

**Rigoberto Jesús Zúñiga Maravi\***

---

## **BORRANDO CON EL CODO CONSTITUCIONAL LO ESCRITO POR LA MANO LEGISLATIVA: La concepción del Tribunal Constitucional acerca del arbitraje y del control del laudo arbitral vía demanda de amparo**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El arbitraje en nuestro país ha tenido un notable desarrollo en los últimos 15 años. El factor más importante para que esto ocurra, a nuestro juicio, ha sido el haber adoptado una legislación amigable con el arbitraje como mecanismo de solución de controversias alternativo al poder judicial.

Tanto la Ley N° 26572 de 1996 (Ley General de Arbitraje, en adelante, LGA), inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI; como la consagración del arbitraje “obligatorio”<sup>1</sup> para las controversias surgidas de la contratación estatal, en los sucesivos cuerpos normativos que han regulado las contrataciones del Estado; y la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1071 del 2008 (Ley que norma el Arbitraje, en

adelante DLA derogando a la LGA) la cual recoge las enmiendas del 2006 de la Ley Modelo de la CNUDMI, y también toma las últimas tendencias doctrinarias y prácticas suscitadas en el arbitraje a nivel mundial y la experiencia arbitral peruana desde la entrada en vigencia de la LGA, dando regulación y salidas eficientes a algunos de los más álgidos problemas suscitados en este trayecto; son claras expresiones de un sistema jurídico que entiende a cabalidad el arbitraje como una rama del derecho autónoma e independiente, regulándola de modo tal que en la practica funcione de la mejor forma posible.

A través de estas normas se venía cumpliendo con el propósito de otorgar autonomía al arbitraje, basándose para ello en su “génesis contractual”, no obstante

---

\* Bachiller de Derecho egresado en el quinto superior de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). En materia de arbitraje cuenta con experiencia pre profesional en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en el Estudio Osterling y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (Amcham). A nivel de posgrado ha cursado un Diploma en Derecho de la empresa en la PUCP y un Diploma en Arbitraje Internacional en la Universidad del Pacífico (UP). Ha sido además asistente de cátedra en el curso Conciliación y Arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Formó parte del equipo de la PUCP que compitió en la III Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Rosario, llegando hasta las semifinales Actualmente se desempeña como asistente del Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú en temas de arbitraje.

<sup>1</sup> Señala el Dr. Franz Kundmuller en sus clases de arbitraje, el arbitraje del Estado si bien ha sido denominado “obligatorio” no lo es, ya que debe entenderse que el convenio arbitral funciona como un contrato de adhesión para la resolución de conflictos en la contratación estatal, ningún privado está obligado a contratar con el Estado pero si lo hace consiente someterse a arbitraje.

regulando de modo adecuado el grado justo y necesario de control judicial de los laudos, evitando así un control “invasivo” por parte del Poder Judicial<sup>2</sup>. Esto se logró, fundamentalmente, a través de la regulación taxativa de las causales de anulación y la prohibición de pronunciarse sobre el fondo del laudo a través de este recurso.

Mención aparte merece la Constitución Política de 1993 (en adelante, la Constitución), toda vez que en sus artículos 139° inciso 1, 62° y 63° menciona expresamente al arbitraje como jurisdicción de excepción y como medio autorizado para la resolución de conflictos de la contratación privada y estatal. El objetivo de dicha mención habría sido, al parecer, otorgar credibilidad al arbitraje ante el colectivo social para estimular su uso.<sup>3</sup>

Sin embargo, esta mención Constitucional del arbitraje como jurisdicción no ha sido todo lo afortunada que, seguramente, se esperaba, puesto que ha sido proclive a ser mal entendida por nuestro máximo interprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), tal cual ha ocurrido en nuestro caso y en otros países que también hacen mención al arbitraje en sus Constituciones<sup>4</sup>, trayendo como consecuencia la “judicialización del arbitraje”, que afecta nocivamente a la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral.

Justamente es aquella autonomía de la voluntad, protegida por la propia Constitución en sus artículos 2° inciso 14 y 62°, y considerada por el TC como un derecho fundamental, la cual se ve afectada por sus interpretaciones, al igual que el convenio arbitral, que es la piedra angular del arbitraje, a través del cual las partes

otorgan competencia a un Tribunal Arbitral para que sea quien resuelva definitivamente sus controversias en lugar de la justicia estatal.

Lo preocupante de este asunto es que por ser la Constitución la norma suprema de nuestro sistema jurídico, y por ser el Tribunal Constitucional su supremo interprete, las adecuadas regulaciones legislativas citadas líneas arriba al enfrentarse contra el texto constitucional y más aún con una interpretación poco afortunada del mismo, pierden su eficiencia.

Es por este motivo que el presente trabajo intenta ser una crítica constructiva en torno a como se ha venido dando la interrelación entre el arbitraje como institución independiente, la Constitución y el razonamiento del Tribunal Constitucional en 2 aspectos complementarios e indisolubles: i) la concepción constitucional del arbitraje y, ii) el control del laudo vía demanda de amparo. Todo esto con la esperanza de fomentar un cambio de actitud hacia estas materias y así evitar que el arbitraje se vea puesto en peligro o lo que es lo mismo: no se borre con el codo constitucional lo escrito por la mano legislativa.

## **2. EL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993: EL ARTÍCULO 139 INCISO 1**

Si bien es cierto que el arbitraje es mencionado en la Constitución de 1993 en los artículos 62°, 63° y 139°; el que nos interesa a efectos de este punto es este último, el cual tiene su origen en el artículo 233° de la Constitución de 1979<sup>5</sup>; ya que es el artículo 139° en cuyo inciso 1 se ha calificado al arbitraje como “jurisdicción

<sup>2</sup> Ver CANTUARIAS, Fernando y CAIVANO, Roque. “La Nueva Ley de Arbitraje: Un Salto a la modernidad”. Revista Peruana de Arbitraje N° 7. Año 2008, p.46-48

<sup>3</sup> Al respecto CANTUARIAS y CAIVANO señalan “ (...) el ciudadano común suele padecer una suerte de esquizofrenia en relación al modo de resolver conflictos(...) recela de los mecanismos alternativos-al Poder Judicial- y no termina de utilizarlos(...) se razona sobre la base de dogmas o axiomas populares, que no resulta válida una cláusula convencional que otorgue facultades decisorias a particulares (...) los intentos que se han hecho para erradicar estas creencias (en algunos casos, inclusive, llevando el carácter jurisdiccional del arbitraje a la Constitución) no siempre dan los frutos esperados. En: Ob Cit. p.51-52

<sup>4</sup> Al respecto ver la Sentencia C-431 de la Corte Constitucional de Colombia del 28 de septiembre de 1995 o la Sentencia N° 1.139 del 5 de octubre de 2000, de la Sala Constitucional de Venezuela.

<sup>5</sup> Artículo 233 de la Constitución de 1979: Son garantías de la administración de justicia:

1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.

de excepción”, pero enmarcada dentro de la “unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”.

**Artículo 139°.** *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

*1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*

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

*No hay proceso judicial por comisión o delegación.*

¿Cómo ha interpretado el TC este artículo? ¿Cuáles son las consecuencias de esta interpretación para el arbitraje? A continuación responderemos a estas interrogantes.

### **3. EL ARBITRAJE EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CONCEPCIÓN DEL ARBITRAJE Y CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL**

Hemos podido leer y analizar la gran mayoría de las Sentencias del TC, hasta la recaída en el Exp N° 05311-2007-AA/TC, en donde se hace mención al arbitraje en causas conocidas por este colegiado vía recurso extraordinario y/o recurso de agravio constitucional, casi todas por haberse declarado infundada o improcedente en segunda instancia una demanda de amparo que pretendía enervar los efectos de un laudo arbitral. De estas, hemos seleccionado aquellas en donde la posición del TC sobre ambos temas es expresada con mayor claridad.

En este sentido, apreciaremos el pensamiento de este colegiado sobre estos temas y como la concepción del arbitraje como jurisdicción, asimilando incluso efectos del laudo arbitral a los de una sentencia judicial, hacen que el TC postule: i) el control repetitivo del laudo en sede ordinaria (anulación y luego amparo), con la demora que esto significa en detrimento de la celeridad propia del arbitraje y lo que es peor; ii) la posibilidad que a través de la intervención de los jueces constitucionales por una demanda de amparo, se modifique el fondo de la decisión de los árbitros, lo que va en contra de lo expresado por las partes al celebrar un convenio arbitral.<sup>6</sup>

Abordaremos brevemente los fundamentos más ilustrativos de cada una de estas sentencias en torno al tema que nos ocupa, adoptando un criterio temporal.

## **4. CONCEPCIÓN DEL ARBITRAJE POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **4.1 SENTENCIA RECAIDA EN EL Exp. N.º 189-99-AA/TC Pesquera Rodga S.A. (26 de octubre de 1999)<sup>7</sup>**

Fundamento N°3:

3. (...) habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la ratio decidendi de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso

<sup>6</sup> Sobre el particular, en opinión de De Jesús “La constitucionalización del arbitraje es un fenómeno específicamente latinoamericano que se ha producido, o por la incorporación de disposiciones específicas sobre el arbitraje en los textos constitucionales o por el reconocimiento por vía jurisprudencial del arbitraje como una opción constitucional. Por constitucionalismo nos referimos a una corriente del pensamiento constitucional francés, animada desde los años 1980 sobre la que volveremos más adelante (...) De este modo sostenemos que la simple consagración del arbitraje en los textos constitucionales latinoamericanos no es el origen del problema cultural que señalamos (...) lamentablemente la relación armoniosa, entre por un lado la consagración constitucional de una política pública de favorabilidad al arbitraje y, por el otro, el desarrollo por vía legislativa del arbitraje comercial internacional, y la ratificación de las principales convenciones internacionales, ha sido empañado por un nuevo sector de la comunidad jurídica latinoamericana: los constitucionalistas (...) (Construyendo lo que en palabras del decano Georges Vedel es un peligroso universo jurídico sobre el fundamento de un imperialismo “constitucionalista”, en el cual la Constitución su juez y sus comentaristas poseen todas las llaves y vigilan todas las vías. DE JESUS, Alfredo, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”. Revista Lima Arbitration N°3. 2008/2009.p.153-156.

<sup>7</sup> En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00189-1999-AA.html>

*del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral(...) (subrayado agregado)*

El colegiado entiende y asimila las resoluciones dictadas en un proceso arbitral (laudo) a las dictadas por el poder judicial y por el fuero militar.

Se aprecia que el TC basa este fundamento en el ya aludido artículo 139° de la Constitución, ya que señala que si cabe cuestionar vía un proceso constitucional las resoluciones expedidas por la jurisdicción ordinaria (competente por regla general), también es factible cuestionar las expedidas en las jurisdicciones de excepción (militar y arbitral).

#### **4.2 SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 3261-2005-PA/TC COMPAÑÍA DE RADIODIFUSIÓN AREQUIPA S.A.C. (8 de julio de 2005)<sup>8</sup>**

Fundamento N° 5 a):

5. (...)

*a) La decisión de una persona para someter una controversia determinada al conocimiento de un tribunal arbitral (uni o pluripersonal) conlleva una renuncia expresa a que dicha litis sea resuelta a través del órgano constitucional investido por la Constitución para ejercer la potestad jurisdiccional y, por tanto, que su desarrollo se realice con algunas de las garantías formales que integran el derecho al debido proceso.* (Subrayado agregado)

El TC en este fundamento, hace una referencia directa a los efectos del convenio arbitral. El efecto positivo: a través del cual la celebración del convenio arbitral otorga a los árbitros la competencia para resolver una determinada controversia y el efecto

negativo, el cual priva de esta misma competencia a la justicia ordinaria.<sup>9</sup>

Nos parece importante resaltar lo aquí señalado porque rescata de forma visible a la importancia de la autonomía de la voluntad para el arbitraje y las consecuencias que esto conlleva.

#### **4.3 SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (28 de febrero de 2006)<sup>10</sup>**

Esta es sin lugar a dudas la Sentencia del TC más importante en cuanto a arbitraje se refiere, ya que establece precedentes vinculantes sobre la materia que nos ocupa en sus fundamentos N°s 8, 11, 12, 13, 17 y 18.

En ella, el TC efectúa una interpretación "iuspublicista" (en su propio lenguaje) del arbitraje, encasillándolo dentro de la función jurisdiccional del Estado, con las consecuencias del control del laudo en sede constitucional que eso implica.

Fundamento N° 8:

*8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.*

*Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado "(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:*

- a) Conflicto entre las partes.*
- b) Interés social en la composición del conflicto.*
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.*
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho.*

<sup>8</sup> En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03261-2005-AA%20Resolucion.html>

<sup>9</sup> A mayor abundamiento ver: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. La Inevitabilidad del Arbitraje ante la Nueva Ley Peruana (DL N° 1071). Revista Peruana de Arbitraje. N° 7. 2008. P.95

<sup>10</sup> En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

Qué duda cabe, que prima facie la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI in fine del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal  
(Subrayado agregado)

El TC refiere que para que exista jurisdicción uno de los requisitos es que exista “intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial”. Lo incongruente de esta consideración reposa en que en el arbitraje no existe una “intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial” ni ninguna intervención de ninguno de sus órganos, ya que justamente las partes al recurrir al arbitraje han decidido renunciar a la justicia que brinda el aparato estatal. Ese “tercero imparcial”, en el arbitraje, es el Tribunal Arbitral, que no es nombrado por el Estado, pues no responde al principio de juez natural, sino que es nombrado por las partes, es un tercero imparcial privado.

Y es que el TC efectúa una suerte de analogía entre la función de los árbitros con la de los jueces, basándose en que

ambos administran justicia. Esto último es cierto, ambos administran justicia pero la fuente de este encargo es distinta.

Los jueces administran justicia por encargo del Estado y en cumplimiento de una función pública conforme el artículo 39° (que regula la función pública) y el artículo 143° (que expresa que el Poder Judicial administra justicia a nombre de la Nación) de la Constitución.<sup>11</sup> Por su parte, los árbitros administran justicia por encargo y decisión de las partes.<sup>12</sup>

González de Cossio comparte nuestra posición, pues concibe al arbitro como un “juez privado”

*“El árbitro es un juez privado investido de una misión jurisdiccional de origen contractual (...)el que sea un “juez privado” implica que la misión del árbitro y el juez son las mismas. La única diferencia es la fuente. Comparte las facultades de un juez, pero su régimen es el de un prestador de servicios profesionales”.*<sup>13</sup>

En palabras de De Jesús, esta errada analogía formulada por el TC, podría describirse como una:

*“Perspectiva reductora” en detrimento del arbitraje ya que “pasa de ser una institución autónoma, regida por principios y reglas propias a ser una institución mas del derecho constitucional, regida por los principios y normas constitucionales, el árbitro sería entonces, un delegado de la función constitucional de administrar justicia y el laudo arbitral debería garantizar la vigencia de los valores constitucionales”.*<sup>14</sup>

<sup>11</sup> **Artículo 39°.** Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

**Artículo 143°.** El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración.

Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.

<sup>12</sup> A mayor abundamiento Fernández Rosas señala que “En tanto que las competencias del juez provienen directamente de la ley, el árbitro no ostenta una competencia delegada de la autoridad pública más allá de la habilitación general que las leyes estatales proporcionan a la institución arbitral en abstracto. El árbitro, está limitado, por la voluntad de las partes “En: FERNANDEZ ROSAS, José Carlos. “Elementos configuradores de la justicia arbitral”. Revista Internacional de Arbitraje. Julio- Diciembre de 2009.p.15

<sup>13</sup> GONZALES DE COSSIO, Francisco. La Naturaleza Jurídica del Arbitraje: Un ejercicio de balance Químico. En: <http://www.limaarbitration.net/LAR2.htm>. Revista Lima Arbitration. N° 2. 2007 p.203.

<sup>14</sup> DE JESÚS, Alfredo. Ob. Cit. p. 158

11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar

los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.  
(Subrayado agregado)

Siguiendo en esta misma línea, el TC ratifica con toda claridad su posición sobre este tema, la cual consideramos bastante sesgada, ya que el derecho a la autonomía de la voluntad es un derecho fundamental reconocido por la propia Constitución y no se le puede minimizar hasta el punto de afirmar que los particulares no pueden decidir libremente como quieren resolver sus controversias (más aún si se trata de materias disponibles), ya que la interpretación que realiza el TC señala que a través del arbitraje se administra justicia pero no por la celebración del convenio arbitral, sino y exclusivamente, por su mención en el artículo 139 ° inciso 1 de la Constitución referido al ejercicio de la “función jurisdiccional”.

Particularmente sobre esto último es pertinente mencionar como Fernández Rozas alerta sobre la “jurisdiccionalización” del arbitraje de nuestro país.

*“(…)el planteamiento del tema en Perú en donde resulta altamente controvertido, pues, tras, la lectura del artículo 233.1º de la Constitución de 1979 y, posteriormente, del artículo 139.1 de la vigente, se ha afirmado con rotundidad por parte de ilustres miembros del poder judicial la “jurisdiccionalización” y ello ha sido secundado, curiosamente, por conspicuos sectores dedicados a la práctica arbitral llegándose a postular, por ejemplo, la presencia de una administración arbitral de justicia, lo que ha sido objeto de certeras críticas por tratarse de una línea argumental puramente exegética del precepto constitucional.”<sup>15</sup>*

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Ob. Cent. p.169

De opinión casi idéntica es De Jesús quien critica el que se realice una lectura “publicista” del arbitraje, ya que no es compatible con su genética privada:

*“ (...)En todo caso, es esta posición exclusivista del derecho constitucional la que ha llevado a algunos constitucionalistas latinoamericanos a proponer una lectura publicista o constitucional del arbitraje, tratando de forzar la incorporación del arbitraje comercial internacional, en contra de su naturaleza esencialmente privada, esencialmente voluntarista, dentro del orden jurídico constitucional.”*<sup>16</sup>

Nuestra postura, como la de los autores citados, es totalmente opuesta a la concebida por el TC, estamos plenamente convencidos de que es el derecho a autonomía de la voluntad de las partes, o la libertad de contrato, contenido en los en los artículo 2° inciso 14 y 62° de la Constitución la que faculta a la partes a la celebración del convenio arbitral y al sometimiento al arbitraje

En efecto, el artículo 2° inciso 14 de la Constitución dispone lo siguiente:

*“(...) Toda persona tiene derecho (...) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.*

Por su parte el artículo 62° de la Constitución establece:

*“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.”*

La legalidad del convenio arbitral está regulada por estos artículos y por las normas

sobre arbitraje (la LGA y posteriormente el DLA), en donde se regula lo concerniente al convenio arbitral y sus efectos.<sup>17</sup>

Es así que el artículo 13 del DLA señala

*“El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.”* (Subrayado agregado)

Es pertinente resaltar el elemento voluntarista en ambas disposiciones a través del uso del término “decisión” de las partes. Incluso la LGA iba más allá y resaltaba los efectos obligacionales del convenio arbitral por lo que no queda duda sobre su origen contractual.<sup>18</sup>

Entonces es por la celebración del convenio arbitral que las partes pueden someter sus controversias a arbitraje, no por el reconocimiento del arbitraje como jurisdicción, máxime si es arbitraje es parte de lo que se conoce como mecanismos alternativos de resolución de controversias sobre cuestiones de libre disposición, los cuales no serían alternativos si fueran parte de la “función jurisdiccional”.

Esta tesis es fuertemente respaldada por numerosa doctrina que concibe la voluntad de las partes como principio y fin del arbitraje, por ejemplo a decir de De Jesús:

*“La naturaleza voluntarista del arbitraje comercial es de la esencia del arbitraje. Es en la voluntad (...) expresada a través del acuerdo de arbitraje (...) que se encuentra la fuente del poder jurisdiccional de los árbitros del comercio internacional, los términos y los límites de su misión y la fuerza obligatoria de sus órdenes y decisiones. (...) es un mecanismo autónomo de resolución de las controversias relativas al comercio*

<sup>16</sup> DE JESUS, Alfredo. Ob Cit. p.160-162

<sup>17</sup> Es así, que la LGA señalaba en su artículo 9 que

*“El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.”*

<sup>18</sup> Sobre el particular, con acierto señala la Dra. María Paula All que “el convenio- arbitral- produce para las partes una obligación contractual pura de someterse al juicio de árbitros y de estar y pasar por la decisión que recaiga. ALL, María Paula. “Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional”. DeCita. N° 02. 2004”p.30

*internacional producto de la voluntad de los operadores del comercio internacional (...)*<sup>19</sup>

De similar postura es Fernández Rozas quien resalta el carácter contractual del encargo que reciben los árbitros a través del convenio arbitral:

*“Se erige el árbitro en tal sentido, como una manifestación de la libertad de los ciudadanos y como expresión subjetiva de la autonomía de la voluntad respaldada por las constituciones (...) en el proceso arbitral tanto las partes como el árbitro están relacionadas por el vínculo contractual establecido en el compromiso arbitral. El origen es esencialmente el contrato, cuya eficacia se manifiesta creando una competencia especial para los árbitros.”*<sup>20</sup>

En esta misma línea Cremades define al convenio arbitral como la materialización de la voluntad de las partes que otorga competencia a los árbitros

*“La potestad de los árbitros de llevar a cabo la resolución de controversias, sobre materias de libre disposición para las partes, conforme a derecho, encuentra precisamente su fundamento en la libertad y autonomía de la voluntad de los particulares, materializada en el convenio arbitral”*<sup>21</sup>

En consecuencia es claro que los árbitros administran justicia por un encargo de las partes y en cumplimiento de una obligación que asumen frente a las partes. No podemos aceptar que, como manifiesta el TC esta potestad de administrar justicia sea producto de un precepto constitucional que considera al arbitraje como “jurisdicción excepcional” y no de la autonomía de la voluntad de las partes.

Para demostrar la debilidad de la postura del TC basta con hacernos una sola pregunta, ¿si el artículo 139° inciso 1 de la Constitución no mencionara al arbitraje como “jurisdicción excepcional” ello significaría que las partes se podrían someter a este mecanismo para resolver sus controversias?. Para nosotros la respuesta es sí, porque existe el derecho fundamental a la autonomía de la voluntad. Tan es así que el arbitraje se ha desarrollado con éxito en países que no incluyen una mención al arbitraje en sus constituciones.<sup>22</sup>

Fundamento N° 17:

17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.

En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral. (...)

(Subrayado agregado)

Al respecto se vuelve a observar la incapacidad del TC para entender la génesis contractual del arbitraje, menospreciando la autonomía de la voluntad plasmada en el convenio arbitral y su objetivo de encasillar al arbitraje a toda costa dentro de una institución de constitucional: la función jurisdiccional.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> DE JESÚS, Alfredo. Ob. Citp.160

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Ob. Cit. p. 153,172

<sup>21</sup> CREMADES, Bernardo. “El arbitraje en la doctrina constitucional española”. Revista Internacional de Arbitraje. N° 6. 2007. p.14

<sup>22</sup> Sobre el caso mexicano señala Garza “Desde 1993 a la fecha, el desarrollo del arbitraje en México se tornó dinámico y activo. El derecho arbitral encuentra cada vez, mejores y más frecuentes interpretaciones por parte de los órganos judiciales y de la comunidad académica, pendiente de su evolución. En junio de 2008 obtuvo finalmente reconocimiento constitucional. GARZA, Fernanda. “El arbitraje en México”. En: [http://cdei.itam.mx/medios\\_digitales/archivos/investigacion/GarzaArbitraje.pdf](http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/GarzaArbitraje.pdf).”p.1

<sup>23</sup> Las consecuencias de esto, son según De Jesús que” (...) Bajo esta concepción el arbitraje comercial internacional dejaría de ser un producto de la voluntad de los operadores del comercio internacional para convertirse en una institución constitucional. El árbitro se convertiría en una especie de delegado de la “función constitucional” de administrar justicia, estaría obligado a aplicar el derecho constitucional y sus decisiones estarían sujetas al control constitucional ejercicio por los órganos y los mecanismos de la justicia constitucional.” DE JESUS, Alfredo. Ob. Cit.p.162



Fundamento N° 12:

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes. (Subrayado agregado)

El TC manifiesta que la consecuencia lógica del reconocimiento jurisdiccional del arbitraje es la aplicación al proceso arbitral del principio de no interferencia, lo que implica que durante las actuaciones arbitrales la labor de los árbitros no se vea obstaculizada por la justicia ordinaria, ni por ningún funcionario público.

Si bien creemos que la aplicación del principio de no interferencia beneficia al arbitraje, no podemos dejar de mencionar

que este principio, regulado en el artículo 139º 2) de la Constitución, tiene un origen estrictamente jurisdiccional, ya que está diseñado para la “función jurisdiccional”, la cual conforme ya referimos en líneas anteriores es ejercida por los funcionarios públicos pertenecientes al Poder Judicial, por lo que atendiendo a la génesis contractual de la competencia de los árbitros de administrar justicia, no resulta convincente su aplicación.<sup>24</sup>

En este sentido, su aplicación contribuye a asimilar la labor de los árbitros con la de la justicia estatal. Debido a ello consideramos que una adecuada comprensión de la autonomía de la voluntad inherente al convenio arbitral y de los efectos de este pacto, en esencia del efecto negativo del convenio arbitral, traerían la misma consecuencia que la aplicación del principio de no interferencia, debido a la renuncia a la jurisdicción estatal que efectúan las partes al someterse a arbitraje.<sup>25</sup>

Es más, el DLA, en cuyo artículo 3 regula los principios que rigen las funciones de los árbitros no incluye mención del “principio de no interferencia”. Y es que este artículo debe ser leído de forma sistemática con el artículo 13º inciso 1 de dicho Decreto Legislativo en donde se define al convenio arbitral para comprender que dichos principios se desprenden enteramente de la voluntad de las partes y de la competencia otorgada al Tribunal Arbitral a través de su uso.<sup>26</sup>

Fundamento N° 13:

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “kompetenz-

<sup>24</sup> En efecto es mencionado en el artículo 139 2) de la Constitución en donde se señala que “(...) Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (...)”.

<sup>25</sup> Al respecto, señala la All “(...) del convenio arbitral se deriva un efecto negativo ya que niega competencia a los jueces y tribunales estatales (...). ALL, María Paula. Ob. Cit. p.31.

<sup>26</sup> Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

kompetenz” previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje –Ley N.º 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional. (Subrayado agregado)

Si bien es un acierto del TC que se reconozca el principio Kompetenz Kompetenz, pues es uno de los principios de protección del convenio arbitral, lo hace como consecuencia de la aplicación del principio de no interferencia, cuando verdaderamente es consecuencia del respeto a la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral de someter sus disputas a la competencia de los árbitros renunciando a la justicia estatal.<sup>27</sup>

Al respecto señala Silva Romero que “(...)el- Komptenz-Kompetenz (...) busca, en la práctica proteger la autonomía y la independencia de la justicia arbitral con relación a la justicia estatal, y por esa vía, lograr que la justicia arbitral sea verdaderamente eficaz.”<sup>28</sup>

Por su parte el González de Cossio describe como objetivo del Kompetenz- Kompetenz

“ (...) dar efectos al pacto de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio”. Señala además que la falta de aplicación del Kompetenz Kompetenz significaría “(...) un resultado irónico además de contrario a la voluntad de las partes: para arbitrar hay que litigar: de desear evadir acudir a tribunales-estatales- es necesario acudir a tribunales-estatales- para definir la competencia del árbitros”.<sup>29</sup>

#### **4.4 SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N° 1567-2006-PA/TCCOMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA (30 DE ABRIL DE 2006)<sup>30</sup>**

Fundamentos N°12 y N° 13:

12. (...) El arbitraje constituye, por tanto, una alternativa al Poder Judicial para la solución de conflictos que versen sobre materia de carácter disponible por las partes. No es, pues, anómalo, que los justiciables opten por recurrir a esta vía cuando, por ejemplo, se discutan materias de considerable cuantía económica. Se trata, presumiblemente, de controversias que oponen en mayor medida a empresas, bajo la consideración de que el importante interés económico en discusión y las dilaciones en las que puede incurrir la jurisdicción ordinaria, franquean

<sup>27</sup> Sobre el kompetenz-kompetenz nos dice el Eduardo Silva que “ (...) busca garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o nulidad del contrato de arbitraje no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral. En efecto, el principio “competencia- competencia” permite a los árbitros resolver cualquier controversia relativa a la existencia, a la validez o al alcance del contrato de arbitraje. Si dicho principio no fuera reconocido por el derecho arbitral (...) acarrearía necesariamente por una parte la suspensión del procedimiento arbitral, y, por otra parte, la necesidad jurídica de recurrir a la justicia estatal para que esta resuelva la controversia relativa a la existencia o validez del contrato de arbitraje, antes de que los árbitros puedan, si es el caso, proceder a dirimir el fondo del litigio. SILVA, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio competence competence. El Contrato de Arbitraje. Legis S.A... Bogotá. 2005.p.580

<sup>28</sup> SILVA, Romero. Ob Cit. p.579

<sup>29</sup> GONZALES DE COSSIO, Francisco. “El principio competence- Competence revisitado. En: www.gdca.com.mex. p. 3-4

<sup>30</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01567-2006-AA.html>

oportunamente el proceso arbitral.  
(Subrayado agregado)

13. Pese a que el arbitraje puede ser entendido como una jurisdicción de carácter privado que versa sobre materias de carácter disponible, no se debe perder de vista que su reconocimiento constitucional implica que su ámbito trasciende lo meramente establecido en el convenio arbitral y en la Ley General de Arbitraje. En efecto, en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el derecho al debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución.  
(Subrayado agregado)

No obstante que el TC señala que: “El arbitraje constituye una alternativa al Poder Judicial para la solución de conflictos”, no lo llega a comprender como un verdadero mecanismo alternativo de solución de conflictos, pues solo hace esta diferencia en cuanto el arbitraje es para el TC una “jurisdicción de excepción” o tal cual la denomina en el considerando N°13 “jurisdicción de carácter privado”. Notoria contradicción, puesto que en la esfera privada el valor más importante es la autonomía de la voluntad.

Partiendo de la concepción netamente jurisdiccional “judicializada” del arbitraje se establece que debe respetar las garantías formales y materiales del debido proceso, es decir el debido proceso tanto formal como material. Sin embargo el recurrir al control constitucional y efectuar un control del debido proceso sustancial

resultaría nocivo para el arbitraje, puesto que conforme ha señalado Castillo “el debido proceso en su dimensión material analiza los estándares de razonabilidad y proporcionalidad de la decisión sometida al amparo constitucional.”<sup>31</sup>

De este modo se observa como esta errónea concepción jurisdiccional del arbitraje genera la riesgosa posibilidad de un indebido control del fondo del laudo arbitral, ajeno a los fines del arbitraje que busca justamente impedir que la justicia estatal conozca el fondo de la controversia. Nuestro siguiente apartado se avoca a comentar lo establecido por el TC sobre esto último.

## 5. EL CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 5.1 SENTENCIA RECAIDA en EL Exp. N.º 189-99-AA/TC Pesquera Rodga S.A.

Fundamento N° 3

3. Que, a este respecto, es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la ratio decidendi de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por

<sup>31</sup> CASTILLO. Mario. Impugnación de Laudos arbitrales en sede constitucional: Comentarios a la sentencia del expediente N° 4195-2006-PA/ TC.en: [http://www.castillofreyre.com/articulos/117\\_Impugnacion\\_de\\_Laudos\\_arbitrales\\_en\\_sede\\_constitucional\\_comentarios\\_a\\_la\\_sentencia\\_del\\_expediente\\_N.pdf](http://www.castillofreyre.com/articulos/117_Impugnacion_de_Laudos_arbitrales_en_sede_constitucional_comentarios_a_la_sentencia_del_expediente_N.pdf). p.3

precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento. (Subrayado agregado)

Se aprecia que el TC considera pertinente el control constitucional de un laudo pues establece una analogía errónea con el control que se efectúa a las sentencias judiciales, ya que considera que tanto la justicia estatal como el arbitraje son jurisdicciones, obviando realizar una diferenciación válida según su origen.

Fundamento N° 5 y N° 6

5. Que, paralelamente a lo dicho, conviene precisar igualmente, que la posibilidad de que mediante una resolución de la jurisdicción (incluida la arbitral) se lesione un derecho constitucional distinto a los estrictamente procesales (verbigracia, derecho de propiedad, contratación, asociación, etc.) y que frente a tal contingencia procedan las garantías, no es una tesis admitida por el derecho procesal constitucional peruano o por su doctrina, pues ello supondría que la garantía (llámese hábeas corpus o amparo) estaría destinada a revisar directamente el fondo de los procesos respectivos, como si el proceso constitucional fuese en realidad una suprainstancia jurisdiccional. Por ello, a menos de que lo que se vulnere por una autoridad jurisdiccional sea un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional. (Subrayado agregado)

6. En cuanto a la presunta vulneración de los derechos constitucionales relativos a la contratación y la propiedad, y en concordancia con lo señalado en el fundamento quinto de esta resolución, no existiendo transgresión al debido proceso en cualquiera de sus variantes o manifestaciones o a la tutela judicial efectiva por parte del laudo arbitral,

este Tribunal carece de facultad para efectuar merituación alguna respecto de derechos constitucionales sustantivos o distintos a los estrictamente procesales, pues ello supondría suplantar la autonomía absoluta de la que gozan los jueces arbitrales para fallar en los asuntos de su exclusiva competencia, como son los relativos a la interpretación de los contratos y a las obligaciones que, relacionadas o no con la propiedad, puedan desprenderse de los mismos; g) Si este Tribunal, rompiendo lo que ha sido su línea de respeto por las controversias de fondo, se permitiera decirles a los jueces arbitrales (y aún a los jueces de la justicia ordinaria o privativa) cómo deben fallar en los asuntos que sólo a ellos les corresponden, estaría convirtiendo – como se dijo anteriormente– el proceso constitucional en una suprainstancia casatoria capaz de desarticular por completo el principio de la cosa juzgada, ignorando que, por el contrario, es más bien su obligación el preservarlo por ser un componente vital en la existencia de todo Estado constitucional de derecho. (Subrayado agregado)

Sobre el control del laudo arbitral vía amparo el TC solo admite la posibilidad de cuestionar derechos relativos al debido proceso excluyendo cualquier otro derecho constitucional, no obstante no descarta al debido proceso en su esfera material, creemos que sí lo hace indirectamente, pues es enfático en señalar que no proceden cuestionamientos de fondo contra el laudo, ya que son los árbitros los competentes para resolver la controversia y que su decisión constituye cosa juzgada por lo que no puede ser cuestionada.

## **5.2 SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (28 de febrero de 2006)**

Fundamento N° 14:

14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta

competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo. (Subrayado agregado)

El fundamento bajo análisis aborda también la regla general en torno al control del laudo arbitral, la cual según el TC es que “de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo”.

De esta regla podemos extraer dos conclusiones: i) la primera es que para el TC existe un doble control del laudo: a través del recurso de anulación (la apelación ya no existe en nuestro actual sistema) y luego a través del proceso constitucional de amparo; ii) la segunda es que este sistema

de control es escalonado, es decir que para llegar al amparo antes debe transitarse por la anulación.

La razón de esto para el TC es el artículo 5º inciso 4 del Código Procesal Constitucional (en adelante, CPC), el cual establece como requisito para la procedencia del amparo el agotamiento de las vías previas. Para su aplicación el TC vuelve sobre su argumento de establecer un símil entre la labor de jueces y árbitros al establecer que si el amparo puede controlar sentencias, también puede controlar laudos.<sup>32</sup>

Sobre esto, las funestas consecuencias de considerar como iguales un laudo y una sentencia judicial, se pronuncia con mucho acierto Fernández Rozas:

*“Asimismo, a partir de una posición jurisdiccionista se entiende que el árbitro tiene la misión de juzgar y por esa razón su decisión, el laudo arbitral, queda asimilado a una sentencia y, en tal virtud, puede ser objeto de un recurso ante la jurisdicción ordinaria. Pues su actividad dimana de esta última o implica una derogación de la jurisdicción. Según esta corriente el arbitraje es jurisdiccional, no por la función que desarrollan los árbitros, que no s jurisdiccional en sentido técnico-político, sino por la especial eficacia que el derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del derecho contractual o privado y se tornan en procesales, al otorgarles la propia ley, la tutela jurídica que concede a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas.”<sup>33</sup>*

En este sentido cabe mencionar que el DLA, consciente de lo inadecuada de esta interpretación para el arbitraje, establece en su Duodécima Disposición Complementaria, lo siguiente:

*“Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal*

<sup>32</sup> Artículo 5.- Causales de improcedencia  
No proceden los procesos constitucionales cuando:  
(...)

4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Ob Cit. p.162

*Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.”*

Por su parte el artículo 5° inciso del el CPC establece que:

*“No proceden los procesos constitucionales cuando (...) 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;”*

Basándose en el principio de especialidad de la norma, el DLA manifiesta en este artículo que no es necesario el control vía amparo del laudo arbitral ya que en su texto regula de forma específica lo concerniente al recurso de anulación, el único que puede interponerse en contra de un laudo arbitral.

En efecto, el artículo 62° inciso 1 del DLA establece que “contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye *“la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63”*.

Como se aprecia el DLA, enfatiza el carácter exclusivo y excluyente del recurso que por el cual se puede cuestionar un laudo arbitral, tal cual también lo hacía la LGA<sup>34</sup>

Es cierto que el CPC regula materias reservadas a Ley Orgánica, conforme señala el artículo 200° de la Constitución, y que el DLA es un Decreto Legislativo que conforme el artículo 101° inciso 4 de la Constitución posee menor jerarquía, por lo que en principio mediante un Decreto Legislativo no se puede abordar ni modificar

materias reservadas a Leyes Orgánica. En este sentido la constitucionalidad de la Duodécima Disposición Complementaria parecería ser cuestionable.<sup>35</sup>

Sin embargo, creemos que esta Disposición Complementaria no hace más que establecer una interpretación sistemática del artículo 62° inciso 1 del DLA y el artículo 5° inciso 2 del CPC y que no es inconstitucional porque simplemente el CPC no contiene mención alguna del control del laudo arbitral vía amparo, por lo cual no se está abordando ni modificando alguna materia reservada a Ley Orgánica.

En efecto, es preciso evidenciar que el CPC, entró en vigencia el 30 de noviembre de 2004, esto es cuando ya la LGA estaba vigente, puesto ocurrió desde el 6 de enero de 1996.

El CPC en su artículo 4° regula la procedencia del amparo contra las resoluciones judiciales, pero nada nos dice acerca de la procedencia del amparo para cuestionar los efectos de un laudo arbitral. Haciendo una interpretación literal y teleológica consideramos que la razón de esto es que el amparo no estaba pensado para controlar un laudo arbitral, máxime si la LGA ya estaba vigente al momento de entrar en vigencia el CPC.<sup>36</sup> Es el TC quien a través de una interpretación forzada deriva el control de un laudo arbitral de este artículo del CPC, el cual, al parecer, estuvo pensado exclusivamente para el caso de sentencias judiciales.

La razón de ser de la Duodécima Disposición Complementaria es evidenciar que el recurso de anulación es igualmente satisfactorio que el amparo, ya que tutela el debido proceso en su aspecto formal, lo que en teoría también debería limitarse a hacer en un control constitucional

<sup>34</sup> En efecto, el artículo 59 de la LGA señalaba que “Los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos no procede recurso alguno, salvo los previstos en los Artículos 60o y 61º (apelación y anulación). E l laudo tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo Sexto de esta Sección.”

<sup>35</sup> ABAD, Samuel. “Comentario de la Décimo Segunda Disposición Complementario de la Nueva Ley De Arbitraje “. En: SOTO, Carlos y BULLARD, Alfredo. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo II. Primera Edición. Instituto Peruano de Arbitraje.p.136

<sup>36</sup> **Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales**

El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

de laudo vía amparo, sin embargo esto lamentablemente no es así, como se verificará más adelante.

Fundamento N° 18 el TC expresa

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

A todas luces, lo expresado en este fundamento, es una clara muestra sobre lo que De Jesús denomina como “perspectiva reductora” del arbitraje, mediante la cual se somete al arbitraje a las regulaciones constitucionales tal cual se hace con la justicia estatal como si en él se debatieran derechos fundamentales o materias no disponibles.

### **5.3 SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N° 1567-2006-PA/TCCOMPañÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA (30 DE ABRIL DE 2006)**

Fundamentos N°s 15 y 16:

15. *Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulte lesivos del derecho a la tutela procesal*

*efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje –Ley 26572 – prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectar.* (Subrayado agregado)

16. *Este requisito de procedibilidad se sustenta en el artículo 5°, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, que señala: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus”. En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, además, en el artículo 45° del citado Código, que dispone: “El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo”. Ambos artículos refieren en su texto el concepto “vía previa”, que debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional; y que resulta exigible a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional.* (Subrayado agregado)

En estos fundamentos se aprecia la reiterada vocación del TC de “regular las mismas situaciones”, a través del control escalonado, lo que permite la posibilidad de cuestionar vía amparo un laudo arbitral a pesar de que el laudo arbitral tiene un mecanismo de control por excelencia reconocido a nivel internacional: el recurso de anulación.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Concuereza con nosotros Zuleta, quien sobre el caso colombiano señala “Una de las características de la justicia arbitral es la de ser de única instancia. El mérito de la controversia solamente puede ser decidido por los árbitros mismos. En consecuencia, en Colombia solamente proceden recursos de naturaleza extraordinaria contra un laudo arbitral, Sin embargo el hecho de considerar que los laudos arbitrales son sentencias judiciales abrió la puerta para que se pudiera cuestionar las decisiones arbitrales por vía de la acción de tutela.” ZULETA, Eduardo. “La protección constitucional del arbitraje”. En: “Arbitraje Internacional: Tensiones actuales. MANTILLA – SERANO, Fernando. Editorial Legis S.A. Primera edición. 2007. p.75

El recurso de anulación del laudo arbitral, es tal como expresa Cantuarias, “un punto medio que garantiza a la vez la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes”. Esto por la razón que “si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, el arbitraje se convertirá en una simple primera instancia judicial”.<sup>38</sup>

En efecto, conforme señala este autor el control judicial del arbitraje es necesario pero debe tener, también necesariamente, ciertos matices. Es necesario en la medida que debe funcionar como un“(…) mecanismo(s) que evite(n) el abuso o controlen el potencial exceso de poder de los árbitros”. Sin embargo, en razón a la voluntad de las partes de someterse al arbitraje renunciando a la justicia estatal “no puede estar dirigido a revisar el fondo de la controversia, simplemente porque las partes, para bien o para mal, expresamente acuerdan en su convenio arbitral que sus derechos sustantivos sean resueltos fuera del aparato jurisdiccional del Estado.”<sup>39</sup>

Es muy valioso resaltar que el recurso de anulación, por propia su propia naturaleza, a diferencia de lo que ocurre con el amparo, prohíbe expresamente la revisión del fondo de la controversia. Es así que el artículo 62° del DLA establece sobre el recurso de anulación lo siguiente:

*“(…) Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. 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.*<sup>40</sup> (Subrayado agregado)

Entonces, podemos afirmar que el recurso de anulación es el mecanismo idóneo para el control de laudo, toda vez que i) prohíbe el análisis del fondo del laudo y, ii) solo puede interponerse por causales taxativas, lo cual, a diferencia de lo que ocurre con el amparo, limita su uso tendencioso y generalizado. Estas características también eran enarboladas por la LGA.<sup>41</sup>

Las causales que habilitan la interposición del recurso de anulación, son “(…) *exclusivamente dirigidas a garantizar las legítimas expectativas de las partes referidas a que el Tribunal Arbitral actuará conforme a las facultades otorgadas y a que el procedimiento arbitral respetará el acuerdo de las partes, el debido proceso y el derecho de defensa.*”<sup>42</sup>

Cabe mencionar que las causales reguladas en la LGA se han mantenido casi intactas en el DLA<sup>43</sup>. A efectos del presente artículo nos abocaremos al análisis de la causal del artículo 73° inciso 2 de la LGA y de la causal del artículo 63° inciso b del DLA, ya que son las que se han invocado en agravio del debido proceso.

El artículo 73° inciso 2 de la LGA prescribía lo siguiente:

*El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:(…) 2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las*

<sup>38</sup> CANTUARIAS, Fernando. Recursos contra el laudo arbitral. Themis Revista de Derecho. N° 53. 2007.p.44

<sup>39</sup> CANTUARIAS, Fernando. Ob Cit. p.45

<sup>40</sup> A su vez, el artículo 61de la LGA señalaba en su artículo 61° sobre el recurso de anulación que “Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73o. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia.”

<sup>41</sup> Sobre este tema señala Rubio que “De otro lado cuando las soluciones de la ley arbitral o las decisiones de los árbitros no satisfacen los intereses de las partes se promueve una intervención judicial no prevista en la norma con la misma finalidad de entrapar u obstruir el arbitraje, Estas dos vertientes de la judicialización del arbitraje son la mayor amenaza a la funcionalidad del sistema”. RUBIO, Roger. “Ruido en Lacalle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. Themis Revista de Derecho. N° 53. 2007.p.12

<sup>42</sup> CANTUARIAS, Fernando. Ob Cit. p.45

<sup>43</sup> AVENDAÑO, Juan Luis. “Anulación y Ejecución del laudo”. En: “Comentarios a la Nueva Ley Peruana de Arbitraje”. Ob Cit p.692



actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente. (Subrayado agregado)

Por su parte el artículo 63° inciso b del DLA establece:

“El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...) b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. (Subrayado agregado)

Comparando la redacción de ambos artículos los principales cambios son dos: i) que el DLA no requiere que el no haber podido hacer valer sus derechos-los del potencial recurrente- haya perjudicado de forma manifiesta su derecho defensa, sino que se contenta con señalar que bastará con que no haya podido hacer valer sus derechos para que se configure la causal y, ii) el DLA no exige el reclamo expreso de la situación lesiva ni que su falta de su subsanación sean necesarios para que se configure la causal.

Sobre lo primero señala Avendaño, que la LGA necesariamente requería “*un estado de indefensión*” del potencial recurrente, ya que no se hacía referencia al derecho al debido proceso, sino a una de sus manifestaciones: el derecho de defensa.<sup>44</sup>

Esto último trajo como consecuencia que se considerara muchas veces que, dado el carácter excepcional y taxativo, de las causales de anulación esta causal solo estaba prevista para tutelar al derecho de defensa, como manifestación del debido proceso, pero no al debido proceso en general.<sup>45</sup>

Sin embargo, creemos que lo correcto era realizar una interpretación extensiva de esta causal, procediendo invocarla por vulneración del debido proceso en general.<sup>46</sup> Esto también fue entendido así por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima (EXP N° 1153-2005).<sup>47</sup>

La regulación que propone el DLA de esta causal, tal cual ya se dijo, se encuentra exenta de este problema. Sin embargo surge una pregunta, al haberse eliminado la parte relativa al derecho de defensa, ¿qué derechos abarca esta causal? ¿Todos o solamente los relativos al debido proceso?

La respuesta es que este inciso debe ser interpretado de forma sistemática con el segundo párrafo del artículo 62° del DLA, el cual establece la prohibición bajo responsabilidad, de 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 consecuencia, a raíz de dicha prohibición, esta causal solo tutela el derecho al debido proceso, pero solamente el debido proceso adjetivo, es decir la aplicación de los principios de audiencia, igualdad y contradicción<sup>48</sup>, puesto que el control del debido proceso sustantivo implicaría poder revisar el fondo de la decisión y las apreciaciones de los árbitros.

<sup>44</sup> AVENDAÑO, Juan Luis. Ob cit. p. 695

<sup>45</sup> ARRARTE, Ana María. “Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo”. En: [http://www.castillofreyre.com/biblio\\_arbitraje/vol6/DIA-4-6.pdf](http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA-4-6.pdf) p.7

<sup>46</sup> Al respecto menciona a Arrarte que en dicha Sentencia se señala lo siguiente:

TERCERO: Esta Sala Superior ha considerado en su práctica jurisdiccional que las demandas de Nulidad de Laudo Arbitral, sustentadas en supuestas afectaciones sufridas al debido proceso por la emisión de un Laudo Arbitral con motivación defectuosa se encontraban subsumidas en la causal de nulidad prevista en el inciso 2º del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje

SEXTO.- La Sala por consiguiente realizada una interpretación amplia de los términos “derecho de defensa” a fin de casi identificarlo con el derecho a un debido proceso. Tal interpretación su bien no era la más técnica nos permitía realizar el control de afectaciones al derecho constitucional a una resolución indebidamente motivada. ARRARTE, Ana María. Ob Cit. p.8

<sup>47</sup> AVENDAÑO, Juan Luis. Ob. Cit.p. 695

<sup>48</sup> CREMADES, Bernardo. Ob cit. p.33- 35

Respecto de la trascendencia de esta prohibición. Redfern & Hunter la califican de suma importancia para preservar la eficacia del arbitraje:

*“En efecto esta cuestión reviste especial importancia ya que la Ley Modelo no contiene disposición alguna que permita apelar un laudo arbitral por cuestiones de hecho o de derecho, o revisar la cuestión de fondo. Su el tribunal es competente, se observan los procedimientos correspondientes y se respetan las formalidades el laudo-bueno, malo o regular-es definitivo y vinculante para las partes. Esta es la cuestión fundamental. En las naciones donde el comercio ha tenido mayor difusión, el laudo del tribunal arbitral, independientemente de que se trate de un laudo parcial, provisional o definitivo, resuelve las cuestiones en disputa, es vinculante para las partes (a menos que se anule) y en principio, procede su ejecución contra la parte perdedora no solo en el lugar donde se llevó a cabo el arbitraje sino en cualquier otra jurisdicción,”<sup>49</sup>*

**5.4 SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 4972-2006-PA/TC CORPORACIÓN MEIER S.A.C. Y PERSOLAR S.A.C. (4 de agosto de 2006)<sup>50</sup>**

Fundamento N° 17

17. (...), serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser incocada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus

conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.). (Subrayado agregado)

En el fundamento N° 17, el TC desarrolla 3 muy cuestionables hipótesis en las cuales cabe el control constitucional de un laudo arbitral. A través de estas hipótesis el TC lesiona la efectividad del recurso de anulación como mecanismo de control natural del laudo arbitral, ya que: i) permite el análisis del fondo del laudo vía amparo y ii) establece un control repetitivo e ineficiente del laudo sobre extremos del laudo que también se analizan a través del recurso de anulación.

Fundamento N° 18

18. En lo que respecta a la primera hipótesis, este Colegiado no tiene sino que reiterar los criterios de control constitucional que suelen invocarse en el caso de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales. Lo dicho, en otras palabras, quiere significar que así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), (...) (Subrayado agregado)

<sup>49</sup> REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Law and practice of international commercial arbitration. Sweet & Maxwell. .p. 213 (9-35)

<sup>50</sup> En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04972-2006-AA.html>

Volviendo a la ya manida posición de entender como iguales a las sentencias judiciales y a los laudos arbitrales, la primera hipótesis determina un control del laudo arbitral en su aspecto sustantivo, lo cual resulta lesivo para la salud del arbitraje, ya que a través del control del derecho procesal sustantivo se puede controlar el fondo del laudo.

A decir de Landa este control del debido proceso material de los laudos arbitrales implicaría "(...) que el amparo procederá en contra de un laudo también para cuestionar el fondo de dicha decisión:

*“ no solo cuando se haya vulnerado el debido proceso adjetivo o formal, sino también cuando el proceso arbitral no se haya llevado de acuerdo al debido proceso material o sustantivo (...) en materia de amparo contra resoluciones judiciales existe un pronunciamiento reciente sobre el tema. En efecto en la sentencia recaída en el expediente 3179-2004-AA/TC dicho Colegiado ha reconocido que le corresponde –realizar- legítimamente , el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, -el cual- está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia y finalmente por el examen de suficiencia (...) nada impide que, a la hora de evaluar si una resolución arbitral es regular o irregular, el juez constitucional verifique si esta se encuentra en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales; tarea que debe ser llevada a cabo modulando la intensidad del control constitucional sobre las resoluciones arbitrales, bajo el canon interpretativo desarrollado por*

*el T.C. en la citada sentencia; vale decir, siguiendo los exámenes de razonabilidad, coherencia y suficiencia .”<sup>51</sup>*

Nótese que el ilustre ex magistrado basa su opinión en la Sentencia del Exp N° 3179-2004-AA/TC, la cual señala textualmente, desarrolla en sus fundamentos 22 al 24 el “Canon de Control para Sentencias Judiciales” (compuesto por un examen de razonabilidad, suficiencia y coherencia del fondo)<sup>52</sup> el cual según su opinión debe aplicarse también al control del laudo arbitral, sin reparar que el laudo arbitral no es lo mismo que una sentencia judicial. Esto demuestra, una vez más los graves inconvenientes de asimilar la “función jurisdiccional de los árbitros” a la de la justicia estatal, sin reconocer el carácter contractual del arbitraje y del encargo de los árbitros.

De similar opinión a la nuestra es Zuleta, quien sobre el caso colombiano, manifiesta

*“A pesar de tratarse de un proceso de única instancia, La decisión tomada en un proceso arbitral podría llegar a ser cuestionada por la vía de la acción de tutela cuando un eventual desacuerdo de los árbitros respecto de las normas sustanciales atinentes al caso, bien por falta de aplicación de la ley, por interpretación errónea o por indebida aplicación o por falta o indebida valoración probatoria, pudiera violar un derecho fundamental. Esto significa que la acción de tutela puede llegar a funcionar, frente a una decisión arbitral, como una especie de recurso de apelación o de casación (...) -lo que- trajo consigo la desaparición de la noción de arbitraje como un proceso de única instancia y sentó las*

<sup>51</sup> LANDA, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Themis Revista de Derecho. N° 53. 2007.p.39

<sup>52</sup> El Canon de Control al que hace referencia el ex magistrado Landa implica tres etapas:

Examen de razonabilidad. – Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

Examen de coherencia. – El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

Examen de suficiencia. – Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

bases para que por vía de la acción de tutela y so pretexto de la violación de derechos fundamentales, un juez pudiera modificar la decisión de los árbitros en relación con el mérito de la disputa.”<sup>53</sup>

Al respecto Redfern & Hunter expresan el riesgo inherente a tener un sistema jurídico que permita la revisión del fondo de los laudos arbitrales por la justicia estatal:

“La experiencia ha demostrado, sin embargo, que un sistema de arbitraje que confiere un derecho ilimitado de apelación de los laudos arbitrales presenta también serias desventajas. En primer lugar, las decisiones de los jueces nacionales pueden acabar sustituyendo a las del tribunal arbitral especialmente seleccionado por las partes o nombrado a petición de las mismas. En segundo lugar, una de las partes puede verse en una audiencia pública y ante un tribunal nacional en contra de su voluntad, aun a pesar de haber seleccionado el arbitraje como método privado de resolución de la controversia. En tercer lugar, el procedimiento de apelación ante los tribunales podría ser empleado simplemente como método para posponer el día de pago, desvirtuándose así uno de los fines principales del arbitraje comercial internacional como es la celeridad del procedimiento”.<sup>54</sup>

Fundamentos N°s 18 y 19

19. En lo que respecta a la segunda hipótesis enunciada, queda claro que la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso

de los particulares o sujetos privados. Desde dicha perspectiva, es evidente que toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional. (...) (Subrayado agregado)

20. Finalmente, y en lo que respecta a la tercera hipótesis de control, este Colegiado estima que, aun cuando la jurisdicción arbitral tenga su origen en el consentimiento de quienes participan de una relación contractual, ello de ninguna manera justificará el que hacia su estructura se reconduzcan asuntos por su propia naturaleza indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación. Es eso precisamente lo que ocurre cuando se trata de derechos fundamentales que, como se sabe, no pueden ser objeto de negociación alguna ni siquiera en los casos en que exista la voluntad expresa de prescindir de los mismos o alterarlos en todo o parte de su contenido (...) (Subrayado agregado)

Estas dos hipótesis también son reguladas dentro de las causales de anulación del laudo en el texto del DLA y son la inexistencia o nulidad del convenio arbitral y el sometimiento a arbitraje de materias no arbitrables. Las mismas también eran reguladas por la LGA de forma casi idéntica.<sup>55</sup>

En este sentido el DLA en su artículo 63° incisos a y e señala como causales de anulación.

<sup>53</sup> ZULETA, Eduardo .Ob Cit.p.76

<sup>54</sup> REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Ob Cit.p. 214

<sup>55</sup> La LGA en sus artículo 73 incisos 1 y 7 señalaba como causales de anulación:

1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al Artículo 39o. (...)

7. No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1o. La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo.

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

(...)

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

Sobre la segunda hipótesis, creemos que la falta de consentimiento a la “jurisdicción arbitral” a la que se refiere el TC “o la “imposición de modo compulsivo” de la misma desencadenarán un supuesto de inexistencia o nulidad del convenio arbitral (causal del artículo 73° inciso 1 de la LGA y causal del artículo 63° inciso a del DLA).

Sobre la tercera hipótesis, basta decir que es prácticamente es un “copy and paste” de la causal del artículo 73° inciso 7 de la LGA y de la del artículo 63° inciso e del DLA. Sin embargo es importante resaltar otra contradicción del TC, esta hipótesis se basa en la no arbitrabilidad de las materias sometidas a arbitraje, ergo si lo que se somete a arbitraje son materias arbitrables referidas a derechos disponibles, lo cual es válido conforme el propio TC ha establecido en el fundamento N° 12 de la Sentencia del Caso Algamarca, ¿Por qué controlar a través del amparo, lo que por encargo de las partes los árbitros han determinado sobre estas materias?

Sinceramente no logramos entender por qué el TC habilita estas 3 vías de control tan ineficientes y totalmente innecesarias, puesto que antes la LGA y ahora el DLA, han regulado lo concerniente al control del laudo a través del recurso de anulación.

Nuevamente consideramos muy acertada la opinión de De Jesús para calificar lo expresado por el TC ya que hace hincapié en el afán que muestra por regular lo ya regulado, es decir de legislar en contra de lo que en su momento la LGA y ahora el DLA han venido estableciendo sobre el control del laudo arbitral:

“ (...) respetar la Constitución no implica sus disposiciones de forma directa, pasándose por encima todo el marco regulatorio de rango infraconstitucional o supraconstitucional. Sería absurdo sostener, por ejemplo, que la supremacía constitucional implica la creación, sobre la base de la Constitución de un derecho paralelo y concurrente al derecho de rango legal dentro del orden jurídico estatal con vocación a regular las mismas situaciones.”<sup>56</sup>

En efecto, a través de la regulación de estas 3 hipótesis el TC relativiza, casi en su totalidad la finalidad de recurso de anulación. Llegando a crear incluso una “nueva causal de anulación” del laudo arbitral en sede constitucional a través de su primera hipótesis, llegando a ser tan amplios y difusos los alcances de esta causal que puede el TC convertirse en una suerte de “suprainstancia arbitral”.

#### 5.5 SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP.

##### N.º 07532-2006-PA/TC LIDER GROUP EIRL Y OTROS (8 de noviembre de 2007)<sup>57</sup>

Fundamento N° 6:

6. En consecuencia este Tribunal no puede declarar la nulidad del laudo arbitral ni revisar el fondo de la controversia si la parte demandante no cumplió previamente con agotar la vía previa. Vale decir que de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del Código Procesal Constitucional, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En tal sentido el presente extremo de la demanda debe ser declarada improcedente. (Subrayado agregado)

A todas luces el TC reconoce que tiene la potestad de anular un laudo y no solo eso, sino lo que es más preocupante, de revisar el fondo de la controversia, sin embargo no lo hace en este caso tan solo porque no se agotó la vía previa exigida por el amparo.

<sup>56</sup> DE JESUS, Alfredo. Ob cit. p.175

<sup>57</sup> En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/07532-2006-AA.html>

**5.6 SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 04195-2006-PA/TC LIDER GROUP EIRL Y OTROS (16 de noviembre de 2007)**

Esta sentencia es de gran importancia en la medida que establece, de manera contraria a lo expresado, en la Sentencia del Exp N° 4972-2006, determinadas reglas de improcedencia para el control de los laudos arbitrales en sede constitucional. Asimismo establece que el control del laudo vía amparo constitucional es "extraordinario y subsidiario".

Fundamento N° 4

a) "(..) cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.;

b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando *no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos 2 y 3 supra.*

c) (...) cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.

Entodocaso, frente a la duda razonable de dos posibles interpretaciones de un mismo dispositivo legal, el juez constitucional debe asumir que la propuesta por los árbitros es la más conveniente tanto para la solución del conflicto como para fortalecer la institución del arbitraje.

d) La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros, los que

deben resolver conforme a las reglas del arbitraje, salvo que se advierta una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo.

e) Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración." (Subrayado agregado)

El supuesto a) es consecuencia del ya mencionado "principio de no interferencia", si bien es cierto que ya hemos expresado que una correcta interpretación y aplicación del efecto negativo del convenio arbitral traería los mismos beneficios que la aplicación de este principio, proveniente de la "función jurisdiccional", consideramos acertado este supuesto de improcedencia por permitir el normal desarrollo de las actuaciones arbitrales hasta la expedición del laudo.

El supuesto b) plasma la regla del control escalonado del laudo arbitral en sede constitucional, por medio del cual no hace más que diferir la posibilidad de plantear un amparo contra un laudo arbitral a recurrir primero al recurso de anulación.

El supuesto c) parte del reconocimiento de la competencia de los árbitros de resolver el fondo del pleito, por lo que en principio no se pueden cuestionar sus interpretaciones legales. Lo positivo es que no se menciona la posibilidad de cuestionar vía amparo otro derecho que no sea el debido proceso y la tutela procesal efectiva. Sin embargo, queda abierta la puerta de hacerlo ante una vulneración manifiesta al debido proceso

material. De ser este el caso se podría posibilitar el análisis del fondo del laudo aunque con ciertos matices: i) solo ante una vulneración manifiesta y ii) en caso de duda de asumirá que la interpretación de los árbitros es la correcta.

El supuesto d) parte de la misma lógica que el supuesto c), solo que ya no en el aspecto de derecho, sino de la apreciación de los hechos. Sin embargo, se hace mención al examen de la arbitrariedad del laudo, no obstante exige una arbitrariedad manifiesta para no aplicar esta causal de improcedencia.

El supuesto e) más que un supuesto, es una condición para la aplicación de los supuestos c) y d) en cuanto a la exigencia de probar la arbitrariedad del Tribunal Arbitral en cuanto a la interpretación de los hechos o de derechos de forma específica y objetiva.

Consideramos positiva el establecimiento de estos supuestos de improcedencia, que al menos matizan de cierto modo la injerencia que podría tener el TC en el fondo de los laudos a través del amparo constitucional.

**5.7 SENTENCIA RECAIDA EN EL  
EXP. N.º 5771-2007-PA/TC B & B  
GESSA PROIME ASOCIADOS ( 6 de  
noviembre de 2008)<sup>58</sup>**

Fundamento N° 4

4. *Que si bien el Tribunal Constitucional ha establecido la posibilidad del control constitucional de un laudo arbitral mediante el proceso de amparo (STC N° 6167-2005-HC/TC), también es verdad que dicho control no puede constituir en ningún caso un mecanismo de sustitución del juicio arbitral sobre las cuestiones de fondo decididas por los árbitros.*-(Subrayado agregado)

Esta sentencia, aplica los supuestos de improcedencia establecidos en la Sentencia del Exp N° 4195-2006, y declara improcedente la demanda de amparo. Asimismo, el reconocimiento por parte del TC de la imposibilidad de sustituir el juicio arbitral sobre el fondo del laudo, es un gran acierto.

**5.8 SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP.  
N.º 05311-2007-PA/TC COMPAÑÍA  
DISTRIBUIDORA S.A. ( 5 de octubre  
de 2009)<sup>59</sup>**

**Advertencia:**

Antes de empezar a comentar los fundamentos más relevantes de esta Sentencia, advertimos que estos pueden herir la susceptibilidad de los arbitralistas que buenamente puedan estar leyendo este artículo. El TC declara fundada una demanda de amparo interpuesta en contra de un laudo arbitral y lo declara nulo por razones de fondo relativas a la interpretación de los hechos y la aplicación del derecho realizada por los árbitros.

Esta Sentencia, es una clara muestra de los efectos nocivos que pueden tener tres concepciones erradas sobre el arbitraje que ha esbozado el TC y sobre las cuales ya nos hemos pronunciado: i) el origen jurisdiccional de la función de los árbitros en virtud del artículo 139° de la Constitución y no de la autonomía de la voluntad de las partes, ii) la “judicialización” del arbitraje en torno al encargo que reciben los árbitros de administrar justicia, convirtiendo a los laudos en equiparables a las sentencias judiciales, iii) y a raíz de esto la habilitación del amparo como mecanismo de control del laudo en forma y fondo, a través cuidado del debido proceso formal y material, pese a la existencia de un idóneo recurso de anulación que tutela el debido proceso formal, sin entrar al fondo del laudo respetando la naturaleza del arbitraje y el deseo de las partes.

<sup>58</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05771-2007-AA%20Resolucion.html>

<sup>59</sup> En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.html>

Se observa que el TC ya ni siquiera se esfuerza en explayarse en equiparar la labor de los árbitros con la labor jurisdiccional de los jueces ni esbozar una analogía entre los laudos arbitrales y las sentencias judiciales. Dejando de lado todas esas “cortesías” el TC de forma directa otorga a un laudo arbitral el mismo tratamiento que le otorgaría a cualquier sentencia judicial sobre el control del fondo de la controversia, desconociendo la decisión de las partes que sea el Tribunal Arbitral quien resuelva de modo definitivo su controversia y no la justicia estatal. Por estos motivos consideramos a esta Sentencia como la más “extremista” sobre el tema, por la naturalidad en el tratamiento del laudo arbitral como si proviniera del Poder Judicial.

Fundamento N° 8:

8. La respuesta por tanto, más allá de la fórmula actualmente existente en materia de control constitucional sobre las decisiones arbitrales, no puede ser otra que una de carácter permisivo, es decir tendiente a eximir a la entidad recurrente del consabido agotamiento, ello en atención no sólo al principio de temporalidad, sino en aplicación de la regla pro actione que obliga a presumir a favor de la continuidad del proceso en caso de duda o incertidumbre sobre el cumplimiento de las condiciones de procedibilidad de la demanda.  
(Subrayado agregado)

Este fundamento parte del hecho, equivocado por cierto que en la fecha de interposición de la demanda de amparo no eran aplicables los precedentes que regulan el control escalonado, ni era aplicable el CPC.

Sin embargo, se observa que el TC olvida que el recurso de anulación regulado en aquel entonces por la LGA, es por ley el destinado al control del laudo, por lo que por un criterio de especialidad de la norma cabe exigir cuestionar el laudo en esta vía.

Asimismo olvida que bajo la lógica que esboza en este fundamento si era aplicable lo establecido en la Sentencia recaída en Caso Pesquera Rodga que ya hemos comentado, en donde se establece que los procesos constitucionales no están destinados a revisar el fondo de las decisiones arbitrales.

A pesar de ello, el TC se avoca a conocer sin miramiento alguno, aspectos estrictamente de fondo de la controversia tales como: a) la observancia a las acciones y requisitos preprocedimentales señalados en el convenio arbitral, b) la legitimidad para obrar activa de COFIDE, c) la aplicación al procedimiento arbitral un Decreto Ley derogado, y d) La interposición en el laudo de una penalidad “draconiana”, a juicio de la recurrente, sin tomar en cuenta el carácter nulo ipso iure de la cláusula penal.

Fundamento N° 11:

11. De los autos y sobre todo del raciocinio utilizado por el laudo objeto de cuestionamiento no se aprecia sin embargo respuesta o merituación alguna en torno de la presente observación. Pretender en medio de dicho contexto que porque COFIDE (en su condición de interesada en la resolución de una eventual controversia) le remite a CODISA una Carta Notarial con fecha 24 de Julio de 1998, por ese motivo ya se habría cumplido con el tramite preprocesal antes señalado, resulta a todas luces insuficiente, pues la idea de la negociación preliminar no es la de una simple advertencia frente a un hipotético incumplimiento de lo acordado contractualmente, sino un imperativo vital a los efectos de prevenir una futura controversia.  
(Subrayado agregado)

El TC se pronuncia respecto de la observancia a las acciones y requisitos preprocedimentales señalados en el convenio arbitral y argumenta, que sobre ellos el Tribunal Arbitral ha efectuado una incorrecta apreciación de hecho



y de derecho, por lo que desvirtúa lo resuelto por los árbitros al respecto, lo que constituye claramente una intromisión en una cuestión de fondo del laudo.

Sobre la participación de COFIDE en el arbitraje y la ley aplicable a las actuaciones arbitrales, si bien no desvirtúa lo resuelto por los árbitros, si lo analiza y califica a pesar de tratarse de cuestiones sobre la interpretación de hechos y la aplicación del derecho, no obstante les da su venia luego de corroborar su razonabilidad y no arbitrariedad.<sup>60</sup>

Fundamentos N°s 23 y 24:

23. *Pretender que una desproporción de la naturaleza señalada (desproporción tomando en cuenta el precio real y conjunto de los cuatro hoteles) pueda pasar por inadvertida y que incluso, se torne en ilimitada, es algo que no puede de ninguna manera legitimarse. En dicho contexto, el argumento utilizado en el laudo y que gira en torno la existencia de un proceso judicial (cuatro en total) destinado a debatir la validez de la cláusula penal (Fundamento Decimocuarto del Laudo), resulta a todas luces impertinente, cuando lo importante no es la determinación de dicha validez sino el monto arbitrario establecido en la misma. La Jurisdicción arbitral ha sido instituida precisamente para servir como mecanismo de resolución de incidencias como las descritas, pero si por el contrario y como ocurre en el caso de autos, dicha jurisdicción renuncia al análisis de algo tan elemental, so pretexto a consideraciones como las mencionadas, resulta plenamente legítima como necesaria, la revisión*

*de su contenido por conducto de la jurisdicción constitucional. En tales circunstancias, no se trata pues y vale la pena precisar, de una desvirtuación de las facultades reconocidas sobre la jurisdicción arbitral sino de una necesaria concurrencia tutelar como la dispensada por conducto del amparo arbitral.*

24. *Nuestro Colegiado a lo largo de su jurisprudencia ha sido muy cuidadoso de no entrometerse en las esferas de la autonomía de la voluntad, tanto más cuando estas cuentan con el aval de una jurisdicción especializada como la arbitral, empero, ello no quiere significar que en amparo de tal modalidad de resolución de conflictos, puedan asumirse posiciones manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales, como las que se acreditan con el extremo del laudo objeto de cuestionamiento.* (Subrayado agregado)

Se aprecia como el TC vuelve a entrar de lleno a conocer el fondo del laudo, al desvirtuar lo resuelto por el Tribunal Arbitral en cuanto a la aplicación de la penalidad demandada en el arbitraje, en sus fundamentos, calificando dicha penalidad como “un abuso de derecho” pese a que su aplicación fue libremente pactada por las partes, y en consecuencia califica de desproporcionado y arbitrario lo resuelto por el Tribunal Arbitral.

El TC justifica esta acción en la “judicialización” de la jurisdicción arbitral, en donde desconociendo su naturaleza privada, le intenta dar una lectura constitucional forzada y relacionada a derechos fundamentales, sin percatarse

<sup>60</sup> Sobre estos extremos, se pronuncia el TC en los fundamentos 13 y 15

13) (...) En tales circunstancias, resulta perfectamente razonable que quien haya impulsado el proceso arbitral sea la entidad descrita y no como lo pretende la demandante de amparo, necesariamente la Empresa Nacional de Turismo. Optar por lo demás, por una tesis en contrario supondría colocar a COFIDE en una posición absolutamente nominal o irrelevante a todas luces incompatible con los roles asignados por el Contrato de Compra Venta.

15) La justificación del proceder descrito no resulta por lo demás irrazonable o arbitraria pues al suscribirse un determinado contrato, las partes intervinientes juzgan pertinente someterse a determinadas reglas de juego en el caso de que sea necesario someterse a un eventual arbitraje (...)

que lo que las partes someten a arbitraje son materias de libre disposición en donde lo que debe tutelar el TC es el respeto de la autonomía de la voluntad.

En tales circunstancias es pues, como ocurre en el presente caso, el juzgador constitucional quien tiene la última palabra (Subrayado agregado)

Fundamento N° 25:

25. (...) *En dicho contexto y siendo evidente no solo el contraste entre las conclusiones de ambas pericias de parte sino la notoria incidencia que ante un supuesto incumplimiento se generaría tras la aplicación de la anteriormente citada cláusula penal, lo razonable o compatible con el sentido común era exigir una pericia dirimente, opción que sin embargo y en ningún momento fue tomada en cuenta por el Tribunal Arbitral, denotándose por el contrario y con el citado comportamiento un notorio proceder parcializado.* (Subrayado agregado)

Nos parece que este fundamento resume en muy pocas líneas cuánto daño puede hacer al arbitraje una concepción constitucionalista del mismo que no entienda la importancia de la autonomía de voluntad en su desarrollo, en cuanto negar competencia a la justicia estatal y otorgársela a los árbitros en controversias de “relaciones estrictamente privadas” y sobre materias disponibles.

En efecto, en el Caso que comentamos ha bastado que el demandante alegue la vulneración de su derecho a la propiedad para que el TC se avoque a conocer el fondo de la controversia, sin considerar acaso que el derecho a la propiedad tiene una eminente naturaleza disponible

Es notoria la falta de respeto acerca de la facultad de valoración probatoria que poseen los árbitros, la cual se ejerce de manera discrecional, y que finalmente es valoración de los hechos, descalificando su valoración de las pruebas por considerarla parcializada.<sup>61</sup> Incluso establece como debió proceder el Tribunal Arbitral en uso de dicha facultad.

Eso es resultado de la mal entendida “jurisdicción arbitral”, la cual trae como consecuencia la “judicialización” del arbitraje por medio de la cual el TC se irroga un control a los laudos tal cual lo hace con las sentencias judiciales, lo cual atenta contra la efectividad del arbitraje.

Fundamento N° 26:

26. *Los suscritos Magistrados hemos de reiterar que el proceso arbitral no puede ser un pretexto para desvincularse de los derechos que la Constitución reconoce. Evidentemente, una cosa es que se tenga la capacidad para decidir las controversias derivadas de relaciones estrictamente privadas y otra distinta que so pretexto de las mismas y del fuero especializado en el que se les dilucida, puedan convalidarse criterios opuestos a los que la Constitución y su cuadro de valores materiales, postulan.*

De este modo el demandante ha podido escapar a los efectos de cosa juzgada del laudo y ha logrado, contrariamente a lo expresado en el convenio arbitral que suscribió, que se la justicia estatal y no un Tribunal Arbitral el que finalmente resuelva la controversia.

Sobre esto último, De Jesús alerta sobre el gran riesgo de que se permita el control de laudo en sede constitucional

*“El amparo constitucional latinoamericano abrirá las vías y puertas para que una parte recalcitrante y hostil hacia el arbitraje intente escaparse de los efectos obligatorios*

<sup>61</sup> RUBIO, Roger. Ob Cit. p.24

*y obligacionales derivados del acuerdo de arbitraje, por el simple hecho de alegar una violación constitucional. En este sentido el amparo constitucional latinoamericano es un mecanismo capaz de traer a los arbitrajes comerciales internacionales con elementos latinoamericanos todo el bagaje cultural anglosajón de los anti suit injunctions y los consecuenciales anti arbitration injunctions.*<sup>62</sup>

Finalmente, hacemos nuestra un párrafo muy elocuente de la excelente obra de Redfern & Hunter:

*“La experiencia ha demostrado, sin embargo, que un sistema de arbitraje que confiere un derecho ilimitado de apelación de los laudos arbitrales presenta también serias desventajas. En primer lugar, las decisiones de los jueces nacionales pueden acabar sustituyendo a las del tribunal arbitral especialmente seleccionado por las partes o nombrado a petición de las mismas. En segundo lugar, una de las partes puede verse en una audiencia pública y ante un tribunal nacional en contra de su voluntad, aun a pesar de haber seleccionado el arbitraje como método en contra de su voluntad, aun a pesar de haber seleccionado el arbitraje como método privado de resolución de la controversia. En tercer lugar, el procedimiento de apelación ante los tribunales podría ser empleado simplemente como método para posponer el día de pago, desvirtuándose así uno de los fines principales del arbitraje comercial internacional como es la celeridad del procedimiento.”*<sup>63</sup>

## 6. CONCLUSIONES:

Conforme lo apreciado, se pueden llegar a las siguientes conclusiones:

1. A pesar de la gran cantidad de doctrina que sostiene la posición que la competencia de los árbitros para resolver una determinada controversia radica en el convenio

arbitral; el TC considera que el origen de esa competencia no radica en dicho pacto. Por el contrario postula que su origen se encuentra en la mención que se hace al arbitraje en el artículo 139° inciso 1 de la Constitución como “jurisdicción excepcional”.

2. En cuanto considera al arbitraje como “ejercicio de la función jurisdiccional” que encomienda dicho artículo 139° inciso 1, asimila los efectos del laudo arbitral a los de una sentencia judicial, lo cual “judicializa el arbitraje”.
3. Esta curiosa analogía tiene como consecuencia que se le dé al arbitraje el mismo tratamiento que a la justicia estatal en cuanto al control de sus decisiones vía amparo, por lo que según el razonamiento del TC si una sentencia se puede controlar vía amparo un laudo también, y lo que es peor aplicando incluso los mismos criterios y alcances a ambos supuestos
4. Para el TC el control del laudo arbitral entonces, al igual que una sentencia, debe ser escalonado y puede avocarse fondo de la controversia a través de la tutela del debido proceso material (a través de un análisis de coherencia, suficiencia y razonabilidad). Todo esto atenta contra la competencia de los árbitros para resolver de forma exclusiva la controversia en virtud de la voluntad de las partes que suscribieron el convenio arbitral.
5. En su empeño por controlar el laudo vía amparo, el TC no ha valorado la existencia del recurso de anulación como garante idóneo de los principios de audiencia, igualdad y contradicción de las partes en el desarrollo de las actuaciones arbitrales, ignorando sus virtudes y haciéndolo pasar a un segundo plano al establecer el control escalonado del laudo arbitral.

<sup>62</sup> DE JESUS, Alfredo. Ob Cit. p. 180

<sup>63</sup> REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Ob Cit. p 214

6. A diferencia del recurso de anulación que prohíbe el conocer el fondo del laudo y tiene causales taxativas de interposición, el amparo se presenta como un mecanismo de control gaseoso y sin límites claros. Esto, qué duda cabe, en un país como el nuestro, que profesa una ferviente cultura de litigio y confrontación, es sumamente riesgoso puesto que se ofrece a la parte vencida en un arbitraje la posibilidad de burlar los efectos del laudo, y finalmente litigar ante la justicia estatal y que esta tenga la “última palabra” sobre el fondo del pleito. Esto significa un total contrasentido para el deseo de justicia oportuna que las partes buscan en el arbitraje y la competencia que por propias decisión le otorgan a los árbitros para resolver sus controversias al celebrar un convenio arbitral.
7. En consecuencia, a pesar que la LGA, y ahora el DLA, han venido regulando con acierto el control del laudo arbitral a través del recurso de anulación, el TC con sus interpretaciones relativiza lo señalado por estas normas; estableciendo criterios de control del laudo arbitral contrarios a la eficacia del laudo arbitral y a la eficiencia del recurso de anulación.