo 1 de la LGA excluya de las controversias arbitrables aquellas que interesan al orden público. Por el contrario, no es correcto que excluya, en oposición a los principales ordenamientos del occidente, la posibilidad de que un laudo contra el orden público sea anulado. Ello porque ese límite opera tanto respecto de la controversia como tal, cuanto respecto del modo en que esta se decide. El riesgo de que el modo de decisión, o si se quiere la «ratio decidendi» contravenga al orden público no queda conjurado con lo establecido por el artículo 1 de la LGA. Por tal razón consideramos una omisión irrazonable, y contraria a la tendencia de los principales sistemas de la actualidad, la exclusión de la contravención del orden público del listado del artículo 73 de la LGA como causal de anulación. El límite de orden público ha de ser tanto de entrada (materia susceptible de arbitraje) como de salida (decisión no contraria a los preceptos elementales de un sistema)” (PORTOCARRERO LANATTA, Ramiro. *La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje* en *Thémis Revista de Derecho*, N° 46, PUCP, Lima, 2003; pp. 379-380).

sus fines esenciales. Esta parte del derecho está constituida tanto por los principios generales y fundamentales del ordenamiento, como por las concretas normas jurídicas (leyes de orden público): principios y normas que conciernen al ordenamiento constitucional del Estado, la posición de sus órganos supremos, la personalidad y la libertad de los ciudadanos, el ordenamiento del matrimonio y de la familia, la capacidad de las personas físicas y jurídicas, las relaciones entre las clases sociales, el ordenamiento de las asociaciones económicas y también a todas las normas sancionadas penalmente y a las leyes prohibitivas en general”⁶⁴.

Resulta útil citar también lo expuesto por DIEZ PICAZO:

“...en una perspectiva liberal-democrática, son precisamente los derechos fundamentales los que constituyen el armazón de la propia idea de orden público. Como ha señalado repetidamente el Tribunal Constitucional, en un Estado democrático de derecho el orden público no puede ser entendido como simple tranquilidad en la vía pública impuesta por la autoridad, sino que ha de ser visto como el pacífico ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos (STC 63/1995, 42/2000, etc.). Es más: ésta es la idea latente bajo el art. 10.1 CE cuando afirma que los derechos inviolables inherentes a la persona son uno de los elementos que constituyen el ‘fundamento del orden político y de la paz social’”⁶⁵.

Parece, por consiguiente, poco probable que una norma, autodenominada por el legislador democrático como de orden público, pueda ser contrariada sin consecuencia alguna, máxime si la intención legislativa es reforzar que el juzgamiento de la actuación de la administración se realice por las normas que le son propias.

En otras palabras, si es una garantía del ciudadano que la actuación de la administración se ajuste a la normatividad administrativa resulta indudable el sustento de orden público en la disposición comentada.

En nuestra opinión, por las razones expuestas, consideramos que la causal de nulidad subsiste y que, en tal sentido, los árbitros de contratación pública deben prepararse “para lo peor”⁶⁶.

⁶⁴ Giulio PAOLI - Guido ZANOBINI en [http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico_\(Enciclopedia_Italiana\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico_(Enciclopedia_Italiana)/)

⁶⁵ DIEZ PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; p. 132.

⁶⁶ Algún árbitro ha expresado su preocupación del modo siguiente:

“¿Qué podemos esperar entonces?, ¿debemos ser positivos y asumir que el legislador se percató del error de incluir esta nueva causal de anulación de laudo y que por esa razón ya no la incluyó en la nueva Ley

El examen de lo decidido por los árbitros sobre el fondo de la controversia

Es innegable que la aplicación de esta causal de nulidad por los jueces implicará un examen de la decisión arbitral sobre el fondo de la materia controvertida pues, como resulta evidente, para poder advertir el error en que habrían incurrido los árbitros, los jueces deberán “resolver” el problema jurídico planteado.

Este es, por supuesto, el principal problema que advierten los críticos de la causal de nulidad que estamos analizando.

Según algunos esta causal sería inaplicable por violar lo dispuesto por la segunda parte del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje:

“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”.

En nuestra opinión esta opinión no puede ser compartida, no solo porque ignora el carácter de orden público de la causal, sino porque pretende, a través de un juego de espejos, privar de efectos a una Ley de la República, no por inconstitucional, sino, por “ilegal”.

Por nuestra parte, consideramos que la causal que impone el orden de preferencia es una norma especial, aplicable únicamente al arbitraje de contratación pública y, por consiguiente, no se encuentra limitada por lo dispuesto por el artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje.

Esta conclusión, encuentra pleno sustento en lo dispuesto por el apartado 45.4 de la LCAE:

“45.4 Los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente Ley y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia”.

de Contrataciones del Estado?, ¿o quizá no debemos ser tan optimistas, ya que es muy probable que esta causal de anulación sea incluida en el Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado, próximo a promulgarse⁴, ¿o quizá la mencionada causal de anulación de laudo no está considerada de forma expresa en el numeral 45.3, pero sí contenida en el numeral 45.9 del artículo 45° de la nueva Ley? Como dice un viejo adagio, ‘Hay que esperar lo mejor, pero prepararse para lo peor’...” (SOLOGUREN CALMET, Hugo. *El Orden de preferencia en la aplicación del derecho. De la causal de anulación de laudo establecida en la Ley 29873 a la Nueva Ley De Contrataciones Del Estado – Ley 30225*, Revista Arbitraje PUCP, N° 4, Lima, 2014; p. 200).

Análisis del fondo de la controversia y arbitraje

El laudo laboral

Si bien es cierto lo usual es que la decisión de los árbitros sobre el fondo de la controversia sea final, no es extraño encontrar excepciones a este principio que merecen ser conocidas.

En nuestro país, por ejemplo, el artículo 66 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala que el laudo que resuelve la disputa sobre la negociación colectiva es susceptible de impugnación ante la Sala Laboral de la Corte Superior:

“Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores”.

Es decir, se prevé, también en este caso, un examen del fondo de lo decidido, en resguardo de los derechos de los trabajadores; derechos que, por mandato del inciso 2 del artículo 26 de la Constitución, son irrenunciables⁶⁷.

La razón de este control sustantivo de la decisión arbitral resulta evidente, los intereses en juego no son intereses completamente disponibles; el carácter definitivo de la decisión arbitral cede ante el peligro de intereses que se consideran demasiado valiosos para soportar su violación.

Aquí, nuevamente vemos como el arbitraje, la herramienta procesal de la cual nos provee el arbitraje, debe adaptarse a los intereses que se desenvuelven en él.

Y todo esto porque son los derechos sustantivos los que gobiernan la reglas procesales y no al revés.

PERLINGIERI lo expresa del modo siguiente:

“Los fundamentos del arbitraje no pueden justificarse solamente en base al derecho de acción sino principal y esencialmente en base a los intereses que son sometidos a la función decisoria del árbitro, se tendrán, por tanto, fundamentos diversos, objetos diversos, materias diversas y también funciones y confines diversos”⁶⁸.

⁶⁷ “Artículo 26°.- Principios que regulan la relación laboral

En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Arbitrato e Costituzione*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 2002; p. 12.

Nosotros mismos hemos compartido anteriormente esta idea:

“...el proceso arbitral debe ajustarse a los derechos sustantivos cuya tutela se le confía y, por tal motivo, si bien las reglas del arbitraje privado son las desarrolladas hasta ahora, no deben ser aplicadas mecánicamente a los nuevos escenarios en los cuales está siendo utilizado este instrumento jurisdiccional”⁶⁹.

En este caso resulta evidente que el legislador considera tan importantes los derechos discutidos en el arbitraje que considera necesario otorgar una intensidad mayor al control judicial de los laudos laborales.

Veamos ahora algunas experiencias internacionales.

The manifest disregard of law (La manifiesta inaplicación del derecho)

El “manifest disregard of law” es una creación jurisprudencial que se sustenta en un dictum de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América expresado en el caso Wilko contra Swan.

Ahí, la Corte sostuvo que, si bien las interpretaciones del derecho realizadas por los árbitros no estaban sujetas a revisión judicial, la manifiesta inaplicación sí podía justificar esa revisión⁷⁰.

A partir de esta afirmación se ha producido una gran división entre las Cortes de Circuito, pues, mientras algunas Cortes utilizan esta causal para anular los laudos, otras niegan su existencia.

Dado que la finalidad de este trabajo es solo presentar algunas de las formas de control sustantivo que existen a nivel internacional, no desarrollaremos este apasionante tema con toda la amplitud que sería necesaria; sin embargo, si nos interesa exponer algunos de los desarrollos jurisprudenciales que pueden servir para orientar la aplicación de la causal de aplicación preferente.

Por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito ha establecido que:

“Una parte buscando anular un laudo sobre la base de la manifiesta inaplicación del derecho debe satisfacer dos difíciles requisitos pues debe acreditar que:

⁶⁹ WONG ABAD, Julio Martín. *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo Una revisión de la Jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial*, Jurista Editores, Lima, 2013; p. 55.

⁷⁰ Textualmente, la sentencia afirmó que: “...the interpretations of the law by the arbitrators in contrast to manifest disregard are not subject, in the federal courts, to judicial review for error”. La sentencia puede ser consultada en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/case.html>

1. El árbitro conociendo de un principio legal gobernando el caso rehusó aplicarlo o lo ignora completamente y,
2. La norma ignorada por el árbitro estaba bien definida, era explícita y claramente aplicable al caso.

La manifiesta inaplicación del derecho claramente significa más que un error o una mala interpretación del derecho. La parte que busca la nulidad del laudo por la manifiesta inaplicación del derecho debe demostrar que el árbitro realmente conocía la regla relevante de derecho. Mostrar que la persona promedio calificada para ser un árbitro debía conocer la regla involucrada es insuficiente para tal fin”⁷¹.

El estándar, como podemos apreciar, es muy alto pues no basta comprobar objetivamente el manifiesto error de derecho, sino que, además, deberá demostrarse que el árbitro involucrado conocía la regla que debió aplicar.

Tal vez lo que debería resaltarse es que el caso en el cual la Corte Suprema americana mencionó la posibilidad de que un manifiesto error de derecho podría causar la nulidad del laudo estaba referida a la aplicación de una ley que interesaba al interés general.

En efecto, la controversia surgió por transacciones de valores sujetos a la Securities Act y, por consiguiente, si bien la Corte consideró que debía permitirse arbitrar la disputa, también advirtió, en nuestra opinión, que su incorrecta solución o, en el estándar fijado por la Corte Suprema, la manifiestamente incorrecta aplicación del derecho podría poner en peligro los fines públicos de la norma.

Siempre en nuestra opinión, esta sería la razón que sustentaría la aplicación de la causal, motivo por el cual, cuando se trate de arbitrajes privados cuyos efectos solo alcanzan a las partes que intervienen en ellos, el error de derecho, incluso si grave, no debería justificar la revisión judicial de la decisión.

En nuestro país, algún autor ha considerado que el “manifest disregard” es un antecedente de la causal de incumplimiento de la preferencia normativa.

Así, se afirma que:

⁷¹ D.H. Blair & Co., Inc vs. Judit Gottdiener; Corte de Apelaciones del Segundo Distrito) (2006) (Federal Arbitration Act, Litigator Series, Kindle Edition, posición 7481.

“...en la legislación del Estado de Georgia; en Estados Unidos, se aprobó en el año 2003 una norma de alcance estatal y no federal, que permite solicitar la anulación de laudos por la causal de ‘manifest disregard of the law’, que se podría traducir como: manifiesta contradicción o antijuricidad (del laudo) respecto de la ley”⁷².

Para, a continuación, señalar rotundamente:

“...hay que decir que en los cerca de diez años de vigencia que tiene el anti arbitral nudo ‘georgiano’ en el Estado de Georgia, éste ha sido sindicado de manera casi unánime por la doctrina arbitral norteamericana, como un ‘detritus conceptual’, que perjudica y complica al arbitraje, generando costos innecesarios a las partes e incentivando la incertidumbre respecto de los laudos arbitrales”⁷³.

Las palabras son duras pero, al parecer, no han convencido a Cortes tan autorizadas como a las del Segundo Circuito que, como sabemos comprende a la ciudad de Nueva York, una plaza tan importante y tan favorable al arbitraje.

Incluso luego de la decisión adoptada por la Corte Suprema americana en el caso *Hall Street* contra *Mattel*, en el cual se negó la posibilidad de que las partes pudieran expandir las causales de nulidad de laudo contempladas en las secciones 9, 10 y 11 de la *Federal Arbitration Act*, las Cortes de Circuito han seguido divididas sobre el tema de este apartado⁷⁴.

⁷² KUNDMÜLLER, Op. cit., p. 109

⁷³ Op. cit., p. 110. Hubiera fabuloso que el autor compartiera sus fuentes directas y no nos obligara a leer todos los textos que cita en su bibliografía. Baste decir que los adjetivos no son razones y, la mayor de las veces, solo esconden la falta de ellas.

El debate sobre el “manifest disregard of the law” ha sido intenso y apasionado pero no creo que se cancele del modo que pretende el autor que glosamos.

⁷⁴ Al respecto se ha sostenido:

“Sin embargo, creo que esto no es así y que una diferente interpretación es posible. En efecto, aunque pueda parecer que la corte cerró la puerta a la anulación de laudos arbitrales por manifest disregard of the law, la ventana quedó bien abierta.

Al analizar el precedente *Wilco* esgrimido por el recurrente la Corte afirma que “tal vez la frase “manifest disregard” se refiere a una nueva causal de revisión, o tal vez, en lugar de agregar una nueva causal, simplemente se refiere a las causales de la sección 10 de manera colectiva”. La Corte no tenía necesidad de realizar esta afirmación para fundar su postura y creo que su inclusión obedece precisamente a la intención de mantener vigente la doctrina del manifest disregard.

En un artículo de reciente aparición un autor afirmaba que después de más de cincuenta años desde el dictado de *Wilco*, es difícil ser optimista sobre la posibilidad que la Corte Suprema de los Estados Unidos, o uno o varios tribunales federales, llegue a la conclusión de que no era la intención del Congreso al dictar la *FAA* negar el aspecto tradicional del derecho norteamericano de arbitraje que permite la revisión judicial de los laudos por claro error en la aplicación de la ley (J. M. Gaitis, *Unraveling the mystery of Wilco v. Swan: american arbitration vacatur law and the accidental demise of party autonomy*, 7 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 1)” (CÓRDOBA, Julio César. *HALL STREET V. MATTEL Y LAS CAUSALES DE REVISIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES* en <http://www.diprargentina.com/2008/04/hall-street-v-mattel-y-las-causales-de.html>

En un pequeño artículo sobre la situación de esta causal entre los circuitos HOOFNAGLE III y HORN nos muestran lo divididas que se encuentran las posiciones⁷⁵.

Sin embargo, no consideramos que el legislador peruano se haya inspirado en la legislación del Estado de Georgia y, ni tan siquiera, en la más conocida y vital discusión judicial sobre el “manifest disregard of the law”.

El Acta inglesa de Arbitraje

“69.- Salvo acuerdo en contrario, las partes del procedimiento arbitral podrán (previa notificación a las otras partes y al tribunal) apelar ante la corte sobre una cuestión de derecho que surja de un laudo dictado en el procedimiento.

Un acuerdo para dispensar al tribunal de expresar las razones del laudo será considerado como un acuerdo para excluir la jurisdicción de la corte bajo esta sección.

(...)

69 (3) La Corte solo autorizará la apelación si se acredita:

(a) que la determinación de la cuestión afectará sustancialmente los derechos de una o más de las partes,

(b) que la cuestión es una que se pidió al tribunal que determinará,

(c) que, sobre la base de las conclusiones de hecho del laudo:

(i) la decisión del tribunal sobre la cuestión es, obviamente, equivocada, o

(ii) la cuestión es una de importancia pública general y la decisión del tribunal es por lo menos abiertamente dudosa, y

(d) que, a pesar del acuerdo de las partes para resolver el asunto mediante arbitraje, es justo y correcto para la corte examinar todas las circunstancias para determinar la cuestión”⁷⁶.

⁷⁵ HOOFNAGLE III, William H. y HORN, BRYAN W. *Vacating arbitration awards for Manifest Disregard of the law* en *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, Mayo, 2013; pp. 80-85.

⁷⁶ “Appeal on point of law.

69(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings. An agreement to dispense with reasons for the tribunal's award shall be considered an agreement to exclude the

Sobre esta posibilidad de apelación se sostiene que:

“En este caso, el estatuto provee de un derecho de apelar sobre un punto de derecho que surge del laudo. Lo racional parece ser que las partes no tomaron, en situaciones ordinarias, el acuerdo de que el tribunal dejara de aplicar de manera obvia el derecho relevante. En casos de más amplia relevancia, hay un general interés en permitir la revisión de decisiones seriamente dudosas. Hay instancias de salvaguarda, necesarias para el interés público, que limitan la libertad de las partes de elegir su tribunal y acatar su decisión.

El derecho de apelar está limitado y restringido de manera de asegurar que solo raramente un laudo no constituirá la decisión final sobre las cuestiones sustantivas en arbitraje. La intención fue promulgar el test establecido bajo el estatuto de 1979 para obtener el permiso de apelar. Es por tanto, interesante notar que parecen haber sido muy pocos los casos en los cuales este permiso para apelar ha sido concedido desde que el estatuto de 1996 fue puesto en vigor”⁷⁷.

Nuevamente aquí nos encontramos con situaciones poco comunes en las cuales, debido, nuevamente, a la importancia de los intereses en juego, que seguramente excederán la esfera jurídica de las partes presentes en el conflicto, se permite un control sobre la decisión de los árbitros en casos en los cuales la decisión es “abiertamente dudosa”.

El control judicial del laudo doméstico en el Derecho Suizo

court's jurisdiction under this section.

69(2) An appeal shall not be brought under this section except-

- (a) with the agreement of all the other parties to the proceedings, or
- (b) with the leave of the court.

The right to appeal is also subject to the restrictions in section 70(2) and (3).

69(3) Leave to appeal shall be given only if the court is satisfied-

- (a) that the determination of the question will substantially affect the rights of one or more of the parties,
- (b) that the question is one which the tribunal was asked to determine,
- (c) that, on the basis of the findings of fact in the award-
 - (i) the decision of the tribunal on the question is obviously wrong, or
 - (ii) the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt, and
- (d) that, despite the agreement of the parties to resolve the matter by arbitration, it is just and proper in all the circumstances for the court to determine the question”.

⁷⁷ HARRIS, Bruce, PLANTEROSE, Rowan y TECKS, Jonathan. *The Arbitration Act 1996 A Commentary*, Cuarta edición, Blackwell Publishing – Chartered Institute of Arbitrators, Oxford, 2007; 335.

El Código de Procedimiento Civil suizo establece, entre las bases para impugnar un laudo doméstico⁷⁸ que:

“El laudo sea arbitrario en sus resultados porque está basado sobre hallazgos que son obviamente contrarios a los hechos tal como aparecen en el expediente o porque constituye una obvia violación del derecho o la equidad”.

Esta norma es aplicable solo a los arbitrajes domésticos pues los arbitrajes internacionales están regidos por la Ley de Derecho Internacional Privado suiza.

De acuerdo a BERGER y KELLERHALS⁷⁹, a quienes seguiremos para exponer los alcances de esta disposición, el Tribunal Federal suizo ha sostenido que esta causal sirve para revisar defectos fundamentales de sustancia más que irregularidades procedimentales.

Asimismo, los autores citados enfatizan que el peticionante de la nulidad debe demostrar que el resultado del laudo es arbitrario pues no basta demostrar que las razones contenidas en él lo sean.

“La anulación de un laudo no estará justificada solo porque las razones sobre las que está basado son arbitrarias, sino, solamente, si esas arbitrarias razones afectan y encuentran su expresión en la parte dispositiva del laudo”⁸⁰.

Resulta también muy útil conocer lo que la Corte Federal suiza⁸¹ ha entendido como resultado arbitrario:

“La arbitrariedad no puede ser confundida con una violación del derecho; el hecho que otra solución pueda haber sido igualmente posible, o tal vez, aún, preferible, no es en si misma suficiente para admitir una solicitud de anulación por arbitrariedad. La autoridad

⁷⁸ La norma suiza es la siguiente:

“Art. 393 Grounds for objection An arbitral award may be contested on the following grounds:
a. the single arbitrator was appointed or the arbitral tribunal composed in an irregular manner;
b. the arbitral tribunal wrongly declared itself to have or not to have jurisdiction;
c. the arbitral tribunal decided issues that were not submitted to it or failed to decide on a prayer for relief;
d. the principles of equal treatment of the parties or the right to be heard were violated;
e. the award is arbitrary in its result because it is based on findings that are obviously contrary to the facts as stated in the case files or because it constitutes an obvious violation of law or equity;
f. the costs and compensation fixed by the arbitral tribunal are obviously excessive.

⁷⁹ BERGER, Bernhard y KELLERHALS, Franz. *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, tercera edición, Stämpfli Publications, Berna, 2015; pp. 667-672.

⁸⁰⁸⁰ Op. cit., p. 668.

⁸¹ Resulta de suma utilidad, para conocer casos recientes resueltos por la Corte Federal suiza, consultar VOSER, Nathalie, MENZ, James, PETTI, Agelina y otros. *What makes a (domestic) arbitral award "arbitrary" in Switzerland* en http://www.swlegal.ch/getdoc/06c24774-8b16-4181-b23c-dcb59215bee5/2014_Nathalie-Voser_James-Menz_Angelina-M-Petti_Jo.aspx

judicial al revisar una petición de este tipo puede anular el laudo solamente si la decisión es obviamente indefendible, por ejemplo, si ella resulta insustentable desde un objetivo punto de vista”⁸².

Por otro lado, desarrollando los requisitos de la causal, se expresa que un hallazgo de hecho es manifiestamente contrario a lo actuado:

“...si la decisión del tribunal arbitral, debido a un obvio error, contradice lo actuado, si ignora o malinterpreta una pieza de evidencia, o porque es incorrectamente asumido que un hecho ha sido probado, mientras lo actuado no contiene ninguna información sobre ese hecho”⁸³.

En cuanto a la manifiesta violación del derecho aplicable, como ya hemos glosado, no existe arbitrariedad cuando la interpretación del tribunal, aun cuando se separe de la doctrina prevaleciente o de la jurisprudencia relevante “esté basada sobre objetivas y justificables razones...Solamente un excesivo o abusivo uso de la discrecionalidad puede constituir una manifiesta violación del derecho, especialmente si el Tribunal ejercita su discreción de manera tal que el resultado del laudo es abiertamente contrario a un sentido común de justicia”⁸⁴.

Podemos comprobar, de la revisión realizada, que sí existen a nivel internacional situaciones en las cuales los tribunales o las leyes correspondientes han considerado necesario permitir, aunque en forma muy restringida, la revisión de la decisión arbitral sobre el fondo de la controversia.

Por tanto, consideramos que no es posible la simple descalificación de la causal de preferencia normativa en virtud de la práctica o la legislación del arbitraje internacional.

El análisis de la causal de preferencia normativa

Recordemos el texto de la nueva causal de nulidad del laudo de contratación pública:

45.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público

⁸² Citado por BERGER y KELLERHALS, p. 669.

⁸³ Op. cit., p. 669.

⁸⁴ Op. cit., p. 670.

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

Algunos críticos de esta disposición consideran que se estaría prefiriendo, inconstitucionalmente, la especialidad de las normas sobre la jerarquía de las mismas.

RODRIGUEZ ARDILES señala:

“El numeral 52.3 [ahora 45.3] 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 Constitución⁸⁵...pero [coloca] y en el mismo rango, al Reglamento de aquella, aprobado por Decreto Supremo; sobre todas las disposiciones del ordenamiento legal nacional, lo que configura un apartamiento de la disposición constitucional”⁸⁶.

Más adelante, este autor concuerda esta prelación con el carácter de orden público que se le ha atribuido, concluyendo que:

“La Ley...sin embargo, ha establecido un matiz especial a esta disposición que comentamos al concederle el carácter de ‘norma de orden público’, con lo que 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”⁸⁷.

Estas afirmaciones, en nuestra opinión, resultan demasiado mecánicas.

Por nuestra parte, consideramos que el establecimiento de la prelación es, como se infiere de su propio texto, dinámica. Esto quiere decir que el mandato al árbitro no puede ser entendido como una orden, (que, por otro lado, sería claramente inconstitucional) de aplicar siempre y en todo

⁸⁵Artículo 51° La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

⁸⁶ RODRIGUEZ ARDILES, Ricardo. *Anulación por incumplimiento del orden de preferencia en la aplicación de la normativa* en Revista Arbitraje PUCP, Núm. 2, Lima, 2012; p. 91.

⁸⁷ Ibidem.

caso un decreto supremo sobre una ley, sino el de preferir, la norma reglamentaria cuando cumple el rol de precisión y desarrollo de la ley administrativa.

En estos casos, parece evidente que no se produce ningún tipo de contradicción que pueda ocasionar un desconocimiento del principio de jerarquía normativa, pues, lo único que sucede es que el Reglamento está desarrollando aspectos de una ley especial que no interfieren ni colisionan con otros cuerpos legales con rango de ley.

Los problemas reales se producen cuando existe una contradicción entre lo dispuesto por un reglamento, sin cobertura legal, y lo previsto por una ley de alcance general.

A este respecto la teoría general sostiene que se produce un conflicto entre el criterio jerárquico y el criterio de especialidad:

“...cuando una norma superior y general es incompatible con otra inferior y especial. En este supuesto, en principio, se concede mayor fuerza al criterio jerárquico, pero no faltan algunos supuestos en los cuales la jurisprudencia ha considerado que las razones que justifican la especialidad la hacen inmune a la prevalencia de la *lex superior*”⁸⁸.

¿Cuál podría ser la razón que justificaría la prevalencia del criterio de especialidad?

Consideramos que el comienzo de una respuesta se encuentra en lo previsto por los artículos V.1⁸⁹ y VIII.1 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los cuales prescriben respectivamente que:

⁸⁸ MORESO, Juan José y Vilajosana, Josep María. *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004; pp. 108-109.

⁸⁹ Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.
2. Son fuentes del procedimiento administrativo:
 - 2.1. Las disposiciones constitucionales.
 - 2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.
 - 2.3. Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.
 - 2.4. Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.
 - 2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.
 - 2.6. Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.
 - 2.7. La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.
 - 2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.
 - 2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.
 - 2.10. Los principios generales del derecho administrativo.

“El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho”.

“Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y solo subsidiariamente a estas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad”.

Es decir, existe un claro mandato legal, ahora establecido como causal de nulidad del laudo arbitral, para que las normas legales no administrativas, incluidas las normas con rango de ley, solo puedan ser utilizadas para regular la actividad administrativa cuando se agote el repertorio de fuentes prevista en la ley administrativa.

Desde este punto de vista, si un decreto supremo que regula la actividad administrativa contradice a una norma con rango de ley, esta última solo prevalecerá si resulta compatible con la naturaleza y finalidades del ordenamiento jurídico administrativo.

En caso contrario, prevalecerá la naturaleza orgánica del sistema administrativo, frente a una norma con rango de ley que desnaturaliza la protección de los intereses generales.

En resumen, un decreto supremo prevalecerá sobre una ley, porque la propia ley administrativa ha previsto que la ley ordinaria solo será aplicable a la actividad administrativa cuando no desnaturalice ni ponga en peligro las finalidades del ordenamiento administrativo. Entonces, en realidad, lo que se enfrentan no son un decreto supremo y una ley, sino el sistema orgánico administrativo con una norma con rango de ley que no responde a los principios administrativos.

Por consiguiente, un árbitro puede aplicar una norma ordinaria, el Código Civil, por ejemplo, siempre que en el caso concreto pueda razonablemente sostenerse que dicha norma no desnaturaliza ni impide el cumplimiento de las finalidades administrativas.

Si esa desnaturalización, prohibida por la ley se produjera, entonces nos encontraríamos ante un incumplimiento de la prelación de aplicación normativa y, por consiguiente, podría haberse incurrido en la causal de nulidad del laudo de contratación pública que estamos comentando.

3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren.

Consideramos, por todo lo anterior, que la constitucionalidad acusada no existe y que la autoridad de la aplicación preferente de las normas administrativas deriva del carácter orgánico del sistema administrativo, que solo es una derivación del principio de legalidad en el ejercicio de las potestades administrativas.

Algunas características de la causal de prelación

La necesidad de un examen de fondo de la materia controvertida

Parece claro que la causal de rompimiento de la prelación en la aplicación de las normas administrativas es una excepción a lo dispuesto por la segunda parte del artículo 62 de la Ley de Arbitraje.

En efecto, si bien el órgano jurisdiccional no se pronunciará en ningún caso sobre el fondo si será necesario que resuelva el problema planteado, identificando cuál era la norma administrativa inaplicada que causó el rompimiento de la prelación fijada por la ley.

Como hemos visto esta excepción tiene antecedentes tanto nacionales como internacionales.

Las consecuencias de su calificación como causal de orden público

La calificación de la causal como una de “orden público” no solo impide que pueda ser trasgredida impunemente por los árbitros, sino que, también, impone su examen de oficio por los jueces.

En efecto, si consideramos que uno de los fundamentos de la causal es el respeto de la sujeción de la actuación administrativa a la Ley, los jueces no pueden permanecer impasibles ante la violación de este mandato constitucional.

Si la contravención es advertida, no puede ser dejada de lado por los jueces⁹⁰.

El carácter manifiesto de la infracción

⁹⁰ RODRIGUEZ ARDILES, en sentido contrario, señala:

“... la Ley comentada debió decidir respecto a 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 que la Ley no le otorga”. (Op. cit. P. 93).

Consideramos que, si bien la ley no señala que el error de derecho cometido por los árbitros deba ser manifiesto, los jueces sí deberían restringir la aplicación de la causal solo a los casos de una indiscutible infracción de la regla de prelación.

Si la cuestión aparece dudosa los jueces deberían rechazar la demanda de nulidad, pues la tarea judicial no se cumple reemplazando la opinión de los árbitros por la de los jueces, sino corrigiendo un error grave que ha lesionado el interés general.

El efecto de la decisión judicial que anule el laudo por esta causal

La ley no ha previsto cuál es el efecto de la sentencia judicial que anula el laudo, sin embargo, parece ser que no existiendo ninguna circunstancia que impida una nueva decisión de los árbitros debería devolverse la causa a ellos para que se emita un nuevo laudo.

Los límites de la causal

La imposibilidad de afectar los hechos establecidos por los árbitros

El primer gran límite que tiene esta causal de nulidad es que no puede inmiscuirse en el juicio de hecho de los árbitros.

La situación fáctica establecida por los árbitros no puede ser variada, pues, como señala la propia Ley de Arbitraje, el tribunal arbitral tiene la exclusividad en la valoración de la prueba⁹¹. La causal no ha cambiado esta situación, motivo por el cual la discusión sobre la norma aplicable no podrá extenderse a la situación de hecho, la cual quedará definitivamente establecida por los hallazgos realizados por el tribunal arbitral.

Será sobre esos hechos probados que la sala superior y, eventualmente, la Corte Suprema deberán examinar si existe un incumplimiento del orden de prelación de normas.

La imposibilidad de corregir errores patentes que no constituyan violaciones de la prelación normativa establecida.

⁹¹ Artículo 43.- Pruebas.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Efectivamente, la causal no puede ser utilizada para evitar manifiestas inaplicaciones del derecho sino, tan solo, evitar que estos errores manifiestos se produzcan incumpliendo la prelación de fuentes establecida por la ley.

Esto quiere decir que si, por ejemplo, la aplicación manifiestamente equivocada de una norma se produjera al interior de la propia Ley de Contrataciones con el Estado, la causal de nulidad no podría ser utilizada pues no existiría un problema de prelación pues las normas se encontrarían en el mismo nivel de la jerarquía normativa.

El error, en estos casos, aun cuando pueda ser mucho más grave que uno que involucre el rompimiento del orden de prelación no podría ser controlado judicialmente, pues se encuentra fuera del supuesto de hecho que origina la nulidad del laudo.

Podemos observar, entonces, que la causal de nulidad que analizamos no protege a los intereses generales involucrados de un actuar arbitrario de los árbitros ni en el plano de la solidez de la premisa normativa ni en el plano de la solidez de la premisa fáctica.

La arbitrariedad arbitral queda, de ese modo, fuera del control judicial aun cuando los errores incurridos, tanto en el juicio de hecho como en el juicio de derecho, sean incluso más graves que los que pueden producirse por el desconocimiento del orden de prelación normativa.

Capítulo IV

Una propuesta de revisión judicial de la motivación del laudo de contratación pública

Como ya hemos sostenido consideramos que la causal de nulidad por incumplimiento de la prelación normativa resulta insuficiente para cautelar el interés general y para asegurar el sometimiento del Estado a la ley.

Para ilustrar estas insuficiencias hemos elegido dos casos arbitrales, el primero, seguido por Netkrom Technologies S.A.C. contra el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y el segundo el iniciado por el Gobierno Regional del Cusco contra Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. (ICCGSA).

La arbitrariedad en el juicio de hecho

Las autoridades policiales han detectado que muchos de los actos delincuenciales de la criminalidad organizada se planean y dirigen desde los centros de reclusión utilizando, para la comunicación entre los líderes y los ejecutores, la telefonía celular.

Por ese motivo, en el caso que denominaremos “Caso Netkrom” el INPE contrató con la referida empresa el “Suministro e instalación de cinco antenas Omnidireccionales”, con el fin de bloquear la señal de telefonía celular e impedir, de ese modo, la entrada y salida de llamadas realizadas a través de teléfonos móviles.

Sin embargo, como consta en el voto en minoría suscrito por el señor árbitro Manuel Revoredo Lituma:

“...está acreditado en autos (según grabación de la diligencia llevada a cabo en el Establecimiento Penitenciario de Ancón), que el propio contratista ha manifestado que instaló antenas direccionales y no las Omnidireccionales requeridas. Esto es, se procedió a la instalación de un bien no requerido y no se ejecutó a cabalidad, instaló, ni capacitó sobre el bien requerido en las bases y en el contrato (Antenas Omnidireccionales), por lo cual al no existir modificación del contrato que conlleve al reemplazo del tipo de antena, es imposible dar una conformidad de un bien distinto al solicitado”.

Es decir, la empresa entregó un bien distinto al que se había obligado a entregar, no obstante ello, el tribunal arbitral en mayoría consideró, sustentándose en un informe técnico del supervisor de sistemas de seguridad del INPE, que:

“...es de resaltar que el propio personal técnico de la Entidad, en el numeral 3 de las conclusiones de su informe técnico N° 39-2010-INPE/10-LGC, señala textualmente que ‘la instalación de las 5 antenas omnidireccionales no se justifica pues la solución de bloqueo considera 15 equipos con sus respectivas antenas, quedando las restantes como repuesto, o para ser utilizadas en futuros proyectos’”.

Es decir, el tribunal arbitral en mayoría modifica el contrato debido a la opinión de un técnico de la entidad que, por supuesto, no tenía representación alguna para variar los términos materia de la buena pro.

Al respecto el voto en minoría expresa que:

“Sobre este particular es necesario mencionar que según la cláusula séptima del contrato, la conformidad estará a cargo del Director del Establecimiento Penal, del Jefe de Seguridad del Penal, del Subdirector de Seguridad de la Oficina Regional y del Director de la Oficina de Sistemas de Información, es decir, de cuatro funcionarios de la Entidad, los cuales no han dado la conformidad en el presente caso, por lo que no se encuentra acreditado en autos que haya alguna conformidad al servicio brindado por El Contratista. Máxime si se encuentra acreditado que el mismo no se cumplió a cabalidad”.

A pesar de ello el laudo anula la resolución del contrato realizada por la Entidad y, en consecuencia, ordena que se cancele a la empresa la suma de pactada como contraprestación.

Si esta situación se planteara en un arbitraje privado seguramente lamentaríamos la poca pulcritud del trabajo de los árbitros de la mayoría, y compadeceríamos al privado que eligió mal a los árbitros que finalmente resolvieron su caso.

El estándar de revisión de la motivación de laudo de arbitraje privado claramente no serviría para impugnar el laudo y, por otro lado, la causal de prelación normativa, tampoco sería útil para intentar la nulidad del laudo pues, como hemos visto, solo está pensada para errores manifiestos de derecho.

Sin embargo, en nuestra opinión, aquí no solo se encuentran en juego intereses particulares o intereses de una específica Entidad. Lo que los árbitros han provocado con la decisión adoptada en poner en peligro la seguridad de todos los ciudadanos.

En materia de contrataciones con el Estado las sumas de dinero son, por supuesto, importantes, pero no son, ni pueden ser, lo más importante. Lo que justifica el manejo y la disposición de esos recursos es la satisfacción de los intereses generales que serán satisfechos con esas sumas de dinero.

Utilizar el estándar del arbitraje privado para el examen de la motivación de un laudo de contratación pública, por tanto, puede dejar sin protección alguna a intereses generales de altísima importancia, los cuales quedarán sujetos a la arbitrariedad o, peor aún, a la mala fe de algunos árbitros.

La motivación de la indemnización

El otro caso es aún más dramático, si cabe.

En una reunión del Consejo Regional del Gobierno Regional del Cusco se acordó lo siguiente:

“Que, existiendo un contrato firmado con la empresa ICCGSA y el gobierno regional Cusco en la fecha antes señalada y estando dentro de los plazos estipulados; se desprende la existencia de compromisos pendientes de cumplimiento; pero estas se habían interrumpido de manera totalmente irregular por acuerdo entre la empresa ICCGSA y decisión personal del magister René Concha Lezama [Exgobenador Regional], vale decir sin conocimiento, ni opinión técnico legal de instancias competentes del gobierno regional, menos del Consejo regional y a un día [de] dejara [sic] el cargo de presidente, y en la ciudad de Lima, hechos que por sí solos demuestran múltiples delitos por lo que deben ser materia [de] investigación inmediata a través de una Comisión Investigadora”.

Este acuerdo trascendió a la prensa, lo que motivó que la empresa, al iniciar un proceso arbitral contra el Gobierno Regional del Cusco incorporara como una de sus pretensiones el pago de la suma de S/. 130 000,000.00 (Ciento treinta millones y 00/100 nuevos soles) “por concepto de indemnización por el daño moral y los perjuicios ocasionados por la afectación al derecho constitucional a la buena reputación e imagen que tiene y goza mi representada”.

El tribunal arbitral, nuevamente en mayoría, sostuvo que:

“...este Colegiado advierte la responsabilidad en el manejo de la información por parte de la Entidad al momento de emitir declaraciones, que a decir de este Colegiado resultan tendenciosas conforme se aprecia del Acuerdo del Consejo Regional N° 009-2015-CR/GRC.Cusco de fecha 15 de enero de 2015, pues la entidad deja entrever la comisión de delitos en la firma del acuerdo conciliatorio”.

Siguiendo con su razonamiento señaló también:

“En este caso en concreto, la Entidad de manera irresponsable emite juicio de valor en el Acuerdo del Consejo Regional N° 009-2015-CR/GRC.CUSCO de fecha 15 de enero de 2015, sin tener en consideración las vías jurídicas para establecer la invalidez del acuerdo conciliatorio, lo [que] genera un actuar doloso de parte suya, haciendo ello que este elemento configurativo de la Responsabilidad Civil también está acreditado”.

Establecida la responsabilidad, el tribunal establece el monto de la indemnización:

“Por lo tanto, teniendo en cuenta que el contrato materia de litis asciende a la suma de S/. 155'340,170.19; que además la Entidad incumplió con el pago de las valorizaciones a su debido momento y en la forma pactada, lo que determinó la resolución de contrato; y lo que es más grave aún generó debido a su actuar doloso la afectación de la buena reputación e imagen, y buen nombre comercial de ICCGSA, este Colegiado determina que se debe indemnizar de manera ejemplar a dicha empresa con el monto hasta por la suma de S/. 30'000,000.00 (treinta millones con 00/100 nuevos soles) correspondiente a aproximadamente 20% del contrato”.

Es decir, en un país en el cual las indemnizaciones por daños personales son exiguas, se concede una indemnización por afectación a la reputación e imagen y buen nombre comercial de una empresa, sin establecer en forma precisa cuál fue el daño causado, y los daños derivados del mismo.

Todas las razones que ya hemos expuesto a lo largo de este trabajo y, particularmente, los casos que hemos presentado nos llevan al convencimiento de que es necesario proponer el establecimiento de un específico estándar de control de la motivación del laudo de contratación pública que debería ser el mismo que es utilizado por el Código Procesal suizo para el arbitraje doméstico en ese país.

Por tanto, consideramos que la causal de nulidad de rompimiento de la prelación normativa debería ser reemplazada por la siguiente nueva causal:

El laudo de contratación pública será nulo:

“Cuando sea arbitrario en sus resultados porque está basado sobre hallazgos que son obviamente contrarios a los hechos tal como aparecen en el expediente o porque constituye una obvia violación del derecho o la equidad”.

Conclusiones

1. El arbitraje de contratación pública se ha regulado trasladando los principios y formas del arbitraje privado.
2. El arbitraje privado se fundamenta en la autonomía privada y en el poder de disposición que el sistema jurídico reconoce a las partes.
3. El Estado se sujeta al principio de legalidad y las autorizaciones para el manejo de fondos públicos no pueden ser equiparadas al poder de disposición privado.
4. El control de la motivación del laudo de arbitraje privado no puede revisar el fondo de la decisión sobre la controversia porque el límite de la solución contractual contenida en el laudo es el orden público.
5. La causal de nulidad de desconocimiento de la prelación normativa resulta insuficiente para garantizar la sujeción del Estado al principio de legalidad.
6. El control de la motivación de los laudos de contratación pública debe ser más intenso a fin de garantizar el respeto a los intereses generales.
7. La causal de nulidad por alcanzar resultados arbitrarios contrarios a los resultados probatorios y al derecho aplicable de la regulación doméstica suiza debería ser adoptada por la Ley de Contrataciones con el Estado.

Bibliografía

AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. *Sobre las materias arbitrables en el Derecho Administrativo* en iea.ec/pdfs/2009/ART_JUAN_PABLO_AGUILAR.pdf

ALBAN, Walter. *Una voz de alerta* en <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/voz-alerta-walter-alban-425558>

BACA ONETO, Víctor Sebastián. *Los medios “alternativos” de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)* en Lima Arbitration N° 1, Lima, 2006.

BERGER, Bernhard y KELLERHALS, Franz. *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, tercera edición, Stämpfli Publications, Berna, 2015; pp. 667-672.

BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2012

BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Enemigos íntimos. El arbitraje y los Contratos Administrativos* en Revista Peruana de Arbitraje N° 2, Lima, 2006.

CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *Arbitraje en la Contratación Pública*, Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2009.

CISNEROS FARIÁS, Germán, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coords.). *Control de la Administración Pública Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Universidad Autónoma de México, México, 2007.

CLAY, Thomas. *El árbitro*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012.

COHEN, Julius Henry. *Commercial Arbitration and the Law*, Appleton and Company, New York-London, 1918.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Estudio sobre el Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013*, Gerencia de Estudios y Gestión Pública Departamento de Estudios, Lima.

CÓRDOBA, Julio César. *HALL STREET V. MATTEL Y LAS CAUSALES DE REVISIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES* en <http://www.diprargentina.com/2008/04/hall-street-v-mattel-y-las-causales-de.html>

DIEZ PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

DE JESÚS, Alfredo. *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina* en Lima Arbitration N° 3 - 2008 / 2009.

EZCURRA, Huascar. *Árbitro, hincha y jugador* en <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/arbitro-hincha-jugador-huascar-ezcurra-159806>

Federal Arbitration Act, Litigator Series, Kindle Edition.

GARCÍA PÉREZ, Marta. *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La Argumentación en el Derecho Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima, 2003.

GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. *Algunos comentarios sobre el arbitraje en la Ley N° 30225: Nueva Ley de Contrataciones del Estado*, Revista Arbitraje PUCP, N° 4, 2014.

GUZMÁN GALINDO, Julio César. *La falta de Motivación del Laudo como causal de Anulación en la Ley de Arbitraje Peruana* en Arbitraje PUCP Año II N° 3, Lima, 2013.

IDL-Reporteros. Arbitrajes a la Odebrecht en <https://idl-reporteros.pe/arbitrajes-a-la-odebrecht-lavajato/>

HARRIS, Bruce, PLANTEROSE, Rowan y TECKS, Jonathan. *The Arbitration Act 1996 A Commentary*, Cuarta edición, Blackwell Publishing – Chartered Institute of Arbitrators, Oxford, 2007

HOOFNAGLE III, William H. y HORN, BRYAN W. *Vacating arbitration awards for Manifest Disregard of the law* en Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, Mayo, 2013.

ISAACS, Nathan. *Two views of commercial Arbitration* en Harvard Law Review, 05/1927, Volumen 40, Número 7.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. *Crítica al nudo “georgiano” en la nueva causal de anulación de laudos y a las ordalías contra los árbitros, en la competencia arbitral especializada en contrataciones del Estado* en Revista Arbitraje PUCP ° 2, Lima, 2012.

LATORRE BOZA, Derick. *El arbitraje en las contrataciones públicas* en http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitraje_contrata_publicas.php#2

(LATORRE BOZA, Derick. *La ‘privacidad’ del arbitraje* en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2009/03/13/la-privacidad-del-arbitraje>

LATORRE BOZA, Derick. *Administrativizando el arbitraje: ¿sangrías al enfermo?* en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2012/08/27/administrativizando-el-arbitraje-sangrias-al-enfermo-2/>

MORESO, Juan José y Vilajosana, Josep María. *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York, 2008.

PAOLI, Giulio – ZANOBINI, Guido en <http://www.treccani.it/enciclopedia/ordine-pubblico> (Enciclopedia Italiana)/

PERLINGIERI, Pietro. *Arbitrato e Costituzione*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoles, 2002.

PORTOCARRERO LANATTA, Ramiro. *La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje* en Thémis Revista de Derecho, N° 46, PUCP, Lima, 2003.

RODRIGUEZ ARDILES, Ricardo. *Anulación por incumplimiento del orden de preferencia en la aplicación de la normativa* en Revista Arbitraje PUCP, Núm. 2, Lima, 2012.

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il Diritto nell’arbitrato*, CEDAM, Milano, 2002.

SHCLAEPFER, Anne Véronique y CREMADES, Anne-Carole, *La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión*, en SOTO COAGUILA, Carlos y REVOREDO MARSANO DE MUR, Delia (Coord.) *ARBITRAJE INTERNACIONAL PASADO, PRESENTE Y FUTURO Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Ives Derains Tomo II*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2013.

SOLOGUREN CALMET, Hugo. *El Orden de preferencia en la aplicación del derecho. De la causal de anulación de laudo establecida en la Ley 29873 a la Nueva Ley De Contrataciones Del Estado – Ley 30225*, Revista Arbitraje PUCP, N° 4, Lima, 2014.

ROSA MORENO, Juan. *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011.

TALAVERA CANO, Andrés. *Anulan laudo de contratación pública por incumplir jerarquía normativa* en <http://www.cathedralex.com/novedades/anulan-laudo-de-contratacion-publica-por-incumplir-jerarquia-normativa/>

TRAYTER, Juan Manuel. *El arbitraje de Derecho Administrativo* en Revista de Administración Pública, Núm. 143, Mayo-agosto, 1997.

VOSER, Nathalie, MENZ, James, PETTI, Angelina y otros. *What makes a (domestic) arbitral award "arbitrary" in Switzerland* en http://www.swlegal.ch/getdoc/06c24774-8b16-4181-b23c-dcb59215bee5/2014_Nathalie-Voser_James-Menz_Angelina-M-Petti_Jo.aspx

WONG ABAD, Julio Martín. *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo Una revisión de la Jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial*, Jurista Editores, Lima, 2013.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Legal decisión and its justification* en <http://virthost.vub.ac.be/lnaweb/ojs/index.php/LogiqueEtAnalyse/article/view/551>

ZUÑIGA MARAVÍ, Rigoberto. *La Eficacia del Arbitraje como Mecanismo de Resolución de Controversias Empresariales a la luz de la Teoría Contractual y la Teoría Jurisdiccional sobre su Naturaleza Jurídica*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa, PUCP, Lima, 2014.