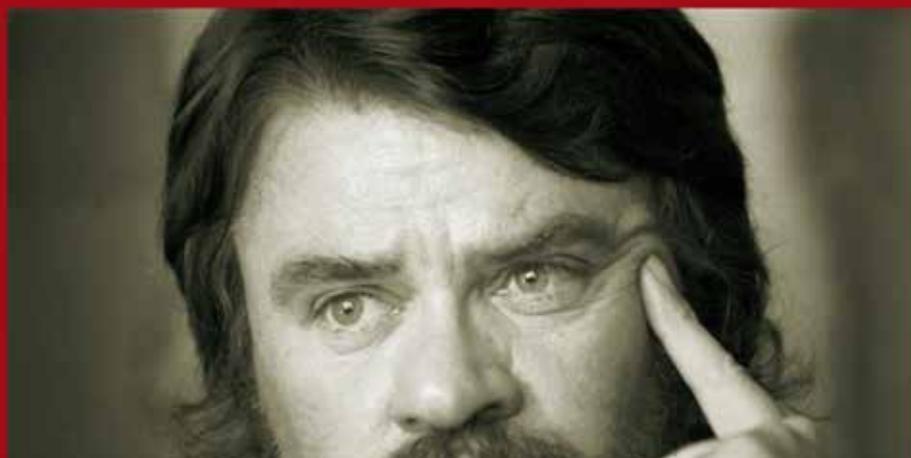


# HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO III



## Capítulo 62

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez  
Alfredo Bullard González  
René Ortiz Caballero  
Carlos Ramos Núñez  
Marcial Rubio Correa  
Carlos A. Soto Coaguila  
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

*Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-890-6

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ARBITRAJE

*Gonzalo García-Calderón Moreyra\**

Para mí es sumamente grato presentar este artículo sobre arbitraje en el libro de homenaje al doctor Fernando de Trazegnies Granda, al haber sido él un propulsor y pionero en el dictado del curso de Arbitraje en las facultades de derecho de nuestro país.

En efecto, se acababa de promulgar el Código Civil de 1984, en el cual se habían incorporado los contratos de cláusula compromisoria y compromiso arbitral (en el Libro VII denominado «Fuentes de las obligaciones») cuando el doctor de Trazegnies, árbitro internacional de reconocido prestigio y conocedor de las ventajas y bondades de este mecanismo de solución de controversias, el mismo que aún no se había desarrollado en nuestro país, tomó la iniciativa, en su calidad de decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de presentar al Consejo Universitario de dicha casa de estudios un proyecto sobre la enseñanza de esta novísima institución. Pronto logró que se aprobase y se procedió al dictado, por primera vez en una facultad de derecho del Perú, de un curso exclusivamente sobre la materia arbitral.

Me cupo el honor de ser invitado por el doctor de Trazegnies a enseñar ese curso, toda vez que, luego de culminados mis estudios, en octubre de 1984 había sustentado mi tesis para optar el grado de bachiller, en la que señalaba la necesidad de que el Perú ratificase la Convención de Panamá (1975) sobre arbitraje comercial internacional y la Convención de Nueva York (1958) sobre reconocimiento de laudos arbitrales. Tuve la satisfacción de ser el profesor más joven de dicha facultad en el dictado de un curso, y aún permanezco en la enseñanza universitaria.

Posteriormente he integrado varios procesos arbitrales con el doctor de Trazegnies, y mantengo por él la admiración y el respeto que se iniciaron en las

---

\* Magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Arbitraje Nacional e Internacional en la Universidad de Lima. Socio del Estudio García-Calderón, Ghersi, Vidal & Asociados.

aulas universitarias, cuando se caracterizaba por sus calidades jurídicas, por su profundidad en el análisis y el desarrollo de la solución de los problemas encomendados, y por su afán investigador.

El arbitraje es un medio de solución de controversias privado que se sustrae de la jurisdicción ordinaria para someter el conflicto a jueces particulares, denominados *árbitros*. Estos asumen una función jurisdiccional extraordinaria y excepcional, que contiene reglas propias distintas, por su naturaleza, a las reglas de la jurisdicción ordinaria.

Lógicamente, siendo este medio extraordinario de resolución de conflictos uno de carácter privado, requiere justamente, por su naturaleza excepcional, una serie de normas propias que permiten hacer viable su desarrollo, por lo que en gran medida dichos criterios son solo aplicables a la institución arbitral (principios de *kompetenz-kompetenz*, divisibilidad, flexibilidad procesal, rol subsidiario de los árbitros, irrecurribilidad de la sentencia o laudo arbitral, etcétera). Por ello, el arbitraje debe estar sujeto a un control posterior por parte de algún órgano (público o privado) que permita cautelar cualquier violación u omisión del debido proceso y/o de algún derecho constitucional, ocasionado por los árbitros al emitir resoluciones en instancia única.

En ese sentido, la Ley General de Arbitraje peruana se adecua a lo prescrito por la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL),<sup>1</sup> que señala que cada

---

<sup>1</sup> Artículo 34 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) aprobada el 21 de junio de 1985, documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo 1:

«Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

»1. Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

»2. El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

»a) La parte que interpone la petición pruebe:

»i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

»ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

»iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas; o

»iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

Estado determinará la autoridad competente para la petición de nulidad contra el laudo arbitral cuando exista invalidez del convenio arbitral, incapacidad de las partes o violación al debido proceso, entre otros aspectos señalados por dicha ley modelo. En el caso peruano, la Ley General de Arbitraje (ley 26572) precisa que será el Poder Judicial el ente revisor del debido proceso mediante el recurso de anulación, en lo que respecta a la revisión de forma del procedimiento y laudo arbitral y respecto de la revisión en cuanto a la validez, nulidad o eficacia del convenio arbitral<sup>2</sup>.

Esta revisión está encuadrada en causales taxativas, señaladas en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje<sup>3</sup>, las mismas que persiguen un control de la institución arbitral desde su origen, con la revisión de la existencia o no de un

»b) el tribunal compruebe:

- »i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- »ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

»3. La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

»4. El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad».

<sup>2</sup> Ley General de Arbitraje, ley 26572, del 20 de noviembre de 1995.

«Artículo 61.- Recurso de anulación.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede solo la interposición del recurso de anulación ante el poder judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73. 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 prohibida, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia».

<sup>3</sup> «Artículo 73.- Causales de anulación de los laudos arbitrales.- El laudo arbitral solo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

»1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39.

»2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las 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.

»3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.

»4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas.

convenio arbitral, pasando por el procedimiento y culminando con el laudo arbitral; mas nunca se dará un control que permita modificar el fondo de la decisión arbitral.

Se busca un control de validez formal del laudo sin entrar en consideraciones valorativas del fondo del conflicto resueltas en la decisión final de los árbitros; su finalidad es declarar la validez o nulidad de dicha decisión por parte de la Corte Superior, estando prohibido el juez de revisar el fondo de la controversia: efectuará exclusivamente un control formal de legalidad.

Personalmente considero irrenunciable el recurso de anulación del laudo, y que no cabe limitar su acceso vía convenio entre las partes. Considero también que las causales señaladas en la ley son taxativas en lo que respecta a la legalidad del convenio, proceso y laudo arbitral, debiendo haber sido objeto de reclamo expreso durante el desarrollo del procedimiento arbitral.

Sin embargo, nuestro país, mediante reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional que ya comentaremos, ha incluido la revisión extraordinaria, a cargo del Tribunal Constitucional, tanto del convenio arbitral como de los procesos y laudos arbitrales, en la medida en que puedan haber violado preceptos de carácter constitucional no amparados en la vía ordinaria de revisión de la legalidad entendida como la casuística señalada literalmente en la Ley.

Se trata pues de una revisión adicional e independiente del recurso de anulación que se plantea ante la Corte Superior, al interpretar el Tribunal Constitucional que, siendo garante de los derechos constitucionales, le corresponde cautelar en última y definitiva instancia dichos derechos, independientemente de quien sea el autor de la agresión, por ser este el ente encargado, según la carta fundamental, de la tutela de los mismos.

---

»5. Que se ha expedido el laudo fuera de plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo.

»6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará solo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.

»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, manifestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1. La anulación parcial procederá solo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo».

## 1. FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En efecto, el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitucionalidad; y siendo el arbitraje una institución consagrada en los artículos 62 y 139 de la misma<sup>4</sup>, donde se indica que no existirá jurisdicción distinta a la ordinaria, salvo la arbitral y la militar, el Tribunal Constitucional considera que le corresponde la interpretación, el contenido y alcance de los derechos protegidos por nuestra carta política, entre los cuales se encuentra una justa y recta administración de justicia que atañe a la jurisdicción privada denominada *arbitraje*. Precisan por lo tanto que cualquier acto u omisión que durante el arbitraje pudiese haber vulnerado principios constitucionales, sea en el procedimiento arbitral, sea en su origen o en su decisión, al ser parte, la institución del arbitraje, del orden público constitucional, forma parte del sistema de administración de justicia; y dado el carácter tutelar de estos derechos, corresponde su revisión por el Tribunal Constitucional.

Nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada, en la medida en que lo hubiese pactado y solo para aquellas materias permitidas por la ley.

La racionalidad y razonabilidad de las decisiones es fundamental para evitar la arbitrariedad de los árbitros en desmedro del derecho de una de las partes. ¿Es necesario el contrapeso de un órgano ajeno al arbitraje para evitar el abuso de una de las partes respecto a la otra, o de los árbitros respecto a estas?

Al momento de pactar el convenio arbitral, tal como lo señala el artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, un convenio será nulo si una de las partes tiene una posición de privilegio respecto a la otra a propósito de la designación de los árbitros, la materia controvertida o las reglas del procedimiento. Como es lógico, el derecho repudia y proscribte el abuso del derecho, más aún en un campo como el arbitral, donde la seguridad del acceso a la justicia y de la imparcialidad, entre otros muchos principios, debe garantizarse efectivamente junto con una igualdad en el contrato en cuanto al desarrollo del proceso arbitral. Tratándose de un contrato especial, pues modifica la vía natural predeterminada del poder judicial, los

---

<sup>4</sup> Artículo 62: «La Libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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 solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

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».

pactos están restringidos en la medida en que predispongan a una de las partes respecto a la otra en sus derechos a la defensa y al debido proceso.

Una primera revisión la realizarán los propios árbitros; y luego, en caso de ser declarada improcedente o infundada, la decisión podrá revisarse en sede judicial. Allí se procederá a una revisión de la legalidad, de acuerdo con lo señalado en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. Es lógico que participe un órgano ajeno a la institución arbitral; sin embargo, y adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que luego de finalizada la vía judicial se podrá interponer una acción de amparo para que el juez constitucional conozca respecto de la violación de un derecho constitucional, distinto de la revisión respecto a los hechos efectuada por un juez civil.

Se puede argumentar que los jueces pueden inaplicar una norma legal inconstitucional utilizada por los árbitros (control difuso), al amparo de lo prescrito en el artículo 138 de la Constitución, que nos indica que «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera».

Esto nos llevaría a señalar que las causales del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje son referenciales, en la medida en que todos los derechos consagrados en la Constitución son inherentes a todos los procesos y que frente a una violación por parte de los árbitros, se podrá invocar ante la instancia judicial respectiva en vía de anulación.

Como señala Martín Mejorada «Qué clase de sistema es ese donde cada uno decide ante sí lo que es aplicable o no, según su propia interpretación de la Constitución y el ordenamiento jurídico. Sin orden no hay libertad ni Estado de derecho. Si cumplir y defender la Constitución significa inaplicar una norma contraria al texto constitucional, se debe acudir a la vía y al proceso adecuado para ese fin»<sup>5</sup>.

No siempre la violación constitucional puede ser «interpretada» por el juez ordinario, sino que requiere un razonamiento distinto al mero proceso formal de revisión de la legalidad.

Un caso que demuestra la necesidad de la intervención del órgano constitucional es el que expuse en mi ponencia al tercer Congreso Internacional sobre Derecho Procesal (Lima, 2005), luego publicada por el Fondo Editorial de la Universidad de Lima, a propósito de la recusación de árbitros en los arbitrajes *ad hoc*<sup>6</sup>, que justamente demuestra la necesidad de una revisión posterior de

---

<sup>5</sup> MEJORADA (2006).

<sup>6</sup> Derecho Procesal, III Congreso Internacional, Lima, 2005. *La recusación en el arbitraje nacional*, pp. 403-409

determinadas decisiones arbitrales, que por arbitrarias requieren una definición constitucional y no solo legal judicial.

En efecto, la Ley General de Arbitraje señala en su artículo 31<sup>7</sup> que, iniciado el proceso arbitral, si una de las partes recusa al árbitro único y este niega la razón, *será el juez* o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, quien resolverá sobre la procedencia o no de recusación, luego de señalar una audiencia para escuchar a las partes y al árbitro único recusado.

Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta, *sin el voto del recusado*.

La ley no señala el procedimiento para el caso de la recusación por la misma causal a los tres árbitros. Lógicamente, siguiendo el espíritu de la norma, considero que el poder judicial deberá resolver la recusación; sin embargo, hay tribunales arbitrales que están resolviendo directamente «sus» recusaciones, violando así el principio de juez imparcial, neutral e independiente, y el de la racionalidad legal.

No debe olvidarse que el procedimiento de recusación, según el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, no paraliza el procedimiento arbitral; por lo que si se da el caso de un litigante que busca dilatar el conflicto, no conseguirá su propósito.

Este es un típico caso de violación constitucional y no legal, pues el fin es el que prevalezca una defensa garantizada por la supremacía constitucional, en lo que respecta a un tribunal imparcial; y, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su resolución 0023-2005-PI/TC, publicada el 1 de diciembre de 2006 en el diario oficial *El Peruano*,

De ahí que, en el estado actual de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, los procesos constitucionales persiguen no solo la protección de los derechos subjetivos fundamentales de las personas, así también comprenden la tutela objetiva de la constitución, pues la protección no solo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en

---

<sup>7</sup> «Artículo 31.- Procedimiento de recusación.- Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el juez, conforme al trámite indicado en el artículo 23, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro. Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el de mayor edad. Contra la resolución que el juez, la institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio. El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral».

general, pues su trasgresión, supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional.

En la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de diciembre de 2006, recaída en los expedientes acumulados 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC, seguidos entre Minera Sulliden Shahuindo S. A. C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S. A., respecto de este caso específicamente de recusación, el Tribunal Constitucional ha manifestado que debe agotarse la vía previa del recurso de anulación, antes de acudir a la demanda de amparo. Señala que

El Tribunal toma nota de que, al preverse un sistema de solución de recusación del arbitraje en la forma contemplada en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, el legislador ha tomado en consideración el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el ordenamiento arbitral y, en particular, el efecto vinculante del contenido constitucionalmente garantizado del derecho a un tribunal arbitral imparcial.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República para que emita una norma que permita cubrir la laguna advertida en el artículo 31 de la ley 26572, Ley General de Arbitraje, respecto de la recusación de todos los miembros del tribunal arbitral.

Debe señalarse finalmente que existió un voto singular del magistrado Bardelli, quien señaló que

[...] el contenido constitucionalmente declarado del derecho al tribunal arbitral imparcial es incompatible con una interpretación y aplicación del artículo 31 de la Ley, según la cual, ante una recusación de todos los miembros de un Tribunal Arbitral, sean ellos mismos los que lo resuelvan, cualquiera sea el procedimiento que se contemple para ello. Dicho procedimiento desde la perspectiva objetiva del principio de imparcialidad, constituye una evidente trasgresión del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial [...].

Entre los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución tenemos los de naturaleza procesal; cabe destacar el debido proceso, la motivación de los laudos, el juez independiente e imparcial y el derecho a la prueba, entre otros, para impedir la arbitrariedad durante el desarrollo de la institución arbitral.

Como veremos en diversas resoluciones del Tribunal Constitucional, el contenido constitucional de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional es exigible a todo órgano de naturaleza jurisdiccional; de no acatarlo será susceptible de amparo constitucional, independientemente del recurso legal señalado en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

En el expediente 197-99-AA/TC, seguidos entre Pesquera Rodga S. A. contra la Resolución de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público

de la Corte Superior de Justicia de Lima, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 26 de octubre de 1999, señaló que

[...] 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. La única excepción a dicha regla será la de la tutela de derechos constitucionales sustantivos, cuando los mismos son vulnerados como consecuencia de la violación paralela de derechos constitucionales de naturaleza procesal, como aconteció en el Expediente 611-97-AA/TC (Caso Marina Ojeda viuda de Cáceres y otros)<sup>8</sup>.

Así también en el Expediente 1609-2002-AA/TC (Caso Teleinfor vs. Cámara de Comercio de Lima). Resuelto el 12 de junio de 2003, el Tribunal Constitucional señaló, en el fundamento 4, que

[...] considerando la trascendencia de la vía arbitral como mecanismo alternativo de solución de controversias, reconocido en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, este colegiado considera oportuno exhortar a la Cámara de Comercio de Lima para que, a través de su Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional, procure velar por el cumplimiento de las disposiciones relacionados con la designación de los árbitros y, en particular con la designación del presidente del Tribunal Arbitral que competen a dicho centro, esto con el propósito de evitar dudas razonables sobre la idoneidad, imparcialidad e independencia de quienes, en definitiva han de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica planteados por aquellos que buscan obtener una tutela efectiva de sus derechos en la jurisdicción arbitral.

Tomas Ramón Fernández señala: «[...] por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucho que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse su carácter discrecional [...] ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario»<sup>9</sup>.

## 2. ARBITRARIEDAD

Ya de por sí la palabra *arbitrariedad* tiene una connotación negativa, en contraposición con las nociones de igualdad, razonabilidad y trato justo. La arbitrariedad, entendida como lo hace el Diccionario de la Real Academia, es el proceder contrario a la justicia o a las leyes, dictado por la voluntad o capricho.

<sup>8</sup> Véase CUEVA MORALES (2000: A41-A52).

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006: 191).

El ejercicio de la facultad de administración privada de justicia por medio de terceros imparciales —elegidos directa o indirectamente por las partes en conflicto— no puede ser, por tanto, un ejercicio abusivo de una de las partes respecto de la otra, ni de parte de los árbitros respecto de los litigantes.

Es claro que los árbitros tienen un poder muy amplio durante el arbitraje y como consecuencia de ello pueden violar el derecho a la defensa o restringir derechos de los particulares en proceso, no solo traspasando los límites señalados por la voluntad de las partes en el convenio arbitral, sino los de la ley, en su caso, y de los la Constitución. Por ello se requiere un contrapeso en su poder de discrecionalidad, el mismo que se ejerce en dos planos: la revisión de la legalidad por parte de la Corte Superior en vía de anulación y la revisión de la constitucionalidad mediante la acción de amparo. La primera verifica la adecuación de la conducta o del acto a los mandatos de la ley; la segunda, su adecuación al derecho constitucional. Como se ha señalado, el arbitraje goza de independencia del poder jurisdiccional ordinario, por lo que todo control será a la conclusión del procedimiento arbitral.

Es pertinente dejar expresa constancia de que en la mayoría de los casos arbitrales los árbitros son escrupulosos en la protección de los derechos de los justiciables. Como lo atestigua la reiterada jurisprudencia de la Corte Superior, y en particular la emitida por la Sala Comercial desde su creación, son excepcionales los casos de violación del proceso arbitral. La solicitud de anulación de los laudos responde más bien, la mayoría de las veces, a que la parte vencida pretende dilatar la ejecución de la decisión y no respetar el fallo argumentando una ilusa y fantástica violación de la forma por parte de los árbitros.

Existen sin embargo casos que han merecido una anulación por parte del órgano jurisdiccional; y justamente son aquellos en los que la protección debe generar seguridad y confianza en la justicia, más aún tratándose de un proceso que se origina en la voluntad de las partes de renunciar a la jurisdicción ordinaria y someterse a reglas propias de la institución arbitral, distintas a las reglas procesales ordinarias.

El arbitraje no es ajeno al sistema de administración de justicia; forma parte de él; no es una isla al margen de las exigencias formales de todo proceso. La voluntad de las partes o el actuar de los árbitros no pueden exceder el marco de los principios constitucionales procesales de contradicción, bilateralidad, igualdad en el proceso y defensa efectiva.

Este conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar una adecuada defensa y protección de los derechos de las partes en conflicto recibe el nombre genérico de *debido proceso*. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las garantías del debido proceso no solo son aplicables

a las instancias que integran el poder judicial, sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional (tomado de la página <web [www.cajpe.org.pe](http://www.cajpe.org.pe)>).

«La garantía procesal del debido proceso permite establecer con carácter absoluto su aplicación en cualquier proceso que se pretenda llevar a cabo, ante cualquier persona o autoridad, pues por su carácter fundamental, requiere de una interpretación amplia que le permita estar presente para hacer posible alcanzar el mayor grado de justicia». Así lo señala el Tribunal Constitucional al mencionar que el debido proceso es una garantía incluso en procesos particulares (caso Pedro Arnillas Gamio, expediente 0067-AA/TC de fecha 12 de diciembre de 1996)<sup>10</sup>.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139), constitucional (artículo 202) y de comunidades campesinas y nativas (artículo 149), no vulnera el principio de igualdad ante la ley previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva<sup>11</sup>.

En el expediente 0976-2001, de fecha 13 de marzo de 2003, referido al caso de Telefónica del Perú S. A. vs. Eusebio Llanos Huayco, a juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos; es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, «[...] en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política [...] el fundamento del orden jurídico y la paz social».

## CONTROL CONSTITUCIONAL

Este especial deber de protección, que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de donde o de quienes pueda proceder la lesión. Así lo ha señalado en reiterados casos y diversas oportunidades el Tribunal Constitucional de nuestro país.

<sup>10</sup> DE BERNARDES (1995: 413-414).

<sup>11</sup> Expediente 6167-2005-PMC/TC expedido el 28 de febrero de 2006. Punto 7 de los fundamentos de dicha sentencia.

En el expediente 3261-2005-PA/TC, de fecha 8 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional determina que

[...] ha de señalarse que la afirmación que precede [la no necesidad de una pluralidad de instancia en sede arbitral] no quiere decir que ningún derecho fundamental de orden procesal tenga eficacia en el ámbito de arbitraje, o que al resolverse tales controversias, los árbitros no deban respetar y garantizar los derechos fundamentales proclamados por la Constitución Política del Estado. En efecto, este Tribunal (STC 1124-2001-AA/TC y 0976-2001-AA/TC, entre otros) ha señalado que en nuestro ordenamiento constitucional los derechos fundamentales no solo tienen eficacia vertical, de manera que vinculan a todos los poderes públicos, sino que también tienen eficacia horizontal, de manera que estos han de ser concretizados en las relaciones entre privados, ámbito al cual pertenece ciertamente todo lo relativo del arbitraje.

En el expediente 1526-2003-AA-TC de agravio constitucional, interpuesto por Félix Egoavil Rivera contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, mediante resolución de fecha 29 de enero de 2004, el Tribunal Constitucional declara:

[...] queda claro, que el hecho que se proceda por una vía procesal distinta que proporcione la actuación de medios adicionales, no significa que no se pueda acudir a la vía procesal constitucional, en los casos que se afecte derechos fundamentales de la persona. No obstante deberá acreditarse fehacientemente lo que se afirma y no como lo sucedido en el presente caso, en que lo actuado no ha permitido formar adecuada convicción en el juzgado constitucional.

En este caso el Tribunal Constitucional declaró fundada la excepción de convenio arbitral, siendo que el recurrente interpuso acción de amparo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros, con el objeto de que se le reconociese la renta vitalicia que señalaba que le correspondía como consecuencia de una enfermedad de carácter profesional adquirida durante su trabajo, y que generaba el derecho a percibir una renta vitalicia según el decreto ley 18846. La compañía dedujo excepción de convenio arbitral, además de contestar al fondo del conflicto negando y contradiciendo la demanda.

El 32 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la excepción de arbitraje, nulo todo lo actuado y concluido el proceso. Tomó como fundamento jurídico la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, ley 26790, reglamentada por decreto supremo 09-97-SA, que en su artículo 91 establece el sometimiento del seguro complementario al Reglamento de Arbitraje y Solución de Controversias. Asimismo, tomó en consideración que el contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo había sido suscrito de común acuerdo por las partes, que se sometían a arbitraje mediante convenio arbitral expreso.

La Cuarta Sala confirmó la sentencia apelada y el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de acción de amparo, señalando que el fondo del conflicto debía ser discutido en la vía arbitral.

A diferencia de lo que ocurrió en el expediente antes comentado, en el expediente 3746-2004-AA-TC, seguido por Leonidas Tubillas Collahua sobre acción de amparo contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Ica, en donde también la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros había interpuesto una excepción de convenio arbitral, el Tribunal Constitucional declaró *infundada la excepción de convenio arbitral*. Así, resolvió sobre el fondo del asunto y ordenó que se le otorgara al demandante la prestación económica demandada.

Mediante esta resolución, de fecha 17 de diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional marcó una decisión relevante respecto de la arbitrabilidad en temas de salud, al señalar que el fondo de la controversia se trataba de un *derecho indisponible* y por lo tanto no susceptible de resolverse por la vía arbitral.

En este caso la recurrente solicita el reconocimiento de una pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por enfermedad profesional de silicosis. La emplazada propone la excepción de arbitraje; además, contesta negando y contradiciendo la demanda. Alega que debe determinarse el día de la configuración de la invalidez y que no se ha acreditado que haya percibido el subsidio por incapacidad temporal que otorga el Seguro Social por el período que establece la ley (solo luego de transcurrido dicho plazo corresponde percibir la pensión correspondiente).

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ica declaró fundada la excepción de convenio arbitral, nulo todo lo actuado y concluido el proceso, debiendo iniciarse un procedimiento arbitral. La Sala Superior confirmó en todos sus extremos la sentencia apelada, tal como había sucedido en el expediente 1526-2003-AA-TC, comentado líneas antes.

El Tribunal Constitucional señaló sin embargo, respecto de la excepción arbitral planteada, que era *un derecho indisponible tratándose del derecho a la salud* y que *no era una materia arbitrable* «[...] tratándose de una conculcación de un derecho fundamental del cual depende la subsistencia del accionante», y declaró infundada la excepción de convenio arbitral deducida por la aseguradora. Invocó como fundamento el artículo 1 de la Ley de Arbitraje, pasó a analizar el fondo de la controversia, declaró fundada la demanda y ordenó que la aseguradora otorgase al demandante la prestación económica solicitada.

Es un caso en el cual el Tribunal Constitucional no permite que se discuta en sede arbitral, por el principio de *kompetenz-kompetenz*, la arbitrabilidad de la controversia; lo resuelve liminarmente, atentando contra el artículo 39 de

la Ley General de Arbitraje<sup>12</sup>, sección nacional y artículo 106<sup>13</sup> de la Sección Internacional de la misma ley.

El propio inciso 7 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, al señalar las causales de anulación, indica que el juez que conoce del recurso de anulación puede anular de oficio un laudo, parcial o totalmente, si la materia fuese manifiestamente no arbitrable de acuerdo con lo señalado en su artículo 1. Es clara la intención del legislador respecto a que cualquier decisión sobre la posibilidad de arbitrar o no sobre una materia deba ser resuelta primero por la vía arbitral y luego, por la vía de anulación, ser discutida en la vía judicial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, entendemos que por un principio de economía procesal, se ha saltado el procedimiento establecido por la ley para declarar que este tema no es arbitrable vía acción constitucional.

### KOMPETENZ-KOMPETENZ

El propio Tribunal Constitucional (expedientes 6167-2005-PMC/TC, del 28 de febrero de 2006, y 1567-2006/PA/TC, del 30 de abril de 2006 y su aclaratoria del 21 de junio de 2006) ha consagrado este principio como vinculante. Lo hace en el fundamento 13 del primero<sup>14</sup> y en los considerandos de ambos.

---

<sup>12</sup> «Artículo 39.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.- Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada».

<sup>13</sup> «Artículo 106.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.- El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. A este efecto, un convenio que forma parte de un contrato se considerará independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no determina la nulidad del convenio arbitral. La oposición indicada en el párrafo anterior deberá formularse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de formular la oposición por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La oposición basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá de oponerse de inmediato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una oposición presentada más tarde, si considera justificada la demora. El tribunal arbitral podrá decidir las oposiciones a que hace referencia este artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Contra la decisión del tribunal arbitral no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada, cuando ello corresponda».

<sup>14</sup> Expediente 6167-2005-PMC/TC. Fundamento 13: «Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “*kompetenz-kompetenz*” previsto en el

Basta la existencia de un convenio arbitral celebrado por escrito para que todo lo relacionado con la validez del convenio y la arbitrabilidad de la materia sea resuelto por un tribunal arbitral, sin que pueda intervenir la jurisdicción ordinaria y tampoco la constitucional, hasta agotarse el proceso arbitral con el laudo y la anulación del mismo, ante la Corte Superior: «Como consecuencia de la necesidad de evitar paralizar y frustrar el procedimiento arbitral, los usuarios optaron en primer término y luego las legislaciones por darle la facultad a los propios árbitros para que resuelvan lo relativo a la validez o invalidez de un contrato que contiene un convenio arbitral, indicándose que este subsiste por sí mismo, siendo independiente de las demás estipulaciones contractuales»<sup>15</sup>.

En el expediente 1567-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional señala (considerandos 26 y 27) que reconoce la plena vigencia del principio de la competencia, previsto en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje, pero que «[...] no obstante, el principio de la “competencia de la competencia” no puede ser garantizado ilimitadamente por nuestro ordenamiento jurídico. La imposibilidad de que los derechos fundamentales sean garantizados de manera ilimitada es aplicable, *mutatis mutandis* al principio que nos ocupa».

Lo que el Tribunal nos señala es que dicho principio puede ser cuestionado en la vía constitucional en la medida en que viole la tutela procesal efectiva, por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, pero con posterioridad al sometimiento a la jurisdicción privada y a la anulación que se interponga en la vía ordinaria; salvo, obviamente, que se trate de la excepción contenida en el artículo 46 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, referido al supuesto del no agotamiento de las vías previas contra un daño que puede ser irreparable.

Los árbitros no son los únicos jueces que resuelven acerca de su competencia. Lo hacen en primera instancia, para luego, en caso de declararse competentes, resolver el fondo del conflicto; y solo luego de emitido el fallo sobre el fondo, la

---

artículo 39 de la Ley General de Arbitraje —ley 26572—, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44 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».

<sup>15</sup> GARCÍA CALDERÓN MOREYRA (2004: 93).

parte que cuestionó la competencia del tribunal arbitral o del árbitro único acudiría a la Sala Comercial de la Corte Superior para que intervenga en vía de revisión respecto de la decisión efectuada por los árbitros acerca de su competencia.

No tengo dudas, a pesar que la Ley General de Arbitraje no lo indica, de que en la hipótesis de que el tribunal se declare incompetente, amparando la excepción formulada por una de las partes, la otra podrá acceder en vía de anulación al Poder Judicial.

### AGOTAMIENTO DE LAS VÍAS PREVIAS

Este control *ex post*, en sede judicial, por mandato de la Ley General de Arbitraje, concordado con el artículo 5, numeral 4, del Código Procesal Constitucional, que señala que no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas, tiene por objeto cautelar a las partes respecto de cualquier arbitrariedad que se presente en las tres etapas señaladas anteriormente (convenio arbitral, procedimiento y laudo) y que hubieran sido resueltas por los árbitros violando la Constitución, procedimiento distinto al control de la legalidad efectuado por la Corte Superior mediante el denominado *recurso de anulación*.

El Tribunal Constitucional ha señalado que, además del control que debe ser efectuado por la Sala Superior, existe luego la posibilidad de solicitar una revisión de la constitucionalidad. Indica que la solicitud de anulación de laudo en sede judicial es un prerequisite y debe darse como agotamiento previo para acceder a la vía constitucional, que se convierte en el órgano decisorio y último defensor de las garantías y derechos consagrados en la Carta Política que deben existir en todo proceso arbitral.

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 de 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.

Oswaldo Hunsdkopf considera cuestionable que luego de concluirse el proceso de anulación ante la Corte Superior, en donde se comprueba el respeto a las reglas del debido proceso y por tanto se ratifica el laudo arbitral, se dé trámite a una acción de amparo en la que nuevamente se revise el respeto a las reglas del debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva: «Esta revisión no debe ser una puerta abierta al no acatamiento de los laudos, ni debe suspenderse su ejecución»<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> HUNSDKOPF (2006).

Quienes se inclinan por que el procedimiento arbitral sea irrevisable se sustentan en el artículo 4 de la ley 26572, que establece que, salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral; igualmente, en el artículo 59, que otorga a los laudos arbitrales carácter definitivo y establece que contra ellos no procede recurso alguno, salvo el de apelación y nulidad.

Una interpretación formal, propia del valorismo legalista de la ley 26572, concluiría que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución expedida por un tribunal arbitral es incuestionable en sede constitucional, incluso en aquellos supuestos en los que afecten derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, la institución arbitral debe interpretarse tomando en consideración el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución, tal como lo señala su artículo 51, por lo que no es atendible para defender la irrevisabilidad absoluta de las resoluciones de los tribunales arbitrales.

Además, resulta manifiestamente contrario al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución; y por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución).

En ese mismo sentido opina el profesor Caivano al indicar que «[...] ya no se discute que los árbitros ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional equivalentes a las de los jueces. Ello significa, en concreto, que conocen de las cuestiones sometidas a ellos en términos similares a los magistrados del Poder Judicial, y que las decisiones que adopten en uso de sus facultades, una vez firmes, adquieren el efecto de cosa juzgada»<sup>17</sup>. Cita el autor, a modo de ejemplo, un fallo de la Corte Suprema argentina del 31 de mayo de 1999, que señala que «[...] aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional, por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus actos».

## NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

La naturaleza jurídica del arbitraje, motivo de análisis y discusión en el ámbito nacional<sup>18</sup>, ha sido abordada por el Tribunal Constitucional mediante sentencia

<sup>17</sup> CAIVANO (2006: 121).

<sup>18</sup> Véase sobre el tema de la naturaleza jurídica del arbitraje, entre otros muchos autores: ARAMBURÚ MENCHACA (1990), CÁRDENAS QUIROZ (1985), RIVADENEYRA SÁNCHEZ (1988), VIDAL RAMÍREZ (2002), LOHMANN LUCA DE TENA (1988), CANTUARIAS y ARAMBURÚ (1994), MONTOYA ALBERTI (1988) y SANTISTEBAN DE NORIEGA (2006).

recaída sobre el expediente 6167-2005-PHC/TC, del 28 de febrero de 2006, en la que se establecen precedentes vinculantes en materia arbitral.

El Tribunal Constitucional señala que la naturaleza jurídica del arbitraje contiene los cuatro elementos que se requieren para hablar de jurisdicción: existencia de un conflicto entre partes, interés social en la composición del conflicto, intervención del Estado mediante un órgano como tercero imparcial y aplicación de la ley o integración del derecho. Manifiesta asimismo que, siendo voluntario el origen del arbitraje mediante la suscripción del convenio arbitral, esta sustracción del poder judicial no lo desliga de los preceptos constitucionales, por lo que forma parte del orden público constitucional, y deben las partes y los árbitros sujetarse a sus preceptos.

La doctrina desarrolla la naturaleza jurídica del arbitraje señalando cuatro grandes corrientes: la contractualista o privatista, la publicista o procesalista, la ecléctica o mixta y la autónoma.

Creo que es el momento de afirmar con reglas propias la institución arbitral, tomando en consideración su origen y su función como un todo de manera autónoma. No es lo mismo indicar que el arbitraje tiene una función jurisdiccional que señalar que su naturaleza jurídica es exclusivamente jurisdiccional o contractual y mucho menos procesalista.

La sentencia del tribunal arbitral adopta una posición respecto de la naturaleza jurídica de la institución arbitral (la «jurisdicción de carácter privado» o «jurisdicción independiente») sin encasillarla en la teoría procesalista ni en la contractualista, que primó en nuestro país con la dación del Código Civil de 1984, en lo que respecta a los contratos de cláusulas compromisorias y compromiso arbitral, hoy subsumidos ambos en el concepto de *convenio arbitral*. Le da su lugar indicando que el origen es voluntario, pero esa voluntad no se agota en el contrato que lo originó sino que el hecho de someterse a una jurisdicción privada produce automáticamente efectos jurídicos que hacen del arbitraje lo que el tribunal denomina *sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada*, con plenos derechos de autonomía pero dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Al igual que el laudo arbitral que pone fin al proceso, y tiene el carácter de cosa juzgada, no impregna el arbitraje con las características típicas del derecho procesal ordinario.

Sin duda estamos ante un desarrollo conceptual *status nascende*, en la medida en que debe interpretarse el arbitraje autónomamente con criterios propios, sin encasillar la institución arbitral en paradigmas jurídicos que escapan de su verdadera esencia y vocación originaria, creada por el comercio para sustraerse de las jurisdicciones ordinarias generando un mecanismo que satisfaga sus necesidades de justicia eficiente, pero dentro del marco de la seguridad jurídica.

El arbitraje debe interpretarse con sus propios criterios doctrinarios. Como antecedentes de esta opinión quisiera señalar que en el proyecto de ley de seguros se incorporó un capítulo de normas interpretativas para explicar esta institución bajo sus reglas, ya que, como sucede con el arbitraje, se debe explicar según las necesidades del comercio y no de tomar conceptos jurídicos clásicos que no siempre encajan en instituciones modernas<sup>19</sup>.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la contratación, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral forma parte de este. Esto supone que en un Estado constitucional el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43 de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al derecho de control de los abusos del poder privado.

El propio Tribunal Constitucional configura el arbitraje como «un equivalente jurisdiccional» mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado, es decir, una decisión con efectos de cosa juzgada [...]. Bernardo M. Cremades indica que «La equivalencia entre el laudo y la sentencia judicial hace necesario el sometimiento de laudo al control judicial mediante el ejercicio de la acción de anulación para salvaguardar la conformidad del laudo al orden público del que jueces y tribunales son garantes<sup>20</sup>».

La institución del arbitraje no agota su esencia en el convenio arbitral ni tampoco en el proceso, el cual, por lo demás, es un mecanismo que no impregna la institución sino que permite su desenvolvimiento en un cauce de orden, pero con una flexibilidad procesal distinta a la rigidez del proceso ordinario, otorgando las garantías de bilateralidad, igualdad y contradicción que suponen un debido proceso. Entendemos, pues, que la interpretación debe ser inclusiva, abarcando su origen y su función, en concordancia con las necesidades básicas de seguridad jurídica.

El carácter jurisdiccional del arbitraje otorga unas garantías a las partes y responsabilidades para el árbitro, de proteger el derecho fundamental al proceso debido, consagrado constitucionalmente, el cual debe ser entendido como sujeto a los principios esenciales de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes.

«Los principios de igualdad, audiencia y contradicción son de aplicación inmediata al arbitraje que, en su caso, serán tutelados por los órganos judiciales que conozcan de la acción de anulación del laudo, o por el propio tribunal

---

<sup>19</sup> Proyecto de ley de seguros (artículo 26) publicado en el diario *El Peruano* el 24 de junio de 1998.

<sup>20</sup> CREMADES (2006: 186-187).

constitucional, mediante la interpretación del recurso de amparo, frente a la resolución de la audiencia provincial que desestime la acción de nulidad, cuando en el arbitraje se hubiese efectivamente vulnerado el derecho fundamental al debido proceso»<sup>21</sup>.

Es importante destacar que reiteradamente se comete el error de considerar al arbitraje carente del atributo de la *executio*, lo cual es un error al sí tenerlo los árbitros, es verdad que por imperio de las partes o del reglamento de la institución a la que se sometieron, tal como señala la misma ley de arbitraje; en cuanto a la *coertio*, esta es ejercida, naturalmente por intermedio de los jueces, por razón de la seguridad jurídica mas no por limitación de los atributos jurisdiccionales de los árbitros.

Independientemente de la denominación (jurisdicción autónoma, privada, excepcional) o sin utilizar el tema jurisdiccional, la mayoría de académicos están de acuerdo en que la función de administración privada de conflictos es un derecho que emana por mandato soberano de los ciudadanos, el cual es reconocido por el Estado, que incorpora a su ordenamiento jurídico un mecanismo alternativo al ordinario, más flexible y ventajoso en cuanto especialización y celeridad, que permita a los particulares (y en muchos casos también al Estado) una solución acorde con las necesidades modernas.

En consecuencia, siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional, las causales de anulación de un laudo arbitral son las señaladas en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, que se pueden invocar ante el Poder Judicial (Sala Comercial) como violación de la legalidad; pero mediante acción Constitucional de amparo podrán invocarse, además, las causas señaladas por el artículo 139 de la Constitución del Estado, con excepción de la renuncia a la doble instancia y la publicidad, lo que por su naturaleza constituye una decisión de las partes al pactar la solución arbitral.

Sin duda los árbitros gozan de plena autonomía en sus funciones y nadie puede socavar dicha autoridad; sin embargo, debido a las características del proceso arbitral, en el que no hay posibilidad inmediata de revisión de la decisiones sino que se debe esperar al final del proceso (revisión *ex post* o a posteriori), como lo señala el Tribunal Constitucional en la resolución 1567-2006 ya citada, se hace necesario que los árbitros se encuentren sujetos a una revisión tanto de parte del poder judicial, respecto del cumplimiento de la legalidad, como también respecto de los derechos constitucionales frente a posibles infracciones o violaciones de la tutela procesal efectiva establecidas en la Constitución del Estado.

---

<sup>21</sup> *Lima Arbitration* número 1, 2006; CREMADES (2006: 186-187).

Se trata, en todo caso, de una jurisdiccional privada. Por ello, la revisión de las decisiones arbitrales se resuelve como la propia legislación sobre la materia lo señala. Esto es, la revisión de parte del poder judicial de cualquier arbitrariedad formal que pueda haberse cometido durante el desarrollo del arbitraje. Vale la pena aclarar que no es solo un control respecto al procedimiento arbitral sino que también lo es respecto a la validez del convenio arbitral, su origen, la arbitrabilidad de las materias sometidas a los árbitros, el debido proceso —por supuesto— y la revisión por parte del poder jurisdiccional del laudo o sentencia arbitral que pone fin al procedimiento arbitral.

La institución arbitral tiene una naturaleza jurídica propia, autónoma, que incluye clara pero no exclusivamente elementos de orden jurisdiccional, toda vez que, siendo el origen voluntario y reposando la institución arbitral en la voluntad de las partes, esta posee un carácter contractual; por eso debe entenderse la institución como un todo y de manera integral, de carácter autónomo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAMBURÚ MENCHACA, Andrés  
1990 *Notas al margen de la Constitución*. Lima: P. L. Villanueva.
- CAIVANO, Roque J.  
2006 «Arbitraje y grupos de sociedad. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». *Lima Arbitration*. Lima, número 1, pp. 121-162.
- CANTUARIAS, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ  
1994 *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M. J. Bustamante.
- CÁRDENAS QUIROZ, Carlos  
1985 «Cláusula compromisoria y compromiso arbitral. Exposición de motivos y comentarios». En REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil*. Tomo VI. Lima: Artes Gráficas de la Industria Avanzada.
- CREMADES, Bernardo M.  
2006 «El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Lima Arbitration*. Lima, número 1, pp. 185-220.
- CUEVA MORALES, Carlos  
2000 «¿Puede cuestionarse un laudo arbitral vía acción de amparo?». En *Jurisprudencia comentada*. Tomo 295. Normas Legales, pp. A41-A52.

DE BERNARDES, Luis Marcelo

1995 *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Cultural Cuzco.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomas-Ramón

2006 *Discrecionalidad, arbitrariedad y control constitucional*. Lima: Palestra.

GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo

2004 *El arbitraje internacional*. Lima: Cecosami.

HUNSDKOPF, Oswaldo

2006 «Régimen impugnatorio en el arbitraje nacional». *Athina*. Lima: Universidad de Lima.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo

1988 *El arbitraje*. Colección *Para leer el Código Civil*. Volumen V. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MEJORADA, Martín

2006 «Legitimidad y ámbito del control difuso, a propósito de la justicia arbitral». *Archivo Procesal*. Lima, número 1, pp. 118-124

MONTOYA ALBERTI, Ulises

1988 *El arbitraje comercial*. Lima: Cultural Cuzco.

RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan

1988 «¿Jurisdicción arbitral?». *Themis*. Lima, segunda época, número 11.

SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge

2006 «Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, número 2, pp. 15-66.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

2002 «El arbitraje es función jurisdiccional». *Laudo*. Lima, número 3.