

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**EL ORDEN PÚBLICO SUSTANTIVO COMO LÍMITE AL ARBITRAJE
NACIONAL EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA CONFORME A LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

1999-2015

Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho

AUTOR

Alberto Eduardo Ferrand Noriega

ASESOR

Dr. Rómulo Martín Morales Hervias

JURADO

Dr. César Rodrigo Landa Arroyo

Dr. Rómulo Martín Morales Hervias

Dr. Juan Alejandro Espinoza Espinoza

Dr. Leysser Luggi León Hilario

Dr. Edwin Vilmer Figueroa Gutarra

LIMA – PERÚ

2019

RESUMEN

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (1999-2015) puede constatar y/o inferirse que el sometimiento de las partes del convenio arbitral al arbitraje y sus efectos encuentra constitucionalmente límites explícitos e intrínsecos en la finalidad (causa final) ilícita de dicho convenio o de los contratos y demás actos jurídicos conexos y en la contravención del orden público. Estos límites constitucionalmente explícitos confluyen en uno solo: todo acto jurídico o contrato válido es de por sí lícito, para fines lícitos, conforme al orden público, que en sentido lato incluye a la moral social. Asimismo, de dicha jurisprudencia se desprende que el sometimiento al arbitraje y sus efectos encuentra constitucionalmente un límite implícito y extrínseco en el alcance de otros derechos fundamentales y constitucionales.

Así como el Estado es el último garante de la autodeterminación de las partes para la solución contractual de los conflictos, es también el último garante del orden público en el ordenamiento jurídico sistémico y jerárquico. La Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje vigente indica 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". Esta disposición complementa el artículo 63° de la Ley de Arbitraje, sobre causales de anulación, terminando por admitir la anulación del laudo en casos de amenaza o vulneración de derechos sustentados en el orden público constitucional, indisponible incluso para el legislador, el cual incluye a los derechos fundamentales y constitucionales de carácter sustantivo y a los inherentes al debido proceso, como límites constitucionales a la libertad contractual.

No existe en el artículo 63° de la Ley de Arbitraje ni en ninguna otra disposición de dicha ley una causal de anulación de un laudo de arbitraje nacional que proteja de la contravención del orden público de génesis legal. La causal existe en el inciso 1.f de dicho artículo de la Ley de Arbitraje sólo para el arbitraje internacional cuando el laudo es contrario al "orden público internacional del Perú". Si bien las causales taxativas de la Ley de Arbitraje se explican por la naturaleza excepcional de la anulación, no puede soslayarse que dicha anulación debe proceder fundamentalmente por ausencia en el laudo de elementos esenciales del mismo. Si bien hay certidumbre de la omisión en la Ley de Arbitraje de tal causal para el arbitraje nacional, también la hay respecto a que conforme a la Constitución el derecho constitucional a contratar es **en su esencia** para fines lícitos, sin contravención de leyes de orden público. Tratándose de un elemento **esencial**, no hay racionalidad constitucional en que su ausencia no acarree invalidez. La omisión no se condice con el alcance limitado de la protección de la libertad contractual en el texto constitucional del inciso 14 del artículo 2° de la constitución, ya se trate de una relación contractual nacional o de una internacional. Los límites de la libertad en el arbitraje definen la esencia de dicha libertad, el campo de lo constitucionalmente disponible para los árbitros y lo constitucionalmente indisponible para ellos.

Resulta, entonces, constitucionalmente procedente la anulación del laudo nacional contrario al orden público del Perú. Será control de la constitucionalidad si se trata del orden público constitucional. Será control de la legalidad si se trata del orden público de origen legal.



A María del Rosario,
mi esposa y compañera entrañable,
con inmensa gratitud y amor.

ÍNDICE

| | Página |
|--|--------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULOS | |
| I. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y SUS LÍMITES | 6 |
| A) El Contrato como una de las Fuentes del Derecho Peruano | 7 |
| B) Contenido Normativo Contractual como Parte del Ordenamiento Jurídico Sistémico | 9 |
| C) El Contrato como Categoría Normativa | 11 |
| D) Contenido, Protección y Límites de la Autonomía de la Voluntad | 13 |
| E) La Libre Contratación y la Subsidiariedad Estatal en el Estado Social y Democrático de Derecho | 39 |
| F) La Autonomía Limitada en la Contratación Masiva y las Relaciones de Consumo | 43 |
| II. EI ORDEN PÚBLICO SUSTANTIVO COMO LÍMITE CONSTITUCIONAL AL ARBITRAJE NACIONAL EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA | 54 |
| A) Garantía Jurisdiccional Estatal de la Jurisdicción Arbitral como Solución Privada de Conflictos | 63 |
| B) El Arbitraje como Jurisdicción Independiente Constitucionalmente Garantizada | 66 |
| C) Orden Público Procesal o Adjetivo: El Debido Proceso como Límite de Orden Público Constitucional a la Autonomía en el Arbitraje | 71 |
| D) Dimensión Sustantiva o Material del Debido Proceso | 76 |

| | | |
|------|--|-----|
| E) | El Orden Público Sustantivo como Límite a la Autonomía en el Arbitraje | 84 |
| 1. | Orden Público Internacional de un Estado | 88 |
| 2. | Orden Público Nacional o Doméstico | 93 |
| 3. | El Orden Público en el Arbitraje por Adhesión en una Relación Preconfigurada | 100 |
| 4. | Riesgos en el Orden Público Textual y en el Orden Público Virtual | 105 |
| III. | EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE Y EL ORDEN PÚBLICO SUSTANTIVO EN EL PERÚ | 113 |
| A) | El Orden Público Constitucional Sustantivo y el Control Jurisdiccional del Arbitraje en la Fase Previa al Caso Sociedad Minera María Julia | 115 |
| B) | El Orden Público Constitucional Sustantivo y el Control Jurisdiccional del Arbitraje a Partir del Caso Sociedad Minera María Julia. | |
| | El Orden Público Sustantivo de Origen Legal. | 128 |
| 1. | Procedibilidad del Recurso de Anulación del Laudo | 130 |
| 2. | Procedibilidad del Recurso de Amparo contra Resoluciones Judiciales Firmes sobre Impugnación de Laudos Arbitrales | 137 |
| 3. | Procedibilidad Directa del Recurso de Amparo Contra Laudo Arbitral sin Interposición de la Demanda de Anulación | 141 |
| | CONCLUSIONES | 147 |
| | ANEXO 1: SENTENCIAS SELECCIONADAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y SUS LÍMITES | 155 |
| | ANEXO 2: SENTENCIAS Y RESOLUCIONES SELECCIONADAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARBITRAJE | 164 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 176 |

INTRODUCCIÓN

El artículo 63° de la Ley de Arbitraje del Perú (Decreto Legislativo N° 1071) contiene las causales taxativas del recurso de anulación del laudo arbitral. Su inciso 1.f establece la contravención del “orden público internacional” del Perú como causal de anulación del laudo tratándose del arbitraje internacional, lo que alcanza al orden público internacional procesal (debido proceso) y al sustantivo.

No existe en dicho artículo ni una causal de anulación de un laudo de arbitraje nacional por contravención del orden público sustantivo. ¿Puede ser totalmente válido un laudo nacional que contraviene el orden público sustantivo del Perú? ¿De qué modo la fundamentación del Tribunal Constitucional peruano en sus sentencias y resoluciones (1999-2015) responde a la tensión entre el orden público sustantivo del Perú y la autonomía de la voluntad que genera el convenio arbitral, sus contratos conexos, las actuaciones arbitrales y el laudo en el arbitraje nacional?

Actualmente en las clases y en los eventos académicos de las Facultades de Derecho, en las revistas y publicaciones especializadas, se suele enfatizar la organización de la vida social privada por medio del orden privado contractual, sin suficiente percepción sobre los vínculos intrínsecos entre ese orden privado y el ordenamiento público. De ahí la exaltación muchas veces no bien ponderada de la no injerencia estatal y de la desregulación como la panacea del bienestar social. De ahí, también la literatura jurídica que nos pone en la disyuntiva entre libertad y regulación

heterónoma, arbitraje y orden público, solución privada de conflictos y control jurisdiccional estatal de la misma, como si no fuera inherente al Derecho el encuentro entre la libertad y la tutela. A menudo esta doctrina asume, en sus ejemplos de laboratorio, que las partes actúan contractualmente con igual y plena libertad y que la norma tutelar trata al posible afectado como a un “tonto”.

Coincidimos con muchos autores en que la preservación de la autonomía de la voluntad en las dinámicas del arbitraje y los cuidados para evitar la pérdida de la funcionalidad esencial del mismo como mecanismo de solución de conflictos, sean predicados a favor de la eficacia y la eficiencia de la solución de conflictos contractuales y de la sociedad misma y, en suma, a favor del crecimiento de la riqueza y del mayor desarrollo económico y social. Sin embargo, notamos que, adherido a dicha postura, hay un prejuicio conceptual de muchos frente a lo que implique protección jurídica, control jurisdiccional estatal, a favor de la parte contractual (o del tercero) que podría quedar afectada en sus derechos indisponibles.

¿Pero hay en verdad contradicción entre ambas perspectivas? ¿Para el desarrollo del arbitraje es necesario apartarlo de consideraciones tutelares constitucionales y axiológicas? ¿No será que la preservación de la libertad contractual en el arbitraje coincide en su fundamento último y de modo esencial con la preservación de principios jurídicos y normas inderogables por las partes, generadores de derechos indisponibles, que en cuanto tales hacen parte del orden público? ¿No será entonces que la libertad constitucional de contratar reconocida en el artículo 62° de la Constitución implica también un orden público que procura el equilibrio inter partes frente a las asimetrías de la realidad pre-jurídica? Nos ha interesado conocer en profundidad cuál es la concepción explícita o implícita que sobre la voluntad autónoma en el arbitraje y sus límites sustantivos tiene el Tribunal Constitucional Peruano.

La hipótesis de la que hemos partido para este trabajo es que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano 1999-2015 nos permite sostener que, en tanto el orden público sustantivo del Perú constituye un límite constitucional -intrínseco y explícito- al laudo resultante del arbitraje nacional en la contratación privada, debe ser constitucionalmente

procedente la anulación del laudo nacional que contraviene dicho orden público.

A través de diversas sentencias el Tribunal Constitucional del Perú ha formulado progresivamente una concepción sobre el derecho constitucional a la libertad contractual y sus límites que constituye doctrina jurisprudencial. Asimismo, ha ido estableciendo ciertos precedentes respecto al arbitraje y su control constitucional. El estudio de dicha jurisprudencia ha proporcionado una base de concreción para esta investigación, suscitando interrogantes y ofreciendo respuestas sobre los límites constitucionales sustantivos del arbitraje nacional en la contratación privada.

Siendo ese análisis jurisprudencial nuestro punto de partida, hemos realizado nuestro trabajo según los métodos dogmático, comparado y funcional.

Según el método dogmático nos hemos detenido en analizar, de un lado el orden público como límite a la libertad contractual, distinguiendo el orden público procesal o adjetivo (en sus dimensiones formal o material) y el orden público sustantivo, el orden público nacional o doméstico y el orden público internacional del Perú. De otro lado, hemos analizado al arbitraje nacional como instituto entroncado constitucionalmente en la autonomía de la voluntad de las partes y constitucionalmente garantizado, para así abrir el camino hacia la consideración del orden público sustantivo como límite constitucional al arbitraje nacional en la contratación privada.

Conforme al método comparado hemos revisado bibliografía nacional y extranjera sobre doctrina y jurisprudencia, ciertas sentencias relevantes de la Corte Constitucional de Colombia, la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Arbitraje Internacional, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, etc., lo que nos ha permitido tener una visión global del tema y así superar el abordaje doméstico de los límites a la libertad contractual en el arbitraje.

La bibliografía revisada expresa algunos conceptos vinculados a ciertos aspectos de los temas materia de la investigación; pero no expone el problema del mismo modo ni mucho menos indaga y presenta con amplitud la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano de la etapa elegida. De ahí la originalidad de este esfuerzo académico.

Hemos seguido, asimismo, una metodología funcional. Ya que tuvimos por finalidad establecer si, desde una perspectiva civil constitucional, debe ser procedente la anulación del laudo nacional que contraviene el orden público sustantivo, resultaba indispensable esclarecer la aplicación del orden público como límite a la autonomía de la voluntad en el arbitraje.

Corresponden al marco teórico todos los capítulos del esquema de trabajo, ya que en ellos se exponen los conceptos y definiciones. En ellos también se exponen simultáneamente los resultados de la investigación, desde el enfoque del derecho civil constitucional, a partir de diversas fuentes como son la jurisprudencia constitucional y la doctrina reciente especializada.

El primer capítulo da cuenta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional seleccionada y revisada sobre el tema de la libertad contractual y sus límites, como antesala del tema del arbitraje y sus límites. A través de diversas sentencias el Tribunal Constitucional del Perú ha formulado progresivamente una doctrina jurisprudencial sobre dicha materia que ha sido muy relevante considerar al analizar la libertad de los contratantes al someterse a la llamada jurisdicción arbitral.

Resulta fundamental en el segundo capítulo el esclarecimiento de en qué sentido la llamada jurisdicción arbitral está constitucionalmente garantizada en el Perú. Partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y apoyándonos también en doctrina especializada reciente, este capítulo presenta el tema de la autonomía de la voluntad y sus límites en el arbitraje con la finalidad de enfocarnos finalmente en el orden público sustantivo y sus riesgos en tanto límite constitucional al arbitraje nacional en la contratación privada.

Entendemos que puede distinguirse un orden público sustantivo en contraposición al orden público procesal o adjetivo (debido proceso en sus dos dimensiones formal o material). La Asociación de Derecho Internacional, por ejemplo, distingue entre orden público internacional sustantivo y orden público internacional procesal. Lo mismo hacen diversos autores citados.

El tercer capítulo presenta las sentencias y resoluciones seleccionadas y revisadas del Tribunal Constitucional respecto al control jurisdiccional del arbitraje, en las que se distinguen dos fases marcadas por lo anterior y lo

vigente a partir del caso Sociedad Minera María Julia. La equivalencia entre el laudo y la sentencia judicial que el ordenamiento consagra implica que sea preciso posibilitar el sometimiento del laudo al control jurisdiccional estatal mediante el recurso de anulación o el recurso constitucional de amparo. Con ello nos hemos enfocado en el control constitucional del arbitraje desde la perspectiva del orden público sustantivo según se desprende e infiere de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.



Capítulo I

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y SUS LÍMITES

A través de diversas sentencias el Tribunal Constitucional del Perú ha formulado progresivamente una concepción sobre el derecho constitucional a la libertad contractual y sus límites que constituye doctrina jurisprudencial y merece ser recogida y reunida para su exégesis y análisis. Dicha jurisprudencia está conformando en el Perú los principios y criterios para una constitucionalización de lo que solemos identificar como Derecho Privado. En el contexto de nuestro estudio sobre el arbitraje nacional en la contratación privada esta jurisprudencia es de sumo interés ya que la libertad de los contratantes para someterse a la jurisdicción arbitral encuentra como límite sistémico a la compatibilidad con los demás derechos fundamentales y constitucionales que el Estado está obligado a proteger en resguardo del interés general.

Nuestra investigación ha partido del universo de sentencias disponibles en la página web del Tribunal Constitucional (<http://www.tc.gob.pe/tc/>) aplicando el buscador que ésta misma proporciona. Utilizando para la búsqueda algunos términos pertinentes (libertad contractual, libertad de contratar, libertad de contratación, libertad de contrato, consumidor) y revisando las sentencias seleccionadas por dicho instrumento tecnológico (un centenar por cada término), hemos elegido a nuestra vez 54 sentencias que van del año 1999 al 2015, las cuales hemos constituido en materia de

esta investigación y reunido en el Anexo 1 de este trabajo.

Hemos insertado, tanto en el texto como en las notas a pie de página de este capítulo, algunas referencias a ciertas sentencias relevantes de la Corte Constitucional de Colombia sobre la materia tratada. Por lo general éstas implican un énfasis en los principios de buena fe y de solidaridad que no se refleja de igual modo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional del Perú. Son las siguientes: C-158 de 1998, T-468 de 2003, T-520 de 2003, T-170 de 2005, C-409 de 2009, T-160 de 2010 Y T-312 de 2010.

La concepción del Tribunal Constitucional del Perú sobre el derecho constitucional a la libertad contractual y sus límites puede exponerse con la presentación de los siguientes temas: el contrato como una de las fuentes del Derecho peruano; el contenido normativo contractual como parte del ordenamiento jurídico sistémico; el contrato como categoría normativa; el contenido, la protección y los límites de la autonomía de la voluntad; la libre contratación y la subsidiariedad estatal en el “Estado Social y Democrático de Derecho”; y finalmente, la contratación masiva y las relaciones de consumo.

A) El Contrato como una de las Fuentes del Derecho Peruano

El Tribunal Constitucional del Perú explica que la Constitución ha señalado un sistema de fuentes de derecho peruano presidido por la misma Constitución, seguido por las fuentes normativas con rango de ley y luego las fuentes normativas con rango distinto a la ley. Entre éstas, la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho, el contrato (autonomía de la voluntad) y la doctrina. Desde esta perspectiva “...el contrato también es una fuente de derecho que tiene reconocimiento constitucional”.¹ Dicho reconocimiento se concreta en el inciso 14º del artículo 2º, en el artículo 62º y, respecto a la convención colectiva, en el

¹ STC emitida el 24 de abril de 2006 en el expediente N° 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín representado por José Claver Nina-Quispe Hernández), fundamento 44.

inciso 3º del artículo 28º.²

Este sistema de fuentes normativas "...se rige por el criterio de la unidad, ya que se encuentra constituido sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en producción como en la aplicación de sus determinaciones coactivas".³

El Tribunal Constitucional ha señalado que el poder negocial o de declaración de voluntad de los contratantes es parte de un **poder** normativo que desciende en diversos planos desde el poder constitucional; así como también es parte de un **deber** que asciende desde los contratos a la Constitución de la República.⁴

La producción normativa revela el "binomio poder-deber". Como **poder** "...se manifiesta descendentemente en cinco planos: poder constitucional, poder legislativo ordinario, poder reglamentario, poder jurisdiccional y poder negocial o de declaración de voluntad". Como **deber** "...se manifiesta ascendentemente en cuatro planos...". Estos son en primer lugar el "...Deber negocial o de declaración de voluntad, dentro del marco de la Constitución y demás normas de orden público..." seguido de los deberes de "...aplicar la ley y ceñirse a ésta para resolver los conflictos de carácter judicial o administrativo... reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas... legislar dentro del contexto señalado por la Constitución".⁵

Coincidentemente, para una destacada doctrina italiana...

...una visión moderna de la relación contrato/Estado (y, entonces, de la relación contrato/mercado) no acepta la tesis según la cual la autonomía privada es fuente, y regla de juicio, de sí misma; en efecto es obvio que la autonomía privada es sólo uno de los factores de producción del ordenamiento jurídico, en cuyo interior ella se ubica.⁶

² Ibídem

³ STC emitida el 24 de abril de 2006 en el expediente N° 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín representado por José Claver Nina-Quispe Hernández), fundamento 47.

⁴ STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI-TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 5.

⁵ Ibídem

⁶ Véase Mauro Grondona. Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada. En: Revista de Derecho Privado N° 20 Enero-Junio de 2011 (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011) pp. 277 - 278.

Dicha visión moderna tampoco acepta...

...la idea de que el contrato, una vez que ha surgido, pertenezca exclusivamente a las partes y, como tal, imponga a los contratantes y a los intérpretes una defensa contra el ordenamiento (y contra la obra de concreción del juez)...

...cada vez más se registran la exigencia y las señales de una renovada concepción en sentido pluralista de las fuentes del derecho, una concepción que entiende el contrato como una de las fuentes del ordenamiento y que, como tal, debe ser analizada en el contexto del derecho viviente...⁷

B) Contenido Normativo Contractual como parte del Ordenamiento Jurídico Sistémico

De diversas fuentes de derecho provienen las normas que constituyen el orden jurídico u ordenamiento jurídico.⁸ Éste es definido como "...un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas".⁹ También se le ha definido como "...una pluralidad sistémica de normas aplicables en un espacio y lugar determinado, y se caracteriza por... su plenitud hermética".¹⁰ De este ordenamiento es parte el orden contractual (que surge del poder negocial normativo).

El contenido normativo contractual, al igual que el resto de normas jurídicas, vale como norma (particular) precisamente porque es parte del ordenamiento. En esto el Tribunal Constitucional se adhiere a la tesis normativista en lugar de la teoría individualista. Toda norma, incluida la contractual, encuentra su fundamento de validez formal y material en otra

⁷ Ídem, p. 283.

⁸ STC emitida el 24 de abril de 2006 en el expediente N° 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín representado por José Claver Nina-Quispe Hernández), fundamento 49.

⁹ STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI-TC (caso Congressistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 3. El subrayado es nuestro.

¹⁰ STC emitida el 24 de abril de 2006 en el expediente N° 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín representado por José Claver Nina-Quispe Hernández), fundamentos 46 y 66.

superior hasta culminar en la Constitución.¹¹

El criterio de coherencia alcanza al contrato en tanto regulación, debiendo éste guardar compatibilidad con todo el sistema normativo "...lo que excluye cualquier posibilidad de contradicción permanente".¹²

Ello encuentra su fundamento filosófico en que:

...los derechos del individuo no son excluyentes de los intereses de la sociedad, pues la realización de uno no puede ser sin el concurso del otro. Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución).¹³

Asimismo, desde la perspectiva de la citada doctrina italiana...

...es al menos discutible la idea según la cual el ordenamiento jurídico, que es externo a la autonomía privada, o bien la conforma a sus valores, o bien la reprime.

Más correcto, y realista, es, en cambio, afirmar que tal relación es biunívoca e inclusiva: los valores del ordenamiento, a la luz de los cuales, sin duda, será filtrado el producto de la autonomía privada, se construyen (también) por medio del continuo ejercicio (individual y colectivo) de la misma autonomía privada. Así, la relación autonomía privada/ordenamiento no debe verse sólo en sentido unidireccional (el ordenamiento aprueba o reprime la autonomía privada, con base en un juicio de méritos de los intereses perseguidos), sino también... en sentido bidireccional, porque el innegable e indispensable contenido axiológico del derecho depende también del ejercicio de la autonomía privada, es decir, de la acción humana.¹⁴

¹¹ STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI-TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 3. Ver también la STC emitida el 24 de abril de 2006 en el expediente N° 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín representado por José Claver Nina-Quispe Hernández), fundamento 47.

¹² STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI-TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 3. Ver también la STC emitida el 24 de abril de 2006 en el expediente N° 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín representado por José Claver Nina-Quispe Hernández), fundamento 48.

¹³ STC emitida el 1 de abril de 2005 en el expediente N° 0048-2004-PI/TC (caso José Miguel Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos), fundamento 4.

¹⁴ Grondona. Op. cit., p 278.

C) El Contrato como Categoría Normativa

Uno de los criterios rectores de la “pirámide jurídica nacional” es el de las “categorías”. Las categorías “...son expresión de un género normativo... aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo”.¹⁵ Éstas son, descendentemente cinco: las normas constitucionales y las que tienen rango constitucional; las leyes y normas con rango de ley; los decretos y normas de naturaleza ejecutiva (contenido reglamentario); las resoluciones; y, finalmente, las “...normas con interés de parte...que incluyen las decisiones del Estado surgidas a petición de los particulares, o actos de éstos sin intervención estatal, que generan derechos y deberes de carácter personal”.¹⁶ Esta quinta categoría también ha sido denominada como la de los “fallos jurisdiccionales y las normas convencionales”.¹⁷

Respecto a las normas con interés de parte, el Tribunal señala:

Se trata de instrumentos normativos que permiten a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad.

Se manifiestan como expresiones volitivas, tendentes a la creación de normas jurídicas con interés de parte.

Como expresión del albedrío humano, la declaración de voluntad constituye una norma jurídica obligatoria y no una mera declaración u opinión. Es un acto jurídico en el cual el sujeto expresa algo que está en su pensamiento, y que está encaminado a la producción de efectos jurídicos, tales como la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

Su validez se ampara en alguna de las siguientes normas:

¹⁵ STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI-TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 7. Ver también la STC emitida el 24 de abril de 2006 en el expediente N° 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín representado por José Claver Nina-Quispe Hernández), fundamento 61.

¹⁶ STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI-TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 7. El subrayado es nuestro.

¹⁷ STC emitida el 24 de abril de 2006 en el expediente N° 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín representado por José Claver Nina-Quispe Hernández), fundamento 61. El subrayado es nuestro.

- Inciso 14) del artículo 2° de la Constitución: ‘Toda persona tiene derecho: [...] A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público’.
- Apartado ‘a’ del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución: ‘Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe’.
- Artículo 140° del Código Civil: [...] para [la validez del acto jurídico] se requiere: [...] Agente capaz [...] Objeto física y jurídicamente posible [...] Fin lícito [...] Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.¹⁸

Para el Tribunal la declaración de voluntad tiene un efecto jurídico deseado por quien declara y amparado por el ordenamiento jurídico. La declaración de voluntad de carácter contractual es la que “...Se genera por el concurso de voluntades de dos o más personas, que convienen en generar obligaciones a partir de un acuerdo”.¹⁹

La autonomía de la voluntad (el contrato) “...se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la creación de una norma jurídica de interés particular”.²⁰

En síntesis, los actos jurídicos de los particulares, sin intervención estatal, entre éstos los contratos, pueden tener todo el alcance que les permita su compatibilidad con todo el sistema normativo. Por el contrario, encontrarán un límite en toda contradicción permanente con dicho orden sistémico.

El contrato genera normas jurídicas obligatorias para las partes. No obstante el Tribunal precisa que tratándose de los contratos celebrados por el Estado “...tienen consecuencias y significación que, con frecuencia, se

¹⁸ STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI-TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 8. El artículo 140° del Código Civil fue posteriormente modificado por el Decreto Legislativo N° 1384 sustituyendo el requisito del agente capaz por el de la “Plena capacidad de ejercicio salvo las restricciones contempladas en la ley”.

¹⁹ STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI-TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 9.

²⁰ STC emitida el 24 de abril de 2006 en el expediente N° 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín representado por José Claver Nina-Quispe Hernández), fundamento 44.

extienden a toda la sociedad y por varias generaciones”.²¹ Los contratos celebrados por el Estado en general y los arbitrajes en particular a los que se somete el Estado debieran tener por regla la transparencia y no el resguardo de la confidencialidad. Ello tiene pleno sentido en la medida que el Estado es la sociedad institucionalizada y los acuerdos del Estado afectan de una u otra forma y alcance a toda la sociedad.

D) Contenido, Protección y Límites de la Autonomía de la Voluntad

La contratación es “...expresión del derecho a la autodeterminación...” y “...una concretización del principio / derecho de dignidad...” que está en el fundamento mismo del orden constitucional. Ésta “...permite y garantiza la posibilidad de realizar intercambios, destinando los bienes a los *usos más valiosos*”.²²

El Tribunal Constitucional explicita que el contrato “...se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad” y precisa que éste tiene un doble contenido.²³ En primer lugar el de “...autodeterminación para decidir la celebración de un contrato...”,²⁴ o **libertad de contratar** (artículos 2° inciso 14 y 62° de la Constitución) “...llamada también **libertad de conclusión**, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata...” y, en segundo lugar, la “...autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la

²¹ STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI/TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 9. El caso estuvo referido, precisamente, al contrato de concesión celebrado entre el Estado peruano y la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A., afectando a todos los abonados a los servicios materia del contrato de concesión.

²² STC emitida el 12 de noviembre de 2007 en el expediente N° 03866-2006-AA/TC (caso Faustino Jacobo Meza Gutiérrez), fundamento 13. Asimismo, véanse la emitida el 24 de junio de 2010 en el expediente N° 2175-2009-PA/TC (caso Uriel García Pérez y Gloria Mercado de Ocampo), fundamento 11, así como la emitida el 1 de diciembre de 2010 en el expediente N° 01869-2010-PA/TC (caso Compañía Distribuidora y otros), fundamento 6.

²³ Sobre este doble contenido puede verse también Manuel de la Puente. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Vol. XI Primera Parte-Tomo I (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991), pp. 263 y ss

²⁴ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 26 b). Ver también la STC emitida el 21 de setiembre de 2004 en los expedientes acumulados N°s 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (caso Colegio de Abogados del Cusco y otros), fundamento 8 y la emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamento 35.

materia objeto de regulación contractual...”²⁵ o **libertad contractual**, “...también conocida como **libertad de configuración interna**, que es la de determinar el contenido del contrato”.²⁶ Dichos contenidos son para el Tribunal elementos que constituyen en abstracto “...el contenido mínimo o esencial de la libertad contractual”.²⁷

A este contenido garantizado constitucionalmente se debe sumar la garantía de que la posibilidad del “cumplimiento de lo pactado no se vea frustrada por una injerencia externa que pueda considerarse de arbitraria”,²⁸

²⁵ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 26 b). Ver también la STC emitida el 21 de setiembre de 2004 en los expedientes acumulados N°s 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (caso Colegio de Abogados del Cusco y otros), fundamento 8; y la emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamentos 35 y 158.

²⁶ STC emitida el 4 de agosto de 2004 en el expediente N° 2185-2002-AA/TC (caso Instituto Superior Pedagógico Privado Víctor Andrés Belaúnde), fundamento 2.

²⁷ STC emitida el 21 de setiembre de 2004 en los expedientes acumulados N°s 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (caso Colegio de Abogados del Cusco y otros), fundamento 8. El subrayado es nuestro. Ver también la STC emitida el 6 de junio de 2005 en el expediente N° 0001-2005-AI (caso José Alfredo Chinchay Sánchez), fundamento 47, la emitida el 16 de diciembre de 2005 en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre), fundamento 9; la emitida el 23 de febrero de 2006 en el expediente N° 7320-2005-PA/TC (caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.), fundamento 47; la emitida el 31 de enero de 2008 en el expediente N° 1535-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.), fundamento 53; la emitida el 5 de diciembre de 2006 en el expediente N° 1963-2006-PA/TC (caso Ferretería Salvador S.R.L.), fundamento 1; la emitida el 12 de noviembre de 2007 en el expediente N° 03866-2006-AA/TC (caso Faustino Jacobo Meza Gutiérrez), fundamento 16; la emitida el 14 de agosto de 2006 en el expediente N° 5259-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Pool E.I.R.L.), fundamento 41; la emitida el 13 de abril de 2007 en el expediente N° 7339-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Megabus S.A.C.), fundamento 47; la emitida el 9 de noviembre de 2007 en el expediente N° 08943-2006-PA/TC (caso Procesadora de Productos Marinos S.A.), fundamento 2; la emitida el 24 de noviembre de 2009 en el expediente N° 03592-2007-PC/TC (caso E.T.C.P. Carmelitas Bus S.R.L.), fundamento 10; la emitida el 5 de marzo de 2010 en los expedientes acumulados N°s 00026-2008-PI/TC y 00028-PI/TC (caso Colegio de Ingenieros del Perú y más de 5,000 ciudadanos), fundamento 52; la emitida el 7 de octubre de 2009 en el expediente N° 01183-2008-PA/TC (caso Empresa de Exploraciones y Paseos Caimán S.A.C. y otros), fundamento 4; la emitida el 30 de junio de 2010 en el expediente N° 01442-2008-PA/TC (caso Rosa Angélica Reátegui Rengifo), fundamento 6; la emitida el 20 de mayo de 2008 en el expediente N° 01735-2008-PA/TC (caso Shougang Hierro Perú S.A.A.), fundamento 12; la emitida el 10 de agosto de 2010 en los expedientes acumulados N°s 00009-PI/TC, 00015-2009-PI/TC y 00029-2009-PI/TC (caso Colegio de Notarios de Puno, San Martín y Lima), fundamento 51; la emitida el 1 de diciembre de 2010 en el expediente N° 01869-2010-PA/TC (caso Compañía Distribuidora y otros), fundamento 5; la emitida el 20 de marzo de 2012 en el expediente N° 02175-2011-PA/TC (caso Colegio Particular San Francisco de Asís), fundamentos 7 y 8; la emitida el 16 de abril de 2013 en el expediente N° 03128-2011-PA/TC (caso Lima Airport Partners S.R.L. – LAP), fundamento 10; y la emitida el 27 de agosto de 2014 en el expediente N° 011-2013-PI/TC (caso Ley de Protección a la Economía Familiar), fundamentos 53 y 54.

²⁸ STC emitida el 12 de noviembre de 2007 en el expediente N° 03866-2006-AA/TC (caso Faustino Jacobo Meza Gutiérrez), fundamento 16. Respecto a casos de injerencia arbitraria véase también la sentencia emitida el 10 de agosto de 2010 (fundamento 52 y parte resolutive) recaída en los expedientes acumulados N°s 00009-PI/TC, 00015-2009-PI/TC y 00029-2009-PI/TC (caso

lo que queda bajo la protección normativa del artículo 62° de la Constitución, por el cual los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Señala el Tribunal Constitucional que el **ámbito de protección constitucional de la “libertad de contratación” (artículos 2°, inciso 14 y 62° de la Constitución)**²⁹ “...garantiza a que las partes *puedan* pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo de la celebración del contrato; esto es, que no se impida, obstaculice o disuada, irrazonablemente, por terceros o por el propio Estado, que las partes *puedan* suscribir convenios contractuales, siempre que ellos se pacten de acuerdo con las normas vigentes al tiempo del contrato”.³⁰ Se ha afirmado que “...el contrato es el producto de dos poderes: el del particular, que se decide a formarlo; y el del Estado, que limita el poder particular para que discorra solamente dentro de determinados cauces”.³¹

Esta autonomía o libertad no es irrestricta. El Tribunal ha dejado en claro que ésta existe para “...fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.³² Estos son sus límites explícitos.

Colegio de Notarios de Puno, San Martín y Lima) que considera inconstitucional lo dispuesto por el inciso b) del artículo 19° del Decreto Legislativo N° 1049 que establece que el Notario puede ser incluido en planilla con una remuneración que dicha norma limita indicando que no puede superar el doble del trabajador mejor pagado de la Notaría. Asimismo véase la Resolución del Tribunal Constitucional emitida el 6 de abril de 2010 recaída en el expediente N° 05582-2009-PA/TC (caso Esteban Marino Avelino Sánchez) referida a la fijación de honorarios profesionales de perito realizada unilateral e inmotivadamente por el Trigésimo Quinto Juzgado Civil de Lima. También el fundamento 10 de la STC emitida el 1 de diciembre de 2010 en el expediente N° 01869-2010-PA/TC (caso Compañía Distribuidora y otros) en el que quedó acreditada la vulneración de la voluntad autónoma de los recurrentes “...al haberse sometido a proceso judicial un asunto que debía ser ventilado primeramente en sede arbitral”. Igualmente, el fundamento 19 de la STC emitida el 20 de marzo de 2012 en el expediente N° 02175-2011-PA/TC (caso Colegio Particular San Francisco de Asís) considera que la sanción de INDECOPI por el cobro a terceros realizado por el recurrente por servicios que no son los de enseñanza, constituye una limitación irrazonable a la libre contratación. También la sentencia emitida el 16 de abril de 2013 en el expediente N° 03128-2011-PA/TC (caso Lima Airport Partners S.R.L. – LAP), considera que la prohibición de subcontratar servicios de seguridad dispuesta por el numeral 7.2 del artículo 7 del Decreto Supremo 007-2006-MTC lesiona la libertad contractual de la empresa recurrente en tanto concesionaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chavez.

²⁹ Aquí el concepto “libertad de contratación”, parece englobar a ambos contenidos o vertientes: libertad de contratar y libertad contractual.

³⁰ STC emitida el 25 de enero de 2002 en el expediente N° 379-2000-AA/TC (caso Forestal Otorongo S.A.), fundamento 1. Ver también la emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamento 158.

³¹ Cf. Manuel de la Puente. loc.cit.

³² STC emitida el 27 de marzo de 2002 en el expediente N° 01-2001-AI/TC (caso Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chíncha), fundamento 5.1; y la emitida el 27 de agosto de 2014 en el expediente N° 011-2013-PI/TC (caso Ley de Protección a la Economía Familiar), fundamentos 52

Estos límites constitucionalmente explícitos confluyen en uno solo. Todo contrato válido es de por sí lícito, para fines lícitos, conforme al orden público y a la moral social. La **licitud** es el límite. La libertad de contratación existe sólo en el ámbito de la licitud.

Todo acto jurídico, y entre éstos el contrato, tiene una finalidad económico-individual (causa final) o razón práctica justificativa tutelable por el ordenamiento, mediante la cual se satisfacen intereses individuales. Sobre la teoría de la causa nada hemos encontrado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sobre este concepto se han elaborado muchas y diversas doctrinas que han sido expuestas y discutidas por varios autores.³³ No es materia de este trabajo desarrollar dicho tema. Bástenos adoptar metodológicamente lo indicado por Rómulo Morales Hervias: "...la causa es la razón o justificación jurídica del contrato en concreto o la razón de ser de la operación valorada en su individualidad o singularidad".³⁴

Esta causa final ha de ser lícita, es decir, conforme al orden público y a la moral social de la comunidad jurídica. Ello implica que los pactos entre particulares deben tener fines compatibles con los del pacto social, al menos si han de resultar jurídicamente vinculantes. Y al revés, el pacto social/ordenamiento implica el reconocimiento (juridicidad y tutela) de los órdenes privados cuyas finalidades se subordinan a las suyas y en última instancia a la dignidad humana. Nos referimos, por supuesto, a los actos jurídicos válidos, es decir aquéllos en los que además de la finalidad (razón práctica justificativa, causa final...) lícita (conforme con el orden público y la moral social) no faltan la manifestación de voluntad, el objeto jurídica y físicamente posible ni la formalidad que haya sido prescrita bajo sanción de nulidad (*ad solemnitatem*).

En la tradición jurídica del Derecho Civil a la que el Perú se adscribe, la noción de moral social ha sido expresada mediante la categoría de las

y 57 (i).

³³ En nuestro medio Rómulo Morales ha desarrollado el tema de la causa del contrato en la dogmática jurídica. Cf. Rómulo Morales Hervias. Estudios sobre teoría general del contrato. (Lima, Grijley, 2006) pp. 105-304.

³⁴ Rómulo Morales Hervias. Una contribución a la defensa de la causa del contrato como el signo distintivo del *Civil Law*. En: Libro de ponencias del IV° Congreso Nacional de Derecho Civil. (Lima, Palestra, 2009) p. 152.

buenas costumbres (*boni mores*)³⁵. Las buenas costumbres han sido asociadas al orden público como límite a la autonomía generadora de actos jurídicos, por los códigos civiles, otra legislación, la jurisprudencia y la doctrina en el sistema civil. El principio por el cual nadie puede renunciar a derechos que interesan a las buenas costumbres o, dicho de otro modo, nadie puede pactar contrariando las buenas costumbres, hace de la moral social una suerte de ley imperativa como las de orden público, cuya función es preservar y defender valores comunitarios y derechos indisponibles no positivizados en la ley. El tema de las buenas costumbres (y del orden público) es el tema de los derechos indisponibles e irrenunciables, pero visto desde las titularidades. El juez habrá de auscultar y percibir cuáles son las apreciaciones morales imperantes en un momento determinado en su comunidad a fin de decidir si un acto es o no contrario a las buenas costumbres. Ocurre que en las sociedades actuales puede no haber mayor consenso en muchas de esas apreciaciones sociales sobre la moral, lo que conlleva el riesgo de que el juez decida legislando en vez de juzgar. El riesgo aparece mayor si consideramos la pluriculturalidad de una sociedad como la peruana, lo que obliga a atender a tiempos, lugares y personas. Una mayor predictibilidad y seguridad jurídica es brindada por otras categorías que asimismo expresan en sus términos a la moral social, como son los “derechos fundamentales” o los “derechos humanos”, sobre los que hay un mayor consenso casi universal y también textos constitucionales, convenios y tratados supranacionales que incluso han positivizado los diversos conceptos comprendidos. Se trata de recurrir a conceptos (morales) mejor definidos positiva y jurisprudencialmente. Además, ello obedece a una perspectiva más teleológica, ya que no busca los principios sociales en el modo como una colectividad suele actuar o pensar, sino en su finalidad ética que orienta cómo debe actuar y pensar en lo principal y cuyo primer cimiento está en la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, como fundamento de cualquier comunidad política.

³⁵ Artículo V del Título Preliminar del vigente Código Civil de 1984: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

Es indudable que la moral social es protagonista principal en la Constitución y su sistema de valores y principios, no obstante lo cual el texto constitucional no acoge la categoría de “buenas costumbres” en esos mismos términos. De otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se refiere a las buenas costumbres, conjuntamente con el orden público, en el sentido más amplio y general de condición para el ejercicio lícito de cualquier derecho -como es el de ejercer las libertades religiosa, de asociación, de trabajo, de empresa o detentar una licencia de funcionamiento municipal-, lo que aporta un medio para resolver un conflicto intra-constitucional entre derechos.³⁶ Puede decirse con mayor abstracción que no puede contravenir a las buenas costumbres (y al orden público) toda acción u omisión con trascendencia jurídica, pues de hacerlo incurre en ilicitud afectando derechos irrenunciables e indisponibles protegidos por la regla moral (o la que interesa al orden público). El fundamento 32 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3330-2004-AA/TC señala, por ejemplo, que “...el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres...” y “...para estar arreglado a Derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de ...la moralidad...”.

Las “buenas costumbres” pueden subsumirse en la categoría de “orden público” si consideramos a éste último en un sentido lato.³⁷ Así, la no contravención del orden público –incluyendo los valores y principios de la moral social en la cúspide del mismo- es la condición *sine que non* de la licitud de la finalidad de cualquier contrato o negocio jurídico, la expresión del sometimiento democrático a los fines del pacto social con el que deben compatibilizarse las finalidades de los pactos entre particulares y, asimismo, la expresión del respeto a los derechos indisponibles e irrenunciables de las partes y de terceros que dicho orden protege.

³⁶ Al respecto véase por ejemplo las STC 01048-2002-AA, 00168-2002-AA, 06618-2005-AA, 00376-2004-AA, 003360-2004-AA, 04826-2004-AA, 03283-2003-AA, 00682-2003-AA, 02546-2006-AA, 01394-2002-AA, 00828-2002-AA, 01666-2002-AA y 00465-2002-AA.

³⁷ Fernando Vidal Ramírez afirma “...que ambos conceptos se integran y forman uno solo, pues las buenas costumbres son parte del orden público”. Cf. Fernando Vidal Ramírez. Instituciones del acto jurídico. En: Instituciones de derecho civil peruano (visión histórica). (Lima, Fundación Manuel J. Bustamante De la Fuente-Unifé, 1996) p. 593.

El orden público es para el Tribunal "...el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial", siendo la base para la organización y estructuración de la sociedad.³⁸

El orden público se encuentra "...en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación...".³⁹ El orden público actúa sobre dicho derecho fundamental prohibiendo que el pacto contractual se oponga al contenido protegido de otros derechos fundamentales.⁴⁰ El orden público "...tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales".⁴¹ En ese sentido el orden público incluye también un consenso mínimo moral sobre los derechos fundamentales de la persona.⁴²

Existe, entonces, un orden público constitucional inderogable no sólo por los contratantes particulares sino también por el legislador.

No obstante, más allá del contenido "primario y básico" presente en el orden público constitucional, existe un contenido que desarrolla el Estado a través de su función legislativa (normativa). Son las "leyes de orden público" o las "leyes que interesan al orden público".

³⁸ STC emitida el 15 de junio de 2004 en el expediente N° 3283-2003-AA/TC (caso Taj Mahal Discoteque y otra), fundamento 28. El subrayado es nuestro. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia T-468/03 (III, 3.5, 15) de 2003 señala que la nueva noción de orden público permite "...por una parte, imponer la realización de los principios superiores de un Estado social, destinados a velar por la conservación y vigencia no sólo de las libertades individuales de los ciudadanos, sino también de los derechos sociales o prestacionales de todas las personas y, por otra parte, conlleva al reconocimiento de un Estado interventor, quien fundado en principios de equidad, regula imperativamente las relaciones entre particulares, con el propósito de alcanzar un pleno desarrollo económico ligado al logro efectivo de una justicia social. La imposibilidad de admitir un acto o contrato, con violación al **orden público**, le otorga a dicha garantía el reconocimiento de norma de derecho imperativo, o, en otras palabras, de **ius cogens**".

³⁹ STC emitida el 16 de diciembre de 2005 en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre), fundamento 11.

⁴⁰ STC emitida el 6 de junio de 2005 en el expediente N° 0001-2005-AI (caso José Alfredo Chinchay Sánchez), fundamento 53; STC emitida el 16 de diciembre de 2005 en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre), fundamento 11; y la emitida el 5 de diciembre de 2006 en el expediente N° 1963-2006-PA/TC (caso Ferretería Salvador S.R.L.), fundamento 20.

⁴¹ STC emitida el 15 de noviembre de 2007 en el expediente N° 06534-2006-PA/TC (caso Santos Eresminda Távara Ceferino), fundamento 6. El subrayado es nuestro. Esta sentencia resuelve declarar inaplicable una cláusula del contrato entre la recurrente y SEDAPAL por afectar los derechos de aquélla a la salud, a la dignidad y al agua potable.

⁴² STC emitida el 16 de octubre de 2009 en el expediente N° 02005-2009-PA/TC (caso ONG "Acción de Lucha Anticorrupción"), fundamento 56.

Se ha señalado que "...si bien todas las normas de orden público son imperativas no todas las normas imperativas son de orden público, pues hay normas imperativas que protegen derechos privados"⁴³ y que "...cuando el interés que se desea proteger no es público sino privado, la norma imperativa no es de orden público".⁴⁴ Puede considerarse, por el contrario, que siempre que la ley hace imperativa una norma es porque precisamente hay en ella algún valor público general protegido aunque sea en favor de un derecho correspondiente a un privado.

Fernando Vidal Ramírez ha expresado que "...Hay leyes que interesan al orden público en cuanto tienen un carácter imperativo, cogente, porque también hay leyes simplemente dispositivas y supletorias contra las cuales prevalece la autonomía de la voluntad..."⁴⁵ Con mayor precisión se distingue y acota que ante la ausencia de norma contractual esas normas se consideran dispositivas; ante la insuficiencia contractual, se consideran supletorias.

Las reglas dispositivas/supletorias debieran emitirse para simular soluciones (equilibradas, racionales y eficientes) que las partes pudieran haber establecido para determinado supuesto. Antes de la celebración del acto jurídico conservan su carácter dispositivo/supletorio y puede pactarse en contrario. Después tienen la misma fuerza vinculante que las demás e integran la voluntad privada en caso de vacíos en el pacto. Tienen por función evitar o disminuir desequilibrios y/o costos de transacción que pueden derivarse de no haber acordado algo o de tener que convenirlo todo. Los contratos se rigen por las reglas de orden público, por las autónomas y por las dispositivas/supletorias en defecto de las autónomas.

A partir de un análisis económico, Andrew T. Guzman, docente de la *University of California at Berkeley*, señala que mientras las partes contractuales internalicen todos los costos y beneficios de sus actividades, las reglas supletorias serán preferibles a las imperativas porque las partes podrán renunciar a una regla sólo cuando haciéndolo maximizan el beneficio común, lo que redundaría en maximizar el beneficio colectivo o

⁴³ Cf. Manuel de la Puente. Op. cit., pp. 281-282

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Fernando Vidal Ramírez, Loc. Cit.

social. Agrega que es la consideración por la externalización de costos y por la protección de aquéllos que no se pueden proteger a sí mismos de las externalidades, que se justifica la existencia de normas imperativas.⁴⁶

En un trabajo nuestro anterior, centrado en el orden público en el derecho privado, hemos señalado que:

...El orden público es lo que la sociedad a través del Estado ordena o prohíbe imperativamente al sujeto de derecho. Dicho de otro modo, el orden público es un resultado del ejercicio del poder público...

La esencia del orden público es el carácter imperativo de la norma legal. En cuanto orden imperativo, el orden público es el reflejo de la cosmovisión y convicciones predominantes en una determinada sociedad, y de otro lado constituye un elemento influyente o condicionante de los modos de pensar, sentir y actuar de ese mismo grupo social.

El orden imperativo se construye siempre sobre la base de los derechos irrenunciables e indisponibles y el cimiento constitucional por el cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Las normas que estatuyen dicha base y cimiento, reconociendo dichos derechos, son las primeras que interesan al orden público.

Este orden público... suele manifestarse normativamente en una multiplicidad de prohibiciones y limitaciones infranqueables o preceptos y mandatos que imponen obligaciones o requisitos que no pueden ser dispensados. La sanción es, por lo general, la nulidad, pero la ley puede establecer sanción diversa...⁴⁷

En todo caso, "...el orden público y la interrelación de los sujetos de derecho por medio de su voluntad autónoma son complementarios y no pueden concebirse uno sin el otro, por lo que toda relación jurídica es en algún grado pública y en algún grado privada".⁴⁸

En el campo de la ejecución de la cooperación técnica internacional hay, por ejemplo, reglas imperativas establecidas por el Estado por razón del

⁴⁶ Andrew T. Guzman. Arbitrator liability: reconciling arbitration and mandatory rules. En: Duke Law Journal. Vol. 49:1279, N° 5, marzo 2002 (EEUU, Duke University School of Law, 2000), p. 1284.

⁴⁷ Alberto Ferrand Noriega. El orden público en el derecho privado. Tesis para optar el grado académico de magíster. Escuela de Graduados (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007), pp. 109-110.

⁴⁸ Ídem, pp. 114-115.

orden público, que constituyen un límite a la autonomía de la voluntad. Pese a que son fondos privados regulados por contratos privados entre los ejecutores y sus fuentes de financiamiento, el Tribunal Constitucional ha considerado que "...no pueden ser sometidos exclusivamente a un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo, sino que las reglas de su uso y disposición deberán insertarse en el cumplimiento de los fines sociales plasmados en la Constitución".⁴⁹

En el caso de la contratación estatal, la libertad contractual está sometida imperativamente a los "...principios y normas que regulan todos sus aspectos (procesos de selección, comité especial, bases, etc.)",⁵⁰ todo lo cual es parte del orden público teniendo éste mayor presencia –como es natural- en el ámbito público que en el privado. Tratándose en particular del convenio arbitral celebrado por el Estado y del consiguiente arbitraje, es natural que la libertad contractual esté sometida a ciertas reglas como la de transparencia.

La libertad de los contratantes está, pues, limitada por las leyes u otras disposiciones generales de orden público, en garantía de las cuales el Estado puede intervenir excepcionalmente sin arbitrariedad y con razonabilidad. *A contrario*, los contratantes sí podrán pactar contra las normas que no son de orden público, sino que pertenecen al derecho supletorio,⁵¹ así como obligarse a prestaciones contra las cuales el ordenamiento no prevé prohibición o mandato.

Determina el Tribunal que debe descartarse el supuesto de "...que los contratos en cuanto tales impiden, en lo absoluto, todo tipo de intervencionismo estatal".⁵² Lo proscrito es la intervención arbitraria e

⁴⁹ STC emitida el 29 de agosto de 2007 en los expedientes acumulados N°s 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (caso Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8,438 ciudadanos y Congresistas de la República del Perú), fundamento 72.

⁵⁰ STC emitida el 30 de junio de 2010 en el expediente N° 01442-2008-PA/TC (caso Rosa Angélica Reátegui Rengifo), fundamento 6.

⁵¹ Mauro Grondona sostiene que cuando surge un conflicto entre los contratantes en relación con una norma "...no bastará verificar si la norma derogada es, o no, dispositiva. Será necesario, al contrario, interrogarse acerca del efecto de la derogación dentro de la relación contractual y, por tanto, será necesario interrogarse acerca de los límites de la derogación con respecto a los principios fundamentales de aquel orden jurídico más amplio, en el cual se ubica también el más estrecho orden jurídico del contrato". Mauro Grondona. Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato. En: Revista de Derecho Privado N° 22 Enero-Junio de 2012 (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012), pp 140 - 141.

⁵² STC emitida el 30 de enero de 2004 en el expediente N° 2670-2002-AA/TC (caso Cooperativa

irrazonable. Especifica el Tribunal que:

...si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza... que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2°, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público...⁵³

Señala el Tribunal que "...se ha otorgado rango constitucional a la imposibilidad de modificar, por leyes o disposiciones de cualquier clase, los términos contractuales pactados por las partes sobre la base de normas vigentes al tiempo de la celebración del contrato, con el fin de otorgar seguridad jurídica a la libertad de contratar".⁵⁴ Ello, sin embargo, no impide que, conforme a las reglas de aplicación de la ley en el tiempo, los términos contractuales puedan verse afectados por leyes u otras disposiciones generales de orden público expedidas con posterioridad a la celebración del contrato. Pero tales leyes o disposiciones de orden público deben ser constitucionales⁵⁵ o legales, según sea el caso, y tener una justificación.⁵⁶

de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras), fundamento 3. Una autora chilena en un interesante artículo académico desarrolla la tesis de "...que el reconocimiento de la autonomía como principio básico en la justificación del derecho de contratos no supone asumir la concepción rígida de la fuerza obligatoria y de la intangibilidad de los contratos que se asocia a la teoría clásica, de acuerdo a su versión estándar, y que, por el contrario, ella podría ser compatible con, o incluso justificar, hipótesis de adaptación judicial del contrato". Véase Daniela Accatino. La "Teoría clásica" del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N° 1 (Santiago de Chile, 2015), p. 38.

⁵³ STC emitida el 30 de enero de 2004 en el expediente N° 2670-2002-AA/TC (caso Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras), fundamento N° 3. El subrayado es nuestro. Ver también la STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 26 b); la emitida el 28 de marzo de 2007 en el expediente N° 00052-2004-PI/TC (caso Juan Carlos del Águila Cárdenas Alcalde de la Municipalidad Provincial de Maynas), fundamento 3; y la emitida el 18 de julio de 2006 en el expediente N° 4069-2006-PA/TC (caso Cooperativa de Trabajo y Fomento al Empleo Mundo Laboral Ltda.), fundamento 4.

⁵⁴ STC emitida el 27 de marzo de 2002 en el expediente N° 01-2001-AI/TC (caso Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chincha), fundamento 5.1. Esta "libertad de contratar" alcanzaría también a lo que el Tribunal ha llamado libertad contractual o de configuración interna. De otro lado, la STC emitida el 23 de setiembre de 2004 en el expediente N° 003-2004-AI/TC (caso Mateo Eugenio Quispe) reitera en su fundamento 13 la prohibición, aplicable a todo término contractual, de que sea modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Lo mismo hace en su fundamento 17 la sentencia emitida el 5 de diciembre de 2006 en el expediente N° 1963-2006-PA/TC (caso Ferretería Salvador S.R.L.).

⁵⁵ El orden público legal no puede contravenir el orden público constitucional ya que éste último no sólo es indisponible para los contratantes sino también para el legislador.

⁵⁶ Por ejemplo, la STC emitida el 20 de mayo de 2008 en el expediente N° 01735-2008-PA/TC

La restricción de la libertad contractual puede justificarse. Para el Tribunal...

...ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad).⁵⁷

Es por ello que el Tribunal, ante un caso concreto de intervención estatal de una relación contractual, evalúa si las medidas “...eran las únicas posibles para lograr las finalidades propuestas, o si, por el contrario, existían otras distintas que, sin resultar excepcionales o urgentes, hubiesen podido servir a la consecución de los mismos propósitos”. En efecto, el fundamento 6 de la sentencia emitida el 6 de junio del 2005 en el expediente N° 17-2004-AI/TC (caso 5,000 Ciudadanos representados por Hugo Norberto Bravo Cotos en el que la parte demandante alega la libertad de contratar, entre otros derechos), consideró que sin necesidad de adoptar la medida de suspensión de la importación de ciertos vehículos usados y autopartes, se pudo llegar a los mismos objetivos buscados por la norma mediante medidas alternativas menos gravosas a quienes habían contratado sobre la base de la normativa anterior. A esta conclusión llega bajo la pretensión de

(caso Shougang Hierro Perú S.A.A.) ha considerado que la Ordenanza Municipal N° 006-2007-A/MPN que aprueba la “Actualización del Plan de Desarrollo Urbano de la ciudad de San Juan de Marcona 2006-2016” no tiene una justificación sino que por el contrario afecta la libertad contractual de la demandante al no respetar los derechos mineros de titularidad de la misma y contraviene la Ley N° 27015, modificada por Ley N° 27560, que reguló las concesiones mineras de áreas urbanas y de expansión urbana.

⁵⁷ STC emitida el 21 de setiembre de 2004 en los expedientes acumulados N°s 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (caso Colegio de Abogados del Cusco y otros), fundamento 7. En el numeral 4 de su voto singular la magistrada Revoredo Marsano señala que “No corresponde al Tribunal Constitucional o a ningún otro Tribunal señalar en abstracto cuál es el contenido esencial de la libertad contractual en todos y cada uno de los contratos. La calificación de cualquier circunstancia, incluida la forma de pago, como esencial o no en un contrato, depende de las circunstancias y de las voluntades de los contratantes, y no de terceros. Así, lo que es esencial para un individuo puede no serlo para otro...”.

haber aplicado correctamente el test de proporcionalidad.⁵⁸

Por su parte, la sentencia emitida el 6 de junio de 2005 en el expediente N° 0001-2005-AI (caso Alfredo Chinchay Sánchez) y aquella del 16 de diciembre de 2005 recaída en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre) llegan a señalar que al lado de dicha perspectiva prohibitiva (como límite a la autonomía de la voluntad) de la actuación del orden público, existe otra complementaria de carácter promotora. Desde la perspectiva promotora el orden público facultaría al Estado –como es el caso del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)- a exigir la celebración de determinados contratos o imponer determinadas cláusulas con el fin de conceder debida protección a otros derechos fundamentales (a la vida y a la integridad personal, por ejemplo) y siempre que no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación,⁵⁹ que es parte del orden público constitucional indisponible para el legislador. Esto último es examinado por el Tribunal aplicando el test de proporcionalidad.⁶⁰

En el expediente N° 08943-2006-PA/TC (caso Procesadora de Productos Marinos S.A.), el objeto a dilucidar fue si el Programa de Vigilancia y Control de la Pesca y Desembarque en el Ámbito Marítimo que obligaba a la recurrente a celebrar un contrato de supervisión con una empresa privada, vulneraba por ello su derecho a la libertad contractual. La sentencia emitida

⁵⁸ Marcial Rubio compara esta sentencia con otras dos expedidas en los casos 0708-2005-PA-TC (antecedente similar de la sentencia que referimos) y 3610-2008-PA/TC (expedida con una composición de miembros del Tribunal Constitucional diferente a la de las anteriores sentencias y una argumentación y decisión muy distintas) y al efecto concluye: “...*la argumentación que el test de proporcionalidad permitió en estos casos fue insuficiente. Es indicación de que ellos debieron ser planteados y resueltos de manera distinta. Tal vez el test de proporcionalidad pueda iluminar una parte del problema, pero no puede ser el fundamento de la razonabilidad y la proporcionalidad. No lo ha sido en estos tres casos. Desde luego, como ya dijimos, es muy discutible que estos temas puedan ser discutidos en procesos en los que la probanza técnica es tan pobre*”. Marcial Antonio Rubio Correa. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), p.116.

⁵⁹ Ver fundamentos 49, 53 y 54 de la primera y fundamentos 11 y ss de la segunda. Ver también la STC emitida el 5 de diciembre de 2006 en el expediente N° 1963-2006-PA/TC (caso Ferretería Salvador S.R.L.), fundamento 20; y la emitida el 27 de agosto de 2014 en el expediente N° 011-2013-PI/TC (caso Ley de Protección a la Economía Familiar), fundamento 56.

⁶⁰ Sobre aplicación del test en casos del SOAT ver la STC emitida el 6 de junio de 2005 en el expediente N° 0001-2005-AI (caso José Alfredo Chinchay Sánchez), fundamentos 55 y ss; la STC emitida el 16 de diciembre de 2005 en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre), fundamentos 12 y ss; así como la emitida el 12 de noviembre de 2007 en el expediente N° 03866-2006-AA/TC (caso Faustino Jacobo Meza Gutiérrez), fundamento 17.

el 9 de noviembre de 2007 analizó si la medida superaba o no el test de proporcionalidad, concluyendo que sí cumplía con tal requisito de proporcionalidad, por lo que resolvió declarar infundada la demanda de amparo interpuesta por supuesta lesión a la libre contratación.

Asimismo, la sentencia emitida el 18 de setiembre de 2012 en el expediente N° 03828-2011-PA/TC (caso Cable Box Perú E.I.R.L.) expresa que las causales de resolución contractual establecidas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para los concesionarios operadores de televisión por cable no vulneran su libertad de contratar.⁶¹

Otra sentencia, la emitida el 20 de diciembre de 2005 y recaída en el expediente N° 4788-2005-PA/TC (caso Walter Roberto Fiestas Nepo), concluye –por el contrario– que una Ordenanza Municipal que obligaba a los comerciantes ambulantes a vender en el mercado Mayorista Municipal sí afecta el contenido esencial de su derecho y lesiona al recurrente en su libertad de contratación (por pérdida de clientela) en tanto que no supera el “test de necesidad”.

Por tanto, el Tribunal Constitucional exige una lectura sistemática de la Constitución que conducirá a considerar que “...el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también por límites implícitos...”⁶²

Los límites explícitos son –según el Tribunal– los ya indicados: la licitud de la finalidad de todo contrato y el respeto de las normas de orden público,⁶³ los que en realidad convergen en uno sólo como ya se ha dicho. En tanto límites intrínsecos⁶⁴ a la formulación constitucional de la libertad contractual

⁶¹ Ver fundamentos 8 y ss.

⁶² STC emitida el 30 de enero de 2004 en el expediente N° 2670-2002-AA/TC (caso Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras), fundamento N° 3. Ver también STC emitida el 6 de junio de 2005 en el expediente N° 0001-2005-AI (caso José Alfredo Chinchay Sánchez), fundamento 52; la de 16 de diciembre de 2005 recaída en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre), fundamento 10; la emitida el 18 de julio de 2006 en el expediente N° 4069-2006-PA/TC (caso Cooperativa de Trabajo y Fomento al Empleo Mundo Laboral Ltda.), fundamento 4; y la emitida el 27 de agosto de 2014 en el expediente N° 011-2013-PI/TC (caso Ley de Protección a la Economía Familiar), fundamento 55.

⁶³ Para Massimo Bianca estos límites tradicionales considerados anteriormente como excepcionales han dado paso a la idea de que la autonomía privada está fundamentalmente subordinada a la solidaridad social. Massimo Bianca. Derecho Civil. V.3. El contrato (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007), pp. 54-55.

⁶⁴ STC emitida el 21 de junio de 2002 en el expediente N° 0791-2002-HC-TC.

éstos han sido explicitados por el texto constitucional.

Pero existen también los límites implícitos a la autonomía de la voluntad, los cuales “serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos”. Los acuerdos de voluntades deben tener el referente valorativo de los derechos fundamentales como límites extrínsecos e implícitos a la formulación constitucional de la libertad contractual,⁶⁵ sin lo cual se transforman en mecanismos de “eventual desnaturalización de los derechos”.⁶⁶

Los límites intrínsecos son los de la definición del derecho, con sus contornos, y las limitaciones que le hayan establecido expresamente la Constitución o la ley...

Los límites extrínsecos son aquellos que aparecen cuando, por ejemplo, un derecho colisiona con otro derecho. En estos casos habrá que obtener una solución armónica en la aplicación del núcleo duro de ambos derechos y no avasallar el uno con el otro, ni siquiera si uno de ellos ha sido considerado como *derecho preferido*.⁶⁷

Unos y otros, explícitos e implícitos, intrínsecos y extrínsecos, definen el derecho constitucional y marcan su esencia relativa, configuran lo que es la libertad contractual y lo que no es, el campo de lo constitucionalmente disponible para los contratantes y lo constitucionalmente indisponible para ellos. Indisponible el sistema constitucional de fuentes normativas que impone la conformidad con el orden público del ordenamiento jurídico. E

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ STC emitida el 30 de enero de 2004 en el expediente N° 2670-2002-AA/TC (caso Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras), fundamento 3. El subrayado es nuestro. Respecto de este caso el Tribunal consideró que el contrato en cuestión distorsionaba o no permitía garantizar adecuadamente derechos laborales vaciándolos de contenido, vulnerándose así la licitud a la que impele la Constitución. Por ello, dice el Tribunal que el Estado debía intervenir generando nuevas normas compatibles con la Constitución. Es interesante, asimismo, considerar la sentencia recurrida de la Corte Superior de Lima que declaró improcedente la demanda de amparo. El Tribunal Constitucional hace una síntesis de ésta enfatizando su motivación: “...por considerar que la humanización del contrato implica concebirlo como un medio integrador, armonizador y cooperador en las relaciones sociales, y no como vehículo de explotación, imposición o abuso de una parte sobre la otra; que en dicho contexto, resulta evidente que, frente a circunstancias graves, el legislador puede merituar la posibilidad de intervenir en las relaciones jurídicas en curso de ejecución...”.

⁶⁷ Véase Marcial Rubio, Francisco Eguiguren, Enrique Bernal. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013), pp. 30 - 31.

indisponibles los derechos fundamentales y constitucionales que, por otra parte, son también orden público constitucional indisponible asimismo para el propio legislador.

Desde el punto de vista constitucional, la libertad de los contratantes va entonces también hasta donde hay compatibilidad con los demás derechos fundamentales. El contenido de un derecho fundamental como el de la libertad contractual forma una unidad con los límites admisibles a dicha libertad. Dicha compatibilidad debe extenderse incluso a los demás derechos constitucionales que el Estado está obligado a proteger en virtud del interés general. En el Perú los derechos constitucionales y los fundamentales son formalmente equivalentes, de modo que todo derecho fundamental y su componente moral es constitucional y todo derecho constitucional tiene el tratamiento de un derecho fundamental de la Constitución.⁶⁸

Al respecto ha expuesto el Tribunal que:

La determinación, en un caso concreto, del contenido protegido de un derecho fundamental no puede efectuarse al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce... requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. En tal sentido, el contenido de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad.⁶⁹

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha argumentado que los derechos fundamentales como “orden objetivo valorativo” irradian incluso al derecho privado,⁷⁰ aunque ello “no implica que dentro de todo contrato esté inmersa una discusión de rango iusfundamental que deba ser conocida por el juez de tutela”.⁷¹ Para esclarecer cuándo un derecho legal es

⁶⁸ Ídem, pp. 40-44.

⁶⁹ STC emitida el 16 de diciembre de 2005 en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre), fundamento 9. Ver también la STC emitida el 6 de junio de 2005 en el expediente N° 0001-2005-AI (caso José Alfredo Chinchay Sánchez), fundamento 51.

⁷⁰ Ver sentencia T-160/10 de 2010, II, 3.

⁷¹ Ver sentencia T-160/10 de 2010, II, 4.

constitucionalmente tutelable dicha Corte establece como criterio diferenciador a la existencia de “conexidad directa e inmediata entre su no reconocimiento y la vulneración o amenaza de un derecho fundamental”.⁷² Señala, además, que la vía constitucional está expedita cuando la judicial no es eficaz para la protección de los derechos constitucionales afectados por el contrato.⁷³

La Corte Constitucional de Colombia también ha indicado que: “...el principio constitucional de buena fe impone deberes a los particulares en sus relaciones contractuales y si el incumplimiento de los deberes impuestos por este principio afecta derechos fundamentales, puede haber lugar a la protección constitucional de tales derechos”.⁷⁴

En suma, lo cierto es que para el Tribunal Constitucional peruano... “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos o no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales”,⁷⁵ como es el de la libertad contractual.

La razonabilidad y la proporcionalidad de las normas que limitan la libertad contractual van mucho más allá de lo que específicamente se entiende por “test de proporcionalidad”.⁷⁶ Marcial Rubio plantea que la contradicción que se evalúa en dicho *test* es sólo parte de la complejidad de un caso concreto.⁷⁷

Al respecto, Marcial Rubio recomienda ver el caso en su integridad y al interior de este ejercicio analizar la posibilidad de elaborar una parte de la

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-170/05 de 2005 (III, B, 5)

⁷⁵ STC emitida el 7 de diciembre de 2005 en el expediente N° 4677-2004-PA-TC (caso Confederación General de Trabajadores del Perú).

⁷⁶ Marcial Rubio formula la Ley de la ponderación (examen de proporcionalidad en sentido estricto como último tramo del test de proporcionalidad) del siguiente modo: “*El grado constitucionalmente tolerable de afectación de un principio o un derecho, que no puede afectar su contenido esencial, tiene que ser siempre menor o, cuando menos, correspondiente al grado de satisfacción del otro principio, del otro derecho, o del objetivo constitucional establecido*”. Marcial Antonio Rubio. *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano* (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), p.106.

⁷⁷ *Ídem*, pp 126-127 y 134-136.

fundamentación con el referido *test*.⁷⁸ Así, señala que:

El test de proporcionalidad, por su inclinación a la relatividad de las circunstancias y a la comparación de normas y fines... debería ser utilizado restrictivamente, solo para apreciar los problemas de confrontación de normas, hechos o principios recíprocamente relacionados, pero no como un método que por sí mismo garantice la razonabilidad y la proporcionalidad...⁷⁹

Lo visto hasta aquí en el presente acápite puede también apreciarse desde la perspectiva de las relaciones negociales en el mercado. Desde ese punto de vista el Tribunal también ha sido claro respecto a la posibilidad de la intervención estatal en dichas relaciones negociales, así como acerca de su **carácter excepcional**: "...toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos".⁸⁰

Del mismo modo, el Tribunal ha expresado su posición respecto a la **necesidad excepcional** de la intervención estatal en las relaciones negociales en el mercado, cuando señala:

...no se trata naturalmente de que el Derecho intervenga con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien (y en eso reside su intervención) de garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone, estén siendo realmente cumplidas.⁸¹

⁷⁸ Ídem, pp. 126.

⁷⁹ Ídem, pp.111.

⁸⁰ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 49. Ver también la emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamento 9.

⁸¹ STC emitida el 17 de enero de 2005 en el expediente N° 3315-2004-AA/TC (caso Agua Pura Rovic S.A.C.), fundamento 17. Ver también la emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamento 9. Para Mauro Grondona, según el ordoliberalismo que es base del derecho europeo de los contratos "...el Estado interviene... construyendo un ordenamiento jurídico dirigido a hacer eficientes los intercambios y, por tanto, a hacer eficientes los contratos: el contrato es eficiente cuando las partes maximizan las respectivas utilidades individuales". Y luego dirá: "...la acción política del Estado estará dirigida, necesariamente, a la construcción de un modelo de contrato más eficiente del que

Y en una sentencia sobre límites máximos de captura de recursos pesqueros y libre competencia, el Tribunal expresa que:

La libre competencia no impide la intervención del Estado en la economía, cuando éste mediante la regulación económica pretende recrear las condiciones del mercado, la prestación eficiente y continua de los servicios públicos, la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, y los fines que le son propios al Estado social de derecho, toda vez que la libre competencia no significa ausencia de regulación ni puede ser entendida como competencia sin reglas o desbocada.⁸²

Ejemplifica el Tribunal señalando que a veces el Estado interviene en las relaciones negociales en el mercado prohibiendo la comercialización de determinado producto o revirtiendo alguna distorsión generada por situaciones de monopolio o de prácticas dominantes.⁸³ “La regulación estatal puede efectuarse cuando una de las partes ocupe una posición dominante, cuando existan prácticas restrictivas de la competencia o cuando se produzca un ejercicio abusivo del derecho”.⁸⁴

En relación al mercado la Constitución establece para el Estado unas funciones supervisora, correctiva y reguladora (artículos 58° y 59°).⁸⁵ Por ello, el Estado debe “...proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas”⁸⁶ (artículo 61°).

se tendría en ausencia de una intervención normativa/reguladora del Estado”. Grondona, Op.cit., pp. 137 y 139.

⁸² STC emitida el 5 de marzo de 2010 en los expedientes acumulados N°s 00026-2008-PI/TC y 00028-PI/TC (caso Colegio de Ingenieros del Perú y más de 5,000 ciudadanos), fundamento 32.a. En los fundamentos 13 y 14 de su voto singular, el magistrado Landa Arroyo precisa que la intervención estatal debe ser proporcional: razonable y limitada. Según señala Landa las intervenciones deben cumplir “...con la finalidad del Estado y la sociedad: la dignidad y los derechos de la persona humana...”.

⁸³ STC emitida el 17 de enero de 2005 en el expediente N° 3315-2004-AA/TC (caso Agua Pura Rovic S.A.C.), fundamento 17.

⁸⁴ STC emitida el 27 de agosto de 2014 en el expediente N° 011-2013-PI/TC (caso Ley de Protección a la Economía Familiar), fundamento 57(iii). Ver también la emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamento 9.

⁸⁵ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamentos 35 y 36.

⁸⁶ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto

Señala el Tribunal que:

El derecho a la libre competencia está definido como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos... Se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica y como tal supone tres aspectos esenciales: acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos sin que se pueda impedir o restringir dicha participación; libre iniciativa dentro del mercado para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas; la igualdad (no discriminación) de los competidores ante la ley...⁸⁷

En otra sentencia el Tribunal argumenta a favor de la función supervisora del Estado respecto al correcto desenvolvimiento de la vida económica del país.

...el absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado, bajo la premisa de que la mejor regulación de la economía es la 'no regulación', es una falacia propia de las ideologías utilitaristas, que pretenden convertir al egoísmo en una virtud y a la solidaridad en un vicio. Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad.⁸⁸

Asimismo, ha expresado el Tribunal que la autonomía privada en el mercado no es irrestricta y que debemos adoptar un nuevo paradigma.

...Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equivoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado

Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 37. Ver también la emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamento 9.

⁸⁷ STC emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamento 7.

⁸⁸ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 42.

es: 'tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario'.⁸⁹

Al respecto la Corte Constitucional de Colombia, incidiendo en la protección heterónoma contra el abuso y en la sujeción a la buena fe, ha señalado que en el Estado social y democrático la autonomía de la voluntad se manifiesta:

...(i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) en el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) en el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) en el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe.⁹⁰

En el orden normativo de relaciones obligacionales que conforman un contrato, las partes son a veces acreedoras y a veces deudoras. En tanto sean deudoras, la buena fe supondrá un comportamiento comprometido de cada una de ellas en poner de su parte todo lo razonablemente necesario para lograr a favor de la otra parte (acreedora) el resultado con el cual se cumple con la obligación⁹¹ a fin de dar concreción al equilibrio económico del contrato. Pero el entramado de relaciones obligacionales no puede, según hemos visto, ser absolutamente autorreferencial en cuanto producto de la voluntad autónoma fuente del contrato, sino sistémicamente vinculado a las obligaciones y derechos indisponibles que surgen de los valores, principios y normas inderogables de todo el ordenamiento en su conjunto del cual es parte el orden contractual. La buena fe contractual entonces

⁸⁹ STC emitida el 1 de abril de 2005 en el expediente N° 0048-2004-PI/TC (caso José Miguel Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos), fundamento 16.

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-468/03 de 2003, III, 3.1.5, 15.

⁹¹ Cfr. Grondona, Mauro, Gravedad del incumplimiento, contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada". En: Revista de Derecho Privado, N° 20, Enero-Junio de 2011, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011), p. 276.

supondrá también un compromiso de las partes con los valores y principios del orden público y sus concreciones normativas. Así, la buena fe contractual implicará, por ejemplo, el respeto al derecho a la propiedad, a la libre asociación, al trabajo, así como el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida⁹², etc. Al respecto se ha dicho que el equilibrio económico del contrato es la especie del género constituido por el equilibrio axiológico del ordenamiento en su conjunto.⁹³ Así,...

...la buena fe se convierte, entonces, en un criterio axiológico de control dirigido al reequilibrio de situaciones contractuales *ab origine* injustas, un criterio ya no hostil a la autonomía privada, sino a los “abusos axiológicos” de ésta, como efectos negociales que perjudican al individuo, para cuya tutela se erige el ordenamiento jurídico...⁹⁴

En esa misma línea la Corte Constitucional de Colombia explicita que los contratos trascienden la autonomía y la satisfacción de intereses privados para ser también “...instrumentos destinados a cumplir una función social”.⁹⁵

Para el Estado social y democrático de Derecho, la empresa privada actúa en el contexto de una economía social de mercado (artículo 58° de la Constitución), en la que lo social es definido por el Tribunal peruano desde tres dimensiones:

“...como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado... y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales...”⁹⁶

⁹² Danielle de Ouro Mamed y Roger Luiz Paz de Almeida traen a colación que “...lidar con derechos patrimoniales, a veces, exigirá también el enfrentamiento de cuestiones ambientales, que están intrínsecamente ligadas a éstas...”. Véase Danielle de Ouro Mamed y Roger Luiz Paz de Almeida. Arbitraje ambiental en el Brasil: paradojas entre el derecho internacional y la norma interna en la tutela de derechos socioambientales. En: El arbitraje en Brasil. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 42 (Lima, 2017), p.63.

⁹³ Cfr. Grondona, Op. cit., p. 279.

⁹⁴ Ídem, p. 287.

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-409/09 de 2009, VI, 47

⁹⁶ STC emitida el 1 de abril de 2005 en el expediente N° 0048-2004-PI/TC (caso José Miguel Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos), fundamento 16. El subrayado es nuestro.

En ese contexto de corrección de deformaciones del mercado es que la economía social de mercado “...es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de Derecho” y en ella “...imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado”.⁹⁷

Refiere el Tribunal Constitucional que a dicho “Estado social y democrático de Derecho” está intrínsecamente relacionado el “...principio de solidaridad... que ha puesto al hombre... en el punto central de su *ethos* organizativo”.⁹⁸ Cabe recordar en este punto que es un mandato constitucional en el Perú que la educación fomente la solidaridad.⁹⁹

De conformidad con esta función social del contrato, para el Tribunal hay casos en los que contratos entre particulares celebrados con anterioridad pero aún vigentes durante la vida de la disposición de orden público pueden –sin transgredir la Constitución y, antes bien, por cumplimiento de ésta– quedar afectados por medidas establecidas en protección del “interés general o interés público”, como es el caso de una veda para preservar recursos forestales y de fauna.¹⁰⁰ El Tribunal ha definido el interés público como el “...conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritoria o tasa como ‘algo’ necesario, valioso e importante para la coexistencia social”.¹⁰¹ También ha señalado que su contenido no está librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración, sino que “...deberá ser explicitado en cada caso en atención a circunstancias concretas...”¹⁰²

⁹⁷ STC emitida el 12 de noviembre de 2007 en el expediente N° 03866-2006-AA/TC (caso Faustino Jacobo Meza Gutiérrez), fundamento 14.

⁹⁸ STC emitida el 1 de abril de 2005 en el expediente N° 0048-2004-PI/TC (caso José Miguel Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos), fundamento 37.

⁹⁹ Artículo 14 de la Constitución Política del Perú.

¹⁰⁰ La STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 33 in fine enfatiza que “...las medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las libertades económicas deben ser razonables y proporcionadas”. Ver además los fundamentos 51 y ss.

¹⁰¹ STC emitida el 15 de junio de 2004 en el expediente N° 3283-2003-AA/TC (caso Taj Mahal Discoteque y otra), fundamento 33.

¹⁰² STC emitida el 10 de octubre de 2006 en el expediente N° 2488-2004-AA/TC (caso Empresa de Transportes Sol del Perú), fundamento 7. Indiquemos aquí que la normativa sobre contratación del Estado ha hecho en el Perú que el arbitraje sea obligatorio. Además, está presente en los contratos de inversión suscritos por el Estado y en los que se garantiza la estabilidad jurídica.

Así, en el caso particular de una veda el Tribunal ha señalado que “...Debe interpretarse... que el Congreso puede y debe tener injerencia cuando el objeto del contrato son recursos naturales de propiedad de la Nación y sobre los cuales el Estado tiene las obligaciones constitucionales de protegerlos y conservarlos, evitando su depredación en resguardo del interés general”.¹⁰³

Precisa el Tribunal en la misma sentencia que la libertad de contratar tiene la limitación “...de las citadas obligaciones constitucionales del Estado cuando se refieren a bienes de propiedad del Estado otorgados por éste en concesión o usufructo a uno de los contratantes”.¹⁰⁴ Agrega que las “...circunstancias de hecho, coetáneas al otorgamiento de las concesiones por el Estado a particulares sobre recursos naturales de la Nación, pueden variar en el tiempo, de modo tal que lo concedido razonable y convenientemente entonces, puede no serlo ahora”.¹⁰⁵ La intangibilidad de los contratos de concesión “...no puede estar por encima, ni ser ajena al cambio de las circunstancias que posibilita que estos pierdan validez, convirtiéndose la obligación en ilícita o prohibida, cuando su realización afectare el interés general...”.¹⁰⁶

Sostiene el Tribunal que la concesión administrativa tiene la condición mixta de contrato y de “acto de poder público”. Como acto de poder público “...el Estado se desprende de una determinada actividad para entregarla al sector privado, conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público”.¹⁰⁷ Agrega el Tribunal que el Estado conserva asimismo otros poderes y potestades y entre éstos el de “...modificar el contenido del contrato e inclusive el poder de resolverlo antes de la fecha pactada...” sin intervención judicial lo que, sin embargo, queda subordinado al interés público como límite a la arbitrariedad.¹⁰⁸

¹⁰³ STC emitida el 11 de abril de 2002 en el expediente N° 006-2000-AI/TC (caso Guiomar Seijas Dávila y otros), fundamento 2.

¹⁰⁴ Ídem, fundamento 4.

¹⁰⁵ Ídem, fundamento 5.

¹⁰⁶ Ídem, fundamento 9.

¹⁰⁷ STC emitida el 10 de octubre de 2006 en el expediente N° 2488-2004-AA/TC (caso Empresa de Transportes Sol del Perú), fundamentos 4 y 5.

¹⁰⁸ STC emitida el 10 de octubre de 2006 en el expediente N° 2488-2004-AA/TC (caso Empresa de Transportes Sol del Perú), fundamentos 5 a 7. En el presente caso la sentencia considera arbitraria una ordenanza municipal que resolvió unilateralmente el contrato de concesión suscrito

En el caso José Miguel Morales Dasso el Tribunal ha llegado a sostener que la concesión se origina en una declaración de voluntad estatal que establece "...una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático".¹⁰⁹

La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.¹¹⁰

Para el Tribunal la concesión minera "...no determina, *prima facie*, la estabilidad o inmutabilidad de lo pactado, para lo cual existen los contratos ley..." por lo que "...el Estado podrá intervenir razonablemente modificando sus cláusulas... cuando el interés público lo amerite...".¹¹¹

¿Y en el contexto expuesto precedentemente, qué es para el Tribunal el contrato-ley? Es "...un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, sólo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado... el blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley (...); únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial".¹¹²

En el segundo párrafo del artículo 62° de la Norma Suprema se ha constitucionalizado el denominado 'contrato-ley'. Esta institución no tiene precedentes en nuestro constitucionalismo histórico y tampoco en el constitucionalismo comparado. Como tal, se forjó en el plano legislativo

con el demandante sin justificar el acto en una razón de interés público. Por el contrario, el voto singular del magistrado Bardelli Lartirigoyen (numeral 5) es por la improcedencia de la demanda ya que "...si se trata de la revisión del contenido de un contrato, no corresponde que ello sea determinado en sede constitucional, sino en la vía ordinaria, en la que en aplicación de la legislación sustantiva pertinente se determine la legalidad de las cláusulas pactadas". De otro lado, el voto singular del magistrado Gonzales Ojeda es por lo infundado de la demanda bajo la consideración de tratarse de un contrato administrativo, lo que en su opinión implica que pueda ser modificado unilateralmente por el Estado "... en atención al interés general, de acuerdo con la legislación de la materia" salvo "...que se hayan suscrito bajo la condición de un contrato-ley".

¹⁰⁹ STC emitida el 1 de abril de 2005 en el expediente N° 0048-2004-PI/TC (caso José Miguel Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos), fundamento 102.

¹¹⁰ Ídem, fundamento 108.

¹¹¹ Ídem, fundamento 112.

¹¹² STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI-TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 16.

de algunos países latinoamericanos, de donde fue tomada e incorporada a nuestro ordenamiento. Primero, en el plano legislativo (v. gr. artículo 1357° del Código Civil) y, posteriormente, a nivel constitucional (artículo 62°).

Su aparición y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías...¹¹³ (sic).

Precisa el Tribunal que:

...el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste.¹¹⁴

Para que se justifique el mayor nivel de protección "...el contenido de los contratos-ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público...".¹¹⁵ Del artículo 62° de la Constitución, así como del artículo 1357° del Código Civil se desprende que:

...tanto la autorización para la suscripción u otorgamiento de un contrato-ley, como la inclusión de determinadas relaciones jurídico-patrimoniales en aquél, deben fundarse en un interés público específico, lo que significa que el otorgamiento de un contrato-ley no puede considerarse como un acto de pura libertad contractual ni meramente discrecional, tanto para el legislador como para los órganos de la administración pública".¹¹⁶

¹¹³ Ídem, fundamento 32.

¹¹⁴ Ídem, fundamento 33.

¹¹⁵ Ídem, fundamento 34. El subrayado es nuestro.

¹¹⁶ STC emitida el 3 de octubre de 2003 en el expediente N° 0005-2003-AI-TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), fundamento 34. En el fundamento 17 de la STC emitida el 23 de setiembre de 2004 en el expediente N° 003-2004-AI/TC (caso Mateo Eugenio Quispe) se reitera que "...el otorgamiento de un contrato-ley no puede considerarse como un acto de pura libertad contractual ni meramente discrecional para el legislador o para los

E) La Libre Contratación y la Subsidiariedad estatal en el Estado Social y Democrático de Derecho

El “derecho a la libre contratación” es también una de las libertades económicas reconocidas y garantizadas en el régimen económico de la Constitución, conjuntamente con la propiedad y las libertades de trabajo, empresa, comercio e industria.¹¹⁷ Es más, con el ejercicio de este derecho a la libre contratación, se ejecutan también los derechos que corresponden a las otras libertades económicas referidas”.¹¹⁸ La inclusión de dicho régimen en la Constitución enfatiza el concepto de que “...toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia”.¹¹⁹

Sobre el particular, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que las libertades económicas incorporan estructuralmente a la función social “...como regulación de unos efectos que siempre están llamadas a producir: impacto externo, impacto sobre terceros, externalidades”.¹²⁰

La hermenéutica de este régimen económico debe inspirarse, así, en ciertos principios fundamentales e implica “...que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho”.¹²¹

Señala el Tribunal que “...así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave

órganos de la Administración Pública”.

¹¹⁷ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 26 b).

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ídem*, fundamento 8.

¹²⁰ Corte Constitucional de Colombia. sentencia C-409/09 de 2009, VI, 47. Al respecto y en el mismo acápite dicha Corte señala que: “*Esta dimensión social de los contratos, determina que tanto en su celebración como en su ejecución, la procura de los beneficios económicos deba en todo caso ser compatible con los beneficios sociales esperados, en términos de creación de empleo, de satisfacción de necesidades humanas, mejora de las condiciones de vida, protección de los recursos naturales. Todo lo anterior impone de los contratantes ‘comportamientos honestos y leales’, o una suerte de ética contractual colectiva en beneficio de todos, que permita lograr la satisfacción de los propósitos que animaron la suscripción del contrato para las partes, así como el respeto de los derechos ajenos..., el cumplimiento de la función social... y la realización de un orden económico justo...*”.

¹²¹ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 8.

y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia”.¹²²

Entonces, a los clásicos criterios de interpretación, deben sumarse aquellos que permitan concretar de mejor manera los principios que inspiran los postulados político-sociales y político-económicos de la Carta. Por ello la pertinencia en proceder, por una parte, a una interpretación institucional de sus cláusulas y, por otra, a una social.¹²³

Para la **interpretación institucional** del régimen económico: “...la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un ‘mínimo común axiológico’, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad”.¹²⁴

Y en ese contexto “...el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de derecho...” es la persona humana¹²⁵ como finalidad del Estado y de la sociedad.

Este criterio interpretativo... permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca... En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.¹²⁶

La **interpretación social** apunta, por su parte, a la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales “...de modo tal que las normas programáticas... no aparezcan como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas”.¹²⁷

Al respecto, también la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el Estado social de Derecho “...no se limita a reconocer derechos a los

¹²² Ídem, fundamento 3.

¹²³ Ídem, fundamento 4. El subrayado es nuestro.

¹²⁴ Ídem, fundamento 5.

¹²⁵ Ibídem.

¹²⁶ STC emitida el 16 de octubre de 2009 en el expediente N° 02005-2009-PA/TC (caso ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”), fundamento 27.

¹²⁷ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 6

individuos, sino que además funda su legitimidad, en la eficacia en la protección y otorgamiento efectivo de los mismos”.¹²⁸ Ello implicará, según expresa dicha Corte, que incluso los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos son una obligación para el Estado.

Para el Tribunal, son varios los principios constitucionales del régimen económico.¹²⁹ Entre éstos está el de la **libre iniciativa privada** (artículo 58° de la Constitución) que implica, entre otros, el derecho “...al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material”.¹³⁰ La iniciativa y la autodeterminación privadas son libres hasta el límite de los intereses generales de la comunidad.¹³¹ El Estado por su parte limita su intervención garantizando la autonomía privada pero actúa **subsidiariamente** “...como garante final del interés general”.¹³² “...ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común”.¹³³

...En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.¹³⁴

Para la Corte Constitucional de Colombia, la ley interviene en la actividad económica productiva

...por razones de interés social, ambiental, del patrimonio cultural... entre otros. Protege adicionalmente el correcto ejercicio de la libre iniciativa y actividad económica, así como los derechos adquiridos con justo título, al mismo tiempo que sanciona el abuso, la irresponsabilidad, el

¹²⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-158/98 de 1998, VI, 5.

¹²⁹ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamentos 9 al 25.

¹³⁰ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 17. Ver también la STC emitida el 12 de julio de 2004 en el expediente N° 518-2004-AA/TC (caso Javier Diez Canseco Cisneros), fundamento 12.

¹³¹ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 18. El subrayado es nuestro.

¹³² Ídem, fundamentos 19 a 21.

¹³³ Ídem, fundamento 23.

¹³⁴ Ibídem. El subrayado es nuestro.

incumplimiento de las obligaciones y deberes constitucionales y legales de quien ejerce tales derechos de libertad...¹³⁵

No obstante, el Tribunal peruano indica que el carácter social del régimen económico constitucional "...en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos".¹³⁶ Por el contrario, la **subsidiariedad** supone "...el respeto a la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduciéndose la intervención pública a lo esencial".¹³⁷ Esa intervención es frecuentemente a través de leyes u otras disposiciones de orden público.

Otro de los principios constitucionales del régimen económico de la Constitución es el del **pluralismo económico** (artículo 60° primer párrafo)...

...desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho.¹³⁸

Dichos principios del régimen económico constitucional orientan el dinamismo de las relaciones negociales de concurrencia e intercambio autodeterminativo en el mercado entre demandantes y ofertantes. Precisa el Tribunal que el sistema "...que propicia la concertación libre entre oferta y demanda..." es el que mejor asigna y distribuye los recursos "...puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas... se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas".¹³⁹

Agrega el Tribunal que:

¹³⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-409/09 de 2009, VI, 47.

¹³⁶ STC emitida el 12 de noviembre de 2007 en el expediente N° 03866-2006-AA/TC (caso Faustino Jacobo Meza Gutiérrez), fundamento 14.

¹³⁷ *Ibídem*.

¹³⁸ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 25. El subrayado es nuestro. Ver también la STC emitida el 12 de julio de 2004 en el expediente N° 518-2004-AA/TC (caso Javier Diez Canseco Cisneros), fundamento 12.

¹³⁹ STC emitida el 1 de abril de 2005 en el expediente N° 0048-2004-PI/TC (caso José Miguel Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos), fundamento 12.

Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico.¹⁴⁰

F) La Autonomía limitada en la Contratación Masiva y las Relaciones de Consumo

El círculo económico lo cierra el consumidor o usuario del producto o servicio que es objeto de las diversas prestaciones que se ejecutan.¹⁴¹ Es “...una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos en el mercado”.¹⁴²

Por su parte “...El proveedor sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios”.¹⁴³

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamentos 27 y 28. Ver también la STC emitida el 24 de marzo de 2004 en el expediente N° 0858-2003-AA/TC (caso Eyller Torres del Águila), fundamento 10.

¹⁴² STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 28. Ver también STC emitida el 17 de enero de 2005 en el expediente N° 3315-2004-AA/TC (caso Agua Pura Rovic S.A.C.), fundamentos 5 y ss; y la emitida el 20 de julio de 2011 en el expediente N° 01865-2010-PA/TC (caso Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas), fundamento 9.

¹⁴³ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 29. Ver también la STC emitida el 24 de marzo de 2004 en el expediente N° 0858-2003-AA/TC (caso Eyller Torres del Águila), fundamento 10; la emitida el 17 de enero de 2005 en el expediente N° 3315-2004-AA/TC (caso Agua Pura Rovic S.A.C.), fundamento 8; la emitida el 23 de febrero de 2006 en el expediente N° 7320-2005-PA/TC (caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.), fundamento 21; la emitida el 31 de enero de 2008 en el expediente N° 1535-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.), fundamento 27; la emitida el 18 de abril de 2007 en el expediente N° 4637-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino S.A.C.), fundamento 12; la emitida el 14 de agosto de 2006 en el expediente N° 5259-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Pool E.I.R.L.), fundamento 16; la emitida el 13 de abril de 2007 en el expediente N° 7339-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Megabus S.A.C.), fundamento

La defensa de los intereses de los consumidores y usuarios (artículo 65°) es por un lado un derecho subjetivo para aquéllos y por otro lado constituye un “horizonte tuitivo” y un principio constitucional rector para el Estado.¹⁴⁴

Así, el derecho constitucional consagrado en el artículo 65° “...tiene una *estructura jurídica* de derecho público subjetivo, por lo que puede ser alegado y aplicado directamente por sus titulares”.¹⁴⁵

Pero también la protección estatal del individuo generador de la demanda “...constituye un límite a la actuación de las empresas en una Economía Social de Mercado”¹⁴⁶ y es “...consecuencia de las relaciones asimétricas

21; la emitida el 24 de noviembre de 2009 en el expediente N° 03592-2007-PC/TC (caso E.T.C.P. Carmelitas Bus S.R.L.), fundamento 10; y la emitida el 20 de julio de 2011 en el expediente N° 01865-2010-PA/TC (caso Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas), fundamento 11.

¹⁴⁴ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 30. Ver también la STC emitida el 24 de marzo de 2004 en el expediente N° 0858-2003-AA/TC (caso Eyller Torres del Águila), fundamento 10; la emitida el 12 de julio de 2004 en el expediente N° 518-2004-AA/TC (caso Javier Diez Canseco Cisneros), fundamentos 12 y 13; la emitida el 17 de enero de 2005 en el expediente N° 3315-2004-AA/TC (caso Agua Pura Rovic S.A.C.), fundamento 9; la emitida el 23 de febrero de 2006 en el expediente N° 7320-2005-PA/TC (caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.), fundamento 22; la emitida el 31 de enero de 2008 en el expediente N° 1535-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.), fundamento 28; la emitida el 18 de abril de 2007 en el expediente N° 4637-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino S.A.C.), fundamento 13; la emitida el 14 de agosto de 2006 en el expediente N° 5259-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Pool E.I.R.L.), fundamento 17; la emitida el 13 de abril de 2007 en el expediente N° 7339-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Megabus S.A.C.), fundamento 22; la emitida el 24 de noviembre de 2009 en el expediente N° 03592-2007-PC/TC (caso E.T.C.P. Carmelitas Bus S.R.L.), fundamento 10; la emitida el 20 de julio de 2011 en el expediente N° 01865-2010-PA/TC (caso Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas), fundamentos 12 y 13; la emitida el 8 de setiembre de 2015 en el expediente N° 05143-2011-PA/TC (caso Julio Martín Ubillús Soriano), fundamento 7; la emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamento 24; y la Resolución del Tribunal Constitucional emitida el 23 de agosto de 2010 en el expediente N° 00449-2010-PA/TC (caso César Javier Ojeda Cifuentes), fundamento 3.

¹⁴⁵ STC emitida el 12 de julio de 2004 en el expediente N° 518-2004-AA/TC (caso Javier Diez Canseco Cisneros), fundamento 13. Ver también la STC emitida el 23 de febrero de 2006 en el expediente N° 7320-2005-PA/TC (caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.), fundamento 19; la emitida el 31 de enero de 2008 en el expediente N° 1535-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.), fundamento 25; la emitida el 18 de abril de 2007 en el expediente N° 4637-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino S.A.C.), fundamento 13; la emitida el 14 de agosto de 2006 en el expediente N° 5259-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Pool E.I.R.L.), fundamento 17; la emitida el 13 de abril de 2007 en el expediente N° 7339-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Megabus S.A.C.), fundamento 22; la emitida el 24 de noviembre de 2009 en el expediente N° 03592-2007-PC/TC (caso E.T.C.P. Carmelitas Bus S.R.L.), fundamento 10; la emitida el 20 de julio de 2011 en el expediente N° 01865-2010-PA/TC (caso Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas), fundamento 14; y la emitida el 8 de setiembre de 2015 en el expediente N° 05143-2011-PA/TC (caso Julio Martín Ubillús Soriano), fundamento 7.

¹⁴⁶ Ver la STC emitida el 12 de julio de 2004 en el expediente N° 518-2004-AA/TC (caso Javier Diez Canseco Cisneros), fundamento 13; así como la emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamento 24. Ver también la Resolución del Tribunal Constitucional emitida el 23 de agosto de 2010 en el expediente N° 00449-2010-PA/TC (caso César Javier Ojeda Cifuentes), fundamento 3.

con el poder fáctico de las empresas proveedoras”, representando los consumidores y usuarios “...el fin de toda actividad económica...”.¹⁴⁷ Esta protección estatal es también contra la publicidad engañosa que defrauda al consumidor en su expectativa.¹⁴⁸

Esa defensa implica para el Estado obligaciones tales como las de garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios, velar por la salud y la seguridad de consumidores y usuarios, por su acceso al mercado, la reparación de daños y la defensa corporativa de los mismos, constituyendo todo ello un *numerus apertus*.¹⁴⁹ Esta protección puede generarse incluso por acciones *ex ante* como la limitación o prohibición de comercialización de determinados bienes en el mercado por afectar derechos fundamentales tales como la salud y la vida humana como sucede

¹⁴⁷ Ver la STC emitida el 12 de julio de 2004 en el expediente N° 518-2004-AA/TC (caso Javier Diez Canseco Cisneros), fundamento 16. Ver también la STC emitida el 17 de enero de 2005 en el expediente N° 3315-2004-AA/TC (caso Agua Pura Rovic S.A.C.), fundamento 22; la emitida el 23 de febrero de 2006 en el expediente N° 7320-2005-PA/TC (caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.), fundamento 20; la emitida el 31 de enero de 2008 en el expediente N° 1535-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.), fundamento 26; la emitida el 18 de abril de 2007 en el expediente N° 4637-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino S.A.C.), fundamento 11; la emitida el 14 de agosto de 2006 en el expediente N° 5259-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Pool E.I.R.L.), fundamento 15; la emitida el 13 de abril de 2007 en el expediente N° 7339-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Megabus S.A.C.), fundamento 20; la emitida el 24 de noviembre de 2009 en el expediente N° 03592-2007-PC/TC (caso E.T.C.P. Carmelitas Bus S.R.L.), fundamento 10; y la emitida el 20 de julio de 2011 en el expediente N° 01865-2010-PA/TC (caso Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas), fundamento 9.

¹⁴⁸ Véase el fundamento 4 de la Resolución del Tribunal Constitucional emitida el 9 de agosto de 2010 en el expediente N° 05286-2009-PA/TC (caso Wesdley Eduardo Pérez Villarreal).

¹⁴⁹ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamentos 31 y 32. Ver también la STC emitida el 24 de marzo de 2004 en el expediente N° 0858-2003-AA/TC (caso Eyler Torres del Águila), fundamento 9; la emitida el 12 de julio de 2004 en el expediente N° 518-2004-AA/TC (caso Javier Diez Canseco Cisneros), fundamento 15; la STC emitida el 17 de enero de 2005 en el expediente N° 3315-2004-AA/TC (caso Agua Pura Rovic S.A.C.), fundamentos 9 in fine y 10; la emitida el 23 de febrero de 2006 en el expediente N° 7320-2005-PA/TC (caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.), fundamento 23; la emitida el 31 de enero de 2008 en el expediente N° 1535-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.), fundamento 29; la emitida el 18 de abril de 2007 en el expediente N° 4637-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino S.A.C.), fundamento 14; la emitida el 14 de agosto de 2006 en el expediente N° 5259-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Pool E.I.R.L.), fundamento 18; la emitida el 13 de abril de 2007 en el expediente N° 7339-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Megabus S.A.C.), fundamento 23; la emitida el 24 de noviembre de 2009 en el expediente N° 03592-2007-PC/TC (caso E.T.C.P. Carmelitas Bus S.R.L.), fundamento 10; la emitida el 20 de julio de 2011 en el expediente N° 01865-2010-PA/TC (caso Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas), fundamentos 16, 17 y 23; y la emitida el 27 de mayo de 2013 en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), fundamento 24. En el caso Andrés Astuvilca Flores (expediente N° 1052-2006-PHD/TC) el fundamento 4 de la sentencia emitida el 14 de marzo de 2006 protege el derecho de información del recurrente incluso mediante la reconversión del proceso de *habeas data* en uno de amparo.

con diversos productos farmacéuticos.¹⁵⁰

La doctrina jurisprudencial del Tribunal ha reconocido, en ese sentido, los siguientes principios:

...pro consumidor (acción tuitiva del Estado), proscripción del abuso del derecho (evitar prácticas y modalidades contractuales perversas), isonomía real (trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales), *restitutio in integrum* (resarcimiento por los daños causados), transparencia (plena accesibilidad de información), veracidad (autoridad y realidad absoluta de la información transmitida), *in dubio pro consumidor* (interpretación de las normas en términos favorables al usuario) y pro asociativo (facilitar la creación y actuación de asociaciones de usuarios).¹⁵¹

El Tribunal lleva a considerar que al interpretar los derechos fundamentales las disposiciones que los reconocen son *principios*, "...conceptos jurídicos indeterminados que contienen mandatos de optimización que aspiran a ser realizados y concretizados en cada circunstancia".¹⁵² Por ello, el genérico deber especial de protección del consumidor y usuario que asume el Estado¹⁵³ está confiado, en primer lugar, al legislador ordinario.¹⁵⁴ Administrativamente recae de modo general

¹⁵⁰ STC emitida el 16 de octubre de 2009 en el expediente N° 02005-2009-PA/TC (caso ONG "Acción de Lucha Anticorrupción"), fundamentos 59 y ss y parte resolutive. Esta sentencia, además de ordenar al Ministerio de Salud que "se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada 'Píldora del Día Siguiente'", se pronunció sobre la venta a los consumidores y ordenó que "...los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada 'Píldora del día Siguiente' incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado".

¹⁵¹ STC emitida el 17 de enero de 2005 en el expediente N° 3315-2004-AA/TC (caso Agua Pura Rovic S.A.C.), fundamento 9; la emitida el 26 de enero de 2007 en el expediente N° 1776-2004-AA/TC (caso Víctor Augusto Morales Medina), fundamento 42; la emitida el 16 de octubre de 2009 en el expediente N° 02005-2009-PA/TC (caso ONG "Acción de Lucha Anticorrupción"), fundamento 58; y la emitida el 20 de julio de 2011 en el expediente N° 01865-2010-PA/TC (caso Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas), fundamento 15.

¹⁵² STC emitida el 24 de marzo de 2004 en el expediente N° 0858-2003-AA/TC (caso Eyler Torres del Águila), fundamento 12. Ver también la STC emitida el 12 de julio de 2004 en el expediente N° 518-2004-AA/TC (caso Javier Diez Canseco Cisneros), fundamento 15.

¹⁵³ STC emitida el 24 de marzo de 2004 en el expediente N° 0858-2003-AA/TC (caso Eyler Torres del Águila), fundamento 13. En dicho fundamento 13 se agrega que las concretizaciones de este deber estatal "...incluyen la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales, entre muchos otros factores a tomarse en consideración". Ver, además, la STC emitida el 5 de diciembre de 2006 en el expediente N° 1963-2006-PA/TC (caso Ferretería Salvador S.R.L.), fundamento 9.

¹⁵⁴ STC emitida el 24 de marzo de 2004 en el expediente N° 0858-2003-AA/TC (caso Eyler Torres

en el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Este deber estatal implica también “...establecer procedimientos apropiados para que, en su seno, los consumidores y usuarios puedan, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos, solicitar la protección de aquellos derechos e intereses, así como los principios y reglas para la solución de controversias”.¹⁵⁵

En el ámbito de los servicios prestados por las entidades financieras, el Tribunal ha presentado algunas reflexiones, en el caso Carlos Ever Gamarra Tapia Musso, referidas a: la detección y supresión de cláusulas abusivas; la reducción de las relaciones asimétricas producto de los contratos pre redactados; la aplicación de tasas de interés proporcionadas al servicio prestado; la aplicación de tasas de interés flexibles negociadas y acordadas por las partes; la eliminación de abusos respecto a elevadas tasas para la financiación de adquisiciones con tarjetas de crédito; la prevención del incremento permanente de tasas abusivas; el rechazo de las tasas desproporcionadas respecto a los intereses generales de la plaza; la injusticia de trasladar a los usuarios las ineficiencias de la entidad financiera vía intereses; la inequidad del castigo a los buenos consumidores con la inseguridad propia de un sistema de alto riesgo crediticio; la responsabilidad del prestador del servicio por abuso manifiesto; la eliminación de tasas leoninas so pretexto del riesgo crediticio generado en realidad por una deficiente evaluación de la capacidad de pago de clientes; la dominación mediante contratos por adhesión y condiciones generales en el negocio bancario.¹⁵⁶

Para la Corte Constitucional de Colombia la actividad bancaria es un servicio público:

“En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su

del Águila), fundamento 14.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ STC emitida el 16 de noviembre de 2004 en el expediente N° 1238-2004-AA/TC (caso Carlos Ever Gamarra Tapia Musso), fundamentos 12 y 13.

acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público”.¹⁵⁷

La Corte Constitucional de Colombia, en sus sentencias T-520/03 (III, 2.1.1 y 3.3.4) de 2003 y T 312/10 de 2010 (3.2.2.1) ha señalado que la solidaridad es exigida también a los privados y particularmente a los que prestan un servicio público autorizado legalmente como sería la actividad financiera y ha reiterado que aquélla consiste en “...brindar el socorro y la ayuda que las circunstancias de debilidad ameritan” (T 312/10 de 2010, 3.2.2.1). Dicha Corte se ha ocupado en esas sentencias de los casos de los secuestrados y desplazados con deudas ejecutables por entidades financieras señalando que el deber de solidaridad debe concretarse en medidas tales como acuerdos de refinanciamiento para el pago del capital e intereses remuneratorios (a falta de acuerdo el interés legal remuneratorio) y la suspensión temporal de procesos ejecutivos, intereses indemnizatorios y cláusulas aceleratorias para exigir la totalidad de la deuda (T-520/03 de 2003, III, 3.4.2 y ss y T 312/10 de 2010, 3.2.2.1 y 4.3.1).¹⁵⁸

Asimismo, la resolución del Tribunal Constitucional peruano emitida el 28 de diciembre de 2009 en el expediente N° 02093-2009-PA/TC (caso Simeón Quispe Flores) se refiere al caso de clonación de tarjetas electrónicas resolviendo la revocación de la resolución que declaró improcedente la demanda y ordenando que se la admita a trámite.¹⁵⁹

A juicio del Tribunal dichas circunstancias generan en la contratación financiera un desequilibrio pronunciado que compromete el “principio de equivalencia y de “máxima reciprocidad” y que...

...el Estado debe ejercer su papel de regulación y vigilancia del sistema bancario, de modo que se torna imperativo que se revise la normatividad atinente a la creación y constitución de los bancos y sus actividades, y se

¹⁵⁷ Ver sentencia T-312/10 de 2010, 3, 3.2.1. Véanse también las sentencias T-468/03 de 2003, III, 3.4.2; T-520/03 de 2003, III, 2.1.1; y la sentencia T-170/05 de 2005, III, B, 2 a 4.

¹⁵⁸ Véase también la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-170/05 de 2005, III, B, 3 y ss. En esta sentencia, que considera el caso de personas afectadas por el virus del SIDA cuya hipoteca bancaria fue ejecutada, se reitera lo indicado en la sentencia T-520/03 (III, 3.3.1) de 2003 respecto a que el deber de solidaridad requiere desarrollo legal pero que aún sin éste es excepcionalmente un límite a los propios derechos, límite que puede ser impuesto por el juez constitucional cuando su vulneración pone en peligro derechos fundamentales.

¹⁵⁹ Ver los fundamentos 3 y 4 y la parte resolutive.

replanteen las funciones que le conciernen al Banco Central de Reserva y a la Superintendencia de Banca y Seguros.¹⁶⁰

Respecto a la relación contractual entre las Administradoras de Fondos de Pensiones y sus afiliados o pensionistas para el Tribunal no rigen "...de manera absoluta las reglas de la libre contratación..." por tratarse de contratos celebrados por adhesión.¹⁶¹ Esto se debe a la falta de negociación, pero sobre todo a la asimetría informativa.

Es alta la dificultad de los trabajadores para conocer qué significan tanto las normas referidas al SPP, como la diversidad de directivas, resoluciones y decretos emitidos sobre la materia, lo cual conlleva una imposibilidad para decidir plenamente y apoyada por elementos fácticos. No puede existir seguridad jurídica si un acto se produce con desconocimiento de la ley por desinformación de terceros responsables (AFP).¹⁶²

La defensa de los pensionistas como usuarios del servicio de las AFP se sustenta, pues, en la "desigualdad real" en cuanto a "cantidad y calidad de información de la que disponen".¹⁶³ Todas las entidades estatales, como son la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones y la Oficina de Normalización Previsional, tienen "...un deber genérico de protección de los intereses del consumidor y usuario..."¹⁶⁴

Sobre ello razona el Tribunal del siguiente modo:

En tal extremo, no se trata por tanto de polarizar una opción *iuspublicista* en detrimento de una lectura *iusprivatista* de la Norma fundamental, sino

¹⁶⁰ STC emitida el 16 de noviembre de 2004 en el expediente N° 1238-2004-AA/TC (caso Carlos Ever Gamarra Tapia Musso), fundamentos 14 y 15.

¹⁶¹ STC emitida el 26 de enero de 2007 en el expediente N° 1776-2004-AA/TC (caso Víctor Augusto Morales Medina), fundamento 34d.

¹⁶² STC emitida el 26 de enero de 2007 en el expediente N° 1776-2004-AA/TC (caso Víctor Augusto Morales Medina), fundamento 40. Las siglas SPP y AFP corresponden a Sistema Privado de Pensiones y Administradora de Fondos de Pensiones, respectivamente. En el presente caso se declara fundada la demanda constitucional de amparo por vulneración al derecho al libre acceso a las prestaciones pensionarias y se ordena a la SBS y a la AFP tramitar la desafiliación del demandante. Por el contrario, el voto singular del magistrado Vergara Gotelli disiente de ello por considerar que no habiendo temática constitucional la pretensión de nulidad requiere un proceso judicial ordinario.

¹⁶³ STC emitida el 26 de enero de 2007 en el expediente N° 1776-2004-AA/TC (caso Víctor Augusto Morales Medina), fundamento 40.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

de buscar los valores sobre los que es posible armonizar los intereses en juego, puesto que tan fundamental es la autonomía privada como también lo son los demás principios y valores constitucionales, dentro de los que por cierto el derecho al libre acceso a la pensión tiene un componente social indiscutible.¹⁶⁵

En el campo de la educación superior, que es un servicio público,¹⁶⁶ el Tribunal expresa que una regulación más intensa está justificada porque:

...la libertad contractual no se ejerce en condiciones de simetría. En concreto, los usuarios no negocian las cláusulas en virtud de las cuales se contrata el servicio, sino que más bien la regla consiste en que ellos se “adhieren” a una serie de cláusulas y asumen obligaciones que han sido preestablecidas, sin que estas puedan ser realmente “negociadas”. Tal situación se extiende a los servicios de electricidad, agua, telefonía, salud, educación, entre otros.¹⁶⁷

En el ámbito de los servicios públicos domiciliarios y de infraestructura la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios está a cargo de los organismos reguladores autónomos sectoriales: OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN Y SUNASS. A ellos compete:

...la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Ídem, fundamento 34d.

¹⁶⁶ STC emitida el 27 de agosto de 2014 en el expediente N° 011-2013-PI/TC (caso Ley de Protección a la Economía Familiar), fundamento 61.

¹⁶⁷ STC emitida el 27 de agosto de 2014 en el expediente N° 011-2013-PI/TC (caso Ley de Protección a la Economía Familiar), fundamento 60. En su voto singular el magistrado Sardón de Taboada considera fundada la demanda, disiente de la sentencia que la declaró infundada y discrepa de la intervención estatal ejecutada a través del artículo 2 de la ley 29947 de protección a la Economía Familiar, entre otras razones por violar la libertad contractual y la seguridad jurídica protegida por el artículo 62° de la Constitución.

¹⁶⁸ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 41.

A través de los organismos respectivos el Estado tiene el deber de:

...intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado.¹⁶⁹

Añade el Tribunal Constitucional que:

...debe diferenciarse lo que es propio de un derecho subjetivo de defensa contra el Estado, que tiene por propósito exigir la no injerencia arbitraria del Estado en la esfera subjetiva de un particular, de lo que es propio de un “deber especial de protección”, que es, en principio, indeterminado, e impone a los órganos del Estado, *in suo ordine*, que establezcan o adopten todas las medidas necesarias y adecuadas destinadas a preservar, proteger e, incluso, reparar las lesiones a los diferentes derechos constitucionalmente protegidos, cuando éstos han sido vulnerados o puestos en peligro por obra de terceros.¹⁷⁰

A los reguladores compete impedir el abuso que se pueda derivar de la celebración de contratos para la prestación de servicios públicos y “...del contenido desproporcionado de ciertas cláusulas de contratación que se insertan en tales contratos.¹⁷¹ Para tal fin el regulador no sólo tiene una potestad reglamentaria sino también de control y supervisión del prestador del servicio público en protección de los legítimos intereses de los usuarios.¹⁷²

Antes de aplicar el derecho privado en la solución de una controversia entre privados “...los órganos competentes están en la obligación de interpretar esas reglas de conformidad con los derechos fundamentales”.¹⁷³

¹⁶⁹ Ídem, fundamento 42.

¹⁷⁰ STC emitida el 24 de marzo de 2004 en el expediente N° 0858-2003-AA/TC (caso Eyler Torres del Águila), fundamento 8.

¹⁷¹ Ídem, fundamento 15.

¹⁷² Ibídem.

¹⁷³ Ídem, fundamento 20.

no olvidando que cuando se contrata mediante cláusulas generales "...el ejercicio de la libertad contractual... carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual".¹⁷⁴

Ante este tipo de situaciones [en las que resulta más que evidente que determinados contenidos insertos en ese tipo de convenios, no podrían ser aceptados en términos normales de un sujeto libre e igual, a no ser que la imposición por uno de ellos sea aceptada por razones de necesidad por el sujeto social más débil], la cuestión a plantear es: O se hace abstracción de aquella situación que presenta la realidad, so pretexto de garantizarse el modo como se ha venido entendiendo el tráfico entre privados, con el resultado de aceptar que los derechos fundamentales pueden ser [y de hecho son] vulnerados por los grupos sociales con *dominium*, o se afirma que ni siquiera garantizándose el modo como se ha venido entendiendo el tráfico entre privados, es posible consentir que, en esas relaciones, los derechos fundamentales se desconozcan.

La respuesta de un Tribunal comprometido con la defensa de los derechos fundamentales no puede ser otra que afirmar que los derechos también vinculan a los privados, de modo que, en las relaciones que entre ellos se puedan establecer, éstos están en el deber de no desconocerlos. Por cierto, no se trata de una afirmación voluntarista de este Tribunal, sino de una exigencia que se deriva de la propia Norma Suprema, en cuyo artículo 103° enfáticamente ha señalado que constitucionalmente es inadmisibles el abuso del derecho.

Para el Tribunal Constitucional es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen... el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano.¹⁷⁵

Así, los derechos fundamentales son sustento de defensa contra las

¹⁷⁴ Ídem, fundamento 21.

¹⁷⁵ Ídem, fundamento 22.

“...consecuencias del propio hacer”, marcado por la “...pérdida efectiva de la autonomía privada por una de las partes”¹⁷⁶ (heteronomía). Compete al Estado “restaurar el equilibrio”.¹⁷⁷ Empero, nunca se tratará de un equilibrio en abstracto sino de la “función económico-individual” del contrato en su globalidad, que las partes le han otorgado en concreto; vínculo de conexión entre la “operación económica objetiva” y los sujetos contratantes.¹⁷⁸

Complementariamente al usuario le compete participar en la defensa de sus derechos y a las empresas de servicio público brindar “...un servicio digno, de calidad y a un costo razonable”.¹⁷⁹



¹⁷⁶ Ídem, fundamento 23.

¹⁷⁷ STC emitida el 24 de marzo de 2004 en el expediente N° 0858-2003-AA/TC (caso Eyler Torres del Águila), fundamento 23; y la emitida el 27 de agosto de 2014 en el expediente N° 011-2013-PI/TC (caso Ley de Protección a la Economía Familiar), fundamento 57 (ii).

¹⁷⁸ Cfr. Grondona, Op. cit., p. 274.

¹⁷⁹ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 44.

Capítulo II

EL ORDEN PÚBLICO SUSTANTIVO COMO LÍMITE CONSTITUCIONAL AL ARBITRAJE NACIONAL EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Nuestra investigación para éste y el próximo capítulo nuevamente ha partido del universo de sentencias y resoluciones disponibles en la página web del Tribunal Constitucional (<http://www.tc.gob.pe/tc/>) aplicando el buscador que ésta misma proporciona. Esta vez hemos utilizado para la búsqueda los términos arbitraje, arbitral, árbitro y laudo. Revisando las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional seleccionadas por dicho instrumento técnico hemos elegido a nuestra vez 34 sentencias que van del año 1999 al 2015 y 47 resoluciones que van del año 2004 al 2015, las cuales hemos constituido en materia de esta investigación y reunido en el anexo 2 de este trabajo.

La argumentación del Tribunal Constitucional procura, según hemos visto en el capítulo anterior, armonizar autonomía privada y heteronomía –en sus contenidos y límites- en una visión sobre el contrato y sobre el ordenamiento que busca superar esta contraposición. El contrato vale como norma (particular) porque es parte del ordenamiento (general), así como es parte del sistema constitucional de fuentes del derecho. Así, el contrato debe guardar compatibilidad con todo el sistema normativo que se caracteriza por su “plenitud hermética”. El **poder negocial** que es parte del poder que desciende desde el poder constitucional, es asimismo en su reverso **deber**

negocial –ascendente- de ceñirse a las normas reglamentarias y legales de orden público y a la Constitución.

Considerando diversas sentencias del Tribunal Constitucional, en el primer capítulo hemos señalado que según el Tribunal la libertad contractual expresa el derecho de las partes a la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la celebración de un contrato y la configuración interna del mismo, autodeterminación que a su vez se sustenta en la dignidad de las personas (contratantes), constitucionalmente reconocida como fin supremo del Estado y la sociedad.

De ahí que la Constitución garantice a los sujetos contratantes la protección de su autodeterminación contractual contra injerencias externas (artículo 62° de la Constitución).

Así, la autodeterminación contractual se despliega libremente en el ámbito de las **finalidades lícitas**, para pactar o no contra las normas (**supletorias / dispositivas**) que no son de orden público, así como para pactar en **ausencia de cierta regulación en el ordenamiento jurídico**.¹⁸⁰ Este es el espacio del contenido esencial de la **libertad contractual** que no puede ser restringido sin perder ésta su funcionalidad como valor constitucional.

De ello se deriva, sin embargo, que la autodeterminación contractual no es absoluta sino que debe ejercerse para finalidades lícitas. No debe contravenir el orden público, cuyo contenido de fundamento último es el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales que incluye un consenso mínimo moral sobre los derechos fundamentales de la persona. Hay un orden público constitucional indisponible no sólo para los contratantes particulares sino también para el mismo legislador.

Como ya hemos expresado, los contratos pueden tener todo el alcance que les permita su compatibilidad con el sistema normativo. Todo ello se desprende de la doctrina jurisprudencial constitucional expuesta.

Para el Tribunal la autodeterminación contractual encuentra sus límites intrínsecos y explícitos en la **finalidad ilícita y orden público (que incluye a la moral social) vulnerado al tiempo de la celebración del contrato;**

¹⁸⁰ “*Toda persona tiene derecho: A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”. Artículo 2° 24.a. de la Constitución Política del Perú 1993.

así como su límite extrínseco e implícito en la **incompatibilidad con los derechos fundamentales** como referente valorativo último. Asimismo, conforme a las reglas de aplicación de la ley en el tiempo los términos contractuales pueden verse afectados por **disposiciones generales de orden público expedidas con posterioridad a la celebración del contrato** siempre que no sean inconstitucionales, ilegales, arbitrarias ni irrazonables. Para el Tribunal hay casos en los que contratos pueden quedar afectados por disposiciones posteriores de orden público sin que esto signifique transgresión de la Constitución sino el cumplimiento de la misma. La restricción a la libertad contractual se justifica si no se le hace perder su funcionalidad como valor constitucional y cuando el propósito sea conseguir un fin constitucionalmente legítimo y la norma de orden público sea idónea y necesaria para conseguir ese fin (proporcionalidad).¹⁸¹

Es así que el libre sometimiento de los contratantes a los convenios o pactos para poner fin a una controversia o un conflicto, ya sea por sí mismos mediante acuerdo de transacción o por medio de terceros mediadores, conciliadores (medios autocompositivos) o árbitros (medio heterocompositivo), expresa el derecho constitucional de los mismos a la autodeterminación por común acuerdo; siendo el Estado el garante público del cumplimiento de esos convenios *inter partes*. Asimismo, por extensión, garante de los laudos arbitrales de terceros árbitros como actos implicados por el convenio arbitral y sus contratos conexos.

El Tribunal, en su sentencia de 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC, caso Fernando Cantuarias Salaverry, ha expuesto que desde una vertiente positiva de la autonomía de la voluntad aplicada al arbitraje, las partes están facultadas "...para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición...",¹⁸² llegando a decir que esto conceptúa al arbitraje,

¹⁸¹ STC emitida el 21 de setiembre de 2004 en los expedientes acumulados N°s 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (caso Colegio de Abogados del Cusco y otros), fundamento 7.

¹⁸² STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 16 b). Creemos, sin embargo, que nada puede sustraerse totalmente a la jurisdicción estatal. Tratándose de materias indisponibles por los particulares quedamos fuera de la autodeterminación y de la libertad contractual. Lo que nos interesa en este trabajo es, por el contrario, el contenido, protección y límites de la libertad contractual en la solución arbitral de conflictos sobre materias de libre disposición por los

aunque de modo relativo, como un “derecho fundamental”.¹⁸³

Así, no se puede imponer el arbitraje de ningún modo que anule la libertad de conclusión de un contrato, como puede ser imponerlo *ex lege*, ya que:

...el sometimiento a esta jurisdicción alternativa tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2º, inciso 24, literal *a* de la Constitución. Por lo tanto, el artículo 9º del Decreto Supremo 003-98-SA en la parte que obliga a los asegurados y beneficiarios del SCTR a someterse obligatoriamente al arbitraje resulta contrario a la Constitución... Es más, al imponérsele obligatoriamente el arbitraje a los asegurados y beneficiarios del STCR se les está vulnerando su derecho-regla de acceso a la justicia y al juez natural.¹⁸⁴

Como ejemplo de protección del derecho a la libertad contractual y a la autodeterminación de quienes celebraron un convenio arbitral, podemos referirnos a la sentencia emitida el 3 de mayo de 2002 en el caso Jesús Guevara Manosalva, que versa sobre el derecho al cumplimiento contractual y la consecuente resolución por incumplimiento. El Tribunal,

contratantes.

¹⁸³ STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 16 b). El magistrado Gonzales Ojeda, en su fundamento de voto expedido en este mismo caso discrepa al respecto sosteniendo que el arbitraje no es un derecho fundamental sino un instituto constitucionalmente garantizado, garantía que podría suprimirse con una reforma constitucional, “...lo que no se puede hacer con los derechos fundamentales, ni siquiera siguiéndose dicho procedimiento de revisión constitucional)”. El magistrado reitera lo anterior en su fundamento de voto respecto a la STC emitida el 11 de diciembre de 2006 en los expedientes acumulados N° 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.). Similarmente, el magistrado Álvarez Miranda, en su fundamento de voto en relación a la Resolución de 30 de junio de 2010 expedida en el expediente N° 02999-2009-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A.), sostiene que “...en el momento presente no es posible conceptualizar de modo absoluto al arbitraje como un derecho fundamental, pero tampoco pasa desapercibido al legislador el entronque constitucional del arbitraje en la autonomía de la voluntad de las partes”.

¹⁸⁴ STC emitida el 8 de noviembre de 2007 en el expediente N° 10063-2006-PA/TC (caso Gilberto Moisés Padilla Mango), fundamento 120. Los criterios de este fundamento 120 son vinculantes para los jueces que conocen los procesos de amparo, las demandas contencioso-administrativas, para todos los poderes, organismos públicos y empresas privadas que brindan coberturas del SCTR. La sigla SCTR va para “Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo”. Asimismo, véanse el fundamento 10 de la STC emitida el 28 de enero de 2008 en el expediente N° 00061-2008-PA/TC (caso Rímac Internacional Compañía de Seguros S.A.), y los fundamentos 33 y 34 de la STC emitida el 13 de octubre de 2008 en el expediente N° 02513-2007-PA/TC (caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández). Ver también el fundamento 120 del fundamento de voto de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda de la STC emitida el 18 de diciembre de 2007 en el expediente N° 6612-2005-PA/TC (caso Onofre Vilcarima Palomino). Asimismo, ver el fundamento 120 del fundamento de voto de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda de la STC emitida el 18 de diciembre de 2007 en el expediente N° 10087-2005-PA/TC (caso Alipio Landa Herrera).

atendiendo a que los conflictos contractuales deben resolverse por la vía arbitral o judicial, según lo previsto en el contrato o la ley, y a que, "...los hechos señalados por el demandante no configuran una amenaza de afectación de derechos fundamentales..." declaró infundada la demanda de amparo.¹⁸⁵

En el caso Transmares Representaciones Marítimas y Comerciales S.A., también se consideró el derecho a la autodeterminación de quienes se someten libremente al arbitraje cuando el Tribunal Constitucional fundamentó su fallo en que la exigibilidad del pago de una deuda tributaria a favor de ADUANAS, ordenado en el proceso de ejecución del laudo arbitral (en el que se consideró ajustada a ley la intervención de ADUANAS como litisconsorte de la contraparte Compañía Sudamericana de Vapores S.A.), había quedado firme por la autoridad de cosa juzgada arbitral.¹⁸⁶

La autodeterminación de las partes sometidas libremente al pacto arbitral también fue protegida en el caso Núcleo Ejecutor Central del Segundo Programa de Suplementación Alimentaria, al considerar el Tribunal Constitucional que aún existía "...la posibilidad de cuestionar la competencia del Tribunal Arbitral al interior del propio proceso, o, en su defecto, en sede jurisdiccional ordinaria en vía de apelación... no evidenciándose *a priori* la afectación de los derechos demandados ni mucho menos el correspondiente al debido proceso..."¹⁸⁷

De otro lado, siguiendo la línea de pensamiento del Tribunal sobre la libertad contractual y sus límites expuesta en el capítulo anterior y en los párrafos iniciales de este capítulo, dicho sometimiento de los contratantes a lo pactado para poner fin a una controversia o un conflicto, debe encontrar límites intrínsecos y explícitos en la ilicitud de la finalidad económico-individual (causa final) de los acuerdos o de las decisiones del árbitro en el caso del sometimiento a la jurisdicción arbitral, y en la incompatibilidad de

¹⁸⁵ STC emitida el 3 de mayo de 2002 en el expediente N° 0289-2001-AA/TC (caso Jesús Guevara Manosalva), fundamentos 1 al 3 y parte resolutive.

¹⁸⁶ STC emitida el 22 de agosto de 2002 en el expediente N° 996-2001-AC/TC (caso Transmares Representaciones Marítimas y Comerciales S.A.), fundamentos 2 a 4 y parte resolutive.

¹⁸⁷ Resolución emitida el 19 de abril de 2004 en el expediente N° 3255-2003-AA/TC (caso Núcleo Ejecutor Central del Segundo Programa de Suplementación Alimentaria), fundamento 3.

dichos pactos o laudos con el orden público; así como un límite extrínseco implícito en el alcance de otros derechos fundamentales y constitucionales.

Como ya hemos señalado, unos y otros, explícitos e implícitos, intrínsecos y extrínsecos, definen la libertad contractual en el convenio arbitral y marcan su esencia y relatividad, configuran lo que es la libertad en el arbitraje y lo que no es, el campo de lo constitucionalmente disponible para los contratantes y los árbitros y lo constitucionalmente indisponible para ellos: indisponible el sistema constitucional de fuentes normativas que impone la compatibilidad y conformidad con el orden público del ordenamiento jurídico; e indisponibles los derechos fundamentales y constitucionales que, por otra parte, son también orden público constitucional asimismo indisponible para el propio legislador.

Pues, así como el Estado es el último garante de la autodeterminación para la solución contractual de los conflictos es también el último garante de la licitud (conformidad con el orden público y la moral social) en el ordenamiento jurídico sistémico y jerárquico al que se refiere el Tribunal Constitucional según hemos visto en el capítulo precedente.

Según lo expuesto por el Tribunal Constitucional en cuanto a libertad contractual se refiere, debe entenderse necesariamente que el convenio arbitral¹⁸⁸ tiene valor como norma (particular) porque es parte del ordenamiento (general). Asimismo, que los convenios arbitrales autónomamente establecidos son parte del sistema constitucional de fuentes del derecho, de modo tal que en el ámbito nacional el convenio arbitral y sus efectos deben ser compatibles con todo el sistema normativo.

Sobre dichos efectos del convenio arbitral, Castillo Freyre ha señalado que: "...producida la controversia... se suceden en el tiempo una serie de contratos en estrecha relación con el arbitral y cuyos propósitos son, precisamente, que la obligación asumida por las partes en la cláusula arbitral quede satisfecha..."¹⁸⁹.

El autor citado señala que el contrato entre quienes son parte del convenio

¹⁸⁸ Mario Castillo Freyre señala que el contrato de arbitraje suele constituirse por medio de la cláusula arbitral; pero que son posibles otras modalidades como el contrato de arbitraje sobre controversia ya producida y el contrato de arbitraje sobre universalidad de relaciones jurídicas (o contrato universal de arbitraje). Mario Castillo Freyre. El dominio contractual en el arbitraje. En: *Ius et Veritas* 32 (Lima, Asociación Civil *Ius et Veritas*, 2006), p. 101.

¹⁸⁹ *Ídem*, p. 99.

arbitral y el árbitro es una locación de servicios de arbitraje para la prestación de ese “servicio personalísimo”¹⁹⁰ que se concreta finalmente en las prestaciones de formular y emitir su voto y/o el laudo. Si las partes quieren un tribunal arbitral, se requiere de un mandato para que los...

...dos árbitros que ya han celebrado con las partes un contrato de locación de servicios, en nombre y en representación de esas partes, invistan a su vez a un tercer árbitro que habrá de presidir el tribunal arbitral... Si acepta el encargo de estos, el designado presidente podrá entonces a su vez celebrar su contrato de locación de servicios con las partes.¹⁹¹

Estos contratos conexos también son normativos en el sentido de que hacen parte del ordenamiento general; y son también fuentes del Derecho.

De un lado, la Constitución otorga a las partes de un convenio arbitral y de sus contratos conexos la protección contra injerencias externas (artículo 62°) y a los árbitros la independencia que les permite el principio de no interferencia (inciso 2 del artículo 139°) que establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.¹⁹² De otro lado, la Constitución define también que el derecho a contratar, en este caso el que se ejerce con el convenio arbitral y sus contratos conexos, es para “fines lícitos” y “siempre que no se contravengan leyes de orden público” (inciso 14 del artículo 2°)¹⁹³, lo que constituye el ámbito de la licitud en el que debe ejercerse dicho derecho a contratar, ámbito que incluye a la conformidad con la moral social, tal como hemos visto en el capítulo anterior.

Se desprende de lo anterior que el convenio arbitral y los contratos conexos se establecerán, desarrollarán y ejecutarán con libertad dentro del

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ídem*, p. 100. Agrega Castillo que “...es en el acta de instalación del tribunal arbitral donde quedan formalizados todos los contratos sucesivos y accesorios al de la cláusula arbitral”.

¹⁹² Myriam Salcedo Castro plantea esto mismo como libertad de las partes y libertad de los árbitros. Myriam Salcedo Castro. Presentación. En: *El orden público y el arbitraje*, bajo la dirección de Eric Loquin, Sébastien Manciaux. Traducción de Myriam Salcedo Castro (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2016), p. xiv.

¹⁹³ *Ibidem*. Myriam Salcedo Castro señala que “*Si las partes del litigio y los árbitros gozan de una libertad inexistente en el marco de la justicia ofrecida por la jurisdicción del Estado, la legitimidad de esta libertad se funda en los límites que garantizan que el arbitraje no se desarrolle de manera arbitraria*”.

contorno de las finalidades lícitas y de la regulación supletoria, así como de la regulación inexistente (libertad negativa) en el ordenamiento jurídico. Tendrán su límite en el orden público que, como ya hemos visto anteriormente, encuentra un contenido de fundamento último en los valores, principios y derechos fundamentales y demás constitucionales, configurando éstos el orden público constitucional indisponible no sólo para la voluntad autónoma sino también para el legislador, como también para los jueces.

Dichos límites del sometimiento a la jurisdicción arbitral que se encuentran en la ilicitud (incompatibilidad con el orden público y la moral social) implican la posibilidad y necesidad de la tutela jurisdiccional judicial ordinaria o constitucional especializada. Al respecto, en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se puede distinguir un antes y un después del precedente obligatorio establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 00142-2011-PA/TC de 21 de setiembre de 2011 (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), como veremos más adelante.

La Corte Constitucional de Colombia también desarrolla algunas apreciaciones sobre el control constitucional de la justicia arbitral. La sentencia T-058/09 afirma que dicho control procede, excepcionalmente, contra laudos que vulneran o amenazan derechos fundamentales.¹⁹⁴ Los árbitros "...están sujetos al cumplimiento de los parámetros mínimos dispuestos en la Constitución, y en consecuencia, sus actuaciones pueden ser excepcionalmente controladas mediante la acción de tutela cuando menoscaben un derecho fundamental".¹⁹⁵ La procedencia de la acción constitucional se sujeta al cumplimiento del agotamiento de los recursos previstos en la ley "...y a pesar de ello, (a) la persistencia de la vulneración directa de un derecho fundamental"¹⁹⁶ y asimismo a la existencia de algún defecto de los considerados en la jurisprudencia constitucional colombiana. Estos defectos son de diferente carácter: *orgánico* por falta de competencia; *procedimental* con un efecto definitivo en la decisión como pudiera ser el de vulneración directa del derecho de defensa; *fáctico* cuando no hay sustento

¹⁹⁴ Ver fundamento IV, 5.3

¹⁹⁵ Ver fundamento IV, 5.5. Igualmente véase la sentencia T-408/10 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia, II, 3.1

¹⁹⁶ Ver fundamento IV, 5.6

en las pruebas o éstas no se practicaron; *sustantivo* “...cuando las normas acogidas... no son aplicables... o la interpretación... genera perjuicio a los derechos fundamentales...” o no están vigentes, o el laudo carece de motivación razonable.¹⁹⁷ Al respecto, Daniela Corchuelo añade que esta clasificación de defectos para la procedencia de la acción de tutela en la doctrina constitucional colombiana es más amplia y que deben sumarse a aquéllos el error inducido, la decisión sin motivación, el desconocimiento del precedente y la violación directa de la Constitución.¹⁹⁸

Sobre la procedencia de dicho control constitucional un autor colombiano señala que:

...la posibilidad de que se incurra en sobrecostos, congestión judicial o incluso en una supuesta inseguridad jurídica al permitirse dicha procedencia son apenas consecuencias inevitables en un sistema judicial que propenda a toda costa por el fin mayor que es la protección de los derechos fundamentales de sus asociados; sin contar con que contrario a lo afirmado... lo que sí generaría una lesiva inseguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico sería permitir que los laudos arbitrales en los que se incurre en vulneraciones a los derechos iusfundamentales de los involucrados se mantengan incólumes, sin que se activen los mecanismos o los efectos jurídicos constitucionalmente consagrados para este tipo de situaciones.¹⁹⁹

Desde una visión anglosajona, se ha opinado que el énfasis contractual del arbitraje no puede eliminar completamente los fundamentos para una regulación pública del arbitraje nacional e internacional. Se ha dicho que, visto en conjunto, el arbitraje tiene consecuencias sobre el interés público (*public interest*) y el contenido sustantivo de los derechos, por lo que la tutela jurisdiccional no sólo está llamada a evitar abusos flagrantes de orden procesal sino también a establecer límites de justicia en las operaciones y

¹⁹⁷ Ver fundamento IV, 5.8. Igualmente véase la sentencia T-408/10 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia, II, 3.2 a 3.4.

¹⁹⁸ Daniela Corchuelo Uribe. Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia. Tesis de Grado 64. Facultad de Derecho (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013), pp. 54 y ss. Véase también Guillermo Poveda Cubillos. Tutela contra laudo arbitral: una controversia sin fin- En: Revista de Derecho Público, (38). (Bogotá, Universidad de los Andes, 2017), <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.38.2017.06> , p. 6.

¹⁹⁹ Guillermo Poveda Cubillos. Ídem, p. 17.

decisiones de los árbitros. No obstante esta tutela, sin dejar de ser seria y significativa, debe ser tan “clara e inequívoca” como también es potestad restringida.²⁰⁰

En suma, el control jurisdiccional del arbitraje (tanto del laudo como de la resolución judicial sobre anulación de laudo arbitral) habrá de ser una garantía efectiva para la libertad de autodeterminación contractual para fines lícitos, lo que implica coherencia con el orden público.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de libertad contractual complementa la que el mismo tribunal desarrolla específicamente respecto al arbitraje. Con aquéllas podemos abordar mejor preguntas sobre la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del modo en el que el Estado garantiza las decisiones del árbitro o tribunal arbitral como implicadas por el convenio arbitral y sus contratos conexos; preguntas acerca del sentido en el que decimos que el árbitro o tribunal arbitral son órganos “jurisdiccionales”²⁰¹ e “independientes”;²⁰² sobre la naturaleza de la competencia jurisdiccional de los árbitros;²⁰³ respecto al significado del arbitraje como “instituto constitucionalmente garantizado”, etc.

A) Garantía Jurisdiccional Estatal de la Jurisdicción Arbitral como Solución Privada de Conflictos

Cuando las partes no acordaron ni acuerdan solucionar su controversia

²⁰⁰ Thomas E. Carbonneau, *The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, 36 *Vand. J. Transnat’L.* 1189 (“Penn State Law” Journal, 2003), p. 1232. El artículo concluye señalando: “...*The use of arbitration does have a bearing upon the substantive content of legal rights. Judicial vigilance should not only ward off the flagrant abuses of process and procedure in arbitration, but it should also establish an ‘interests of justice’ limitation upon the operation of the process and the rulings of arbitrators. The likelihood of exercising this judicial power should be as clear and unequivocal as it is restrained. It should, however, always remain meaningful. The public interest in adjudicatory order and fairness must receive an authoritative expression, not a perfunctory and empty nod.*”

²⁰¹ Ver el fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda, expedido en el caso Fernando Cantuarias Salaverry (STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC).

²⁰² Véase el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución. También, la Resolución emitida el 24 de junio de 2009 en el expediente N° 2129-2009-PA/TC (caso Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC), fundamentos 8 y 9.

²⁰³ Ver la STC emitida el 30 de abril del 2006 en el expediente N° 1567-2006-PA/TC (caso Compañía de Exploraciones Algamarca), fundamentos 27 y 28.

privadamente mediante la decisión de un tercero, el Estado es el único que puede decir la última palabra para terminar un conflicto entre éstas y alcanzar el objetivo público de la paz social. Es en ese sentido que el artículo 138° de la Constitución declara que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos”. Aquello se reitera en el artículo 1° de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes”.

No obstante, podría decirse que la mayoría de controversias entre contratantes son solucionadas por las partes, frecuentemente por sí mismas directamente mediante negociación y acuerdo o también –relativamente en escasa medida- a través de terceros mediadores, conciliadores o árbitros. Empero, la dimensión privada o subjetiva de la solución de los conflictos no es jurídicamente vinculante sin la dimensión pública u objetiva del “reconocimiento” normativo de los acuerdos privados²⁰⁴ y de la garantía de que éstos pueden hacerse valer ante los jueces y tribunales estatales, e inclusive mediante la *coertio* que puede ejercer el Estado.

La sociedad jurídicamente organizada como Estado es la única que puede ser garantía última del cumplimiento de los pactos privados, en función del valor público de la paz social, como venimos diciendo.

En consecuencia, el Estado es el único que puede garantizar jurídicamente el cumplimiento del laudo arbitral, como consecuencia del reconocimiento jurídico (juridicidad) del convenio arbitral por el cual las partes se sustraen a la jurisdicción estatal.

Tratándose del arbitraje, no sólo las partes otorgan su confianza a los árbitros, sino que el ordenamiento público hace lo propio estableciendo legalmente las condiciones del arbitraje y de su protección jurisdiccional,²⁰⁵ confiriendo a los laudos arbitrales los efectos de una sentencia judicial.²⁰⁶

La cosa juzgada arbitral también debe ser entendida tanto desde la

²⁰⁴ Cfr. primer párrafo del artículo 1361 del Código Civil: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”.

²⁰⁵ Cfr. Salcedo, Op. cit., pp. xiii y xiv.

²⁰⁶ Cfr. Roque J. Caivano. Arbitrabilidad y Orden Público. En: Foro Jurídico. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 12 (Lima, 2013), p. 63.

autonomía de la voluntad como desde la garantía estatal que se otorga al arbitraje. De un lado, el laudo arbitral es de obligatorio cumplimiento para las partes; de otro lado, de producirse el incumplimiento éstas tienen el derecho a la ejecución judicial del mismo, para lo cual el Estado confiere al laudo la misma eficacia que tiene una sentencia. El laudo arbitral firme es un título de ejecución, al igual que las resoluciones judiciales firmes; mientras que, por ejemplo, el documento privado que contiene una transacción extrajudicial es un título ejecutivo, como lo son los títulos valores, y requiere de la expedición de una sentencia.

Refiriéndose al ordenamiento jurídico español, una opinión especializada dice que éste reconoce a los árbitros la potestad decisoria y las responsabilidades²⁰⁷ consiguientes en salvaguarda de la tutela jurisdiccional efectiva e indica que “El convenio arbitral es de carácter contractual, pero con claros efectos jurisdiccionales...”²⁰⁸

En virtud de la autonomía de su voluntad las mismas partes contractuales en el arbitraje cumplen una **función principal** en la solución de los conflictos sobre materias disponibles que sólo interesan a dichas partes, mientras que el Estado –generalmente mediante el Poder Judicial– cumple una **función subsidiaria** en la solución de dichos conflictos, que le compete exclusivamente.²⁰⁹

Finalmente, el Estado tiene una función exclusiva y principal –no subsidiaria– en la solución de los conflictos y controversias en los que de algún modo la sociedad nacional es parte. Se trata de casos en los que no será suficiente la validez *inter partes* y la conformidad de dicha solución con el orden público, sino que en la materia controvertida misma están en juego intereses generales y superiores a los de las partes, que impelen a que “el pueblo”, siendo parte eminente sea también juez, administre justicia, para alcanzar una solución con “validez social”. Es el caso, por ejemplo, de la justicia penal. El Estado se reserva la facultad de establecer el derecho (*juris dictio*), no bastándole ser sólo y subsidiariamente el último garante

²⁰⁷ Las responsabilidades de los árbitros pueden ser civiles y penales. Cfr. Bernardo Cremades. El arbitraje en la doctrina constitucional española. En: Lima Arbitration N° 1, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje (Lima, 2006), p. 196 y 198-199.

²⁰⁸ Ídem, pp. 188 y 190. En España el arbitraje es considerado constitucional, aunque no existe una particular o explícita garantía constitucional al arbitraje.

²⁰⁹ Ver inciso 1 del Artículo 139° de la Constitución.

jurisdiccional. Podríamos decir que en estos casos lo que prevalece no es sólo el orden público (que también se estatuye en protección de derechos privados) sino el interés público. Es precisamente este interés público lo que determina la indisponibilidad de la materia para los particulares. Estamos aquí en el ámbito de la inarbitrabilidad objetiva. O dicho desde el lado reverso, estamos aquí en el ámbito de la competencia exclusiva y principal de las jurisdicciones estatales.²¹⁰

Una controversia será inarbitrable "...cuando comprometa, palmariamente, intereses distintos a los de las partes del proceso. Una buena pista para esta materia la da la legitimación con que cuenta el Ministerio Público para intervenir en ciertas controversias...".²¹¹

Concluimos, entonces, que la jurisdicción arbitral es, ciertamente, una potestad privada de los árbitros sobre asuntos disponibles, facultativos para las partes, con sustento, de un lado en la libertad contractual que da vida al convenio arbitral y a sus contratos conexos y, de otro lado en el otorgamiento por el Estado de los efectos de una sentencia judicial al laudo arbitral. Es distinta a la potestad pública de los jueces y tribunales estatales, pero reconocida por el ordenamiento y garantizada por la jurisdicción estatal.

Esta jurisdicción arbitral privada es en Perú un instituto garantizado no sólo legalmente, sino constitucionalmente. ¿Qué significa esto?

B) El Arbitraje como Jurisdicción Independiente Constitucionalmente Garantizada

El inciso 1 del artículo 139° de la Constitución señala que la jurisdicción arbitral es de excepción; independiente de la función jurisdiccional única y

²¹⁰ Sobre inarbitrabilidad véase el Artículo V s 2 (a) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), Organización de las Naciones Unidas, 1958; así como el artículo 36 (1) (b) (i) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. Naciones Unidas, Nueva York, 2008. Asimismo, sobre este tema cfr. Roque J. Caivano. Arbitrabilidad y Orden Público. En: Foro Jurídico. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 12 (Lima, 2013).

²¹¹ Ramiro Portocarrero Lanatta. La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje. En: Thémis 46 Revista de Derecho (Lima, 2003), p.378.

exclusiva que ejerce el Estado a través del Poder Judicial.²¹² Ello significa que el proceso arbitral no es proceso judicial. Es proceso privado, pero también proceso jurisdiccional privado constitucionalmente garantizado. La impugnación del laudo ante el Poder Judicial implica un proceso judicial de naturaleza jurisdiccional distinta a la del proceso privado arbitral. También tienen naturaleza distinta el proceso cautelar y el proceso de ejecución.

La función arbitral no es jurisdiccional en el sentido estatal, lo que se manifiesta principalmente por falta de la *coertio* (que proviene del *ius imperium* del Estado) para hacer ejecutar sus decisiones, requiriendo siempre para ello del apoyo jurisdiccional del Estado.²¹³ También se manifiesta en que los laudos no crean precedentes obligatorios.²¹⁴ Una flexibilización extrema del concepto constitucional de jurisdicción que incluya procesos de distinta naturaleza permitiría incluir a cualquier órgano de jurisdicción administrativa o, es más, a cualquier tribunal privado, por ejemplo el órgano jurisdiccional de un club social o de una universidad. La nota esencial que vincula al arbitraje -proceso privado- con la jurisdicción estatal es precisamente la posibilidad de ejecutar el laudo con apoyo de la *coertio* estatal, así como también la posibilidad de contar con apoyo judicial para actuar pruebas y ejecutar medidas cautelares.²¹⁵ Podría decirse que la función arbitral emana del derecho

²¹² El arbitraje es constitucionalmente jurisdicción de excepción desde la Constitución de 1979 (inciso 1 del artículo 233°). César Landa hace ver que la función jurisdiccional no sólo la ejerce el Poder Judicial. También la ejercen el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, el fuero militar y los árbitros. César Landa Arroyo. El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En THÉMIS 53, Revista de Derecho (Lima, 2007), p. 32.

²¹³ El magistrado Gonzales Ojeda, en su fundamento de voto expedido en el referido caso Fernando Cantuarias Salaverry, cuestiona el empleo de la denominación "jurisdicción arbitral" indicando que el vocablo "jurisdicción" en la Constitución es utilizado con diversos significados. Señala que no hay pluralidad de jurisdicciones sino una sola que emana del pueblo y que ejercen varios órganos de carácter estatal principalmente para garantizar el derecho objetivo, la libertad y la dignidad humana y secundariamente para dar certeza a los derechos subjetivos o para sancionar los delitos e ilícitos, contando para la ejecución de sus decisiones con la *coertio* como expresión del *ius imperium*. Ello no significa que la Constitución no haya dado garantía a medios no estatales de solución de conflictos, como es el del arbitraje. Enfatiza el hecho de que los árbitros "...no están en capacidad de hacer cumplir sus decisiones cuando las partes se resisten a cumplirlas, en cuyo caso tienen que recurrir al Poder Judicial solicitando su intervención...".

²¹⁴ Al respecto véase Robert French. Arbitration and Public Policy. Asia Pacific Law Review, 24:1, 1-15, DOI: 10.1080/10192577.2016.1198542 (2016), p. 2. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10192577.2016.1198542>

²¹⁵ Cfr. Reynaldo Bustamante Alarcón. La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos

fundamental a la libertad contractual, no directamente del pueblo; pero que el pueblo la reconoce (juridicidad), apoya y garantiza y en el Perú -como en algunos otros países- no sólo legalmente sino constitucionalmente.²¹⁶

Sobre la jurisdicción arbitral en el Perú señala el Tribunal Constitucional que: “...no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional... se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada... obligada a respetar los derechos fundamentales”.²¹⁷

El hecho de que la jurisdicción arbitral haya sido recogida en la Constitución...

...Definitivamente la convierte en un instituto jurídico constitucionalmente protegido o, en términos de la dogmática constitucional, en una “garantía institucional”; es decir, en un principio jurídico que, sin ser un derecho subjetivo y, por tanto, un derecho fundamental, cuenta con eficacia jurídica reforzada.²¹⁸

Citando el fundamento 83 de la STC de 27 de mayo de 2013, expediente N° 001-2013-PI/TC, Reynaldo Bustamante Alarcón señala que la “eficacia jurídica reforzada” implica poseer “...un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal manera que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, además de estar blindada contra una reforma legislativa [...] que la anule o la vacíe de contenido”.²¹⁹

Al ser un instituto constitucionalmente garantizado...

fundamentales y el Estado de Derecho. En: Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, N° 71 (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013), pp. 393-394. Véanse, asimismo, los artículos 45° sobre colaboración judicial, y 48 sobre ejecución de medidas cautelares, del D.L. N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. También cfr. Cremades, Op. cit., p. 186.

²¹⁶ César Landa Arroyo ha dicho que la legitimación del arbitraje proviene en abstracto de la voluntad general, mientras que en una determinada controversia proviene de la autonomía de la voluntad de los privados. Landa, Op. cit. p. 31.

²¹⁷ STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 11. El subrayado es nuestro. Véanse asimismo la STC emitida el 1 de octubre de 2007 en el expediente N° 03574-2007-PA/TC (caso Club Deportivo Wanka), fundamento 36; el fundamento 11 de la Resolución emitida el 20 de agosto de 2008 en el expediente N° 00094-2007-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.); y la STC emitida el 21 de setiembre de 2011 en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), fundamento 25.

²¹⁸ Bustamante, Op. cit., p. 395.

²¹⁹ Ibídem.

...las normas jurídicas relacionadas con el arbitraje deban ser creadas, interpretadas y aplicadas de tal manera que maximicen la virtualidad del arbitraje, siempre –y esto es muy importante- en armonía con las demás normas que mantienen con el arbitraje relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico (es el caso de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos).²²⁰

Así, elementos como la competencia jurisdiccional y la independencia de los árbitros deben ser entendidos, tanto desde el derecho fundamental a la libertad contractual como desde la garantía no sólo legal sino constitucional que se otorga al arbitraje en el Perú.

La potestad decisoria del árbitro está configurada por el convenio arbitral²²¹ y por el ordenamiento jurídico aplicable que la garantiza. El Tribunal ha definido la competencia jurisdiccional de los árbitros según el principio de “kompetenz-kompetenz”:

“...que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y... que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluidas las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio...”²²²

Se ha dicho también que este principio “...significa que la justicia arbitral tiene prioridad temporal respecto a la justicia nacional para dirimir controversias sobre la existencia, validez y alcances del contrato de

²²⁰ Ídem, p. 396.

²²¹ Cfr. Cremades, Op. cit., p. 185.

²²² STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 13. Ver también la STC emitida el 14 de marzo de 2007 en el expediente N° 10575-2006-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.), fundamentos 13 y 14; y la STC emitida el 1 de diciembre de 2010 en el expediente N° 01869-2010-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. y otros), fundamento 8. Asimismo, la STC emitida el 30 de abril de 2006 en el expediente N° 1567-2006-PA/TC (caso Compañía de Exploraciones Algamarca), fundamento 28 donde se indica que este principio de “kompetenz-kompetenz” no genera una zona exenta de control constitucional ya que es posible “...cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva... y por inobservancia del cumplimiento de la jurisdicción constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, in fine, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente”. Véanse asimismo los fundamentos 11 y 12 de la Resolución emitida el 20 de agosto de 2008 en el expediente N° 00094-2007-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.)

arbitraje” y que los incidentes sobre competencia no podrán ser resueltos por la justicia nacional.²²³

Complementariamente, el “efecto negativo” de este principio de kompetenz-kompetenz consiste en “La obligación de los jueces de declararse incompetentes, frente a una acción judicial relativa a una materia reservada a la decisión de los árbitros de acuerdo al convenio arbitral”²²⁴ o al ordenamiento jurídico.

El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje), en adelante “Ley de Arbitraje”, señala también principios y derechos de la función arbitral estableciendo que la intervención judicial sólo opera cuando está legalmente autorizada, que el árbitro es independiente, que decide acerca de su propia competencia y que no hay control judicial anterior al arbitraje, bajo responsabilidad.

El árbitro o tribunal arbitral es independiente en el ejercicio de su función jurisdiccional privada en virtud del convenio arbitral (que no es accesorio, sino separable del contrato principal)²²⁵ y de los contratos que hemos denominado conexos al convenio arbitral; así como en mérito de los efectos del laudo conferidos y garantizados por el ordenamiento, de modo que también debe aplicársele el principio de no interferencia consagrado por el inciso 2 del artículo 139° de la Constitución, por el cual *“Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones”*.

En el caso Fernando Cantuarias Salaverry, el Tribunal expresó que la jurisdicción arbitral está protegida por dicho principio de no interferencia:

...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 (SIC).²²⁶

²²³ Juan Eduardo Figueroa Valdés. La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. En: Arbitraje PUCP (Lima, 2014), p. 72.

²²⁴ Ídem, pp. 71 y 79. Figueroa hace un recuento de cómo el efecto negativo del kompetenz-kompetenz está presente en la jurisprudencia de países latinoamericanos.

²²⁵ Véase el numeral 2 del artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.

²²⁶ STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso

La Corte Constitucional de Colombia ha acotado que este principio existe en tanto que la autonomía de los árbitros...

...se orienta a la afirmación y no a la negación de los fundamentos de la democracia colombiana. De allí que, si esto último ocurre, es decir, si la jurisdicción da lugar a afectaciones de derechos fundamentales, tales decisiones deben removerse del mundo jurídico para restablecer el efecto vinculante de esos derechos.²²⁷

Al respecto expresa un connotado árbitro del *International Center for Dispute Resolution* de la *American Arbitration Association*: “Los límites jurisdiccionales del árbitro están dados no sólo por el acuerdo arbitral sino también por el marco jurídico aplicable y por las limitaciones impuestas por el orden público”.²²⁸

Concluimos que la jurisdicción arbitral en el Perú, está constitucionalmente garantizada. Dicha garantía implica un blindaje contra reformas legislativas que distorsionen o anulen su contenido esencial permitiendo interferencias indebidas. Por el contrario, las normas legales habrán de proteger y promover dicho contenido esencial en armonía con los demás institutos y derechos constitucionales.

C) Orden Público Procesal o Adjetivo: el Debido Proceso como Límite de Orden Público Constitucional a la Autonomía en el Arbitraje

El control estatal del orden público es irrenunciable, más aún si se trata del orden público constitucional, indisponible no sólo para la voluntad autónoma sino también para el legislador y para los jueces. En el caso PROIME Contratistas Generales, el Tribunal ha recordado este concepto respecto al debido proceso:

Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 12. Véase asimismo el fundamento 11 de la Resolución emitida el 20 de agosto de 2008 en el expediente N° 00094-2007-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.).

²²⁷ Sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia. Véase al respecto

Poveda, Op. cit., 6 y 7.

²²⁸ Figueroa, Op. cit., p. 81.

“...el debido proceso compromete normas de orden público constitucional, por lo que su defensa y control son irrenunciables, no sólo en el ámbito de los procesos judiciales, sino también en todo tipo de decisiones donde el Estado haya reconocido actuaciones materialmente jurisdiccionales, como es el caso del arbitraje”.²²⁹

Puede distinguirse un orden público procesal o adjetivo (debido proceso en sus dimensiones formal o material), así como un orden público sustantivo, como en adelante desarrollaremos.

Sobre el debido proceso como límite a la autonomía en el arbitraje, expresa el Tribunal que:

...la naturaleza de jurisdicción independiente que posee el arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional.

...Que nuestro ordenamiento jurídico prevé el proceso de ejecución de laudo arbitral como el mecanismo cuyo fin es hacer cumplir lo dispuesto en un laudo arbitral donde se han respetado los derechos constitucionales inherentes al desarrollo de un proceso judicial.²³⁰

También ha señalado el Tribunal, en el caso Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República, que los árbitros están obligados a:

...respetar mínimamente, las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional „efectiva” y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, independiente e imparcial, a la ejecución

²²⁹ STC emitida el 16 de noviembre de 2007 en el expediente N° 04195-200-AA/TC (caso PROIME Contratistas Generales S.A.), fundamento 2.

²³⁰ Resolución emitida el 24 de junio de 2009 en el expediente N° 2129-2009-PA/TC (caso Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC), fundamentos 8 y 9. El subrayado es nuestro.

de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales.²³¹

Joseph R. Nuss, QC dice que estos conceptos pueden encontrarse en la Convención de Nueva York, en la Ley Modelo del CNUDMI (UNCITRAL), en la legislación de varios países y en las reglas de varias instituciones de arbitraje internacional, por lo que hay un amplio consenso al respecto.²³² El mismo autor señala que la adhesión a estos principios, que se fundan en el orden público, aumenta la credibilidad y la reputación del arbitraje internacional.²³³ No obstante, la aplicación de éstos puede variar.²³⁴

En artículo publicado en la revista estandarte de la American Arbitration Association se ha explicado que existe una suerte de *magna carta* procesal

²³¹ STC emitida el 29 de marzo de 2006 en el expediente N° 0004-2006-PI/TC (caso Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República), fundamentos 8 al 10. Conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”. Ver también la STC emitida el 14 de marzo de 2007 en el expediente N° 10575-2006-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.), fundamento 5; y la STC de 21 de setiembre de 2011 en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), fundamento 23.

²³² Luego de enumerar causales de carácter procesal para inexecutar o anular un laudo según la Convención de Nueva York y la Ley Modelo CNUDMI, Nuss expresa: “These concepts which one gleans from the jurisprudence and from the application of international instruments such as the New York Convention and the UNCITRAL Model Law, are also found in the legislation of various states, such as in the Arbitration Act 1996 of the UK (section 103), the Law of the Russian federation on International Commercial Arbitration (Article 36), the Arbitration and Conciliation Act in India, and in the legislation of other states based on the UNCITRAL Model Law. One also finds an expression of these requirements in the rules of the various institutions in the field of international arbitration, such as the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) at Articles 12, 22(4) and 26, the London Court of International Arbitration (LCIA) at Articles 5.2, 5.4 and 14, the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce at Articles 16, 17 and 20(3) and the International Arbitration Rules of the International Centre for Dispute Resolution at Articles 7 and 16(1)”. Joseph R. Nuss. Public policy invoked as a ground for contesting the enforcement of an arbitral award, or for seeking its annulment. En: Dispute Resolution International Vol 7, N° 2 (Canada, 2013), pp. 123-124. Al respecto, Francesco Zappalá dice que existe un “*debido proceso transnacional*”. Francesco Zappalá Sastoque. Arbitrato Internazionale e Ordine Pubblico Internazionale. Precisazione del Concetto di Ordine Pubblico Internazionale. En: Criterio Jurídico V. 15, N° 2 (Santiago de Cali, 2016), p. 74.

²³³ Joseph R. Nuss. Ídem, p. 126.

²³⁴ Nuss explica que mientras que en Finlandia, Alemania y Suiza suelen aplicar en el arbitraje internacional el principio *iura novit curia* (la corte conoce la ley de su particular jurisdicción) y han ejecutado laudos arbitrales aun cuando los árbitros laudaron planteando *ex officio* cuestiones de derecho que no se habían abordado en las proposiciones de las partes, en Inglaterra y en Francia algunas cortes estatales pueden denegar la ejecución si el laudo se fundamenta en puntos de la ley que no han sido puestos a consideración de las partes dándoles la oportunidad de argumentar. Ídem, pp.124-125. Sobre el mismo tema véase también a Zappalá, Op. cit., pp. 67 a 72.

del arbitraje que contiene los principios básicos de un orden público procesal transnacional. Estos principios serían, según su autor, Inae Yang, el trato justo y equitativo a las partes, notificación del nombramiento de los árbitros y de la conducción de los procedimientos y la justa oportunidad de defenderse en un tiempo y en un modo adecuado.²³⁵

A estos principios básicos Yang agrega otros acerca de vicios procesales de orden público. Añade al **fraude** (error inducido) definiéndolo como falsedad deliberada con la intención de engañar al tribunal arbitral y a la parte adversa con respecto a cuestiones importantes para la decisión del tribunal, lo que hace inejecutable el laudo resultante.²³⁶ Asimismo, señala a la **parcialidad** cuando puede probarse el sesgo del árbitro, en relación con las partes o a las cuestiones en controversia, que genera una razonable preocupación de parcialidad. Yang da algunos ejemplos y entre éstos el del árbitro que no divulga el vínculo de su firma de abogados con la empresa matriz de una de las partes. Precisa, sin embargo, que la parcialidad del árbitro debe haber tenido un impacto concreto en el arbitraje y que la prueba debe establecer que el árbitro se parcializó a favor de una parte y que su sesgo o parcialidad influyó en su decisión.²³⁷

No obstante lo expuesto, no ha habido una posición sostenida y uniforme en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la aplicabilidad al arbitraje de algunos de estos principios del debido proceso, como son el de motivación del laudo y el de la instancia plural, por más que éstos hayan sido explicitados en la cita precedente, del caso Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República. Sobre el estándar de motivación expondremos en el acápite siguiente.

Respecto a la **instancia plural**, la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 8 de julio de 2005 (caso Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A.C.), a diferencia de la sentencia del caso Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República, considera que quienes someten una controversia

²³⁵ Inae Yang. Procedural public policy cases in international commercial arbitration. En: Dispute Resolution Journal vol. 69 N°. 4 American Arbitration Association (EEUU, JurisNet LLC, 2014), pp. 61-62.

²³⁶ Textualmente: "...deliberate falsity intended to deceive the tribunal and the adverse party concerning issues material to the tribunal's decision..." Ídem, p. 66.

²³⁷ Ídem, pp. 70-71.

a un tribunal arbitral renuncian a ésta porque la doble instancia en el arbitraje no está constitucionalmente garantizada; lo está para el Poder Judicial.²³⁸ Igualmente, en el caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada “El Molino de Cajamarca” el Tribunal ha expresado que “...En sede arbitral... no está constitucionalmente garantizado que una determinada controversia necesariamente tenga que ser resuelta por una instancia plural...”²³⁹

Bustamante Alarcón opina que “...la garantía de la pluralidad de instancia no parece exigible en el arbitraje... a menos que la norma que lo regule contemple instancias múltiples a las cuales acudir”.²⁴⁰

El mismo autor explica cómo algunos de los elementos del debido proceso pueden no ser exigibles en el arbitraje.

...algunos de sus elementos pueden no resultar exigibles en un determinado proceso –como es el caso del arbitraje- en la medida que razonablemente (lo que implica fin lícito y proporcionalidad) no resulten esenciales para que el debido proceso pueda cumplir con sus funciones y no pierda su naturaleza para convertirse en algo distinto. Dicho de otra manera, siempre resultarán exigibles –y, por ende, aplicables en cualquier tipo de proceso, incluyendo el arbitraje- aquellos elementos del debido proceso que resulten razonablemente imprescindibles para que el inicio, desarrollo, conclusión y ejecución de un proceso pueda ser considerado justo (o, si se prefiere, para que los intereses jurídicos que protege resulten real, concreta y efectivamente protegidos)²⁴¹

Del mismo modo, César Landa sostiene que:

...el contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral lo constituyen aquellos derechos sin los cuales constitucionalmente no existiría un proceso arbitral; el contenido no esencial estará conformado por instituciones que no le son propias, como el derecho a la pluralidad de instancias y otras aquellas que por su propia naturaleza no sean exigibles. Por último, el contenido adicional está referido a aquellos derechos de

²³⁸ Resolución emitida el 8 de julio de 2005 en el expediente N° 3261-2005-PA/TC (caso Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A.C.), fundamentos 5 y 6.

²³⁹ Resolución emitida el 26 de noviembre de 2007 en el expediente N° 01755-2007-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada “El Molino de Cajamarca”), fundamento 5.

²⁴⁰ Bustamante, Op. cit., pp. 403-404.

²⁴¹ Ídem, p. 404.

configuración legal que son exclusivos del proceso arbitral y no forman parte de los anteriores.²⁴²

Sintetizando el presente acápite de este capítulo podemos decir que para el Tribunal Constitucional el control del orden público es irrenunciable. Puede distinguirse un orden público procesal o adjetivo (debido proceso en sus dimensiones formal o material), así como un orden público sustantivo. El debido proceso es un límite a la autonomía en el arbitraje, habiendo un amplio consenso internacional respecto a las garantías que componen el debido proceso. No obstante, no ha habido una posición sostenida y uniforme en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la instancia plural, aunque más recientemente ha sostenido que ésta no está constitucionalmente garantizada. Tampoco ha habido uniformidad respecto a la motivación del laudo, aspecto que abordaremos en el siguiente acápite.

D) Dimensión Sustantiva o Material del Debido Proceso

Expone el Tribunal que el debido proceso (orden público procesal o adjetivo) tiene una dimensión formal o procedimental, a la que nos hemos referido en el acápite anterior, y también una **dimensión sustantiva o material** que no es lo mismo que el orden público sustantivo al que nos referiremos más adelante:

...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), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (Artículo 4).²⁴³

²⁴² Landa, Op. cit., p. 40.

²⁴³ STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), fundamento 18. El subrayado es nuestro. En relación a los aspectos de la dimensión sustantiva o material señala Marcial Rubio que la razonabilidad "...tiene que ver con los fundamentos razonables de las afirmaciones..." y la proporcionalidad "...con las proporciones que deben guardar dos o más personas, o dos o más

La sentencia de 9 de diciembre de 2015 recaída en el caso Jockey Club del Perú, también hace referencia a esta doble dimensión del debido proceso:

...sólo cabe revisar las decisiones emitidas por la justicia ordinaria cuando estas y sus efectos contravengan los principios que informan la función jurisdiccional encomendada, o los pronunciamientos adoptados vulneren los principios de razonabilidad y proporcionalidad afectando con ello de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental.²⁴⁴

Bustamante Alarcón señala que la dimensión sustantiva o material del arbitraje está enlazada a la **interdicción de la arbitrariedad**, entendida sobre todo como aquello que carece de fundamentación objetiva.²⁴⁵ El Tribunal Constitucional ya lo había señalado así agregando que la arbitrariedad aparece "...como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión... como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo... todo aquello carente de vínculo natural con la realidad".²⁴⁶ El supuesto de motivación formalmente existente en el laudo pero sin fundamento objetivo, aun cuando no sea considerado una inobservancia del orden público procesal o adjetivo (debido proceso) desde su dimensión procedimental o formal, podría serlo desde su dimensión sustantiva o material. Para la Corte Constitucional de Colombia ello ocurre "...en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas inexistente..."²⁴⁷

Para cierta doctrina italiana "...La ausencia o el error de motivación de un laudo arbitral internacional no es indicativa de la violación del orden público

elementos, que se relacionan entre sí dentro del derecho.... Marcial Antonio Rubio. El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), p. 135.

²⁴⁴ STC emitida el 9 de diciembre de 2015 en el expediente N° 7787-2013-PA/TC (caso Jockey Club del Perú), fundamento 4.

²⁴⁵ Bustamante, Op. cit., p. 406. En las páginas 407 y siguientes Bustamante desarrolla diversos tipos de supuestos de actuaciones arbitrarias de un árbitro o tribunal arbitral, lo que implicará una vulneración del "imperio de la ley" y "de la dimensión sustancial del debido proceso".

²⁴⁶ STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-HC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 30.

²⁴⁷ Véase la Sentencia T-233 de 2007 de la Corte Constitucional de Colombia.

internacional, ni en el plano procesal ni en el plano sustancial”.²⁴⁸

Daniela Corchuelo ha encontrado que el error en la interpretación y aplicación del derecho sustancial no es causal legal para interponer en Colombia recurso de anulación, pero frente a ello desarrolla la tesis de que por dicha causal procede en su país la acción constitucional de tutela en garantía del debido proceso.²⁴⁹

Vinculación con la motivación tiene la **congruencia** del laudo con las pretensiones de las partes de modo que no se produzcan supuestos de *ultra petita o extra petita*.²⁵⁰

Corchuelo Uribe da y explica un ejemplo de error sustancial de motivación (*in iudicando*) en un arbitraje colombiano en el que según su opinión no procedería en Colombia el recurso de anulación pero sí la anulación por la vía de la acción constitucional de tutela:

...los árbitros incurrieron en defecto material al no declarar probada la excepción referida a la prescripción extintiva de las pretensiones que dieron lugar a la condena del actor...

...El tribunal arbitral consideró, equivocadamente, que la prescripción de las pretensiones incluidas en la reforma de la demanda se interrumpió con la presentación de la demanda inicial. La Corte concluyó que „(...) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla fue inaceptable por tratarse de una interpretación evidentemente irrazonable y contraria al debido proceso y el principio de lealtad procesal“. Finalmente la Corte señaló que los árbitros y posteriormente el juez del recurso de anulación incurrieron en un defecto sustantivo, al negarse a declarar que la pretensión por la que se condenó „(...) ya había prescrito cuando fue

²⁴⁸ Zappalá, Op. cit., pp. 67-68.

²⁴⁹ Cfr. Corchuelo, Op. cit., pp. 12 a 14. Señala la autora que la Corte Constitucional “...ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales sin necesidad de haber agotado el recurso de anulación cuando los defectos alegados por el accionante no corresponden a ninguna de las causales de anulación previstas en la ley. Así, por esa vía se han dejado sin efecto laudos arbitrales por errores sustanciales que han violado el debido proceso”. También indica la autora que “...el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con ocasión de una acción de incumplimiento impetrada contra la República de Colombia, le impuso al Consejo de Estado la obligación de dejar sin efecto tres sentencias que desestimaron los recursos de anulación interpuestos contra sendos laudos y, en su lugar, declarar la nulidad de los fallos arbitrales... por la falta de solicitud de interpretación prejudicial de normas andinas aplicables a los asuntos decididos por los árbitros”.

²⁵⁰ El artículo 63 d. de la Ley de Arbitraje ha previsto como causal de anulación del laudo que el tribunal haya “...resuelto sobre materias no sometidas a su decisión”.

formulada dentro del proceso (...)"'. Por esa razón la corte concedió el amparo y revocó el laudo arbitral y la sentencia que declaró impróspero el recurso de anulación.²⁵¹

La misma autora, sintetizando la jurisprudencia constitucional colombiana y refiriéndose a las sentencias T-462 de 2003, T-1112 de 2003 y T-033 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia expone tres supuestos en los que se presenta el defecto sustantivo "...i) el laudo arbitral se basa en una disposición inaplicable (indebida aplicación); ii) los árbitros dejan de aplicar una norma aplicable al caso (falta de aplicación); o iii) la interpretación de las normas es irrazonable (interpretación errónea)".²⁵²

Y citando la sentencia T-043 de 2005 agrega que el primero de esos supuestos, la **indebida aplicación**, ocurre cuando:

...i) la norma aplicada por los árbitros no se encuentra vigente bien porque ha sido derogada o porque ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, ii) el tribunal arbitral aplicó la norma debiendo aplicar la excepción de inconstitucionalidad, iii) la norma aplicada no se adecua a las circunstancias fácticas.²⁵³

Ciertas carencias objetivas en la motivación, como la **falta de aplicación** deliberada de una norma, son análogas a lo que en el derecho norteamericano se conoce como "*Manifest disregard of the Law*", que no es un error en la interpretación o aplicación de la ley sino un rehusar expresamente la aplicación de una ley que ha sido "reconocida" por los árbitros.²⁵⁴ Según opina Inae Yang, el "*Manifest disregard of the Law*" se puede subsumir en el concepto de vulneración del orden público ("*public policy*"); aunque de otro lado es cierto que el autor indica que existe una

²⁵¹ La autora comenta la sentencia T-790 de 2010. Corchuelo, Op. cit., pp. 24 y 25.

²⁵² Ídem, p. 61. Véase también Poveda, Op.cit., pp. 5 y 6.

²⁵³ Corchuelo, Op. cit., p. 62.

²⁵⁴ Cfr. Ashley K. Sundquist. Do judicially created ground for vacating arbitral awards still exist? Why manifest disregard of the law and public policy exceptions should be considered under vacatur. En: Journal of Dispute Resolution, Fall 2015, Vol. 2015 Issue 2, p. 411 Asimismo, cfr. Stephen Wills Murphy. Judicial review of arbitration awards under state law. En: Virginia Law Review 96(4) (2010), p. 911. Wills Murphy señala que la definición adoptada en la mayoría de jurisdicciones es que tal "*disregard*" ocurre: "*when the arbitrator knew of a governing legal principle yet refused to apply it, and the law disregarded was well defined, explicit, and clearly applicable to the case*".

considerable jurisprudencia norteamericana que sostiene que tratándose de arbitrajes internacionales el “*Manifest disregard of the Law*” no alcanza a subsumirse en la causal de vulneración del orden público para la inejecución de laudos contenida en el Artículo V de la Convención de Nueva York.²⁵⁵

La irrazonabilidad de la **interpretación errónea** puede darse –señala Corchuelo- por ser contraevidente, por ser contraria a sentencias *erga omnes* (desconocimiento del precedente) o a la Constitución.²⁵⁶

En el derecho español la exigencia de motivación se aplica al laudo, sea de Derecho o de equidad, aunque “...el legislador permite a las partes dispensar este requisito por acuerdo expreso entre ellas, así como en aquellos supuestos en los que el laudo recoja un acuerdo transaccional entre ellas...”²⁵⁷

En el Perú, la Ley de Arbitraje inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL ha dispuesto en su artículo 56.1 que “*Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50...*”, referido a un acuerdo de transacción entre las partes sobre el arbitraje. Conforme a dicho texto la falta en la motivación de los laudos no sería una inobservancia del **orden público** procesal o adjetivo (debido proceso) sino un elemento procesal disponible por las partes (**supletorio**). **No obstante, de no existir pacto en contrario habrá obligación legal de alcanzar el estándar de motivación.** En ese caso, aun cuando exista formalmente una motivación que no alcance el estándar y ese incumplimiento no pueda ser considerado una inobservancia del orden privado procesal o adjetivo (debido proceso contractual) desde su dimensión procedimental o formal, podría serlo desde su dimensión sustantiva o material.

Por ello, el control judicial de la motivación en el Perú no tiene como causal de anulación ninguna con base en el debido proceso de orden público, sino la prevista en el artículo 63.1.c. de la Ley de Arbitraje en cuanto

²⁵⁵ Yang, Op. cit. , pp. 76-80.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ Cfr. Cremades, Op. cit., pp. 203-204.

la falta de cumplimiento del estándar de motivación no se haya *ajustado al acuerdo entre las partes o en defecto de dicho acuerdo no se haya ajustado a lo establecido* en la Ley de Arbitraje, particularmente en su artículo 56.1 que consagra la norma supletoria sobre la motivación del laudo.²⁵⁸

La fundamentación defectuosa en la motivación del laudo no fue considerada por el Tribunal Constitucional una vulneración al debido proceso en la sentencia emitida el 29 de enero de 2003 en el expediente N° 1418-2002-AA/TC, caso Banco Latino.²⁵⁹

En caso más reciente el Tribunal reconoce el derecho a la motivación del laudo arbitral, aunque señala que éste es un derecho a la no arbitrariedad, es decir, a la objetividad y consistencia de la decisión arbitral, lo que implica una perspectiva distinta que considera al debido proceso, ya no tanto desde su dimensión formal o procedimental sino desde su dimensión sustantiva o material:

...al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos.²⁶⁰

Una reciente tesis doctoral defendida en la Pontificia Universidad Católica del Perú ha realizado un estudio de casos en Lima, del período 2011-2015, sobre anulación de laudo arbitral por defecto de motivación y ha concluido que la Corte Superior de Lima, considerando la causal de anulación contenida en el artículo 63.1. b. de la Ley de Arbitraje, consistente en que *una de las partes no haya podido por cualquier razón hacer valer sus*

²⁵⁸ Al respecto cfr. Fernando Cantuarias Salaverry, Fernando y José Luis Repetto Deville. El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. En: *Ius et Veritas* N° 51, Diciembre 2015 (Lima, 2015), p. 43; así como Julio César Guzmán Galindo. La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la ley de arbitraje peruana. En: *Arbitraje PUCP* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013), p. 39.

²⁵⁹ STC emitida el 29 de enero de 2003 en el expediente N° 1418-2002-AA/TC (caso Banco Latino), fundamentos 1 y 2, así como la parte resolutive.

²⁶⁰ STC emitida el 6 de agosto de 2014 en el expediente N° 04189-2012-PA/TC (caso Melquíades Jaime Torvisco Tomateo), fundamentos 7 y 8. El subrayado es nuestro.

derechos, ha determinado que “...esa frase incorpora el contenido de la tutela procesal efectiva, que incluye a su vez el derecho a recibir una decisión motivada”.²⁶¹ La Corte realizó un “...examen externo de la motivación de laudos impugnados mediante el recurso de anulación...”²⁶² y ha anulado laudos “...ante la ausencia de valoración de medios probatorios, ante el uso de expresiones sin contenido ni fundamentación, como el caso del ‘criterio de equidad’ y ante casos de decisiones incongruentes entre lo pretendido por las partes y lo decidido por los tribunales arbitrales”.²⁶³ Con todo, señala el autor que “En el período investigado... la Corte ha anulado 8 de cada 100 casos demandados por defecto de motivación del laudo”.²⁶⁴

En un artículo posterior el autor de la referida tesis precisa que el control externo implica que el laudo esté motivado, es decir, cuando “...los árbitros dan respuestas fundamentadas y congruentes”. Por el contrario un control interno, que no corresponde en el control judicial del laudo en vía de anulación, analizaría si los fundamentos son “correctos” o “defectuosos”.²⁶⁵ Apoyado en teorías de la argumentación agrega el autor que en el control externo:

...estamos constatando dos cosas: si el razonamiento es lógico (primera condición de racionalidad) y si las afirmaciones normativas o fácticas presentan sustento (segunda condición mínima de racionalidad). Nada más.

En la verificación de estas categorías no hay evaluaciones materiales sobre si pudieron proponerse otras premisas distintas a las seleccionadas por el tribunal arbitral, o si los hechos pudieron presentarse de otra forma que haya guardado más coherencia en el capítulo sobre relato de hechos del laudo, o si las razones normativas estaban bien interpretadas a la luz de las fuentes del derecho válidas y vigentes, o si las pruebas estaban bien valoradas de acuerdo a tal o cual metodología. Todo esto significaría

²⁶¹ Ricardo León Pastor. Anulación de laudo arbitral por defecto de motivación. Estudio de casos en Lima, Perú. Período 2011-2015. Tesis doctoral presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, 2016), conclusión N° 17. Por su parte, Cantuarias Salaverry y Repetto Devile contradicen a la Corte señalando que eso no dice la norma de la Ley de Arbitraje sino que la Corte la interpreta extensivamente, lo que está prohibido. Al respecto, véase Cantuarias y Repetto, Op. cit., p. 43.

²⁶² León Pastor, Op. cit., conclusión N° 18. El subrayado es nuestro.

²⁶³ Ídem, conclusión N° 20.

²⁶⁴ Ídem, conclusión N° 21.

²⁶⁵ Ricardo León Pastor. ¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación? En: Arbitraje PUCP Año 6 N° 7 (Lima, 2017), p. 46.

una labor de revaluación que no cabe como objeto del recurso de anulación.²⁶⁶

Apoyándose en fuentes internacionales Fernando Cantuarias Salaverry y José Luis Repetto Deville han sintetizado que el estándar de motivación exigido "...significa simple y llanamente que: se diga quién gana y por qué gana. Y que quede claro por qué una persona tiene la razón".²⁶⁷

La resolución que pone fin al recurso de anulación en el Perú tiene prohibido legalmente, "...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".²⁶⁸

Sinteticemos lo avanzado en este acápite. El debido proceso (orden público procesal) tiene una dimensión sustantiva o material, indicando el Tribunal Constitucional que esta dimensión tiene relación con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad, lo que nos lleva a considerar la motivación de los laudos. En el Perú la Ley de Arbitraje ha dispuesto la obligación del laudo motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto. La falta en la motivación de los laudos no sería, pues, una inobservancia del orden público procesal o adjetivo (debido proceso) ya que se trata de un elemento procesal disponible por las partes (supletorio). No obstante, de no existir pacto en contrario habrá obligación legal de alcanzar el estándar de motivación razonable. En ese caso, aun en el supuesto de que exista formalmente una motivación que no alcance el estándar y ese incumplimiento no pueda ser considerado una inobservancia del orden privado procesal (debido proceso contractual) desde su dimensión procedimental o formal, podría serlo desde su dimensión sustantiva o material. Por lo dicho, el control judicial de la motivación en el Perú no tiene como causal de anulación ninguna con base en el debido proceso del orden público, sino la prevista en el artículo 63.1.c de la Ley de Arbitraje en cuanto la falta de cumplimiento del estándar de motivación no se haya ajustado al acuerdo entre las partes (libertad contractual) o, en defecto de dicho

²⁶⁶ Ídem, p. 51.

²⁶⁷ Cantuarias y Repetto, Op. cit., p. 40.

²⁶⁸ Art. 62-2 del Decreto Legislativo N° 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

acuerdo, no se haya ajustado a la Ley de Arbitraje. Entonces, de no existir el referido pacto en contrario, al juez le corresponde –en protección de la libertad contractual- el análisis externo de la resolución; no el mérito de la causa. En el control externo se constata que el razonamiento sea lógico y que presenten fundamento las aseveraciones sobre normas y hechos.

E) El Orden Público Sustantivo como Límite a la Autonomía en el Arbitraje

La Constitución del Perú de 1993 garantiza el derecho al arbitraje, como un medio alternativo y privado de solución de conflictos y controversias, y al mismo tiempo garantiza otros derechos irrenunciables e indisponibles, no sólo procesales sino también sustantivos, cuyo respeto constituye un límite al arbitraje. Todo ello es parte de un mismo orden público constitucional.

Los derechos y deberes inherentes al libre sometimiento de las partes a la jurisdicción arbitral en materia disponible, son reconocidos (juridicidad) por el Estado. Dicho sometimiento tiene límites que surgen del reconocimiento por el Estado de otros deberes y derechos irrenunciables e indisponibles. Ello implica la posibilidad y necesidad de la tutela jurisdiccional judicial ordinaria o constitucional especializada que garantice todos esos derechos y deberes y su vigencia ordenada según el sistema axiológico del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho.

Originadas en el convenio arbitral y en sus contratos conexos, la formulación y emisión del voto o laudo son prestaciones privadas, del árbitro y/o tribunal arbitral, que para tener capacidad jurídica vinculante deben estar en coherencia con el ordenamiento,²⁶⁹ lo que implica sujeción al orden público sustantivo, no sólo al procesal o adjetivo en sus dimensiones formal y material (debido proceso). Es más, la jurisdicción arbitral, siendo privada, es parte del orden público constitucional peruano.

En ese sentido, los árbitros también deberán ser garantes del orden público,²⁷⁰ como lo son también los jueces. Se ha dicho que: “El árbitro

²⁶⁹ Cfr. Giovanni Battista Ferri. El negocio jurídico (Lima, Ara Editores, 2002), p. 140.

²⁷⁰ Cfr. Roque Caivano. Arbitrabilidad y Orden Público. En: Foro Jurídico. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 12 (Lima, 2013), p. 70.

será entonces el primero en controlar la capacidad, el objeto, la causa ilícita (es decir, lo prohibido por la ley o que es contrario a las buenas costumbres o al orden público), y las formalidades del pacto arbitral con el fin de definir su propia competencia...”²⁷¹

Una destacada opinión señala que “...el margen de interpretación de los árbitros a la hora de resolver las disputas que las partes someten a su decisión termina, precisamente, donde comienza el orden público...”²⁷²

Añade otro autor que “...al respetar el orden público, los árbitros perpetúan el arbitraje como sistema de justicia autónoma”²⁷³

El artículo 38° de la Constitución de 1993 señala que todos los peruanos deben “...respetar, cumplir y defender la Constitución”. En ese orden de cosas, el Tribunal Constitucional ha establecido inclusive que en sede arbitral también debe aplicarse el control difuso de la Constitución.

En la sentencia del caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia, se justifica el control difuso en una doble dimensión del proceso arbitral: protege los intereses de las partes (dimensión subjetiva) y a su vez se subordina a la Constitución (dimensión objetiva).²⁷⁴

Para ello, en dicha sentencia se ha conformado una regla señalándose que el control difuso de los árbitros se rige por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante del Tribunal sobre dicha materia, con la siguiente limitación:

Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo de alguna de las partes.²⁷⁵

²⁷¹ Salcedo, Op. cit., p. xvii.

²⁷² Manuel Vélez Fraga y Luis Gómez-Iglesias Rosón. La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En: Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 43-2016 / Foro de Actualidad (Madrid, 2016), p. 87.

²⁷³ Jean Baptiste Racine. Las normas que estructuran el orden público en el arbitraje comercial internacional. En: El orden público y el arbitraje, bajo la dirección de Eric Loquin, Sébastien Manciaux, traducción de Myriam Salcedo Castro (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2016), p. 3.

²⁷⁴ STC emitida el 21 de setiembre de 2011 en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), fundamento 25.

²⁷⁵ Ídem, fundamento 26.

La dimensión pública que otorga al laudo los efectos de una sentencia para su ejecutabilidad es necesaria al arbitraje, tanto como lo es su dimensión privada. Es evidente que el Estado no debiera en principio ejecutar decisiones arbitrales ni sentencias que colisionen con los fundamentos del ordenamiento público, por la clara razón de que el interés particular se subordina al interés general.²⁷⁶ El laudo arbitral debiera tener una validez inter-partes y además una validez social que lo haga ejecutable. Así como el Estado garantiza la jurisdicción arbitral, también es el último garante del orden público.

Efectuando un análisis económico, Andrew T. Guzman ha señalado que si el arbitraje es usado para evitar la aplicación de reglas imperativas, se frustra el objetivo de éstas de prevenir la externalización de costos y así todas las reglas se vuelven supletorias de modo tal que las partes se hacen capaces de externalizar muchos costos que de otro modo estarían forzadas a internalizar. Ello mina el sistema de reglas imperativas, diseñadas para alinear los costos privados con los costos sociales, reduciendo el bienestar social general.²⁷⁷ Igualmente dice Guzman que, asumiendo que los árbitros y las asociaciones de arbitraje buscan consolidarse como tales participando en muchos procesos arbitrales, buscarán desarrollar una reputación de proveedores de este tipo de servicio de arbitraje que sus potenciales clientes puedan desear, de tal manera que si la regla imperativa es costosa para las partes, tenderán a estructurar sus procedimientos de selección de árbitros para tener éxito en la futura inaplicación de la regla imperativa.²⁷⁸ Es decir, tanto las partes como los árbitros tienen incentivos para no aplicar las reglas imperativas o prohibitivas si las partes quieren evitar con ello el costo de internalizar ciertas externalidades que de aplicarse dichas normas se verían forzadas a ello.

La validez inter-partes del laudo arbitral radica –en su dimensión medular– en la protección social/estatal del derecho fundamental a la libertad contractual, reconocido constitucionalmente; razón por la que precisamente

²⁷⁶ Cfr. Ricardo Yáñez Velasco. De la anulación del laudo. En: Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004), p. 878.

²⁷⁷ Guzman, Op. cit., p. 1285.

²⁷⁸ Ídem, pp. 1301-1307.

la voluntad en el convenio arbitral, en sus contratos conexos y en la ejecución de las prestaciones de formular y emitir el voto y/o laudo, no puede estar viciada por error sustancial, dolo o violencia o, peor aún, por falta de manifestación de voluntad.²⁷⁹ Igualmente, "...debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo)".²⁸⁰ La libertad contractual es de orden público y el Estado también es el último garante de la misma.²⁸¹

No olvidamos, por cierto, que para la validez del convenio arbitral y de sus contratos y actos jurídicos conexos, conjuntamente con la manifestación de voluntad no deben faltar la finalidad económico-individual o razón práctica justificativa (causa final) lícita (conforme al orden público y la moral social), la formalidad prescrita imperativamente (cf. artículos 13 y 55 de la Ley de Arbitraje), ni el objeto jurídica y físicamente posible, que también son exigencias legales contra las que no se puede pactar o, en su caso, exigencias de la naturaleza de las cosas.

Las prestaciones que son objeto de las obligaciones que a su vez son objeto del convenio arbitral y sus contratos conexos deben tener un contenido posible (segundo párrafo del artículo 1403° del Código Civil). Por ejemplo, las prestaciones del arbitraje serán subjetivamente imposibles en el contrato con árbitro único que haya recibido condena penal firme por delito doloso (artículo 20 de la Ley de Arbitraje, modificado por el Decreto Legislativo N° 1231). Las prestaciones del arbitraje serán objetivamente imposibles, por ejemplo, si la materia no es legalmente arbitrable, en cuyo caso dichas prestaciones son imposibles por ser ilícita la causa final o razón práctica justificativa del acto arbitral. Sin prestación física y jurídicamente posible no hay obligación válida del deudor ni hay exigibilidad por el acreedor. Sin obligación del deudor, el contrato con dicho árbitro único condenado penalmente o sobre la materia inarbitrable no tiene validez (artículos 140° inciso 2 y 1402° del Código Civil).

²⁷⁹ Cfr. Caivano, Op. cit., p. 64.

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ Myriam Salcedo Castro explica esto señalando que, dialécticamente, el orden público garantiza las libertades y limita igualmente los poderes habilitados para restringirlas. Salcedo, Op. cit., p. xvi.

El orden público es variable en el tiempo, en el espacio y hasta sectorialmente. En su dimensión temporal depende de las reglas sobre la aplicación de la ley en el tiempo. El orden público vigente no es idéntico al de 1936 o al de 2015. En su dimensión espacial, el orden público depende de jurisdicciones y competencias. Por ejemplo, ciertas normas prohibitivas o de mandato imperativo de la Región Ancash, la Municipalidad Metropolitana de Lima o la Municipalidad de El Agustino, expresan parte del orden público vigente en la circunscripción correspondiente y no constituyen parte del orden público aplicable en todo el territorio peruano. En lo sectorial, el orden público de la regulación del servicio público de energía es, por ejemplo, distinto al de la regulación del servicio público de agua y saneamiento más allá de sus coincidencias y semejanzas.

Se ha distinguido entre los conceptos de *orden público* e *interés general* explicando que si el interés general que persigue una regla "...es útil para la realización del 'bien común' sin serle indispensable, el orden público hace prevalecer la libertad contractual: *la norma es entonces supletiva*".²⁸²

Asimismo, se ha postulado un concepto de orden público vinculado al público interés en el sentido de evaluar si el laudo beneficia o perjudica lo público, analizando los costos y beneficios de ejecutar un arreglo privado, como puede darse en el supuesto en que se deba ejecutar una decisión sobre la construcción de una fábrica contaminante en una zona urbana.²⁸³

E.1. Orden Público Internacional de un Estado.-

Tratándose del reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, se distingue entre orden público nacional (interno o doméstico) y orden público internacional de un Estado. El segundo es un orden público del Estado que, en una suerte de círculos concéntricos, es un círculo más pequeño, un subconjunto, y contiene lo fundamental del orden público de ese Estado; una suerte de interpretación estatal del *ius gentium*.²⁸⁴ Éste

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ Farshad Ghodoosi. Arbitrating public policy: why the buck should not stop at national courts. En: Lewis & Clark Law Review 2016, Vol. 20 Issue 1, pp. 273 y 279-280.

²⁸⁴ El orden público internacional de un Estado implica su interpretación de lo fundamental de su ordenamiento en consideración a los Estados involucrados en el arbitraje internacional, v.g., el Estado del foro y los Estados de los lugares probables de ejecución del laudo. No es realmente internacional sino que se trata de un concepto local. Al respecto, véase Héctor

puede oponerse al reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera.²⁸⁵ La Asociación de Derecho Internacional ha orientado al respecto señalando que el orden público internacional de un Estado puede tener su origen en: 1) principios fundamentales, sustantivos y procesales, relativos a justicia y moralidad, 2) “leyes de policía” que sirven a los intereses políticos, sociales o económicos fundamentales del Estado, y 3) obligaciones internacionales del Estado.²⁸⁶ En cuanto a las normas sobre corrupción dicha asociación señala que pertenecen a más de una de estas categorías.²⁸⁷ Respecto a lo que debe entenderse por “ley de policía”, el artículo 9° del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma 1), desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado dice:

Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.

A este orden público internacional de un Estado pueden pertenecer también reglas de fuente transnacional como las del orden público deportivo internacional, o las del arbitraje de inversión internacional.²⁸⁸ Hasta podría admitirse un orden público transnacional de origen consuetudinario, como el que podrían considerar los árbitros a partir de los usos del comercio

Mauricio Medina Casas. El orden público internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: concepto difuso de aplicación restrictiva. En: Arbitraje PUCP (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014), pp. 154 y ss. También véase Francesco Zappalá Sastoque. Arbitrato Internazionale e Ordine Pubblico Internazionale. Origine, Problemática e Teoria Conflittualistica. En: Criterio Jurídico V. 14, N° 2 (Santiago de Cali, 2014), p. 162.

²⁸⁵ Según Nuss, la tendencia en países como Canadá, Inglaterra, Francia, Alemania, Suiza y los EEUU es permitir el uso de esta excepción de orden público internacional sólo en casos de contravención con las más básicas nociones de moralidad y justicia que son propias del orden público del Estado donde se debe ejecutar el laudo. Es lo que en la jurisprudencia anglosajona se conoce como “natural justice”. Nuss, Op. cit., p. 127.

²⁸⁶ Recomendación 1 (d) y 1 (e) de la Resolución 2/2002 de la LXX Conferencia Bienal, Nueva Delhi, India, 2002. www.ila-hq.org

²⁸⁷ Recomendación 1 (e) de la Resolución 2/2002 de la LXX Conferencia Bienal, Nueva Delhi, India, 2002. www.ila-hq.org

²⁸⁸ Al respecto, véase Racine, Op. cit., pp. 10 a 13.

internacional considerados inderogables por la voluntad privada.

La Convención de Nueva York, luego de establecer en su Artículo V - 1 causales de no reconocimiento y de inejecución de un laudo extranjero basadas en fallas procesales fundamentales, expresa respecto a fallas sustantivas lo siguiente:

...2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.²⁸⁹

En la misma línea que la Convención de Nueva York, el artículo 34.2. b) ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, que ha inspirado a las leyes peruanas de arbitraje, establece que se puede denegar el reconocimiento o la ejecución...

...b) cuando 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 reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.²⁹⁰

La Asociación de Derecho Internacional ha citado como ejemplos de asuntos de orden público internacional sustantivo los siguientes: abuso del derecho, buena fe, fuerza obligatoria del contrato, discriminación, expropiación sin indemnización y buenas costumbres (citándose a la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia).²⁹¹

²⁸⁹ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), Organización de las Naciones Unidas, 1958. El subrayado es nuestro.

²⁹⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. Naciones Unidas, Nueva York, 2008. El subrayado es nuestro.

²⁹¹ Resolución 2/2002 de la LXX Conferencia Bienal, Nueva Delhi, India, 2002. www.ila-hq.org. Véase Franceso Zappalá. Arbitrato Internazionale e Ordine Pubblico Internazionale. Precisazione del Concetto di Ordine Pubblico Internazionale. En: Criterio Jurídico V. 15, N° 2

Asimismo, se han señalado otras materias como son el control de cambios, la defensa de la competencia, la prevención y sanción de conductas como corrupción, fraude, soborno, lavado de dinero, tráfico de personas y partes del cuerpo humano y también protección de trabajadores, consumidores, menores, etc..²⁹²

Una doctrina chilena restringe el orden público internacional a “los principios generales del derecho y en especial por aquellos principios que siguen los comerciantes en sus transacciones, utilizando el concepto de orden público de un modo más restrictivo y aplicable a efectos del caso concreto”.²⁹³

Una doctrina colombiana promueve un orden público internacional también interpretado restrictivamente de modo que sea el “...dinámico, tolerante y constructivo que reclama la comunidad internacional...” en vez de uno “defensivo y destructivo”²⁹⁴ de la ejecución de los laudos extranjeros.

Francesco Zappalá señala que el concepto de orden público internacional de un Estado, aplicable para el arbitraje internacional, es acogido en Francia y en su *Code de Procédure Civile*, en diversos “*leading cases*” de la Suprema Corte de los EEUU, en el *Código de Processo Civil* portugués de 1986 y en varios países como Algeria, Líbano y Paraguay. Incluso en la Convención de Nueva York debe entenderse restrictivamente el concepto de orden público por tratarse de un instrumento internacional. También corresponde una interpretación restrictiva en los casos de instrumentos internacionales que utilizan la palabra “manifiesta” en textos que se refieren a la inejecución de un laudo cuando sea “manifiestamente incompatible” con el orden público.²⁹⁵

Robert French, Presidente de la Corte Suprema de Australia, refiere que en octubre de 2015 la International Bar Association (IBA) expidió un informe

(Santiago de Cali, 2016), p. 67. Véase además Salcedo, Op. cit., pp. xlviii y xlix.

²⁹² María Mercedes Albornoz. La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, Instituto de Investigaciones Jurídicas (México, UNAM, 2014), p. 19.

²⁹³ Stephanie Márquez Granifo. El orden público y su función como límite a la eficacia, reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales en Chile. En: *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, N° 3, 2009-2010 (Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2011) p. 206.

²⁹⁴ Salcedo, Op. cit., p. xlvii.

²⁹⁵ Zappalá, Op. cit., pp. 65-67.

sobre una investigación relativa a la excepción de orden público contenida en el artículo 5° de la Convención de Nueva York. En dicho informe se señala que en la gran mayoría de jurisdicciones nacionales la violación del orden público internacional implica una violación de principios fundamentales o básicos y que en muchas jurisdicciones esto cubre materias procesales y sustantivas. Además, se precisa que las jurisdicciones de Derecho civil apuntan a principios básicos y valores en los que se fundamenta la sociedad, mientras que las jurisdicciones del *Common law* invocan valores amplios como los de justicia, equidad y moralidad. Asimismo, en la mayor parte de países estudiados la violación tenía que ser de cierta magnitud, de modo que se puede entender que el criterio del orden público debe ser aplicado de modo restrictivo consistentemente con los objetivos de dichas convenciones.²⁹⁶

Está claro, entonces, que lo que es imperativo para el arbitraje nacional no necesariamente lo es para el arbitraje internacional.

Zappalá define el orden público interno y el orden público internacional del siguiente modo. El primero se caracteriza como...

...el conjunto de las normas nacionales de carácter imperativo cuyo objetivo es garantizar el orden social y económico del Estado; se trata, por tanto, de normas cuya aplicación no puede ser excluida contractualmente por las partes, por ejemplo, la norma destinada a proteger una parte considerada débil, como acaece con el consumidor, el trabajador o el menor. Por orden público internacional debe entenderse el conjunto de preceptos que la comunidad mundial considera necesarios para garantizar un *standard* mínimo de justicia y evitar los abusos derivados de la libertad contractual.²⁹⁷

El círculo del orden público internacional de un país está contenido en el del más amplio orden público nacional o doméstico. La relativa extraterritorialidad del arbitraje internacional justifica la consideración de un orden público restringido a modo de un *ius gentium*. No obstante, dicha interpretación restrictiva no debe llevar a extremos. Como dice Robert French, el orden público en el arbitraje no es sólo sobre atraer o alejar

²⁹⁶ French, Op. Cit., pp. 11-12.

²⁹⁷ Zappalá, Op. cit., pp. 63-64.

negocios ya que los procesos del arbitraje comercial no sólo deben servir a sus usuarios sino que su práctica debe ser sensible y respetuosa del interés público, lo que constituye la mayor consolidación de su futuro de largo plazo.²⁹⁸

E.2. Orden público nacional o doméstico.-

El inciso c. del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, señala que dicho cuerpo legal tiene disposiciones de las que las partes no pueden apartarse, siendo por tanto de orden público. Junto a la perspectiva prohibitiva de la actuación del orden público está la perspectiva promotora destinada a proteger otros derechos. Ejemplo de éstas normas son las contenidas en los artículos 26°, 34° incisos 2 y 3, 37° y 38°, referidas al derecho a la igualdad, al derecho de defensa, a la jerarquía de las normas aplicables al arbitraje, a la comparecencia por representación, a la observancia de la buena fe y a la colaboración con los árbitros. Estas normas expresan lo que podríamos llamar el orden público de la Ley de Arbitraje del Perú, un orden público particular. Pero la Ley de Arbitraje no es el único cuerpo jurídico que contiene normas de orden público o normas que interesan al orden público; los hay otros aplicables y el de mayor jerarquía es la Constitución.

En efecto, el orden público constitucional atañe de modo principal a los valores, principios y derechos fundamentales que constituyen los fines últimos de todo el sistema jurídico, sistema que incluye lo público y lo privado. Es inderogable e indisponible para el legislador ordinario y no sólo para las partes contratantes. En la sentencia recaída en el caso Fernando Cantuarias Salaverry, el Tribunal Constitucional expresa:

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. [...] Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.²⁹⁹

El Tribunal ha reiterado en los casos Compañía de Exploraciones

²⁹⁸ French, Op. cit., p. 15

²⁹⁹ STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 17. El subrayado es nuestro.

Algamarca e IVESUR S.A. que en sede arbitral han de respetarse no sólo el debido proceso sino también los derechos fundamentales así como los preceptos y principios constitucionales, que en tanto inderogables generan evidentemente derechos indisponibles que son parte del orden público constitucional. Veamos:

...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.³⁰⁰

Obligan por ello a los árbitros principios tales como el de interdicción de la arbitrariedad, según la interpretación del Tribunal Constitucional.³⁰¹

Como se ha referido, dichos principios deben ser aplicados por los árbitros conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional:

...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...³⁰²

De lo contrario, el "...arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes".³⁰³

³⁰⁰ STC emitida el 30 de abril de 2006 en el expediente N° 1567-2006-PA/TC (caso Compañía de Exploraciones Algamarca), fundamento 13. Asimismo véase la STC emitida el 15 de marzo de 2011 en el expediente N° 02851-2010-PA/TC (caso IVESUR S.A.), fundamento 16, cuya cita no implica nuestra conformidad con otros fundamentos de la misma ni con la parte resolutive.

³⁰¹ Ver STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamentos 20 y 30.

³⁰² STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 8. Ver también el fundamento 5 de la Resolución de 2 de octubre de 2009 recaída en el expediente N° 06788-PA/TC (caso MPF Contratistas Generales S.A.).

³⁰³ STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 20.

En el ámbito nacional señala el Tribunal Constitucional que el orden público es "...el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial".³⁰⁴ El orden público "...tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales"³⁰⁵ y por ello actúa... prohibiendo que el pacto contractual se oponga al contenido protegido de otros derechos fundamentales.³⁰⁶

Los acuerdos de voluntades deben tener el referente valorativo de los derechos fundamentales, sin lo cual se transforman en mecanismos de "eventual desnaturalización de los derechos".³⁰⁷

Pero más allá de ese *contenido primario y básico*, el respeto de las normas de orden público en general así como la licitud de la finalidad económico-individual de todo contrato arreglado a ese orden público (y a la moral social) son los límites constitucionalmente intrínsecos y explícitos de la libertad de contratar. Los extrínsecos e implícitos (según vimos en la STC N° 0791-2002-HC-TC) son "...las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos".

Ciertas opiniones restringen el concepto de orden público aplicable al arbitraje considerando sólo el orden público constitucional "...puesto que las más graves e importantes infracciones jurídicas sólo pueden ser aquellas que atentan a los bienes jurídicos consagrados en la Constitución..."³⁰⁸; pero las más de las veces no se identifica el orden público con solamente el orden público constitucional, sino con el que puede estar contenido también

³⁰⁴ STC emitida el 15 de junio de 2004 en el expediente N° 3283-2003-AA/TC (caso Taj Mahal Discoteque y otra), fundamento 28. El subrayado es nuestro.

³⁰⁵ STC emitida el 15 de noviembre de 2007 en el expediente N° 06534-2006-PA/TC (caso Santos Eresminda Távara Ceferino), fundamento 6. El subrayado es nuestro.

³⁰⁶ STC emitida el 6 de junio de 2005 en el expediente N° 0001-2005-AI (caso José Alfredo Chinchay Sánchez), fundamento 53; STC emitida el 16 de diciembre de 2005 en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre), fundamento 11; y la emitida el 5 de diciembre de 2006 en el expediente N° 1963-2006-PA/TC (caso Ferretería Salvador S.R.L.), fundamento 20.

³⁰⁷ STC emitida el 30 de enero de 2004 en el expediente N° 2670-2002-AA/TC (Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras), fundamento N° 3. El subrayado es nuestro.

³⁰⁸ Cfr. José Garberí Llobregat (director). Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Tomo II (Barcelona, Bosch, 2004), p.1014.

en leyes y normas de otros rangos.

Así, hay normas de orden público en las mismas leyes que regulan el arbitraje. A modo de ejemplo, señalemos que en el caso CODISA (expediente N° 05311-2007-PA/TC) COFIDE y CODISA habían pactado someterse a las reglas del Decreto Ley N° 25935, Ley General de Arbitraje de 9 de diciembre de 1992 y luego ésta fue derogada por la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje del 6 de enero de 1996, estando el caso aún en proceso. El Tribunal Constitucional consideró aplicable al arbitraje la ley elegida por las partes pese a haber sido derogada, lo cual es correcto en virtud de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, consideramos que las normas de orden público contenidas en la nueva Ley entraban a formar parte del marco regulatorio de dicho arbitraje, así como formaban parte de esa regulación las normas del orden público constitucional y otras de orden público que pudiesen resultar aplicables contenidas, por ejemplo, en el Código Civil.

Cadarso Palau dice que el orden público es un contrapeso “imprescindible” del arbitraje,³⁰⁹ y se pregunta qué sería de un laudo “...que estableciera una prohibición perpetua de disponer del derecho de propiedad sobre un bien,³¹⁰ cláusula cuya proscripción de orden público suele alojarse en códigos civiles.

Por su parte Yáñez Velasco entiende al orden público como “...relacionado con normas imperativas rectoras de la vida social y económica...” y ejemplifica: “...un acto prohibido, un negocio prohibido, inscripciones ilegales en registros públicos... evadir impuestos... actuar sin licencia administrativa o permisos oficiales...”.³¹¹ Y más adelante añade: “Imagínese una decisión arbitral en clara discriminación por razón de género o etnia”.³¹²

Otra opinión basada en la jurisprudencia española (STC 54 / 1989, de 23 de febrero), define el orden público material o sustantivo como “...la organización general de la comunidad o el conjunto de principios jurídicos

³⁰⁹ Juan Cadarso Palau. Artículo 41 Motivos. En: Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, coordinado por Julio González Soria (Navarra, Aranzadi, 2004), p. 436.

³¹⁰ Ídem, p. 440.

³¹¹ Yáñez. Op. cit., p. 881.

³¹² Ídem, p. 891.

públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada”.³¹³ Y agrega contundentemente que “...puede hablarse de una vulneración del orden público material, en aquellos supuestos en que se está produciendo una vulneración de las normas de *ius cogens* sustantivas, que pueden conformar esa parcela del derecho que exige la aplicabilidad de la norma imperativa”.³¹⁴

Para Medina Casas “...el orden público interno está representado en normas imperativas, es decir, en disposiciones que por su naturaleza le impiden a las partes modificar su contenido y efectos y, por ende, limitan la autonomía de la voluntad de los particulares”.³¹⁵ Todos estamos obligados a hacer lo que la ley manda e impedidos de hacer lo que la ley prohíbe.³¹⁶

El jurista mexicano González de Cossío considera un error asimilar a las normas imperativas con el orden público. Esto es cierto en tanto las normas imperativas no son el orden público sino que constituyen el medio que lo expresa. Pero el autor no va a ello sino a que...

...dentro del género ‘orden público’ existen dos especies: el contractual y el que busca evitar la aplicación en México de instituciones ofensivas... El primero es asimilable a normas imperativas; el segundo es lo que debe estimarse contenido en el concepto ‘orden público’ como causal de nulidad o no ejecución de un laudo...

...tiene que tratarse de una ‘noción básica de moralidad y de justicia’ del sistema jurídico relevante.³¹⁷

González de Cossío admite que su postura encuentra opositores.³¹⁸ Nosotros consideramos que no hay un fundamento para la distinción que efectúa el autor. Aún si lo hubiera, correspondería al arbitraje nacional lo que él denomina el orden público contractual y que asimila a las normas imperativas. El segundo, que busca evitar instituciones ofensivas a la cultura de su país, correspondería a un orden público restringido propio del

³¹³ Silvia Barona, coordinadora. Comentarios a la Ley de Arbitraje Ley 60/2003, de 23 de diciembre (Madrid, Civitas, 2004), p. 1425..

³¹⁴ Ídem, p. 1426.

³¹⁵ Medina, Op. cit., p. 155.

³¹⁶ Cfr. Inciso 24.a del artículo 2° de la Constitución.

³¹⁷ Francisco González de Cossío. Arbitraje (México, Porrúa, 2011), p. 800.

³¹⁸ Ídem, p. 801.

arbitraje internacional.

En suma, el orden público es inderogable por los particulares, cualquiera que fuese la ley aplicable al arbitraje nacional. Se aplica siempre. No hay extraterritorialidad, ni siquiera relativa, en el arbitraje nacional; por lo que no corresponde restringir el orden público para el árbitro, más allá de lo que pueda restringirse para el juez nacional.

Existen normas de orden público transnacional que están incorporadas al orden público nacional, como pueden ser las correspondientes de la Comunidad Andina de Naciones y las del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aplicables imperativamente en el Perú.

Podría decirse que el orden público es el marco normativo imperativo que a la par reconoce/garantiza la autonomía de la voluntad y le impone límites. Es el poder jurídico estatal que se expresa en la imperatividad de la ley (no supletoria), reflejando así la cosmovisión de una determinada sociedad. Se manifiesta en prohibiciones y limitaciones, preceptos y mandatos. Las sociedades con sus valores y principios quedan reflejadas a través de lo que prohíben, mandan y permiten. También es reconocible a través de normas que establecen sanciones de nulidad, ineficacia de determinados actos, inoponibilidad de ciertos derechos, normas que no dejan cumplir la ley de otro modo, definiciones legales, categorizaciones y clasificaciones cerradas (*numerus clausus*). Se trata de lo inderogable por las voluntades autónomas, aquello que no admite pacto en contrario, lo indisponible para las partes contractuales, aun cuando la controversia en sí misma verse sobre materia disponible (y arbitrable).³¹⁹

Como ideas medulares en torno a este tema se ha señalado que:

...el orden público reúne un conjunto de reglas básicas que regulan y fundamentan la vida en sociedad, cuya aplicación resulta necesaria para la consecución y mantenimiento del perfil de una sociedad determinada. Dado el carácter necesario de dichas reglas (que con razón se las llama inderogables) es factible considerar que su aplicación no escapa al campo arbitral. De otro modo, la nota impeditiva, prohibitiva o 'cogente' de esas

³¹⁹ El autor de la presente tesis doctoral ha investigado y desarrollado estos conceptos anteriormente en su tesis para optar por el título de Magíster en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), tesis que lleva por título "El Orden Público en el Derecho Privado" y que se encuentra en el repositorio institucional de la PUCP.

reglas carecería de sentido. El fin es que se apliquen siempre. El arbitraje no puede ser considerado un mecanismo para evadir su cumplimiento. Ello es así tanto en su desarrollo (orden público procesal) como en su finalización (orden público material).³²⁰

Si la controversia materia de arbitraje nacional no es solucionada conforme al orden público interno, cualquiera de las partes debiera poder cuestionar tal “solución” ante la jurisdicción estatal procurando la invalidación total o parcial para su inejecución. La institución arbitral depende de la jurisdicción estatal no sólo para su apoyo procesal y ejecución del laudo, sino también para el control jurisdiccional del orden público.³²¹ La posibilidad de vulneración del orden público mediante un laudo implica la necesaria existencia del control judicial en vía de anulación. Si no fuera así no habría modo de evitar la configuración de una defraudación procesal,³²² es decir, la obtención por esta vía arbitral de lo que estaría vedado por la vía judicial. El orden público es también una garantía para las partes respecto de la actuación excesiva de los árbitros, máxime si el mismo derecho fundamental a la libertad contractual es parte del orden público constitucional.

Para Vélez y Gómez-Iglesias, si los jueces no pudiesen revisar la decisión arbitral vulneratoria del orden público...

...las partes...quedarían indefensas ante los eventuales excesos y abusos que los árbitros pudieran cometer en el ejercicio de sus funciones. Los jueces y tribunales se erigen así en garantes de la adecuación de los laudos al orden público.

En suma, el motivo de anulación basado en la vulneración del orden público sí permite una limitada penetración en el control del fondo del laudo. Pero... ese control es necesariamente restringido, pues el orden público cubre tan solo una parcela del ordenamiento jurídico.³²³

No obstante lo anteriormente desarrollado en este acápite, queremos

³²⁰ Portocarrero, Op. cit., p. 376.

³²¹ Cfr. Cremades, Op. cit., pp. 186 y 189.

³²² Ídem, pp. 214-215.

³²³ Vélez y Gómez-Iglesias, loc.cit.

dejar constancia de nuestra coincidencia con Fernando de Trazegnies en cuanto a que el rigor del límite del orden público podría morigerarse cuando se trata del arbitraje de equidad o de conciencia, excepción que –creemos– confirma la regla.

En efecto, señala Trazegnies que:

Hay indudablemente normas de orden público que son intocables por los árbitros...

Pero aun cuando estemos dentro del campo de lo arbitrable, tropezamos a menudo con situaciones que contempladas desde la perspectiva de alguna ley de orden público no serían amparables; y que, sin embargo, nuestra consciencia nos lleva a olvidar la ilegalidad inherente a la situación y laudamos como si el acto fuera válido, resolviendo en consecuencia directamente en contra de lo establecido por la ley con carácter imperativo.

Por ejemplo, una donación de bienes inmuebles debe hacerse por escritura pública, con indicación de su valor real, bajo pena de nulidad, según lo dispone el artículo 1625 del Código Civil. Y es bueno que así sea porque ello proporciona seguridad al sistema... Pero puede suceder que el árbitro de conciencia encuentre que en un caso específico, existe una donación cuya minuta no ha sido elevada a escritura pública, pero que está perfectamente acreditado que existió el ánimo de donar. En ese caso, el árbitro de equidad puede optar por considerar la donación como válida porque esa decisión particular no afecta la política general ni debilita la seguridad jurídica del sistema. Por el contrario, corresponde mejor a la voluntad de las partes.

...Notemos cómo este planteamiento se ajusta perfectamente a la noción de equidad formulada por Aristóteles, ya que éste sostenía que la equidad consistía en corregir en el caso particular aquello de injusticia que pudiera resultar de la aplicación de una ley general...³²⁴

E.3. El orden público en el arbitraje por adhesión en una relación pre-configurada.-

Las titularidades de las partes del contrato principal, del convenio arbitral y de los contratos conexos se generan y las prestaciones se ejecutan en el

³²⁴ Fernando de Trazegnies Granda. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia. En: *Ius et Veritas* N° 12 (Lima, 1996), p. 121.

ámbito económico de un mercado, en lo que denominamos *intercambio*. La finalidad última del intercambio es la distribución eficiente de titularidades, sobre bienes y servicios, para satisfacer las necesidades de la persona humana. Esta distribución eficiente en el mercado tiene premisas y la fundamental es la existencia de verdadera competencia en el mercado relevante, lo que, a su vez, implica información relativamente suficiente.³²⁵ Ante ello, el “libre” intercambio en el mercado será posible también en virtud del ordenamiento que vela por la competencia poniendo medios normativos y jurisdiccionales para solucionar fallas en la misma cuando la dinámica del mercado no revierte por sí sola condiciones de intercambio que generan desequilibrios.

El convenio arbitral y sus contratos conexos pueden constituir relaciones construidas con libertades –de ambas partes- de contratar y de configuración interna del contrato, que son fruto de negociación entre las partes en condiciones de paridad. Es decir, pueden ser “relaciones autónomas” en las que las voluntades autónomas establecen pactos privados que generan, modifican, regulan imperativamente (y también extinguen) derechos oponibles “*erga debitorem*”, y que a falta de pacto también están regulados imperativamente por normas de aplicación supletoria. Como ya se ha visto, estas relaciones paritarias están reguladas también por normas imperativas de orden público inamovibles por las partes, que constituyen el límite que el ordenamiento impone a la voluntad autónoma en protección de los valores jurídico-sociales del ordenamiento.

Ya hemos señalado que, para el Tribunal Constitucional, lo importante es que la autonomía privada se interprete “...a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse...”³²⁶

³²⁵ Señala Mauro Grondona que para el ordoliberalismo que está en la base del derecho europeo de los contratos “...el contrato es eficiente cuando las partes maximizan las respectivas utilidades individuales” y para ese fin “...los contratantes deben estar en la posición de conocer toda la información, no solo necesaria, sino indispensable, imprescindible, para que su consentimiento en la celebración del contrato sea totalmente libre y consciente”. Mauro Grondona. Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato. En: Revista de Derecho Privado N° 22, Enero-Junio de 2012 (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012), p.138.

³²⁶ STC emitida el 1 de abril de 2005 en el expediente N° 0048-2004-PI/TC (caso José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos), fundamento 16.

Esta regulación "autónoma" arbitral se encuentra subordinada jerárquicamente a la normativa pertinente del ordenamiento en sus diversos niveles hasta el supremo de la Constitución Política y su sistema de valores, siendo precisamente el ordenamiento el que da juridicidad a este orden privado y le proporciona la tutela pública de los derechos-poderes atribuidos.

En este extremo es de notar que todos los contratantes son tratados por igual por el ordenamiento, en cuanto a su autonomía y en cuanto a los límites de ésta; pese a la asimetría que en la realidad exista entre las partes. Así, el ordenamiento, al equilibrar la relación -mediante normas de orden público y subordinación al ordenamiento jerárquico- opta por quien en la realidad es más vulnerable –en cada supuesto jurídico-, es decir, por quien podría quedar afectado por la "pre-potencia" de quien en lo fáctico/pre-jurídico es más fuerte, y puede ser –a su propio beneficio- el potencial vulnerador de los valores del ordenamiento en el supuesto jurídico de que se trate.

El "escenario" varía en parte cuando ponemos a nuestra consideración aquellas relaciones en las que existe libertad de contratar, mas no de configuración interna del contrato. Es el caso de los contratos por adhesión, usuales en las denominadas "relaciones de consumo", en las que una de las partes pre-configura el contenido de la relación y la otra –en asimetría informativa respecto a la primera- se adhiere a dicho contenido, pudiendo esto incluir la adhesión a la cláusula arbitral. Indudablemente los contratos celebrados por adhesión para la configuración de relaciones de consumo eliminan el elevadísimo costo social de las negociaciones masivas, por medio de la eliminación de las negociaciones mismas. Se trata de relaciones estandarizadas propias de la economía capitalista, necesarias para la creación de riqueza y el desarrollo económico y social masivos. En función de su utilidad económico-social cuentan con la juridicidad que el ordenamiento les otorga, juridicidad que va integrada empero a una normativa de orden público, tutelar de los derechos/poderes "*erga debitorem*" del tutelado, que limita la autonomía de la voluntad de quien pre-configura la relación. Respecto a dicho límite una interesante opinión de una autora chilena explica que desde esta perspectiva ya no se trata sólo de

limitaciones extrínsecas a la libertad contractual, es decir “...limitaciones fundadas en valores diversos a la autonomía...”, sino también de limitaciones intrínsecas “...derivadas de la protección del propio valor de la autonomía”.³²⁷

En estas relaciones –sin negociación- es indudable el énfasis que el ordenamiento jurídico puede poner en equilibrar a las partes superando en el Derecho lo que en lo fáctico es asimétrico. Por consiguiente es también clara su opción por el más vulnerable –en abstracto- en cada supuesto jurídico, estableciendo incluso una normativa tutelar propia, además de la tutela jurisdiccional estatal.

Al respecto French sostiene que la justicia requiere que las partes accedan a un proceso resolutorio que sea transparente y abierto al escrutinio público, añadiendo que sería impropio para una sociedad establecer para estos casos exclusivamente procesos privados de resolución de conflictos.³²⁸

El artículo 15° de la Ley de Arbitraje contiene disposiciones en protección de quien en el arbitraje nacional celebra convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión. Así, les “...serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria”; aunque dicho conocimiento se presume *juris et de jure* en ciertos supuestos tipificados en dicho artículo de la Ley.

Asimismo y como hemos expresado en el capítulo anterior, la doctrina jurisprudencial del Tribunal ha reconocido respecto de las relaciones de consumo principios específicos como son el pro consumidor, la proscripción del abuso del derecho, la isonomía real, el *restitutio in integrum*, transparencia, veracidad, *in dubio pro consumidor* y pro asociativo.³²⁹

Respecto a las relaciones de consumo Rodrigo Bordachar ha opinado, por ejemplo, que:

...el acuerdo de arbitraje contenido en los contratos de consumo es válido, en la medida que no sometan, exclusivamente al consumidor a la

³²⁷ Accatino, Op.cit., pp. 51 a 53.

³²⁸ French, Op. cit., p. 5.

³²⁹ STC emitida el 17 de enero de 2005 en el expediente N° 3315-2004-AA/TC (caso Agua Pura Rovic S.A.C.), fundamento 9.

jurisdicción arbitral. Por otro lado resulta imperioso que se garantice a éste el acceso a la justicia, de tal manera que si el acuerdo de arbitraje termina por entorpecer o impedir el derecho del consumidor a demandar en juicio, será una cláusula abusiva, por un existir desequilibrio evidente entre los derechos del consumidor y de los proveedores. Ello puede ocurrir en razón de que se hace excesivamente oneroso, en relación a la cuantía final del litigio, se imponen trabas de acceso, como el requerimiento de informes técnicos previos, o la formulación de reclamos, o porque se entrega la designación del árbitro al proveedor, entre muchas otras causas.

El control será, entonces, caso a caso, ponderando las individuales circunstancias que rodean la relación jurídica contractual y procesal...³³⁰

Es propio del ordenamiento generar correctivos al momento en que la libertad de configuración interna se encuentra anulada cuando en la contratación por adhesión una de las partes pre-configura el contenido de las prestaciones en una relación estandarizada que podría perjudicar a la parte vulnerable en un determinado supuesto jurídico. Por ello, ante la falta de negociación es importante que dicha libertad sea suplida por el ordenamiento mismo, como supuesto esencial para el logro de la finalidad de la relación que, como hemos señalado, debe subordinarse en última instancia a la finalidad suprema de la sociedad y del Estado.³³¹

Respecto a la existencia real de la libertad de contratar en casos concretos, hemos visto cómo la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que en el Estado social y democrático la autonomía implica que la contratación no sea el producto de un abuso de posición dominante o de una práctica restrictiva de la competencia, así como implica "...el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las

³³⁰ Rodrigo Bordachar Urrutia. El acuerdo de arbitraje como cláusula abusiva en los contratos de consumo. En: Arbitraje PUCP. N° 4 (Lima, 2014), p. 45.

³³¹ Thomas E. Carbonneau ha anotado que la Suprema Corte de los EEUU de Norteamérica no ha dudado en la ejecución de convenios arbitrales manifiestamente unilaterales en cuanto a ventajas, precisando que por el contrario el Estado de California es más propenso a decidir la inejecución de un contrato unilateral inequitativo para una de las partes. Inclusive en el caso *Armendariz V. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, la Suprema Corte de California ha establecido estándares mínimos de reciprocidad ("mutuality") para la validez de un convenio arbitral en una relación de consumo. Esta posición de California ha sido emulada en otros Estados. Carbonneau, Op. cit., pp. 1192-1193.

partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y... la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe”³³².

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha dejado en claro que el Estado “...limita su intervención garantizando la autonomía privada pero actúa subsidiariamente “...como garante final del interés general”.³³³ Esta subsidiariedad implica “...el respeto a la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduciéndose la intervención pública a lo esencial”.³³⁴

Conforme a lo señalado en el capítulo anterior, podemos decir que en este contexto de asimetría la defensa de los intereses de los contratantes, siendo un derecho subjetivo para aquéllos es también un horizonte tuitivo y un principio constitucional rector para el Estado,³³⁵ que genera por su parte disposiciones de orden público que protegen una real autonomía arbitral. El Tribunal ha advertido sobre el peligro del poder privado respecto al principio de justicia, equiparándolo al peligro del excesivo poder del Estado.³³⁶

E.4. Riesgos en el orden público textual y el orden público virtual.-

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, al ser el orden público un concepto indeterminado, aunque determinable para cada caso concreto, son indiscutibles los riesgos para la institución arbitral, respecto a su sentido y finalidad que en el Perú la misma Constitución garantiza, si es que la categoría de orden público no es correctamente comprendida.

Se ha descrito, por ejemplo, cómo la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha desvirtuado el arbitraje en ciertas sentencias vinculadas a casos de laudos sobre la base de un concepto exorbitante de orden público. La Sala señaló que la buena fe en la contratación integra el orden público económico para luego considerar como de orden público toda

³³² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-468/03 de 2003, III, 3.1.5, 15.

³³³ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamentos 19 a 21.

³³⁴ STC emitida el 12 de noviembre de 2007 en el expediente N° 03866-2006-AA/TC (caso Faustino Jacobo Meza Gutiérrez), fundamento 14.

³³⁵ STC emitida el 11 de noviembre de 2003 en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), fundamento 30.

³³⁶ Ídem, fundamento 3.

norma aplicable que estuviera en conexión con la buena fe.³³⁷ Desde otra perspectiva y en contraste –ya lo hemos señalado en el capítulo precedente- la Corte Constitucional de Colombia ha considerado correctamente que si el incumplimiento de los deberes impuestos por la buena fe “...afecta derechos fundamentales, puede haber lugar a la protección constitucional de tales derechos”.³³⁸

Para estos efectos primero debe distinguirse claramente el orden público internacional del Perú de nuestro orden público nacional o doméstico, según ya lo hemos indicado. La determinación del orden público internacional es ciertamente más compleja por cuanto hay que delimitar qué parte del orden público nacional constituye el subconjunto del orden público internacional del país, aspecto en el que no profundiza el presente trabajo. Por el contrario y como ya hemos expuesto, el orden público nacional para el caso concreto es determinable con menor dificultad en tanto suele manifestarse en prohibiciones o mandatos imperativos inderogables por las partes mediante contratación. La concreción normativa (normas de orden público o que interesan al orden público) facilita la detección arbitral o judicial del orden público (orden público textual) y limita la actividad judicial a evaluar si los árbitros han laudado transgrediendo dichas normas prohibitivas o imperativas. Los jueces no podrían ir más allá de lo prohibitivo o imperativo en su interpretación del orden público ya que al control jurisdiccional estatal no le compete impartir justicia en el ámbito de lo disponible, lo que corresponde enteramente a los árbitros. Lo sustantivo en el arbitraje debe ser resuelto fuera de la jurisdicción estatal, salvo cuando la autonomía privada contraviene el orden público nacional.

También desde una perspectiva anglosajona Sundquist y Wills Murphy sostienen que el *public policy* debe ser explícito y bien definido en normas y precedentes y que el laudo debe haberlo contravenido directamente. Basándose en jurisprudencia de la Suprema Corte de los EEUU añaden dichos autores que el *public policy* debe estar claramente definido y poder ser determinado a partir de normas y precedentes y no de consideraciones

³³⁷ Vélez y Gómez-Iglesias, Op. cit., pp. 88-89.

³³⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-170/05 de 2005 (III, B, 5).

generales de supuestos intereses públicos.³³⁹ Refiriéndose al caso *Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S.614, 618-19, 618 n.2 (1985), Farshad Ghodoosi explica lo mismo agregando que en el más reciente caso *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.* (2008) la corte limitó la revisabilidad de los laudos a causales enumeradas en la *Federal Arbitration Act (FAA)*.³⁴⁰ No obstante, la corte también afirmó en el referido caso *Hall Street Associates* que las partes que desearan evitar las causales exclusivas de la *FAA* podían hacerlo a través del *common law* y el derecho estatal (*state statutory*).³⁴¹ Por ello, algunas cortes estatales siguen sosteniendo que las causales establecidas en el *common law* y en el derecho estatal siguen disponibles para las partes (mientras respeten la política pro-arbitraje de la *FAA*), entre éstas la causal de violación del *public policy*;³⁴² aunque sin duda el campo de revisabilidad de los laudos ha quedado en los EEUU extremadamente restringido. Pero se ha dicho que mientras la Suprema Corte de los EEUU en el caso *Hall Street Associates* ha rechazado recientemente la causal del “*manifest disregard of the law*” ha dejado la del *public policy*, la cual está sólidamente asentada en la jurisprudencia de dicha corte.³⁴³

De lo anterior se deduce que el problema es más agudo tratándose de principios y valores no concretizados (orden público virtual) en normas de *ius cogens*, prohibitivas o imperativas (normas de orden público o que interesan al orden público), para lo que la interpretación debiera ser más restrictiva y sujeta, en su caso, a la interpretación del Tribunal Constitucional, considerando sólo lo inderogable e indisponible para el legislador, lo que aproxima al concepto de orden público constitucional. La vulneración del orden público en estos casos de principios y valores debiera ser manifiesta y clara.³⁴⁴ De ahí que es fundamental el control de la amplitud de este límite a la libertad de contratación, a fin que éste no la

³³⁹ Sundquist, Op. cit., pp. 411-412 y Wills Murphy, Op. cit., p. 918.

³⁴⁰ Ghodoosi, Op. cit., pp. 278-279.

³⁴¹ Cfr. Wills Murphy. Op. cit., p. 908.

³⁴² Cfr. Ghodoosi, Loc. cit

³⁴³ Cfr. Wills Murphy. Op. cit., p.919.

³⁴⁴ De otro lado, en el ámbito de los fundamentos de hecho, sólo al árbitro corresponde la valoración de la prueba. Los hechos son el campo del árbitro, salvo excepcionales casos de manifiesto error o falsedad evidente sin necesidad de prueba.

vulnere; y es una tarea judicial –de discrecionalidad relativa- que debe ser desarrollada en el país.³⁴⁵ considerando que al ser el arbitraje un instituto constitucionalmente garantizado debe maximizarse su funcionalidad.

La cuestión es delicada y no se resuelve cancelando legislativamente el control jurisdiccional estatal del orden público o cancelando la operatividad y finalidad del arbitraje. Lo primero es negar e ignorar un límite imprescindible. Lo segundo es debilitar al arbitraje. Ambos extremos son inconstitucionales. Es un asunto de equilibrio y ponderación que resulta trascendental. Arbitraje y orden público van juntos, pues la libertad contractual y sus límites son dos caras de la misma moneda.

Para Ashley K. Sundquist si se cancela la razón de orden público de la impugnación judicial se dará a los árbitros demasiado poder para decidir si seguir la ley o amparar violaciones del orden público.³⁴⁶

En el caso Compañía Distribuidora S.A. (CODISA) hubo cuatro aspectos a dilucidar por el Tribunal Constitucional, tres de carácter procesal y uno de carácter sustantivo que mereció especial atención. El aspecto sustantivo estuvo referido a si la cláusula penal acordada en los contratos de compraventa de hoteles entre CODISA y COFIDE afectaba el derecho constitucional a la propiedad de CODISA. La sentencia quedó conformada con el voto singular de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz conjuntamente con el voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez. El voto singular de Beaumont y Eto incide en que el abuso de la libertad de contratación que vulnere otro derecho constitucional exige la acción tutelar del Tribunal. Así, expresa que:

...no puede convalidarse que el ejercicio de un derecho fundamental (en este caso la libertad de contratación) se instrumentalice de tal manera que se convierta en una fuente legitimadora de los excesos. Nuestra Constitución ha sido terminante en proscribir el abuso del derecho de acuerdo con la previsión contenida en el último párrafo de su Artículo 103°...

³⁴⁵ Respecto a la apreciación judicial del concepto de orden público en Francia, España e Inglaterra, véase Juan Felipe Roldán Pardo. El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional. En: Facultad de Derecho, Revista de Derecho Privado N° 44, Julio-Diciembre de 2010 (Bogotá, Universidad de los Andes, 2010), pp.16-17, 19-20, 21-23, 25-27. En esta tarea judicial pueden ser de gran valía informes del *amicus curiae*.

³⁴⁶ Sundquist, Op. cit., p. 420.

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 a 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.³⁴⁷

En el mismo sentido pero refiriéndose a relaciones asimétricas en las que una parte se adhiere a lo pre-configurado por la otra, el voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez en el referido caso CODISA expresa que:

...en materia contractual se pueden presentar supuestos en los cuales una parte abusando de su posición dominante, ejerza abusivamente su derecho a la libertad de configuración interna del contrato, al momento de redactar cláusulas penales excesivamente onerosas en su monto o que redundan en daño para la parte que se vio precisada a adherir a sus condiciones...

...teniendo presente el monto que se pactó como cláusula penal estimo que éste resulta excesivamente oneroso y que, por ello, constituye una amenaza cierta e inminente de vulneración del derecho de propiedad de la Sociedad demandante en caso se exija, supuesto que ha sucedido en el

³⁴⁷ Véanse las consideraciones 21 y 23 del voto singular de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz con los que se conforma la STC emitida el 5 de octubre de 2009 en el expediente N° 05311-2007-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. – CODISA) conjuntamente al voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez.

proceso arbitral. Por dicha razón, considero que la exigencia del monto de la cláusula penal constituye una confiscación encubierta que no debe ser permitida ni avalada, toda vez que el artículo 103° de la Constitución prescribe que no se ampara el abuso del derecho y, en el caso de autos, se demuestra claramente que la redacción de la cláusula constituye un ejercicio abusivo e ilegítimo del derecho a la libertad de configuración interna del contrato.³⁴⁸

Este voto dirimente concluye considerando que "...el monto de la cláusula penal debe ser reducido (por los árbitros) conforme al artículo 1346° del Código Civil".³⁴⁹

En nuestro medio ha sido mayoritario el rechazo a que este aspecto sustantivo del caso CODISA haya sido revisado en sede constitucional, sin que el caso se haya relacionado al concepto de orden público sustantivo.

En efecto, se ha expresado que el examen de la cláusula penal es un tema estrictamente contractual y que el Tribunal desconoció la facultad de los árbitros de valorar las pruebas "...exigiéndoles que las valoren de una determinada manera, haciendo caso omiso a los principios y derechos de la función arbitral reconocidos en la propia ley de arbitraje y en los usos y costumbres en materia arbitral".³⁵⁰ Con apoyo en el voto singular del magistrado Landa Arroyo se ha insistido en que el examen de la cláusula penal sólo cabría si se advirtiese "arbitrariedad manifiesta... que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas... sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo".³⁵¹ También se ha señalado que "...el Tribunal Arbitral es el que tiene la facultad para determinar -de manera exclusiva- la admisión,

³⁴⁸ Véanse las consideraciones 14 y 15 del voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez con el que se conforma la STC emitida el 5 de octubre de 2009 en el expediente N° 05311-2007-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. – CODISA) conjuntamente al voto singular de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz.

³⁴⁹ Véase la consideración 15 del voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez con el que se conforma la STC emitida el 5 de octubre de 2009 en el expediente N° 05311-2007-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. – CODISA) conjuntamente con el voto singular de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz.

³⁵⁰ Oswaldo Hundskopf. El expediente N° 05311-2007-PA/TC y una controvertida sentencia del Tribunal Constitucional. En: Revista Jurídica del Perú, derecho privado y público N° 105 (Lima, Noviembre 2009), pp. 25-26.

³⁵¹ Ídem, p. 26. Véase, asimismo, Mario Castillo y Rita Sabroso. Un cuerpo extraño y peligroso en el arbitraje. En: Revista Jurídica del Perú, derecho privado y público N° 105 (Lima, Noviembre 2009), p. 36.

pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios (SIC).³⁵² Finalmente, se ha referido que "...resultaría de los fundamentos de esta sentencia que el Tribunal puede revisar el contrato y si este es lesivo intervenir",³⁵³ comentando además lo siguiente:

Nótese que estamos hablando de una serie de contratos que fueron objeto de un proceso abierto de licitación... En este tipo de procesos si bien se propone un texto de contrato este texto es materia de sugerencias y de evaluación por los postores... En tal sentido resulta difícil de considerar que se trata de un contrato que haya sido impuesto por una parte a otra. Debemos suponer por su contexto que, después del proceso que hemos descrito, el contrato fue considerado por CODISA y por eso lo firmó.

De otro lado, en cuanto a la cláusula penal no vemos en principio que dicha cláusula en sí misma pueda ser considerada abusiva... Lo que ocurre es que si la situación fuere que el incumplimiento se prolongó por un periodo tan extenso, el efecto puede sí resultar desproporcionado. Pero no porque el contrato se hubiere configurado en forma abusiva sino porque la aplicación de la cláusula pudo tornarse abusiva.

En todo caso lo cierto es que como consta en el voto del magistrado Mesía el derecho sí tiene un remedio a tal exceso y es que la parte puede pedir que se le reduzca la penalidad... La reducción se hace basada en que se dio un cumplimiento parcial o que resulta excesiva. Resulta excesiva si el afectado por el incumplimiento y beneficiario de la penalidad no puede probar que los daños guarden proporción con la penalidad.

No queda claro de la sentencia que CODISA haya pedido tal reducción y se le haya negado. Si lo hubiera hecho y no se hubiera atendido a evaluar tal situación sí habría una infracción al debido proceso. Pero si no lo hubiera hecho resultaría difícil entender cómo puede el Tribunal sugerir que un Tribunal arbitral se pronuncie sobre esta materia. En todo caso en cualquiera de las situaciones el Tribunal (Constitucional) no podría pretender ordenar que se reduzca la penalidad sino que se evalúe la reducción siguiendo reglas de debido proceso que permitan evitar un

³⁵² Castillo y Sabroso. Ídem, p. 38.

³⁵³ María del Carmen Tovar. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Causa 05311-2007-PA/TC. En: Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia Tomo 17 Noviembre 2009 Año 2 (Lima, Noviembre 2009), p. 41.

abuso del derecho.³⁵⁴

A fin de evaluar el caso desde lo sustantivo cabría preguntarse si el laudo contravino alguna norma que prohibiera o mandara algo respecto a la determinación del monto de la penalidad, por ejemplo estableciendo topes obligatorios o definiendo cuándo una penalidad es excesiva. Si tales normas (del orden público textual) son inexistentes, los árbitros al laudar no han trasgredido el orden público textual.

Restaría luego preguntarse si los árbitros al laudar considerando la cláusula penal establecida en el contrato, la prueba de hechos que sólo a ellos corresponde valorar (salvo manifiesto error o falsedad evidente sin necesidad de prueba), y el tiempo transcurrido desde el incumplimiento, vulneraron algún valor, principio o derecho fundamental o constitucional (orden público virtual) no desarrollado en mandatos o prohibiciones (orden público textual). Como hemos señalado, la finalidad de la relación establecida con los árbitros debe subordinarse en última instancia a la finalidad suprema de la sociedad y del Estado.

Cabe recordar que Yáñez Velasco refiere que sobre el desarrollo conceptual del orden público en el derecho alemán "...hay ejemplos que acercan peligrosamente al control de fondo en general, como imponer una indemnización absurdamente baja como resarcimiento por incumplimiento contractual o un injusto penal, o una pena convencional extraordinariamente elevada..."³⁵⁵. No obstante, desde nuestra tradición francesa del *ordre public*, las convenciones privadas no pueden derogar las normas de orden público (orden público textual), por lo que tratándose del orden público virtual la interpretación debe ser restrictiva y la vulneración manifiesta y clara, ya que de lo que realmente se trata aquí es de velar sólo por el núcleo duro de tales derechos (lo inderogable por el propio legislador) y la aplicación coherente del ordenamiento jurídico sistémico y jerárquico.

³⁵⁴ Ídem, pp. 41-42.

³⁵⁵ Yáñez. Op. cit., p. 881.

Capítulo III

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE Y EL ORDEN PÚBLICO SUSTANTIVO EN EL PERÚ

Hemos visto en el capítulo anterior que sobre la jurisdicción arbitral en el Perú señala el Tribunal Constitucional que “...no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional... se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada... obligada a respetar los derechos fundamentales”.³⁵⁶

La jurisdicción arbitral es parte de un orden público constitucional indisponible no sólo para los contratantes particulares sino también para el legislador.

Asimismo, hemos precisado ya cómo el orden público se encuentra “...en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación...”.³⁵⁷ El orden público actúa sobre dicho derecho fundamental prohibiendo que el pacto contractual –como es el convenio arbitral y son sus

³⁵⁶ STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 11. El subrayado es nuestro. Véanse asimismo la STC emitida el 1 de octubre de 2007 en el expediente N° 03574-2007-PA/TC (caso Club Deportivo Wanka), fundamento 36; el fundamento 11 de la Resolución emitida el 20 de agosto de 2008 en el expediente N° 00094-2007-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.); y la STC emitida el 21 de setiembre de 2011 en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), fundamento 25.

³⁵⁷ STC emitida el 16 de diciembre de 2005 en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre), fundamento 11.

contratos conexos- se oponga al contenido protegido de otros derechos fundamentales.³⁵⁸ El orden público "...tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales".³⁵⁹ En ese sentido el orden público incluye también un consenso mínimo moral sobre los derechos fundamentales de la persona.³⁶⁰

Esta concepción integradora del arbitraje con los derechos fundamentales surge del hecho de que...

...las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.³⁶¹

En ese orden de ideas hemos señalado que el sometimiento a la jurisdicción arbitral se encuentra constitucionalmente limitado por la finalidad ilícita o incompatibilidad con el orden público procesal o sustantivo de origen constitucional o desarrollado por el Estado mediante su función legislativa. Dichos límites implican la necesidad de la tutela jurisdiccional judicial ordinaria o constitucional especializada.

Expresa bien Portocarrero Lanatta que "...el control judicial del laudo está dispuesto para que sean respetados, en fondo y forma, algunos mandatos esenciales del ordenamiento".³⁶²

En el mismo sentido, Bernardo M. Cremades señala que la equivalencia entre el laudo y la sentencia judicial que el ordenamiento consagra "...hace necesario el sometimiento del laudo al control judicial, mediante el ejercicio de la acción de anulación... para salvaguardar la conformidad del laudo al

³⁵⁸ STC emitida el 6 de junio de 2005 en el expediente N° 0001-2005-AI (caso José Alfredo Chinchay Sánchez), fundamento 53; STC emitida el 16 de diciembre de 2005 en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre), fundamento 11; y la emitida el 5 de diciembre de 2006 en el expediente N° 1963-2006-PA/TC (caso Ferretería Salvador S.R.L.), fundamento 20.

³⁵⁹ STC emitida el 15 de noviembre de 2007 en el expediente N° 06534-2006-PA/TC (caso Santos Eresminda Távara Ceferino), fundamento 6.

³⁶⁰ STC emitida el 16 de octubre de 2009 en el expediente N° 02005-2009-PA/TC (caso ONG "Acción de Lucha Anticorrupción"), fundamento 56.

³⁶¹ Ídem, fundamento 27.

³⁶² Ramiro Portocarrero Lanatta. La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje. En: *Thémis 46 Revista de Derecho* (Lima, 2003), p.379.

orden (de) público del que Jueces y Tribunales son garantes...”.³⁶³ Agrega que “...El laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada, por lo que, al igual que ocurre con las sentencias judiciales, (sólo) podrá ser anulado por los motivos legalmente previstos”.³⁶⁴

Otro reconocido autor señala:

Esta función judicial es, a nuestro juicio, la «contrapartida» de reconocer a los laudos arbitrales el carácter de una sentencia judicial. En efecto, la eficacia de cosa juzgada de su decisión y la habilitación de los procedimientos de apremio para obtener su cumplimiento forzado, están condicionadas a que el laudo cumpla ciertos requisitos: básicamente, que surja del consentimiento válido de las partes, que se refiera a cuestiones disponibles, que sea ejercida con respeto a las garantías del debido proceso, que no haya traspasado los límites que se le impone, que no vulnere el orden público, etcétera. Precisamente, para verificar si tales requisitos se cumplen, existe una instancia de revisión judicial, generalmente prevista como irrenunciable, que se traduce en recursos o acciones de nulidad a través de las cuales se pueden impugnar las decisiones de los árbitros en procura de una declaración que las invalide.³⁶⁵

El control jurisdiccional del arbitraje en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, distingue dos fases marcadas por lo anterior y lo vigente a partir del que abreviadamente denominaremos caso Sociedad Minera María Julia.

A) El Orden Público Constitucional Sustantivo y el Control Jurisdiccional del Arbitraje en la Fase Previa al Caso Sociedad Minera María Julia

El Tribunal ha señalado, en el caso Fernando Cantuarias Salaverry, que “...El control judicial, conforme a ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, a

³⁶³ Bernardo M. Cremades. El arbitraje en la doctrina constitucional española. En: Lima Arbitration N° 1 Revista del Círculo Peruano de Arbitraje (Lima, 2006), p. 186.

³⁶⁴ Ídem, p. 206.

³⁶⁵ Roque Caivano. Retos del Arbitraje frente a la administración de justicia. En: Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Volumen 5. Biblioteca de Arbitraje (Lima, Estudio Mario Castillo Freyre, 2008), p. 62.

posteriori, mediante los recursos... 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...”³⁶⁶

Para el Tribunal Constitucional, el proceso de amparo tutela los derechos fundamentales, es decir, aquellos derechos indisponibles que preserva el orden público constitucional inderogable por las partes, los árbitros, los jueces y el propio legislador. Indica el Tribunal que corresponde que los aspectos contractuales que no tienen relevancia constitucional sean vistos en procesos de la justicia ordinaria.³⁶⁷ Veremos más adelante que el Tribunal precisará, en una fase posterior de su conceptualización, que también lo constitucionalmente relevante debe ser visto en los procesos judiciales ordinarios de apelación y anulación de laudo.

El Tribunal en el caso Fernando Cantuarias Salaverry, analizó los “supuestos de excepción” que habilitan la intervención de la jurisdicción estatal en un proceso arbitral con el objeto...

...de que pueda proyectarse una interpretación que sirva como doctrina jurisprudencial constitucional para posteriores casos, ya sea tanto a nivel de la justicia ordinaria como de la justicia constitucional especializada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VI, in fine, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.³⁶⁸

El Tribunal en su sentencia de 26 de octubre de 1999 en el expediente N°

³⁶⁶ STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 14. Véanse también la STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), fundamento 16; la STC emitida el 15 de marzo de 2011 en el expediente N° 02851-2010-PA/TC (caso IVESUR S.A.), fundamento 5 cuya referencia en este trabajo no implica nuestra conformidad con otros fundamentos de la misma ni con la parte resolutive; la STC emitida el 21 de setiembre de 2011 en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), fundamento 11; el fundamento 11 de la Resolución emitida el 20 de agosto de 2008 en el expediente N° 00094-2007-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.); y también la STC emitida el 25 de setiembre de 2013 en el expediente N° 01064-2013-PA/TC (caso Asociación Solaris Perú), fundamento 19.

³⁶⁷ STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), fundamento 22.

³⁶⁸ STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), Datos Generales, 2. El subrayado es nuestro. Ver también la STC emitida el 14 de marzo de 2007 en el expediente N° 10575-2006-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.), fundamento 15 que enfatiza que los criterios establecidos en dicha sentencia de 28 de febrero de 2006 son de obligatorio cumplimiento. Lo mismo se reitera en el fundamento 13 de la Resolución emitida el 20 de agosto de 2008 en el expediente N° 00094-2007-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.).

189-99-AA/TC, caso Pesquera Rodga S.A., ya había indicado que cuando se “...cuestiona la validez de un laudo arbitral por haber sido expedido supuestamente de forma contraria a específicos derechos constitucionales...”,³⁶⁹ se hace necesario un análisis detallado de la procedencia del proceso constitucional con el objeto “...de que pueda proyectarse una interpretación que sirva como precedente de observancia obligatoria para posteriores casos, ya sea tanto a nivel de la justicia constitucional ordinaria como de la justicia constitucional especializada”.³⁷⁰

Al respecto el Tribunal afirma como incontrovertible que un laudo arbitral pueda ser cuestionado por vía del proceso constitucional...

...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... 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...³⁷¹

El Tribunal Constitucional Peruano sostiene que no puede interpretarse la Constitución a partir de la legislación sobre arbitraje, para postular la irrevisabilidad de las resoluciones arbitrales, “...vaciando de contenido el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución (artículo 51° de la Constitución), configurado en el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho...”.³⁷²

Al respecto, el magistrado Álvarez Miranda sostiene que:

...la jurisdicción arbitral... no se agota con las cláusulas contractuales ni

³⁶⁹ STC emitida el 26 de octubre de 1999 en el expediente N° 189-99-AA/TC (caso Pesquera Rodga S.A.), fundamento 2.

³⁷⁰ *Ibidem*. El subrayado es nuestro.

³⁷¹ *Ídem*, fundamento 3. Véanse también la STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 23; la emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), fundamento 16; la STC de 5 de octubre de 2009 en el expediente N° 05311-2007-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. - CODISA), consideración 23 del voto singular de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz; y la STC de fecha 27 de octubre de 2009 recaída en el expediente N° 02386-2008-PA/TC (caso Compañía Peruana de Radiodifusión Arequipa S.A.), fundamentos 3 y 4.

³⁷² STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 21. Véase también la STC emitida el 30 de abril de 2006 en el expediente N° 1567-2006-PA/TC (caso Compañía de Exploraciones Algamarca), fundamento 13 *in fine*.

con lo establecido por las leyes especiales sobre la materia, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales.

...el sometimiento arbitral plasmado en el compromiso arbitral no tiene por qué representar renuncia alguna a ningún derecho, que contraría el orden público...³⁷³

Es claro que “...el proceso arbitral no puede ser un pretexto para desvincularse de los derechos que la Constitución reconoce”.³⁷⁴ Los derechos indisponibles que la Constitución garantiza hacen parte del orden público constitucional inderogable y pueden ser de carácter procesal o sustantivo.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia en relación a un arbitraje ha señalado que la acción de tutela constitucional puede ser procedente...

...frente a situaciones que originalmente sean de contenido contractual y de derecho privado, por ejemplo cuando el objeto del contrato está estrechamente ligado al disfrute de un derecho fundamental. También cuando la relación contractual de que se trata esté signada por el elemento de la subordinación jurídica, o eventualmente, por situaciones calificables como de indefensión material.³⁷⁵

En el caso *Pesquera Rodga S.A.* sostenía el Tribunal Constitucional que no proceden las acciones de garantía contra resolución judicial (y arbitral por extensión) emanada de procedimiento regular, entendiendo por procedimiento regular...

...aquél en que se respetan los derechos procesales de rango constitucional y que, como se sabe, son el debido proceso (en sus diversas variantes) y la tutela judicial efectiva. Por el contrario, es

³⁷³ Véanse las consideraciones 1 al 3 del “Fundamento de Voto” del magistrado Álvarez Miranda con relación a la Resolución de 30 de junio de 2010 expedida en el expediente N° 02999-2009-PA/TC (caso *Compañía Distribuidora S.A.*). El subrayado es nuestro.

³⁷⁴ Véase la consideración 26 del voto singular de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz con los que se conforma la STC emitida el 5 de octubre de 2009 en el expediente N° 05311-2007-PA/TC (caso *Compañía Distribuidora S.A. – CODISA*) conjuntamente al voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez.

³⁷⁵ Sentencia T-910/09 de 2009 de la Corte Constitucional de Colombia.

„procedimiento irregular“ aquél en el que la jurisdicción o sus autoridades distorsionan en alguna forma o simplemente vulneran el contenido esencial de dichos atributos.³⁷⁶

Así, en la sentencia de 22 de enero de 2001 recaída en el caso Corporación de Productos Alimenticios Nacionales PYC S.A., el Tribunal Constitucional efectuó el control constitucional de un procedimiento irregular cuando declaró fundada la acción de amparo y nulas las resoluciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, al haberse negado por extemporaneidad la admisión a trámite de la demanda de anulación de laudo arbitral que fuera interpuesta en realidad dentro del término de ley, conforme a un correcto cómputo, violándose así los derechos constitucionales relativos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.³⁷⁷

En el caso Mary Mabel Mazuelos Rosas y otros, la Resolución del Tribunal Constitucional de 3 de junio de 2004 ordenó al juzgado de primera instancia proceder a integrar a la relación procesal a una empresa que resultaba ser:

...tercero del amparo, al ser parte en el contrato... y demandante en el proceso arbitral; por ello, de acuerdo a lo establecido por el Código Civil y por el Código Procesal Civil, tiene pleno derecho a participar en la acción de amparo, de modo que la decisión del Juzgado de no aceptar la integración al proceso viola los mencionados dispositivos y el derecho constitucional de defensa.³⁷⁸

Precisa el Tribunal que:

...En el presente caso, el estado de indefensión opera en el momento en que se le priva al tercero de su derecho a emplear los medios de defensa y ataque propios, a presentar pruebas, ayudar a la parte y evitar que sea

³⁷⁶ STC emitida el 26 de octubre de 1999 en el expediente N° 189-99-AA/TC (caso Pesquera Rodga S.A.), fundamento 4.

³⁷⁷ STC emitida el 22 de enero de 2001 en el expediente N° 1296-2000-AA/TC (caso Corporación de Productos Alimenticios Nacionales PYC S.A.), fundamento 3 y parte resolutive.

³⁷⁸ Resolución emitida el 3 de junio de 2004 en el expediente N° 187-2002-AA/TC (caso Mary Mabel Mazuelos), fundamento 4. Véanse también la Resolución emitida el 12 de agosto de 2005 en el expediente N° 0462-2003-AA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. y otros), fundamento 8; la Resolución emitida el 9 de junio de 2006 en el expediente N° 3261-2005-PA/TC (caso Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A.C.), fundamento 9 y el fundamento 6 de la STC emitida el 2 de julio de 2009 en el expediente N° 4499-2008-AA (caso Traslado de Provisiones S.A.C.).

declarada rebelde en el proceso, a interponer los recursos impugnatorios y de alzada que fueren menester, conforme a ley; y finalmente a poder reclamar costas, en caso de que proceda para la parte que ha ayudado.³⁷⁹

En el caso Municipalidad Provincial de Trujillo, la Resolución de 2 de junio de 2011 del Tribunal Constitucional declaró nulo todo lo actuado en el proceso de amparo y que se admita a trámite la demanda al no encontrarse justificado el rechazo *in limine* de la demanda que tenía por objeto que se expida un nuevo laudo en vista de que el emitido contenía pronunciamiento *extra petita* afectándose el derecho de defensa del demandante.³⁸⁰

Volviendo a la sentencia emitida el 26 de octubre de 1999 en el caso Pesquera Rodga S.A, el Tribunal asimismo se situó en el supuesto de que la decisión arbitral lesione un derecho constitucional diferente a los estrictamente procesales, distinguiendo así claramente los derechos constitucionales procesales de los derechos constitucionales sustantivos, todos los cuales son evidentemente parte del orden público constitucional. Al respecto, el Tribunal señaló en aquel momento que el derecho procesal constitucional peruano no admite la acción constitucional para ese supuesto, como lo sería igualmente en el caso de la jurisdicción ordinaria o la militar.³⁸¹ La única excepción sería el caso de "...la tutela de derechos constitucionales sustantivos, cuando los mismos son vulnerados como consecuencia de la violación paralela de derechos constitucionales de naturaleza procesal...".³⁸²

En aquel momento para el Tribunal ello implicaba suplantar "...la

³⁷⁹ Resolución emitida el 3 de junio de 2004 en el expediente N° 187-2002-AA/TC (caso Mary Mabel Mazuelos), fundamento 6. Véanse también la Resolución emitida el 12 de agosto de 2005 en el expediente N° 0462-2003-AA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. y otros), fundamento 10; y la Resolución emitida el 9 de junio de 2006 en el expediente N° 3261-2005-PA/TC (caso Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A.C.), fundamentos 10 y 11.

³⁸⁰ Resolución emitida el 2 de junio de 2011 en el expediente N° 04888-2009-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Trujillo), fundamentos 5 y 6 y parte resolutive. Sin embargo, el fundamento 9 del voto en discordia del magistrado Álvarez Miranda sostiene que "...procede el recurso de anulación del laudo cuando se resuelve sobre una cuestión no sometida a arbitraje, por tanto tales cuestionamientos debieron ser ventilados a través de dicho mecanismo (vía previa)...".

³⁸¹ STC emitida el 26 de octubre de 1999 en el expediente N° 189-99-AA/TC (caso Pesquera Rodga S.A.), fundamento 5.

³⁸² *Ibidem*.

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... puedan desprenderse de los mismos”.³⁸³

Agregaba el Tribunal que:

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... 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.³⁸⁴

Puede colegirse de dicha sentencia que hay derechos sustantivos de competencia exclusiva de los tribunales arbitrales, pero de ello no se infiere que no pueda corresponder un **control jurisdiccional de la constitucionalidad no sólo de derechos procesales sino también de los derechos y principios constitucionales de carácter sustantivo**. Al respecto se ha dado una evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El magistrado Álvarez Miranda, en su “Fundamento de Voto” en relación a la Resolución de 30 de junio de 2010 expedida en el

³⁸³ Ídem, fundamento 6. El subrayado es nuestro.

³⁸⁴ Ibídem. El subrayado es nuestro. En sentido distinto fundamentan su voto singular los magistrados Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen y Víctor García Toma, respecto a lo resuelto por el Tribunal Constitucional el 12 de agosto de 2005 en el expediente N° 0462-2003-AA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. y otros) cuando en su fundamento 8 señalan que “...el concepto de cosa juzgada debe rebasar las tradicionales ideas... Hoy debe dotársele de un contenido axiológico que procure la realización de la justicia y la tutela efectiva más allá de la seguridad jurídica. El derecho fundamental a la cosa juzgada no puede conculcar otros derechos fundamentales; por el contrario, debe erigirse en garantía para que los derechos fundamentales y los principios procesales constitucionales permanezcan incólumes. Así, el ensanchamiento del concepto de cosa juzgada da cabida a la acción de amparo contra resoluciones judiciales si, al derivarse de un proceso irregular resultan injustas”. Por su parte, el magistrado Gonzales Ojeda, en su fundamento de voto expedido en el referido caso Fernando Cantuarias Salaverry, sobre la cosa juzgada en el arbitraje señala que “...Las decisiones pueden ser revisadas, con mayores o menores limitaciones, por la justicia estatal. En estos últimos supuestos se suele hablar de inmutabilidad relativa o preclusión. Pero, definitivamente, la jurisdicción estatal es la única que tiene la característica básica de la universalidad, en el sentido de que las otras técnicas compositivas han sido creadas únicamente para tipos específicos de controversias...”.

expediente N° 02999-2009-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A.) explica que a la fecha de dicha resolución la jurisprudencia del Tribunal había pasado por distintas etapas en cuanto al control constitucional en materia arbitral. Señala el magistrado que en un primer momento la demanda en una acción de garantía debía desestimarse si era promovida contra una resolución emanada de un procedimiento arbitral regular (debido proceso). Una segunda etapa resultaría determinada por el caso Fernando Cantuarias Salaverry, STC N° 6167-2005-PHC/TC, en un sentido más favorable al control constitucional incluyendo la **exigencia del respeto de los demás derechos fundamentales, no sólo el del debido proceso, así como de los derechos constitucionales** considerando la doctrina jurisprudencial vinculante y los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal Constitucional.³⁸⁵

En efecto, en el caso Fernando Cantuarias Salaverry, el Tribunal ha señalado que el control constitucional jurisdiccional se desenvuelve *a posteriori* no sólo cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva sino también cuando se advierte un incumplimiento "... 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".³⁸⁶

Por su parte, el magistrado Gonzales Ojeda, en la consideración 4ta de su fundamento de voto expedido en el mismo caso señala que:

...resulta claro que no sólo los derechos de orden procesal vinculan en el arbitraje. Todos los derechos fundamentales vinculan a todos, de modo que incluso en las relaciones *inter privatos*, es deber de los individuos cuidar porque estos no resulten lesionados. En ese sentido, es bueno recordar que en abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional se destaca que los derechos fundamentales –todos y no

³⁸⁵ Señala el magistrado Álvarez Miranda que en otra etapa posterior las sentencias en los casos Corporación Meier, STC N° 4972-2006-PA/TC, y PROIME, STC N° 4195-2006-PA/TC ampliaron algunos conceptos y establecieron ciertas reglas, que señalaremos más adelante en este capítulo. De modo muy similar a lo expresado por Álvarez Miranda en el referido Fundamento de Voto, el Tribunal reseñará esta "...*evolución del control constitucional sobre la justicia arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*" en los fundamentos 3 y ss de la STC emitida el 21 de setiembre de 2011 en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia).

³⁸⁶ STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), fundamento 18.

sólo los de orden procesal- tienen como sujetos obligados a su respeto a los poderes públicos (eficacia vertical de los derechos), sino, además, a los propios particulares (eficacia horizontal de los derechos), entre los cuales se encuentra... la composición privada de conflictos mediante el arbitraje” (el subrayado es nuestro).

No obstante, el Tribunal matiza en el caso Fernando Cantuarias Salaverry agregando que...

El ejercicio de las potestades jurisdiccionales –ordinaria o constitucional- no puede ni debe ser, desde luego, abusivo, ni supone la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas que lesionen los derechos fundamentales de autonomía de la voluntad y de contenido patrimonial...³⁸⁷

Al respecto el Tribunal deja en claro los ámbitos –sustantivos y procesales- de legitimidad del ejercicio del poder jurisdiccional estatal en el arbitraje, cuando señala que:

...el ejercicio de poder jurisdiccional ordinario, y con mayor razón el excepcional, será legítimo si es ejercido en salvaguarda del cumplimiento de los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de los mismos y de las resoluciones dictadas por este Tribunal (artículo VI in fine del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el cumplimiento de las sentencias que constituyan precedente vinculante (artículo VII del Código Procesal Constitucional) y el respeto al derecho a la tutela procesal efectiva (artículo 4° del Código Procesal Constitucional).³⁸⁸

En el caso Compañía Distribuidora S.A. (CODISA) hubo 4 aspectos a dilucidar por el Tribunal Constitucional, 3 de carácter procesal y uno de carácter sustantivo que mereció especial atención, como se ha visto en el último acápite del capítulo anterior.

Finalmente, el Tribunal, en la sentencia de 4 de agosto de 2006 recaída en el caso Corporación Meier S.A.C y Persolar S.A.C., ha desarrollado

³⁸⁷ Ídem, fundamento 19. El subrayado es nuestro.

³⁸⁸ Ídem, fundamento, 22. El subrayado es nuestro.

complementariamente y de un modo más sistemático ciertos criterios sobre **tres hipótesis principales de procedencia del proceso constitucional contra la llamada jurisdicción arbitral**, que constituyen parte de su doctrina constitucional vinculante.³⁸⁹

La **primera hipótesis de procedencia** ocurre 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 incoada una vez que se haya agotado la vía previa..."³⁹⁰

Respecto a esta primera hipótesis el Tribunal ha establecido que reitera...

...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), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (Artículo 4).³⁹¹

³⁸⁹ STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), fundamento 23. Ver asimismo la STC emitida el 8 de noviembre de 2007 en el expediente N° 07532-2006-PA/TC (caso Lider Group EIRL y otros), fundamento 5, que reitera estas hipótesis de procedencia del proceso constitucional contra laudos arbitrales.

³⁹⁰ STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), fundamento 17. El subrayado es nuestro. Sobre agotar la vía previa ver asimismo la STC emitida el 8 de noviembre de 2007 en el expediente N° 07532-2006-PA/TC (caso Lider Group EIRL y otros), fundamentos 5 y 6; la STC emitida el 27 de octubre de 2009 en el expediente N° 02386-2008-PA/TC (caso Compañía Peruana de Radiodifusión Arequipa S.A.), fundamentos 3 y 4; así como la Resolución de 15 de diciembre de 2009 recaída en el expediente N° 04688-2009-PA/TC (caso Banco de Materiales S.A.C.), fundamentos 6 a 8.

³⁹¹ STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), fundamento 18. El subrayado es nuestro.

Sobre el requisito de agotar las vías previas, ya se había detenido la sentencia de 30 de abril de 2006, recaída en el caso Compañía de Exploraciones Algamarca, exponiendo que debe entenderse como “...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”.³⁹² Tratándose del recurso de anulación del laudo ante el Poder Judicial,³⁹³ agotado dicho proceso “...quien se sienta afectado en su derecho podrá recurrir al proceso de amparo”.³⁹⁴ La exigencia del requisito de agotamiento de la vía previa tiene un doble fundamento: de un lado la independencia jurisdiccional del arbitraje y de otro la efectiva posibilidad de corrección de un acto infractor.³⁹⁵

La **segunda hipótesis de procedencia** del proceso constitucional sucede 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...”³⁹⁶

Al respecto el Tribunal señala que ello...

³⁹² STC emitida el 30 de abril de 2006 en el expediente N° 1567-2006-PA/TC (caso Compañía de Exploraciones Algamarca), fundamento 16. Ver asimismo la STC emitida el 11 de diciembre de 2006 en los expedientes acumulados N° 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.), fundamentos 79 a 81; y la STC emitida el 20 de octubre de 2006 en el expediente N° 8229-2006-PA/TC (Compañía Minera Algamarca S.A.), fundamento 4.

³⁹³ El recurso de anulación del laudo no supone un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sino sobre la validez del laudo. Al respecto, se pronuncia el fundamento 82 de la STC emitida el 11 de diciembre de 2006 en los expedientes acumulados N° 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.)

³⁹⁴ STC emitida el 30 de abril de 2006 en el expediente N° 1567-2006-PA/TC (caso Compañía de Exploraciones Algamarca), fundamento 18.

³⁹⁵ STC emitida el 30 de abril de 2006 en el expediente N° 1567-2006-PA/TC (caso Compañía de Exploraciones Algamarca), fundamento 19. Ver asimismo la STC emitida el 11 de diciembre de 2006 en los expedientes acumulados N° 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.), fundamento 80; la STC emitida el 20 de octubre de 2006 en el expediente N° 8229-2006-PA/TC (Compañía Minera Algamarca S.A.), fundamento 4; la STC emitida el 27 de octubre de 2009 en el expediente N° 02386-2008-PA/TC (caso Compañía Peruana de Radiodifusión Arequipa S.A.), fundamento 1; y la Resolución de 7 de enero de 2010 recaída en el expediente N° 04703-2009-PA/TC (caso Municipalidad Distrital e Pueblo Libre), fundamentos 3 y 4.

³⁹⁶ STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), fundamento 17. Véase también la Resolución de 15 de diciembre de 2009 recaída en el expediente N° 04688-2009-PA/TC (caso Banco de Materiales S.A.C.), fundamentos 6 a 8.

...lleva implícita la regla de que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean *prima facie* ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que solo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral.³⁹⁷

La **tercera hipótesis de procedencia** del proceso constitucional se presenta cuando "...a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta versa sobre **materias absolutamente indisponibles** (derechos fundamentales, temas penales, etc)".³⁹⁸ Evidentemente se trata de casos en los que está vedada la libertad contractual y la autodeterminación por ser de competencia exclusiva y principal de la jurisdicción estatal. Por ello el Tribunal enfatiza la indisponibilidad de tales derechos y señala que:

...Eso es 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. Es eso también lo que sucede, por citar otros supuestos, con las materias penales o incluso con las materias tributarias en las que el Estado de ninguna manera puede renunciar a su capacidad de control y sanción.³⁹⁹

Así, el Tribunal ha señalado que "...el acceso a una pensión de invalidez por enfermedad profesional no es una materia arbitrable, ya que ésta constituye una concreción del derecho a la salud que tiene el carácter de indisponible".⁴⁰⁰

³⁹⁷ STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), fundamento 19.

³⁹⁸ Ídem, fundamento 17. Véase también la Resolución de 15 de diciembre de 2009 recaída en el expediente N° 04688-2009-PA/TC (caso Banco de Materiales S.A.C.), fundamentos 6 a 8.

³⁹⁹ STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), fundamento 20. Ver también la STC emitida el 27 de octubre de 2009 en el expediente N° 02386-2008-PA/TC (caso Compañía Peruana de Radiodifusión Arequipa S.A.), fundamento 3.

⁴⁰⁰ STC emitida el 8 de noviembre de 2007 en el expediente N° 10063-2006-PA/TC (caso Gilberto Moisés Padilla Mango), fundamentos 83, 84 y 119. Ver también la STC emitida el 18 de diciembre de 2007 en el expediente N 6612-2005-PA/TC (caso Onofre Vilcarima Palomino), fundamentos 1 al 9 y 25; los fundamentos 83, 84 y 119 del Fundamento de Voto de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda; la STC emitida el 18 de diciembre de 2007 en el expediente N 10087-2005-PA/TC (caso Alipio Landa Herrera),

Volviendo a la primera hipótesis (la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva), la sentencia de 16 de noviembre de 2007 en el caso PROIME Contratistas Generales S.A., ha precisado algunas reglas para el control de las decisiones arbitrales por el Tribunal Constitucional:

En tal sentido:

- a) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición de un laudo. En tales casos se debe esperar la culminación del proceso arbitral.
- b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral... el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación y anulación)...
- c) El amparo resulta improcedente 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.

En todo caso, 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

fundamentos 1 al 9 y 26; los fundamentos 83, 84 y 119 del fundamento de voto de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda; y la STC emitida el 28 de enero de 2008 en el expediente N° 00061-2008-PA/TC (caso Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.), fundamento 12.

vulneración.⁴⁰¹

B) El Orden Público Constitucional Sustantivo y el Control Jurisdiccional del Arbitraje a partir del Caso Sociedad Minera María Julia. El Orden Público Sustantivo de Origen Legal.

Posteriormente, el Tribunal mediante la sentencia de 21 de setiembre de 2011, en el caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia, decidió "...proceder a una reformulación y/o consolidación de los criterios establecidos en su jurisprudencia, con el objeto de dar una visión actualizada de lo que hoy en día representa para este Supremo Intérprete de la Constitución la institución del arbitraje y la fórmula de control constitucional aplicable a éste",⁴⁰² en consideración a lo establecido en el Código Procesal Constitucional a partir de cuya vigencia el amparo se reserva a casos de "extrema urgencia o cuando las necesidades de tutela normalmente dispensables en la vía judicial ordinaria no fueran suficientes

⁴⁰¹ STC emitida el 16 de noviembre de 2007 en el expediente N° 04195-200-AA/TC (caso PROIME Contratistas Generales S.A.), fundamento 4. Respecto a la regla b) dicha sentencia expresa en su fundamento 2 que "...una afectación que no esté contemplada como causal de anulación del laudo, y que, sin embargo, compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para esos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos". Igualmente expresa en su fundamento 3 que contra un acto *intra proceso* arbitral violatorio de derechos fundamentales se esperará el pronunciamiento final del Tribunal Arbitral para su impugnación como cuestión previa, de ser el caso, interpretándose "...*extensivamente las causales de admisibilidad del recurso de anulación, con relación a la cuestión incidental*". Ver, asimismo, cómo reitera lo dicho el fundamento 4 de la STC emitida el 6 de noviembre de 2008 en el expediente N° 5771-2007-PA/TC (caso B & B GESSA PROIME ASOCIADOS); el fundamento 7 del voto singular del magistrado Landa Arroyo respecto a la STC de 5 de octubre de 2009 recaída en el expediente N° 05311-2007-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. - CODISA); el fundamento 2 del voto singular del magistrado Landa Arroyo respecto a la STC de 27 de octubre de 2009 recaída en el expediente N° 02386-2008-PA/TC (caso Compañía Peruana de Radiodifusión Arequipa S.A.); el fundamento 6 de la Resolución de 11 de enero de 2010 recaída en el expediente N° 04372-2009-PA/TC (caso IVESUR S.A.). En relación a la regla b) véanse también el fundamento 6 de la Resolución de 17 de setiembre de 2009 recaída en el expediente N° 03385-2009-PA/TC (caso Banco de Materiales S.A.C.); los fundamentos 5 y 6 de la STC emitida el 15 de marzo de 2011 en el expediente N° 02851-2010-PA/TC (caso IVESUR S.A.) cuya referencia en este trabajo no implica nuestra conformidad con otros fundamentos de la misma ni con la parte resolutive; y los fundamentos 2 a 6 del voto dirimente del magistrado Calle Hayen respecto a la Resolución emitida el 2 de junio de 2011 en el expediente N° 04888-2009-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Trujillo).

⁴⁰² STC emitida el 21 de setiembre de 2011 en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), fundamento 2.

para defender o tutelar los derechos constitucionales reclamados”.⁴⁰³

Luego de reseñar la evolución del control constitucional sobre la justicia arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁴⁰⁴ dicha sentencia explica que el recurso de anulación previsto en la Ley de Arbitraje (así como el recurso de apelación previsto en la derogada Ley General de Arbitraje), “...puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate”,⁴⁰⁵ al ser –conforme al inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional- una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.⁴⁰⁶ Con ello el amparo arbitral queda como un

⁴⁰³ Ídem, fundamentos 14 y 15.

⁴⁰⁴ Ídem, fundamentos 3 a 13.

⁴⁰⁵ Ídem, fundamento 17.

⁴⁰⁶ En su fundamento de voto, numerales 1 y 2, el magistrado Urviola Hani cita la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, que textualmente señala que el recurso de anulación es una vía específica e idónea para el control constitucional de la jurisdicción arbitral, para señalar que no es una vía previa para el amparo. Agrega Urviola Hani que la anulación no es un recurso sino “...un auténtico proceso judicial de impugnación de laudo arbitral”. Y en el numeral 5 dirá que “...La intervención judicial... elimina cualquier posibilidad de considerar al arbitraje una isla desvinculada de los derechos fundamentales”. Véanse también la Resolución emitida el 12 de octubre de 2011 en el expediente N° 2791-2011-PA/TC (caso Benilda Estela Ortiz Núñez), fundamentos 3 a 5; la Resolución emitida el 12 de enero de 2012 en el expediente N° 05619-2009-PA/TC (caso Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. – EDITORA PERÚ), fundamento 3; la Resolución emitida el 12 de enero de 2012 en el expediente N° 00109-2011-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Trujillo), fundamento 4; la Resolución emitida el 20 de enero de 2012 en el expediente N° 04131-2010-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Sullana), fundamento 6; la Resolución emitida el 13 de marzo de 2012 en el expediente N° 05134-2011-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Pasco), fundamentos 5 y 6; la Resolución emitida el 14 de marzo de 2012 en el expediente N° 02911-2010-PA/TC (caso Perú Holding de Turismo S.A.), fundamento 7; la Resolución emitida el 15 de marzo de 2012 en el expediente N° 00468-2011-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Maynas), fundamento 6; la Resolución emitida el 20 de marzo de 2012 en el expediente N° 03030-2011-PA/TC (caso Gobierno Regional de Loreto), fundamento 6; la Resolución emitida el 29 de marzo de 2012 en el expediente N° 00164-2012-PA/TC (caso Luz del Sur S.A.A.), fundamento 5; la Resolución emitida el 10 de abril de 2012 en el expediente N° 00232-2012-PA/TC (caso OSITRAN), fundamento 5; la Resolución emitida el 3 de mayo de 2012 en el expediente N° 03815-2011-PA/TC (caso Corporación José R. Lindley S.A. – sucesora procesal de Embotelladora Latinoamericana S.A.), fundamento 6; la Resolución emitida el 3 de mayo de 2012 en el expediente N° 03879-2011-PA/TC (caso Aurelio Serafino Hinojosa Borda), fundamento 6; la Resolución emitida el 3 de mayo de 2012, en el expediente N° 04622-2011-PA/TC (caso Compañía Minera Casapalca, S.A.) fundamento 6; la Resolución emitida el 3 de mayo de 2012, en el expediente N° 00642-2012-PA/TC (caso Electro Ucayali S.A.), fundamento 5; la Resolución emitida el 11 de mayo de 2012, en el expediente N° 01317-2012-PA/TC (caso Jesús Asencio Lucen Huanca), fundamento 4; la Resolución emitida el 23 de julio de 2012, en el expediente N° 03978-2011-PA/TC (caso Federico Fortunato Obregón Quispe), fundamento 4; la Resolución emitida el 30 de julio de 2012, en el expediente N° 01605-2012-PA/TC (caso Pacífico S.A. Entidad Prestadora de Salud), fundamento 4; la Resolución emitida el 3 de octubre de 2012, en el expediente N° 00461-2012-PA/TC (caso Municipalidad Provincial del Callao) fundamento 4; la Resolución emitida el 6 de marzo de 2013 en el expediente N° 03416-PA/TC (caso Alejandro Higa Higa), fundamento 4; la STC emitida el 22 de mayo de 2013 en el expediente N° 01439-

“...mecanismo corrector absolutamente excepcional...”⁴⁰⁷ de control constitucional de la resolución que resuelve el proceso de impugnación del laudo arbitral.⁴⁰⁸ En ese sentido será que la referida sentencia constitucional establecerá en sus fundamentos 20, 21 y 26 nuevas reglas con la calidad de precedentes vinculantes.⁴⁰⁹

Para mayor cumplimiento de estas reglas el Tribunal establece que la “...interposición del amparo...no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral...”⁴¹⁰

La sentencia en el caso sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia estableció, pues, nuevas reglas con la calidad de precedentes vinculantes, respecto a la procedibilidad del recurso de anulación, así como del amparo arbitral.⁴¹¹ Veamos.

B.1. Procedibilidad del recurso de anulación del laudo.-

Según esas **reglas**, procede el recurso de anulación del laudo y no el amparo cuando: 1) falte convenio arbitral, 2) se trate de proteger derechos constitucionales o 3) se trate de materias que tienen que ver con

2013-PA/TC (caso Acuario de Buenos Aires S.R.L.), fundamento 4; la Resolución emitida el 11 de junio de 2013 en el expediente N° 03270-2012-PA/TC (caso Automotores Gildemeister Perú S.A), fundamento 4; la Resolución emitida el 21 de agosto de 2013 en el expediente N° 03201-2012-PA/TC (caso Municipalidad Distrital de Jesús María), fundamento 3; la Resolución emitida el 20 de noviembre de 2013 en el expediente N° 03117-2013-PA/TC (caso Municipalidad Distrital de Marcona), fundamento 3; la Resolución emitida el 20 de noviembre de 2013 en el expediente N° 03547-2013-PA/TC (caso Obrascón Huarte Lain S.A. Sucursal del Perú), fundamento 5; la Resolución emitida el 20 de noviembre de 2013 en el expediente N° 06001-2013-PA/TC (caso Minera Shougang Hierro Perú, S.A.A.), fundamento 3; la STC emitida el 21 de enero de 2014 en el expediente N° 00506-2012-PA/TC (caso Consorcio Ayacucho Global Plaza), fundamento 3; la Resolución emitida el 25 de marzo de 2014 en el expediente N° 00144-2011-PA/TC (caso Reyco Associated Oil Well Service S.A.C), fundamento 13; Auto de 3 de setiembre de 2014 en el expediente N° 08448-2013-PA/TC (caso Octavio Olegario Olivo García – Procurador Público del Ministerio de Educación), fundamento 9; Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 03004-2012-PA/TC (caso Teodoro Narciso Payano Torrejón), fundamento 9; y el Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 05653-2013-PA/TC (caso Bertha Eugenia Reбата Yactayo y otras), fundamento 4.

⁴⁰⁷ STC emitida el 21 de setiembre de 2011 en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), fundamento 19.

⁴⁰⁸ Ídem, fundamento 20 f). Véanse asimismo el numeral 8 del fundamento de voto del magistrado Urviola Hani respecto a esa misma sentencia; y el numeral 11 en el que respecto a la excepcionalidad del amparo señala que “...Así como las leyes y las resoluciones judiciales, también las decisiones de los árbitros se presumen constitucionales”.

⁴⁰⁹ Ídem, fundamento 30.

⁴¹⁰ Ídem, fundamento 20 e).

⁴¹¹ Ídem, fundamento 30.

“...derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna” (materia inarbitrable).⁴¹²

Regla 1:

Respecto a la falta de convenio arbitral (**regla 1**) puede decirse que para la validez del mismo y de sus contratos conexos (particularmente el que origina los servicios de los árbitros) se requiere de contratantes con plena capacidad de ejercicio, finalidad lícita (conforme con el orden público y la moral social), objeto jurídicamente posible (lo que incluye una materia arbitrable, haciendo conexión con la regla 3) y las formalidades que sean requeridas *ad solemnitatem*.⁴¹³

Las causales legales taxativas de anulación del laudo están previstas en el Perú en el artículo 63° de la Ley de Arbitraje, vigente desde el 1 de setiembre de 2008. Muchas de éstas están destinadas a preservar la voluntad de las partes. La primera de estas causales (literal “a”) es precisamente que el convenio arbitral sea *“inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz”*, lo que tendría que ser declarado por el juez de la anulación. El recurso procederá si fue objeto de reclamo expreso ante el tribunal arbitral y fue desestimado. En ese caso, *“...la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes”* (artículo 65°, 1, a).

La tercera causal (literal “c”), se refiere al caso en que *“...la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable...”* salvo que el acuerdo o el reglamento fueren contrarios a disposiciones de orden público de la propia Ley de Arbitraje.⁴¹⁴ El recurso procederá si fue objeto de reclamo expreso ante el tribunal arbitral y fue desestimado. Según sea el caso, *“...las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros*

⁴¹² Ídem, fundamento 20 d)

⁴¹³ Cfr. Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata, Jhoel Chipana Catalán. Las causales de anulación del laudo arbitral en la Ley de Arbitraje del Perú. En: LUMEN Revista de la Facultad de Derecho. N° 10 (Lima, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 2014), p. 10.

⁴¹⁴ Cfr. con el párrafo 1 del artículo 2° de la Ley Brasileña de Arbitraje, en el que se señala que *“Las partes podrán escoger, libremente, las reglas de derecho que serán aplicadas en el arbitraje, siempre que no haya violación de las buenas costumbres y al orden público”*. Es clara la voluntad de la Ley de Arbitraje peruana de circunscribir dicha salvedad únicamente a las disposiciones de orden público de la propia Ley de Arbitraje.

o... el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en que no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable” (artículo 65° 1, c).

También en relación a la voluntad de las partes, el literal “d” de dicho artículo autoriza el recurso de anulación cuando “...*el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión*”, es decir, que están fuera de su competencia derivada del convenio arbitral y de los extremos de la *litis*. Puede tratarse de incongruencias *extra petita* o *ultra petita*.⁴¹⁵ El recurso procederá –en virtud del principio *kompetenz kompetenz*- si fue objeto de reclamo expreso ante el tribunal arbitral y fue desestimado. La anulación “...*afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total*”. En este supuesto, “...*la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes*” (artículo 65° 1, d).

La causal del literal “g” del referido artículo 63° ha previsto el supuesto de que la controversia haya sido “...*decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral*”. El recurso sólo procederá si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo. En el supuesto de esta causal, podrá “...*iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia*” (artículo 65°, 1, f).

Regla 2:

⁴¹⁵ Cfr. Castillo, Sabroso, Castro y Chipana, Op. cit., p. 13.

Respecto a la protección de derechos constitucionales a que se refiere la **regla 2** de la sentencia del caso Sociedad Minera María Julia, podemos señalar que la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje indica 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*”. Esta disposición complementa el artículo 63° de la Ley de Arbitraje (que como dijimos contiene las causales legales taxativas) **admitiendo la anulación del laudo en casos de amenaza o vulneración de derechos constitucionales protegidos por el orden público constitucional, indisponible incluso para el legislador, el cual –recordemos- incluye a los derechos fundamentales y constitucionales de carácter sustantivo y a los inherentes al debido proceso en sus dos dimensiones (formal y material),⁴¹⁶ como límites constitucionalmente intrínsecos y explícitos a la libertad contractual.** Estaríamos frente a un acto arbitral inconstitucional inválido.

A este respecto es de la mayor importancia el fundamento 13 de la sentencia del caso Sociedad Minera María Julia, del que claramente se desprende implícita pero necesariamente que el límite del orden público a la libertad contractual en el arbitraje comprende tanto al debido proceso como al orden sustantivo. Revisemos su contenido (la cursiva es nuestra):

13. *...la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la Justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona*”.

Igualmente, el fundamento 18 de la misma sentencia es claro al afirmar la

⁴¹⁶ Giovanni Priori comenta que en virtud del reconocimiento constitucional del arbitraje, resulta inconstitucional “...cualquier norma o acto que impida, restrinja o pretenda restarle eficacia...” al arbitraje, “...salvo que se haga en aras de proteger otro valor constitucional, en cuyo caso deberíamos realizar el juicio de ponderación...”. Giovanni F. Priori Posada. El control de la constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú a la luz de lo señalado en el precedente vinculante 142-2011-PA/TC. En: Arbitraje PUCP (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012), p. 28.

procedencia del recurso de anulación del laudo cuando éste "...involucre la afectación de derechos constitucionales...". Se trata, pues, de derechos constitucionales indisponibles que hacen parte del orden público constitucional tanto procesal como sustantivo.

Del mismo modo, los literales a) y b) del fundamento 20 de esta sentencia declaran la procedencia del recurso de anulación para la "protección de los derechos constitucionales", entendiendo que algunos de estos derechos constitucionales hacen parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva y otros no. Estos otros, entendemos, serían precisamente los que corresponden al orden público sustantivo constitucional.

Lo mismo se desprende del fundamento 4 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 2013 recaída en el expediente N° 01439-2013-PA/TC (caso Acuario de Buenos Aires S.R.L.) cuando se reitera que el recurso de anulación constituye una vía procedimental específica para la protección de derechos constitucionales y entre éstos los del debido proceso o de la tutela procesal efectiva.

Respecto a lo que toca al orden público procesal o debido proceso es preciso señalar que, coincidentemente, el literal "b" del citado artículo 63° se refiere a la causal de anulación de la parte que *"...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"*. Se trata del derecho a la defensa como elemento fundamental del debido proceso. El recurso procederá si fue objeto de reclamo expreso ante el tribunal arbitral y fue desestimado. En este caso *"...el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa"* (artículo 65°, 1, b.).

No existe en dicho artículo 63° ni en ninguna otra disposición de la Ley de Arbitraje una causal de anulación de un laudo de arbitraje nacional que proteja de la contravención del orden público de génesis legal.⁴¹⁷

La causal existe en el inciso 1.f. para el arbitraje internacional cuando el

⁴¹⁷ Portocarrero señala que se trata de una omisión irrazonable y contraria a la tendencia de los principales sistemas de la actualidad. Portocarrero, Op. cit., p. 380.

laudo es contrario al “orden público internacional”, que no es otro que el “orden público internacional del Perú”, como ya se ha visto.

La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, que ha inspirado a las leyes peruanas de arbitraje, establece que puede anularse el laudo cuando...

...b) el tribunal compruebe:

- iii) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- iv) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.⁴¹⁸

Si bien las causales taxativas de la Ley de Arbitraje se explican por la naturaleza excepcional de la anulación, no puede soslayarse que dicha anulación debe proceder fundamentalmente por ausencia en el laudo de **elementos esenciales** del mismo. Por ejemplo, es claro que si la voluntad arbitral en el laudo está viciada por error inducido o dolo, procede la anulación por falta de un elemento esencial. Ello, conforme a la referida regla 2, en protección constitucional precisamente del debido proceso en su dimensión formal o material, pero también en resguardo del derecho fundamental a la libertad contractual que da origen al arbitraje que también es un derecho protegido por esta vía procesal idónea que es la de anulación.

Si bien hay certidumbre de la omisión en la Ley de Arbitraje de tal causal para el arbitraje nacional, también la hay respecto a que la Constitución señala que el derecho constitucional a contratar es en su esencia para fines lícitos, sin contravención de leyes de orden público.

Tratándose de un elemento **esencial**, no hay racionalidad constitucional en que su ausencia no acarree invalidez y que la causal no exista para el arbitraje nacional y sí haya sido prevista para el arbitraje internacional. La omisión no se condice con el alcance limitado de la protección de la libertad contractual en el texto constitucional del inciso 14 del artículo 2° de la Constitución,⁴¹⁹ ya se trate de una relación contractual nacional o de una

⁴¹⁸ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. Naciones Unidas, Nueva York, 2008. El subrayado es nuestro.

⁴¹⁹ “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: ...14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”. Constitución Política del Perú.

internacional. La libertad contractual no es absoluta y cabe protegerla sólo dentro de sus límites constitucionales intrínsecos y de los que surgen en protección de otros derechos indisponibles (extrínsecos),⁴²⁰ límites que determinan su marco de validez.

Tal como destaca una importante doctrina italiana...

La tutela de la autonomía privada por parte del ordenamiento es cierta, pero bajo la condición de que el contrato no sea entendido únicamente como ordenamiento jurídico autónomo y, en cuanto tal, destinado, o a una indiferencia respecto al contenido de valor del ordenamiento cuando el juicio de mérito y de conformidad axiológica se concluya en sentido favorable al contenido contractual (situación fisiológica), o bien a un enfrentamiento con el ordenamiento, cuando el juicio de mérito y de conformidad axiológica se concluya en sentido contrario al contenido contractual (situación patológica).⁴²¹

Los límites explícitos e implícitos, intrínsecos y extrínsecos definen la **esencia** de la libertad en el arbitraje, el campo de lo constitucionalmente disponible para los árbitros y lo constitucionalmente indisponible para ellos. Indisponible el sistema constitucional de fuentes normativas que impone la conformidad con el orden público del ordenamiento jurídico. E indisponibles asimismo los derechos fundamentales y constitucionales que, por otra parte, son también orden público constitucional indisponible asimismo para el legislador.

Nos parece, pues, constitucionalmente procedente la anulación del laudo nacional contrario al orden público del Perú que, recordemos, comprende en su núcleo el contenido del orden público internacional del Perú por lo que aquél es más amplio que éste. Será control de la constitucionalidad si se trata del orden público constitucional. Será control de la legalidad si se trata del orden público de origen legal.

⁴²⁰ Señala el fundamento 17 de la STC emitida el 28 de febrero de 2006 en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry) que “...el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales...”.

⁴²¹ Grondona, Mauro, Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada”. Revista de Derecho Privado, N° 20, Enero-Junio de 2011 (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011), p. 284.

Finalmente, podemos agregar que la omisión referida de la causal de anulación del laudo por contravención del orden público no armoniza con normas del Código Procesal Civil que limitan la autonomía de la voluntad en razón del orden público. El artículo 332 inciso 4 ordena al Juez declarar la improcedencia del allanamiento del demandado cuando el conflicto de intereses afecta el orden público. El artículo 337 señala que el Juez homologa la transacción siempre que no afecte el orden público. Según el artículo 361 las partes pueden convenir la renuncia a recurrir siempre que ello no afecte el orden público.

Regla 3:

Respecto a la materia inarbitrable (**regla 3**), el literal “e” del artículo 63° de la Ley de Arbitraje se refiere al caso en que el tribunal arbitral haya “...resuelto sobre **materias** que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional”. Esta causal puede ser “...apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación”. La anulación “...afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total”. En dicho supuesto, “...la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente” (artículo 65°, 1, e).

B.2. Procedibilidad del recurso de amparo contra resoluciones judiciales firmes sobre impugnación de laudos arbitrales.-

De otro lado, según la sentencia en el caso Sociedad Minera María Julia procede el amparo contra resoluciones judiciales firmes sobre impugnación de laudos arbitrales sólo contra las dictadas con **manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva**, que comprende el **acceso a la justicia y el debido proceso**.⁴²²

⁴²² STC emitida el 21 de setiembre de 2011 en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), fundamento 20 f). El magistrado Urviola Hani en el numeral 9 de su fundamento de voto expresa que procede el amparo contra una resolución judicial emitida en el proceso de impugnación de un laudo cuando se cumplen las siguientes exigencias: (1) agravio manifiesto en la vulneración de un derecho fundamental (Urviola no distingue entre el debido proceso y otros derechos fundamentales que podrían ser del orden público constitucional sustantivo); (2) carga de la prueba sobre quien alega tal agravio y; (3) relevancia constitucional del petitorio. Véanse asimismo la Resolución emitida el 14 de marzo de 2012 en el expediente N° 02911-2010-PA/TC (caso Perú Holding de Turismo

Recordemos que el debido proceso tiene una **dimensión formal y otra material**. En nuestro ordenamiento constitucional el agravio manifiesto a la tutela procesal efectiva comprende, sin duda alguna, ambas dimensiones.

Posteriormente, la sentencia en el caso Acuario de Buenos Aires S.R.L. ha complementado explicando que la “...irregularidad de una **resolución judicial** con relevancia constitucional se produce cada vez que ésta violenta cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los supuestos contemplados en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional...”⁴²³

Es decir, deberán considerarse no sólo los supuestos de vulneración del debido proceso u orden público procesal (en sus dimensiones formal y material), sino también los supuestos de vulneración del orden público sustantivo constitucional.

Asimismo, el fundamento 9 de la sentencia de 25 de setiembre de 2013 recaída en el expediente N° 011064-2013-PA/TC (caso Asociación Solaris Perú) indica lo siguiente:

S.A.), fundamento 8; la Resolución emitida el 20 de marzo de 2012 en el expediente N° 03030-2011-PA/TC (caso Gobierno Regional de Loreto), fundamento 7; la Resolución emitida el 29 de marzo de 2012 en el expediente N° 00164-2012-PA/TC (caso Luz del Sur S.A.A.), fundamento 6; la Resolución emitida el 3 de mayo de 2012 en el expediente N° 03815-2011-PA/TC (caso Corporación José R. Lindley S.A. – sucesora procesal de Embotelladora Latinoamericana S.A.), fundamento 7; la Resolución emitida el 3 de mayo de 2012, en el expediente N° 04622-2011-PA/TC (caso Compañía Minera Casapalca, S.A.) fundamento 7; la Resolución emitida el 23 de julio de 2012, en el expediente N° 03978-2011-PA/TC (caso Federico Fortunato Obregón Quispe), fundamentos 6 y 7; la Resolución emitida el 30 de julio de 2012, en el expediente N° 01605-2012-PA/TC (caso Pacífico S.A. Entidad Prestadora de Salud), fundamentos 4 y 5; la Resolución emitida el 3 de octubre de 2012, en el expediente N° 00461-2012-PA/TC (caso Municipalidad Provincial del Callao) fundamento 5; la Resolución emitida el 11 de junio de 2013 en el expediente N° 03270-2012-PA/TC (caso Automotores Gildemeister Perú S.A), fundamento 4; la STC emitida el 25 de setiembre de 2013 en el expediente N° 01064-2013-PA/TC (caso Asociación Solaris Perú), fundamentos 10 a 13; la STC emitida el 21 de enero de 2014 en el expediente N° 00506-2012-PA/TC (caso Consorcio Ayacucho Global Plaza), fundamentos 7 a 9; la Resolución emitida el 25 de marzo de 2014 en el expediente N° 00144-2011-PA/TC (caso Reyco Associated Oil Well Service S.A.C), fundamento 14; Auto de 3 de setiembre de 2014 en el expediente N° 08448-2013-PA/TC (caso Octavio Olegario Olivo García – Procurador Público del Ministerio de Educación), fundamento 10; y la STC emitida el 7 de enero de 2015 en el expediente N° 02438-2012-PA/TC (caso Compañía Minera Ares S.A.C.), fundamento 3.

⁴²³ STC emitida el 22 de mayo de 2013 en el expediente N° 01439-2013-PA/TC (caso Acuario de Buenos Aires, S.R.L.), fundamentos 7 a 9. El subrayado es nuestro. El artículo 4º del Código Procesal Constitucional señala que 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. Véanse también la Resolución emitida el 11 de junio de 2013 en el expediente N° 03270-2012-PA/TC (caso Automotores Gildemeister Perú S.A), fundamento 6; la STC emitida el 25 de setiembre de 2013 en el expediente N° 01064-2013-PA/TC (caso Asociación Solaris Perú), fundamentos 9 a 13; la STC emitida el 21 de enero de 2014 en el expediente N° 00506-2012-PA/TC (caso Consorcio Ayacucho Global Plaza), fundamento 8; y la STC emitida el 9 de diciembre de 2015 en el expediente N° 7787-2013-PA/TC (caso Jockey Club del Perú), fundamento 2.

“Este Tribunal, en constante y reiterada jurisprudencia, ha destacado que el amparo contra resoluciones judiciales se encuentra circunscrito a cuestionar decisiones judiciales que vulneren en forma directa los derechos constitucionales de las personas. Y es que, a juicio de este Colegiado, la irregularidad de una resolución judicial con relevancia constitucional se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los contemplados en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional...”.

Casi idéntico es el tenor del fundamento 8 de la sentencia de 21 de enero de 2014 recaída en el expediente N° 00506-2012 (caso Consorcio Ayacucho Global Plaza S.A.), así como del fundamento 2 de la sentencia de 9 de diciembre de 2015 en el expediente N° 7787-2013-PA/TC (caso Jockey Club del Perú).

Si bien podría declararse la nulidad total o parcial del laudo, el Tribunal ha precisado la finalidad específica del amparo contra resolución judicial: “...el proceso de amparo contra **resolución judicial** no tiene por finalidad comprobar la existencia de una causa de invalidez de un acto procesal, como lo es un laudo arbitral, sino que busca la tutela de los **derechos fundamentales**”.⁴²⁴

Puede apreciarse que el amparo contra resolución judicial firme sobre impugnación de laudo arbitral, garantiza la protección de lo medular del orden público constituido por **los derechos fundamentales**, entre los que está el derecho al debido proceso (en sus dos dimensiones formal y material).

Según el Tribunal Constitucional, el **control constitucional de una resolución judicial** debe considerar criterios de razonabilidad, coherencia y suficiencia: a) razonabilidad, por el que se evalúa si la revisión del proceso judicial ordinario “...es relevante para determinar si la resolución que se cuestiona vulnera el derecho fundamental...”; b) coherencia, por el que el Tribunal precisa “...si el acto lesivo del caso concreto se vincula

⁴²⁴ Resolución emitida el 23 de agosto de 2012 en el expediente N° 02485-2012-PA/TC (caso Municipalidad Provincial del Callao), fundamento 4. El subrayado es nuestro. Véase asimismo el Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 04515-2013-PA/TC (caso Servicentro López E.I.R.L.), fundamento 5.

directamente a (...) la decisión judicial que se impugna...”; y c) suficiencia, por el que el Tribunal determina “...la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión... a fin de cautelar el derecho fundamental demandado...”.⁴²⁵

Por tanto:

...resulta relevante establecer: a) el *ámbito del control* (el proceso en su conjunto o una resolución en particular); b) la *legitimidad del control* (sólo resulta legítimo controlar aquellas resoluciones o actos directamente vinculados a la afectación de derechos); y c) la *intensidad del control* (el control debe penetrar hasta donde sea necesario para el restablecimiento del ejercicio de los derechos invocados).⁴²⁶

La intensidad del control implica “...ponderación entre preservar una resolución judicial... o enervarla...”.⁴²⁷

En su sentencia de 9 de diciembre de 2015 en el caso Jockey Club del Perú, el Tribunal precisa que:

...no es labor de la justicia constitucional subrogar al juez ordinario en la interpretación y aplicación de los dispositivos legales, como tampoco lo es analizar la comprensión que la judicatura realice de estos. Por el contrario, sólo cabe revisar las decisiones emitidas por la justicia ordinaria cuando estas y sus efectos contravengan los principios que informan la función jurisdiccional encomendada, o los pronunciamientos adoptados vulneren los principios de razonabilidad y proporcionalidad afectando con ello de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental.⁴²⁸

⁴²⁵ STC emitida el 22 de mayo de 2013 en el expediente N° 01439-2013-PA/TC (caso Acuario de Buenos Aires, S.R.L.), fundamento 10. Los subrayados son nuestros. Véanse también la STC emitida el 25 de setiembre de 2013 en el expediente N° 01064-2013-PA/TC (caso Asociación Solaris Perú), fundamento 14; y la STC emitida el 21 de enero de 2014 en el expediente N° 00506-2012-PA/TC (caso Consorcio Ayacucho Global Plaza), fundamento 10.

⁴²⁶ STC emitida el 22 de mayo de 2013 en el expediente N° 01439-2013-PA/TC (caso Acuario de Buenos Aires, S.R.L.), fundamento 10 in fine. Véanse también la STC emitida el 25 de setiembre de 2013 en el expediente N° 01064-2013-PA/TC (caso Asociación Solaris Perú), fundamento 14 in fine; y la STC emitida el 21 de enero de 2014 en el expediente N° 00506-2012-PA/TC (caso Consorcio Ayacucho Global Plaza), fundamento 10 in fine.

⁴²⁷ STC emitida el 22 de mayo de 2013 en el expediente N° 01439-2013-PA/TC (caso Acuario de Buenos Aires, S.R.L.), fundamento 11, en la que el Tribunal se orienta en las “pautas y principios” establecidos en el fundamento 14 de la STC N° 03179-2004-PA/TC. Véanse también la STC emitida el 25 de setiembre de 2013 en el expediente N° 01064-2013-PA/TC (caso Asociación Solaris Perú), fundamento 15; y la STC emitida el 21 de enero de 2014 en el expediente N° 00506-2012-PA/TC (caso Consorcio Ayacucho Global Plaza), fundamento 11.

⁴²⁸ STC emitida el 9 de diciembre de 2015 en el expediente N° 7787-2013-PA/TC (caso Jockey Club del Perú), fundamento 4.

Y agrega luego:

...el amparo contra resoluciones judiciales no puede servir para replantear una controversia resuelta por los órganos jurisdiccionales ordinarios, pues no constituye un medio impugnatorio a través del cual se busque seguir revisando una decisión que sea de exclusiva competencia de la judicatura ordinaria.⁴²⁹

B.3. Procedibilidad directa del recurso de amparo contra laudo arbitral sin interposición de la demanda de anulación.-

Finalmente, la sentencia referida en este acápite desarrolla los únicos supuestos restrictivos de procedencia directa del amparo contra un laudo arbitral, sin interposición de la demanda de anulación. Lo hace de este modo:

...siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071.

En el caso de los supuestos a) y b) del presente fundamento, será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o

⁴²⁹ Ídem, fundamentos 5 al 8.

vulneración de derechos sustentados en el orden público constitucional, el cual incluye a los derechos fundamentales y constitucionales de carácter sustantivo y a los inherentes al debido proceso en sus dos dimensiones (formal y material), como límites constitucionales a la libertad contractual.

Si bien las causales taxativas del artículo 63° de la Ley de Arbitraje se explican por la naturaleza excepcional de la anulación, ésta acción debe proceder fundamentalmente por ausencia de elementos esenciales determinantes de lo que es la libertad en el arbitraje. Los límites explícitos e implícitos, intrínsecos y extrínsecos de la libertad en el arbitraje definen dicha esencia y el campo de lo constitucionalmente disponible o indisponible para los árbitros. Es indisponible para ellos el sistema constitucional de fuentes normativas que les impone la conformidad de sus decisiones con el orden público del ordenamiento jurídico. De ello resulta constitucionalmente procedente la anulación del laudo nacional contrario al orden público, ya sea el orden público constitucional (control de la constitucionalidad) o el orden público de origen legal (control de la legalidad).

El amparo arbitral queda como un mecanismo excepcionalísimo de control de la resolución firme que resuelve el proceso de impugnación del laudo arbitral con manifiesto agravio de la tutela procesal efectiva (formal o material) y de los demás derechos fundamentales o constitucionales. Así, el amparo contra resolución judicial firme sobre impugnación de laudo arbitral garantiza la protección de lo medular del orden público, constituido por los **derechos fundamentales**, entre los que está el derecho al debido proceso en su doble dimensión.

Procede el amparo también directamente contra el laudo para supuestos extremos: vulneración directa de precedentes vinculantes; control difuso en sede arbitral de norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; y en el caso de amparo interpuesto por tercero respecto al convenio arbitral, afectado por el laudo en sus derechos constitucionales. No existe la posibilidad de revisar los aspectos de fondo del laudo, pudiéndose sólo anular en todo o en parte el laudo ordenando que se emita uno nuevo o se modifique en parte el anterior.

No obstante, el precedente del caso Minera María Julia ha empezado a ser considerado por algunos como insatisfactorio para ciertos supuestos.

Ha expresado también el Tribunal que en ciertos casos se cuestiona la propia ejecución del laudo, como es en el caso Bertha Eugenia Rebatta Yactayo y otras, en el que es discutible la constitucionalidad de un procedimiento de remate y hay una posible afectación al derecho a la vivienda.⁴³² En este caso el Tribunal Constitucional llega a exhortar a notarios, martilleros públicos, registradores, jueces y legisladores a tener...

...especial cuidado al regular o evaluar la validez de los contratos en los que se ponga de manifiesto el notorio abuso de una de las partes... ello podría quedar evidenciado, por ejemplo, a través de la inclusión desproporcionada de cláusulas de sanción y supuesta reparación, que en realidad tendrían como objetivo hacer imposible el pago; al establecerse instrumentos para garantizar el cobro que sean abusivos y parcializados (al comprobarse la existencia de, luego de un análisis caso por caso, nexos entre el mutuante y el órgano arbitral); al limitar hasta vaciar de contenido el derecho de propiedad del mutuatario (con la única finalidad de facilitar la apropiación inmediata del inmueble hipotecado); al fijarse modos de cobranza sin las garantías constitucionales mínimas con las que debería contar un procedimiento de este tipo; entre otras cláusulas que, casuísticamente puedan encontrarse.⁴³³

En este mismo caso, el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani apunta a verlo en la perspectiva de la finalidad lícita y del orden público cuando señala que:

...si bien pueden existir supuestos en los que se incluyan en los contratos cláusulas manifiestamente abusivas y perjudiciales a una de las partes, no debe soslayarse que la Constitución garantiza la libertad de contratar según las normas vigentes al tiempo del contrato (artículo 62), así como el derecho de contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan las leyes de orden público (artículo 2.14). Ello en el marco de las libertades patrimoniales que garantiza el régimen económico de la citada norma fundamental dentro de una economía social de mercado, conforme se establece en su artículo 58. Este modelo garantiza una serie de libertades patrimoniales, dentro de las cuales juega un rol protagónico la libertad de

⁴³² Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 05653-2013-PA/TC (caso Bertha Eugenia Rebatta Yactayo y otras), fundamentos 7 y 8.

⁴³³ Ídem, fundamento 11.

contratación, entendida como ‘el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público’ (F.J. 26b de la sentencia recaída en el expediente 0008-2003-AI/TC).⁴³⁴

En fundamento de voto o voto singular respecto a ciertas sentencias, el magistrado Blume Fortini ha expresado que dicho precedente requiere de “urgente revisión” por ser limitativo y restrictivo del amparo arbitral.⁴³⁵

La pretensión de la demanda en el ya referido caso, Jockey Club del Perú, fue que se declarase la nulidad de una resolución de la Corte Superior de Justicia de Lima que rechazó la demanda de anulación de laudo al constatar que el club demandante no había cumplido con una resolución que le imponía para ello la obligación de adjuntar una millonaria fianza bancaria. Al respecto, el magistrado Blume Fortini, en su voto singular expresó que si el recurso de anulación es sólo para los económicamente aventajados, entonces no es una vía procedimental “igualmente satisfactoria” que el amparo.⁴³⁶

Ello lo llevará a sostener que es el momento de apartarse del precedente establecido en la STC recaída en el expediente N° 0142-2011-PA/TC, según lo previsto para ese propósito en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.⁴³⁷ Blume Fortini considera que dicha sentencia ha argumentado erróneamente el carácter autónomo del recurso de anulación para así poder tipificarlo como “vía procedimental igualmente

⁴³⁴ Consideración 1ra del fundamento de voto del magistrado Urviola Hani respecto al Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 05653-2013-PA/TC (caso Bertha Eugenia Rebatta Yactayo y otras).

⁴³⁵ Voto singular respecto del Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 03004-2012-PA/TC (caso Teodoro Narciso Payano Torrejón); Fundamento de Voto en el Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 05653-2013-PA/TC (caso Bertha Eugenia Rebatta Yactayo y otras); y Voto singular respecto de la STC emitida el 9 de diciembre de 2015 en el expediente N° 7787-2013-PA/TC (caso Jockey Club del Perú).

⁴³⁶ Fundamento 16.

⁴³⁷ Fundamento de Voto en el Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 05653-2013-PA/TC (caso Bertha Eugenia Rebatta Yactayo y otras), fundamentos 1 y 2; y el voto singular respecto de la STC emitida el 9 de diciembre de 2015 en el expediente N° 7787-2013-PA/TC (caso Jockey Club del Perú), fundamentos 1 y 2.

satisfactoria” según los términos del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional. En su opinión discrepante el magistrado señala que dicho recurso no sirve en todos los casos para reponer las cosas al estado anterior, no es un medio de protección urgente, ni se configura con las mismas garantías procesales propias del proceso constitucional. No permite que los actos reclamados puedan ser suspendidos ni la revisión en instancia plural.⁴³⁸ Ello implica para Blume Fortini un blindaje al arbitraje y una neutralización de la revisión en sede constitucional, creando una zona liberada de control y un amparo arbitral “...virtualmente inútil en perspectiva y eficacia”.⁴³⁹



⁴³⁸ Fundamento de Voto en el Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 05653-2013-PA/TC (caso Bertha Eugenia Rebatta Yactayo y otras), fundamentos 4 a 6; y el voto singular respecto de la STC emitida el 9 de diciembre de 2015 en el expediente N° 7787-2013-PA/TC (caso Jockey Club del Perú), fundamentos 4 a 6.

⁴³⁹ Fundamento de Voto en el Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 05653-2013-PA/TC (caso Bertha Eugenia Rebatta Yactayo y otras), fundamentos 6 a 9; y el voto singular respecto de la STC emitida el 9 de diciembre de 2015 en el expediente N° 7787-2013-PA/TC (caso Jockey Club del Perú), fundamentos 6 a 9.

CONCLUSIONES

1. El sometimiento de las partes del convenio arbitral al arbitraje y sus efectos encuentra **constitucionalmente límites explícitos e intrínsecos** en la finalidad (causa final) ilícita de dicho convenio o de los contratos y demás actos jurídicos conexos y en la contravención del orden público. Estos límites constitucionalmente explícitos confluyen en uno solo: todo acto jurídico o contrato válido es de por sí lícito, para fines lícitos, conforme al orden público, que en sentido lato incluye a la moral social.

Asimismo, dicho sometimiento al arbitraje y sus efectos encuentra **constitucionalmente un límite implícito y extrínseco** en el alcance de otros derechos fundamentales y constitucionales.

Así como el Estado es el último garante de la autodeterminación de las partes para la solución contractual de los conflictos, es también el último garante del orden público en el ordenamiento jurídico sistémico y jerárquico.

2. La moral social es protagonista principal en la Constitución y su sistema de valores y principios; no obstante la categoría de “buenas costumbres” del sistema de Derecho civil está ausente en el texto constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se refiere a las buenas costumbres conjuntamente con el orden público, en el sentido más amplio y general de condición para el ejercicio lícito de cualquier derecho.

3. La Duodécima Disposición complementaria de la Ley de Arbitraje indica 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”. Esta disposición complementa el artículo 63° de la Ley de Arbitraje, sobre causales de anulación, admitiendo la anulación del laudo en casos de amenaza o vulneración de derechos sustentados en el orden público constitucional, indisponible incluso para el legislador, el cual incluye a los derechos fundamentales y constitucionales de carácter sustantivo y a los inherentes al debido proceso en sus dos dimensiones (formal y material), como límites constitucionales a la libertad contractual. Estaríamos frente a un acto arbitral inconstitucional inválido.

4. No existe en el artículo 63° de la Ley de Arbitraje ni en ninguna otra disposición de dicha ley una causal de anulación de un laudo de arbitraje nacional que proteja de la contravención del orden público de génesis legal, como sí existe en la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) que ha inspirado a las leyes peruanas de arbitraje y a leyes de arbitraje de otros países. La causal existe en el inciso 1.f. de dicho artículo de la Ley de Arbitraje sólo para el arbitraje internacional cuando el laudo es contrario al “orden público internacional” del Perú.

5. Si bien las causales taxativas de la Ley de Arbitraje se explican por la naturaleza excepcional de la anulación, no puede soslayarse que dicha anulación debe proceder fundamentalmente por ausencia en el laudo de elementos esenciales del mismo.

6. Si bien hay certidumbre de la omisión en la Ley de Arbitraje de tal causal para el arbitraje nacional, también la hay respecto a que conforme a la Constitución el derecho constitucional a contratar es **en su esencia** para fines lícitos, sin contravención de leyes de orden público.

7. Tratándose de un elemento **esencial**, no hay racionalidad constitucional en que su ausencia no acarree invalidez y que la causal no exista para el arbitraje nacional y sí haya sido prevista para el arbitraje internacional. La omisión no se condice con el alcance limitado de la protección de la libertad contractual en el texto constitucional del inciso 14 del artículo 2° de la Constitución, ya se trate de una relación contractual nacional o de una internacional. La libertad contractual no es absoluta y cabe protegerla sólo dentro de sus límites constitucionales intrínsecos y de los que surgen en protección de otros derechos indisponibles (extrínsecos),

límites que determinan su marco de validez.

8. Los límites explícitos e implícitos, intrínsecos y extrínsecos de la libertad en el arbitraje definen la esencia de dicha libertad, el campo de lo constitucionalmente disponible para los árbitros y lo constitucionalmente indisponible para ellos. Indisponible el sistema constitucional de fuentes normativas que impone la conformidad con el orden público del ordenamiento jurídico. E indisponibles asimismo los derechos fundamentales y constitucionales que, por otra parte, son también orden público constitucional indisponible asimismo para el legislador. Nuestra opinión a este respecto es que resulta constitucionalmente procedente la anulación del laudo nacional contrario al orden público del Perú. Será control de la constitucionalidad si se trata del orden público constitucional. Será control de la legalidad si se trata del orden público de origen legal.

9. A través de diversas sentencias el Tribunal Constitucional del Perú ha formulado progresivamente una doctrina jurisprudencial sobre el derecho constitucional a la libertad contractual y sus límites que es muy relevante considerar y aplicar cuando analizamos la libertad de los contratantes para someterse a la jurisdicción arbitral.

10. El libre sometimiento de los contratantes a los convenios o pactos para poner fin a una controversia o un conflicto por medio de terceros árbitros expresa el derecho constitucional de los mismos a la autodeterminación por común acuerdo, siendo el Estado el garante público del cumplimiento de esos convenios *inter partes* y de sus contratos conexos.

11. El sometimiento al arbitraje tiene como fundamento el principio de la autonomía de la voluntad; por lo que no se puede imponer *ex lege* ni de ningún otro modo que anule la libertad de conclusión del contrato.

12. El convenio arbitral –autónomamente establecido– y sus efectos deben ser compatibles con todo el sistema normativo ya que el convenio arbitral tiene valor como norma (particular) porque es parte del ordenamiento (general) y parte del sistema constitucional de fuentes del derecho. Los contratos conexos al convenio arbitral también son normativos haciendo parte del ordenamiento general; y siendo también parte del sistema constitucional de fuentes del derecho.

13. De un lado, la Constitución otorga a las partes de un convenio arbitral y de sus contratos conexos la protección contra injerencias externas (artículo 62°) y a los árbitros la independencia que les permite el principio de no interferencia (inciso 2 del artículo 139°). De otro lado, la Constitución define los límites del derecho a contratar, en la finalidad lícita y el orden público (inciso 14° del artículo 2°).

14. Dichos límites implican la posibilidad y necesidad de la tutela jurisdiccional judicial ordinaria o constitucional especializada. El control jurisdiccional del arbitraje (tanto del laudo como de la resolución judicial sobre anulación de laudo arbitral) deberá ser una garantía efectiva para la libertad de autodeterminación contractual para fines lícitos, en coherencia con el orden público.

15. La jurisdicción arbitral es una potestad privada de los árbitros sobre asuntos disponibles -facultativos para las partes- con sustento, de un lado en la libertad contractual que da vida al convenio arbitral y a sus contratos conexos y, de otro lado en el otorgamiento por el Estado de los efectos de una sentencia judicial al laudo arbitral. Es distinta a la potestad pública de los jueces y tribunales estatales, pero reconocida por el ordenamiento y garantizada por la jurisdicción estatal. La sociedad jurídicamente organizada como Estado es la única que puede ser garantía jurídica última del cumplimiento de los pactos privados como son el convenio arbitral y sus contratos conexos.

16. La cosa juzgada arbitral debe ser entendida tanto desde la autonomía de la voluntad como desde la garantía estatal que se otorga al arbitraje. De un lado el laudo es de obligatorio cumplimiento para las partes; de otro lado éstas tienen el derecho a la ejecución judicial del mismo, para lo cual el Estado confiere al laudo la misma eficacia que una sentencia judicial. El laudo firme es un título de ejecución, al igual que las resoluciones judiciales firmes.

17. En virtud de la autonomía de su voluntad las partes contractuales en el arbitraje cumplen una función principal en la solución de los conflictos sobre materias disponibles que sólo interesan a dichas partes, mientras que el Estado –generalmente mediante el Poder Judicial- cumple una función subsidiaria en la solución de dichos conflictos, que le compete

exclusivamente. Sólo en los casos de inarbitrabilidad objetiva el Estado tiene una función exclusiva y principal –no subsidiaria- en la solución de los conflictos.

18. El proceso arbitral no es proceso judicial; es proceso privado. La función arbitral no es jurisdiccional en el sentido estatal, lo que se manifiesta principalmente por falta de la *coertio*. La jurisdicción arbitral en el Perú, está constitucionalmente garantizada. Dicha garantía implica un blindaje contra reformas legislativas que distorsionen o anulen su contenido esencial permitiendo interferencias indebidas. Por el contrario, las normas legales habrán de proteger y promover dicho contenido esencial en armonía con los demás institutos y derechos constitucionales.

19. Elementos como la competencia jurisdiccional y la independencia de los árbitros deben ser entendidos tanto desde el derecho fundamental a la libertad contractual como desde la garantía no sólo legal sino constitucional que se otorga al arbitraje en el Perú. La potestad decisoria del árbitro está configurada por el convenio arbitral y por el ordenamiento jurídico aplicable que la garantiza. El Tribunal Constitucional ha definido la competencia jurisdiccional de los árbitros según el principio de “*kompetenz-kompetenz*”. El árbitro es independiente en virtud del convenio arbitral y contratos conexos, así como en mérito de los efectos del convenio conferidos y garantizados por el ordenamiento, de modo que también debe aplicársele el principio constitucional de no interferencia.

20. Es irrenunciable el control estatal del orden público en tanto éste es límite constitucional explícito e intrínseco de la autonomía en el arbitraje. Puede distinguirse un orden público procesal o adjetivo (debido proceso en sus dimensiones formal o material), así como un orden público sustantivo.

21. El debido proceso es un límite a la autonomía en el arbitraje. Hay un amplio consenso internacional al respecto. No obstante ello, no ha habido una posición sostenida y uniforme en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la aplicabilidad al arbitraje de algunos principios del debido proceso como son el de la instancia plural y el de la motivación de las sentencias.

22. Señala el Tribunal Constitucional que el debido proceso (orden público procesal o adjetivo) tiene una dimensión formal o procedimental

(jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, etc.) y también una dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad) que no es lo mismo que el orden público sustantivo.

23. Originadas en el convenio arbitral y en sus contratos conexos, la formulación y emisión del voto y/o laudo son prestaciones privadas que para tener capacidad jurídica vinculante deben estar en coherencia con el ordenamiento, lo que implica sujeción al orden público sustantivo, no sólo al procesal o adjetivo en sus dos dimensiones (debido proceso). Es más, la jurisdicción arbitral, siendo privada, es parte del orden público constitucional peruano.

24. Los árbitros también deberán ser garantes del orden público y en ese orden de cosas deberán aplicar el control difuso de constitucionalidad conforme a los lineamientos del Tribunal Constitucional.

25. La dimensión pública que otorga al laudo los efectos de una sentencia para su ejecutabilidad es necesaria al arbitraje, tanto como lo es su dimensión privada. El laudo arbitral debiera tener una validez *inter partes* y, además, una validez social que lo haga ejecutable. Es más, la validez *inter partes* del laudo arbitral radica –en su dimensión medular– en la protección social/estatal del derecho fundamental a la libertad contractual, reconocido constitucionalmente; razón por la que precisamente la voluntad en el convenio arbitral, en sus contratos conexos y en la ejecución de las prestaciones de formular y emitir el voto y/o laudo, no puede estar viciada por error sustancial, dolo o violencia o, peor aún, por falta de manifestación de voluntad. La libertad contractual es de orden público y el Estado también es el último garante de la misma.

No olvidamos, por cierto, que para la validez del convenio arbitral y de los contratos y actos jurídicos conexos, conjuntamente con la manifestación de voluntad (arbitrabilidad subjetiva) no deben faltar la licitud (conformidad al orden público y la moral social) de la causa final o razón práctica justificativa del acto jurídico, la formalidad prescrita imperativamente ni el objeto jurídica y físicamente posible, que también son exigencias legales contra las que no se puede pactar o, en su caso, exigencias de la naturaleza de las cosas.

Así, el contenido de las prestaciones que son objeto de las obligaciones reguladas por el convenio arbitral y sus contratos conexos debe ser posible (segundo párrafo del artículo 1403° del Código Civil). Sin prestación física y jurídicamente posible no hay obligación válida del deudor ni hay exigibilidad por el acreedor. Sin las obligaciones esenciales del deudor el contrato no tiene objeto ni, por ende, validez (artículos 140° inciso 2 y 1402° del Código Civil).

26. Tratándose del reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, se distingue entre orden público nacional (interno o doméstico) y orden público internacional de un Estado. El segundo es un subconjunto del primero y contiene lo fundamental del orden público de ese Estado. No todo lo internamente imperativo lo es en la dimensión internacional. Diversos autores señalan que corresponde hacer una interpretación restrictiva del orden público internacional de un Estado.

27. El orden público nacional o doméstico es más amplio que el orden público internacional. Está constituido por todo lo que de inderogable por la voluntad particular existe en el ordenamiento aplicable en el Perú. Aquello que no admite pacto en contrario; lo indisponible para las partes contractuales, aun cuando la controversia en sí misma verse sobre materia disponible (y arbitrable). Es un límite constitucionalmente explícito e intrínseco de la libertad contractual. Para el Tribunal Constitucional el contenido “primario y básico” del orden público es “...el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales” por lo que se prohíbe que “...el pacto contractual se oponga al contenido protegido de otros derechos fundamentales”. El orden público constitucional es indisponible para el legislador, más aún para los contratantes y árbitros.

28. La concreción normativa (normas de orden público o que interesan al orden público) facilita la detección arbitral o judicial del orden público (orden público textual) y limita la actividad judicial a evaluar si los árbitros han laudado transgrediendo dichas normas prohibitivas o imperativas. El problema es más agudo tratándose de principios y valores no concretizados (orden público virtual) en normas de *ius cogens*, prohibitivas o imperativas (normas de orden público o que interesan al orden público), para lo que la interpretación debiera ser más restrictiva y sujeta, en su caso, a la

interpretación del Tribunal Constitucional, considerando sólo lo inderogable e indisponible para el legislador, lo que aproxima al concepto de orden público constitucional. La vulneración del orden público en estos casos debiera ser manifiesta y clara. Al ser el arbitraje un instituto constitucionalmente garantizado debe maximizarse su funcionalidad.

29. La cuestión no se resuelve cancelando legislativamente el control jurisdiccional estatal del orden público o cancelando la operatividad y finalidad del arbitraje. Lo primero es negar e ignorar un límite imprescindible. Lo segundo es debilitar al arbitraje. Ambos extremos son inconstitucionales. Es un asunto de equilibrio y ponderación que resulta trascendental. Arbitraje y orden público van juntos, pues la libertad contractual y sus límites son dos caras de la misma moneda.



Anexo 1

SENTENCIAS SELECCIONADAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y SUS LÍMITES

- STC emitida el 26 de octubre de 1999 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 189-99-AA/TC (caso Pesquera Rodga S.A.), con asistencia de los señores magistrados Acosta Sánchez (Presidente), Díaz Valverde (Vicepresidente), Nugent y García Marcelo;
- STC emitida el 25 de enero de 2002 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 379-2000-AA/TC (caso Forestal Otorongo y otros), con asistencia de los señores magistrados Aguirre Roca (Presidente), Rey Terry (Vicepresidente), Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano;
- STC emitida el 27 de marzo de 2002 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 01-2001-AI/TC (caso Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chincha), con asistencia de los señores magistrados Aguirre Roca (Presidente), Rey Terry (Vicepresidente), Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano;
- STC emitida el 11 de abril de 2002 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 006-2000-AI/TC (caso Guiomar Seijas Dávila y otros), con asistencia de los señores magistrados Aguirre Roca (Presidente), Rey Terry (Vicepresidente), Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y

Revoredo Marsano, con fundamento singular del magistrado Aguirre Roca;

- STC emitida el 3 de octubre de 2003 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 0005-2003-AI/TC (caso Congresistas de la República representados por Jonhy Lescano Ancieta), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen (Vicepresidente), Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma;
- STC emitida el 11 de noviembre de 2003 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 0008-2003-AI/TC (caso Roberto Nesta Brero y más de 5,000 Ciudadanos), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen (Vicepresidente), Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, con fundamentos singulares de los magistrados Aguirre Roca y Bardelli Lartirigoyen;
- STC emitida el 30 de enero de 2004 en el expediente N° 2670-2002-AA/TC (caso Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras), con asistencia de los señores magistrados Rey Terry, Gonzales Ojeda y García Toma;
- STC emitida el 24 de marzo de 2004 en el expediente N° 0858-2003-AA/TC (caso Eyller Torres del Águila), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini (Presidente), Aguirre Roca y Gonzales Ojeda;
- STC emitida el 15 de junio de 2004 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 3283-2003-AA/TC (caso Taj Mahal Discoteque y otra), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen (Vicepresidente), Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, con los fundamentos singulares de los magistrados Aguirre Roca y Revoredo Marsano;
- STC emitida el 12 de julio de 2004 en el expediente N° 518-2004-AA/TC (caso Javier Diez Canseco Cisneros), con asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen (Presidente) Gonzales Ojeda y García Toma, con el fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda;
- STC emitida el 4 de agosto de 2004 en el expediente N° 2185-2002-AA/TC (caso Instituto Superior Pedagógico Privado Víctor Andrés Belaúnde), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini

(Presidente), Revoredo Marsano y Gonzales Ojeda;

-STC emitida el 21 de setiembre de 2004 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en los expedientes acumulados N°s 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (caso Colegio de Abogados del Cusco y otros), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen (Vicepresidente), Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini y, por sus propios fundamentos con el voto singular de la magistrada Revoredo Marsano;

-STC emitida el 23 de setiembre de 2004 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 003-2004-AI/TC (caso Mateo Eugenio Quispe en representación del 1% de los ciudadanos del distrito de Ancón), con asistencia de los magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen (Vicepresidente), Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma;

-STC emitida el 16 de noviembre de 2004 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 1238-2004-AA/TC (caso Carlos Ever Gamarra Tapia Musso), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma;

-STC emitida el 17 de enero de 2005 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 3315-2004-AA/TC (caso Agua Pura Rovic S.A.C.), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen (Vicepresidente), Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma;

-STC emitida el 1 de abril de 2005 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 0048-2004-PI/TC (caso José Miguel Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos) con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo;

-STC emitida el 6 de junio del 2005 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 17-2004-AI/TC (caso 5,000 ciudadanos representados por Hugo Norberto Bravo Cotos), con asistencia de los señores magistrados

Alva Orlandini (Presidente) Bardelli Lartirigoyen (Vicepresidente), García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo;

-STC emitida el 6 de junio de 2005 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 0001-2005-AI (caso José Alfredo Chinchay Sánchez), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini (Presidente), Bardelli Lartirigoyen (Vicepresidente), Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo;

-STC emitida el 16 de diciembre de 2005 en el expediente N° 2736-2004-PA/TC (caso Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre), con asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen (Presidente), Gonzales Ojeda y García Toma;

-STC emitida el 20 de diciembre de 2005 en el expediente N° 4788-2005-PA/TC (caso Walter Roberto Fiestas Nepo), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo;

-STC emitida el 23 de febrero de 2006 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 7320-2005-PA/TC (caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L.), con asistencia de los señores magistrados García Toma (Presidente), Gonzales Ojeda (Vicepresidente), Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo;

-STC emitida el 14 de marzo de 2006 en el expediente N° 1052-2006-PHD/TC (caso Andrés Astuvilca Flores), con asistencia de los señores magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli;

-STC emitida el 24 de abril de 2006 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 047-2004-AI/TC (caso Gobierno Regional de San Martín representado por José Claver Nina-Quispe Hernández), con asistencia de los señores magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen Vergara Gotelli y Landa Arroyo;

-STC emitida el 18 de julio de 2006 en el expediente N° 4069-2006-PA/TC (caso Cooperativa de Trabajo y Fomento al Empleo Mundo Laboral Ltda.), con asistencia de los señores magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli;

-STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° 4972-2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), con asistencia de los señores magistrados García Toma, Landa Arroyo y Mesía Ramírez;

- STC emitida el 14 de agosto de 2006 en el expediente N° 5259-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Pool E.I.R.L.), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo;
- STC emitida el 10 de octubre de 2006 en el expediente N° 2488-2004-AA/TC (caso Empresa de Transportes Sol del Perú), con asistencia de los señores magistrados Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, con los fundamentos de voto del magistrado Vergara Gotelli y con los votos en discordia de los magistrados Gonzales Ojeda y Bardelli Lartirigoyen;
- STC emitida el 5 de diciembre de 2006 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 1963-2006-PA/TC (caso Ferretería Salvador S.R.L.), con asistencia de los señores magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, con el voto singular de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli;
- STC emitida el 26 de enero de 2007 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 1776-2004-AA/TC (caso Víctor Augusto Morales Medina), con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo (Presidente), Gonzales Ojeda (Vicepresidente), Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, con los votos singulares de los magistrados García Toma y Mesía Ramírez y el voto singular del magistrado Vergara Gotelli;
- STC emitida el 28 de marzo de 2007 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 00052-2004-PI/TC (caso Juan Carlos del Águila Cárdenas Alcalde de la Municipalidad de Maynas), con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo (Presidente), Gonzales Ojeda (Vicepresidente), Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Vergara Gotelli;
- STC emitida el 13 de abril de 2007 en el expediente N° 7339-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Megabus S.A.C.), con la asistencia de los magistrados Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez;
- STC emitida el 18 de abril de 2007 en el expediente N° 4637-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomino S.A.C.), con asistencia de los señores magistrados Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez;

- STC emitida el 29 de agosto de 2007 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en los expedientes acumulados N°s 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (caso Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8,438 ciudadanos y Congresistas de la República del Perú), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos, con el fundamento de voto del magistrado Bardelli Lartirigoyen y el voto singular del magistrado Vergara Gotelli;
- STC emitida el 9 de noviembre de 2007 en el expediente N° 08943-2006-PA/TC (caso Procesadora de Productos Marinos S.A.), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda;
- STC emitida el 12 de noviembre de 2007 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 03866-2006-AA/TC (caso Faustino Jacobo Meza Gutiérrez), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Eto Cruz, y Álvarez Miranda;
- STC emitida el 15 de noviembre de 2007 en el expediente N° 06534-2006-PA/TC (caso Santos Eresminda Távara Ceferino), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda;
- STC emitida el 31 de enero de 2008 en el expediente N° 1535-2006-PA/TC (caso Empresa de Transportes Turismo Imperial S.A.), con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini y Beaumont Callirgos;
- STC emitida el 20 de mayo de 2008 en el expediente N° 01735-2008-PA/TC (caso Shougang Hierro Perú S.A.A.), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, con el fundamento de voto del magistrado Landa Arroyo;
- STC emitida el 5 de octubre de 2009 en el expediente N° 05311-2007-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. – CODISA), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, con voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez y voto singular del magistrado Landa Arroyo;

- STC emitida el 7 de octubre de 2009 en el expediente N° 01183-2008-PA/TC (caso Empresa de Exploraciones y Paseos Caimán S.A.C. y otros), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, con el fundamento de voto del magistrado Landa Arroyo;
- STC emitida el 16 de octubre de 2009 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 02005-2009-PA/TC (caso ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”), con asistencia de los señores magistrados Vergara Gotelli (Presidente), Mesía Ramírez (Vicepresidente), Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez y con el voto singular en el que convergen los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen;
- STC emitida el 24 de noviembre de 2009 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 03592-2007-PA/TC (caso E.T.C.P. Carmelitas Bus S.R.L.) con asistencia de los señores magistrados Vergara Gotelli (Presidente), Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con el fundamento de voto del magistrado Landa Arroyo, el fundamento de voto que suscriben los magistrados Beaumont Callirgos y Álvarez Miranda, el fundamento de voto del magistrado Calle Hayen y el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz;
- STC emitida el 5 de marzo de 2010 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en los expedientes acumulados N°s 00026-2008-PI/TC y 00028-PI/TC (caso Colegio de Ingenieros del Perú y más de 5,000 ciudadanos), con asistencia de los señores magistrados Vergara Gotelli (Presidente) Mesía Ramírez (Vicepresidente), Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen y los votos singulares de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz;
- STC emitida el 24 de junio de 2010 en el expediente N° 2175-2009-PA/TC (caso Uriel García Pérez y Gloria Mercado de Ocampo), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Calle Hayen y Álvarez Miranda;
- STC emitida el 30 de junio de 2010 en el expediente N° 01442-2008-PA/TC (caso Rosa Angélica Reátegui Rengifo), con asistencia de los

señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, con el fundamento de voto del magistrado Landa Arroyo;

-STC emitida el 10 de agosto de 2010 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en los expedientes acumulados N°s 00009-2009-PI/TC, 00015-2009-PI/TC y 00029-2009-PI/TC (caso Colegio de Notarios de Puno, San Martín y Lima), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli;

-STC emitida el 1 de diciembre de 2010 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 01869-2010-PA/TC (caso Compañía Distribuidora y otros), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Álvarez Miranda y Urviola Hani, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli;

-STC emitida el 20 de julio de 2011 en el expediente N° 01865-2010-PA/TC (caso Arturo Ernesto Cárdenas Dueñas), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Vergara Gotelli y Urviola Hani, con los votos en discordia de los magistrados Álvarez Miranda y Vergara Gotelli, el voto del magistrado Urviola Hani, el de Calle Hayen, y el dirimente de Beaumont Callirgos.

-STC emitida el 20 de marzo de 2012 en el expediente N° 02175-2011-PA/TC (caso Colegio Particular San Francisco de Asís), con la asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani y Calle Hayen;

-STC emitida el 18 de setiembre de 2012 en el expediente N° 03828-2011-PA/TC (caso Cable Box Perú E.I.R.L.), con el voto en mayoría de los señores magistrados Beaumont Callirgos y Calle Hayen y el voto dirimente del magistrado Eto Cruz, llamado a componer la discordia suscitada por el voto del magistrado Vergara Gotelli;

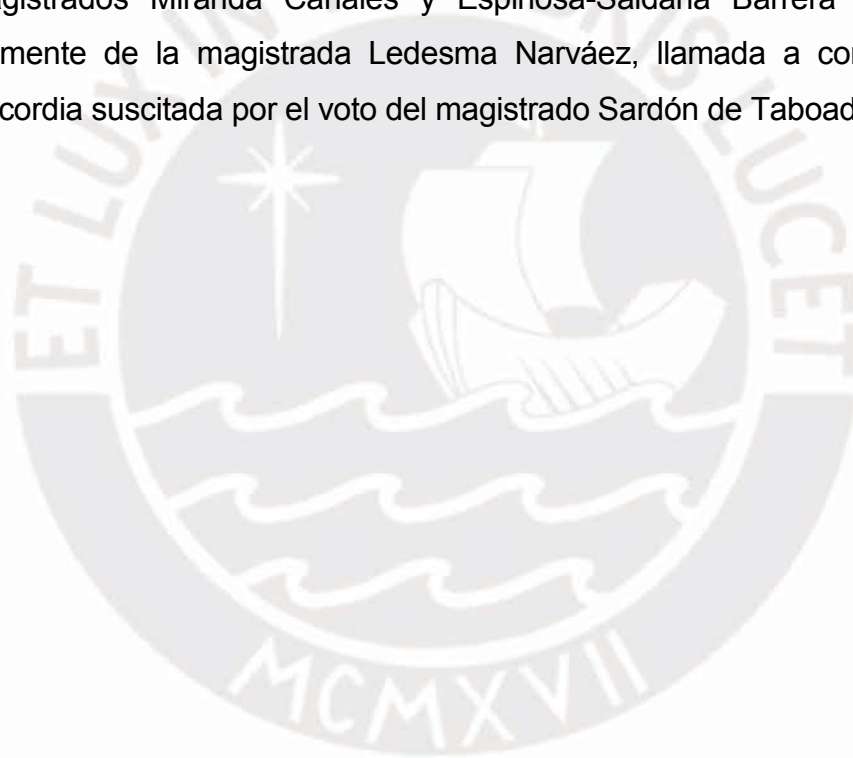
-STC emitida el 16 de abril de 2013 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 03128-2011-PA/TC (caso Lima Airport Partners S.R.L. – LAP), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda;

-STC emitida el 27 de mayo de 2013 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 0013-2012-PI/TC (caso Reforma del Sistema Privado de Pensiones I), con la asistencia de los señores magistrados Urviola Hani

(Presidente), Vergara Gotelli (Vicepresidente), Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con el fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda;

-STC emitida el 27 de agosto de 2014 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 011-2013-PI/TC (caso Ley de Protección a la Economía Familiar) con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani (Presidente), Miranda Canales (Vicepresidente), Blume Fortini, Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, con el voto singular del magistrado Sardón de Taboada;

-STC emitida el 8 de setiembre de 2015 en el expediente N° 05143-2011-PA/TC (caso Julio Martín Ubillús Soriano), con el voto en mayoría de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto dirimente de la magistrada Ledesma Narváez, llamada a componer la discordia suscitada por el voto del magistrado Sardón de Taboada.



Anexo 2

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES SELECCIONADAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARBITRAJE

-STC emitida el 26 de octubre de 1999 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 189-99-AA/TC (caso Pesquera Rodga S.A.), con asistencia de los señores magistrados Acosta Sánchez (Presidente), Díaz Valverde (Vicepresidente), Nugent y García Marcelo;

-STC emitida el 22 de enero de 2001 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 1296-2000-AA/TC (caso Corporación de Productos Alimenticios Nacionales PYC S.A), con asistencia de los señores magistrados Manuel Aguirre Roca (Presidente), Rey Terry (Vicepresidente), Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y García Marcelo;

-STC emitida el 3 de mayo de 2002 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 0289-2001-AA/TC (caso Jesús Guevara Manosalva), con asistencia de los señores magistrados Aguirre Roca (Presidente), Rey Terry (Vicepresidente), Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano;

-STC emitida el 22 de agosto de 2002 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 0996-2001-AC/TC (caso Transmares Representaciones Marítimas y Comerciales S.A.), con asistencia de los

señores magistrados Rey Terry (Vicepresidente), Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda y García Toma;

-STC emitida el 29 de enero de 2003 en el expediente N° 1418-2002-AA/TC (caso Banco Latino), con asistencia de los señores magistrados Rey Terry (Presidente), Revoredo Marsano y García Toma;

-Resolución emitida el 19 de abril de 2004 en el expediente N° 3255-2003-AA/TC (caso Núcleo Ejecutor Central del Segundo Programa de Suplementación Alimentaria), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzáles Ojeda y García Toma;

-Resolución emitida el 3 de junio de 2004 en el expediente N° 187-2002-AA/TC (caso Mary Mabel Mazuelos Rosas y otros), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Gonzáles Ojeda;

-Resolución emitida el 8 de julio de 2005 en el expediente N° 3261-2005-PA/TC (caso Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A.C.), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Landa Arroyo y Vergara Gotelli, con fundamento de voto singular del magistrado Vergara Gotelli;

-Resolución emitida el 12 de agosto de 2005 en el expediente N° 0462-2003-AA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. y otros), con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzáles Ojeda, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, con fundamento de votos de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y García Toma;

-STC emitida el 28 de febrero de 2006 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC (caso Fernando Cantuarias Salaverry), con asistencia de los señores magistrados García Toma (Presidente), Gonzales Ojeda (Vicepresidente), Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo;

-STC emitida el 29 de marzo de 2006 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 0004-2006-PI/TC (caso Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República), con asistencia de los señores magistrados García toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo;

-STC emitida el 30 de abril de 2006 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en

el expediente N°1567-2006-PA/TC (caso Compañía de Exploraciones Algamarca), con asistencia de los magistrados García Toma (Presidente), Gonzáles Ojeda (Vicepresidente), Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, con fundamento de voto y voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Bardelli Lartirigoyen, respectivamente;

-STC emitida el 4 de agosto de 2006 en el expediente N° -2006-PA/TC (caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.), con asistencia de los señores magistrados García Toma, Landa Arroyo y Mesía Ramírez;

-STC emitida el 11 de diciembre de 2006 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en los expedientes acumulados N° 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.), con asistencia de los señores magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, con el fundamento singular y el voto singular de los magistrados Gonzáles Ojeda y Bardelli Lartirigoyen, respectivamente;

-STC emitida el 20 de octubre de 2006 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 8229-2006-PA/TC (caso Compañía Minera Algamarca S.A.), con asistencia de los señores magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Landa Arroyo y Mesía Ramírez;

-STC emitida el 14 de marzo de 2007 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 10575-2006-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Mesía Ramírez;

-STC emitida el 1 de octubre de 2007 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 03574-2007-PA/TC (caso Club Deportivo Wanka), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda;

-STC emitida el 8 de noviembre de 2007 en el expediente N° 07532-2006-PA/TC (caso Lider Group EIRL y otros), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda;

-STC emitida el 8 de noviembre de 2007 en el expediente N° 10063-2006-PA/TC (caso Gilberto Moisés Padilla Mango), con asistencia de los

- señores magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda;
- STC emitida el 16 de noviembre de 2007 en el expediente N° 04195-200-AA/TC (caso PROIME Contratistas Generales S.A.), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, con fundamento de voto de Mesía Ramírez y Vergara Gotelli;
 - Resolución emitida el 26 de noviembre de 2007 en el expediente N° 01755-2007-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada “El Molino de Cajamarca”) con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda;
 - STC emitida el 18 de diciembre de 2007 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 6612-2005-PA/TC (caso Onofre Vilcarima Palomino), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con el fundamento de voto de Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda;
 - STC emitida el 18 de diciembre de 2007 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 10087-2005-PA/TC (caso Alipio Landa Herrera), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con el fundamento de voto de Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda;
 - STC emitida el 28 de enero de 2008 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 00061-2008-PA/TC (caso Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda;
 - Resolución emitida el 20 de agosto de 2008 en el expediente N° 00094-2007-PA/TC (caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con voto singular de Vergara Gotelli;
 - STC emitida el 13 de octubre de 2008 (en sesión de Pleno

Jurisdiccional) en el expediente N° 02513-2007-PA/TC (caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda;

-Resolución emitida el 6 de noviembre de 2008 en el expediente N° 5771-2007-PA/TC (caso B&B GESSA PROIME Asociados), con asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Álvarez Miranda (voto dirimente), con el voto discordante del magistrado Eto Cruz;

-Resolución emitida el 24 de junio de 2009 en el expediente N° 02129-2009-PA/TC (caso Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC), con asistencia de los señores magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda;

-STC emitida el 2 de julio de 2009 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 0499-2008-AA (caso Traslado de Provisiones S.A.C.) con asistencia de los señores magistrados Vergara Gotelli (Presidente), Mesía Ramírez (Vicepresidente), Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Landa Arroyo;

-Resolución emitida el 17 de setiembre de 2009 en el expediente N° 03385-PA/TC (caso Banco de Materiales S.A.C.), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 2 de octubre de 2009 en el expediente N° 06788-PA/TC (caso MPF Contratistas Generales S.A.), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con voto singular del magistrado Vergara Gotelli;

-STC emitida el 5 de octubre de 2009 en el expediente N° 05311-2007-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A. – CODISA), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, con el voto dirimente y el voto singular de los magistrados Mesía Ramírez y Landa Arroyo, respectivamente;

-STC emitida el 27 de octubre de 2009 en el expediente N° 02386-2008-

PA/TC (caso Compañía Peruana de Radiodifusión Arequipa S.A.), con asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, con el voto singular y el voto dirimente de los magistrados Landa Arroyo y Mesía Ramírez, respectivamente;

-Resolución emitida el 15 de diciembre de 2009 en el expediente N° 04688-2009-PA/TC (caso Banco de Materiales S.A.C.), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 7 de enero de 2010 en el expediente N° 04703-2009-PA/TC (caso Municipalidad Distrital de Pueblo Libre), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz ;

-Resolución emitida el 11 de enero de 2010 en el expediente N° 04372-2009-PA/TC (caso IVESUR S.A.), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 30 de junio de 2010 en el expediente N° 02999-2009-PA/TC (caso Compañía Distribuidora S.A.), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda;

-STC emitida el 1 de diciembre de 2010 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 01869-2010-PA/TC (caso Compañía Distribuidora y otros), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Álvarez Miranda y Urviola Hani, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli;

-STC emitida el 15 de marzo de 2011(en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 02851-2010-PA/TC (caso IVESUR S.A.), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, con los votos singulares de los magistrados Álvarez Miranda, Vergara Gotelli y Urviola Hani;

-Resolución emitida el 2 de junio de 2011 en el expediente N° 04888-2009-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Trujillo), con el voto en mayoría de los señores magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Calle Hayen y en discordia de los magistrados Álvarez Miranda y Beaumont Callirgos;

-STC emitida el 21 de setiembre de 2011 (en sesión de Pleno

Jurisdiccional) en el expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Urviola Hani, con el voto singular y el fundamento de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Urviola Hani, respectivamente;

-Resolución emitida el 12 de octubre de 2011 en el expediente N° 02791-2011-PA/TC (caso Benilda Estela Ortiz Núñez), con asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani;

-Resolución emitida el 12 de enero de 2012 en el expediente N° 05619-2009-PA/TC (caso Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. – EDITORA PERÚ), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 12 de enero de 2012 en el expediente N° 00109-2011-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Trujillo), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 20 de enero de 2012 en el expediente N° 04131-2010-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Sullana), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 13 de marzo de 2012 en el expediente N° 05134-2011-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Pasco), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Calle Hayen;

-Resolución emitida el 14 de marzo de 2012 en el expediente N° 02911-2010-PA/TC (caso Perú Holding de Turismo S.A.), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 15 de marzo de 2012 en el expediente N° 00468-2011-PA/TC (caso Municipalidad Provincial de Maynas), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara

Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz;

- Resolución emitida el 20 de marzo de 2012 en el expediente N° 03030-2011-PA/TC (caso Gobierno Regional de Loreto), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli y Eto Cruz;
- Resolución emitida el 29 de marzo de 2012 en el expediente N° 00164-2012-PA/TC (caso Luz del Sur S.A.A.), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz;
- Resolución emitida el 3 de abril de 2012 en el expediente N° 03928-2011-PA/TC (caso Walter Enrique Valdivia Bermeo y otros), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz;
- Resolución emitida el 10 de abril de 2012 en el expediente N° 00232-2012-PA/TC (caso Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz;
- Resolución emitida el 3 de mayo de 2012 en el expediente N° 03815-2011-PA/TC (caso Corporación José R. Lindley S.A. – sucesora procesal de Embotelladora Latinoamericana S.A.), con asistencia de los señores magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz;
- Resolución emitida el 3 de mayo de 2012 en el expediente N° 03879-2011-PA/TC (caso Aurelio Serafino Hinojosa Borda), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Calle Hayen;
- Resolución emitida el 3 de mayo de 2012, en el expediente N° 04622-2011-PA/TC (caso Compañía Minera Casapalca, S.A.), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz;
- Resolución emitida el 3 de mayo de 2012, en el expediente N° 00642-2012-PA/TC (caso Electro Ucayali S.A.), con asistencia de los señores

magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 11 de mayo de 2012, en el expediente N° 01317-2012-PA/TC (caso Jesús Asencio Lucen Huanca); con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos;

-Resolución emitida el 23 de julio de 2012, en el expediente N° 03978-2011-PA/TC (caso Federico Fortunato Obregón Quispe); con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 30 de julio de 2012, en el expediente N° 01605-2012-PA/TC (caso Pacífico S.A. Entidad Prestadora de Salud); con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 23 de agosto de 2012 en el expediente N° 02485-2012-PA/TC (caso Municipalidad Provincial del Callao), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz;

-Resolución emitida el 3 de octubre de 2012, en el expediente N° 00461-2012-PA/TC (caso Municipalidad Provincial del Callao), con asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, con fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli;

-Resolución emitida el 6 de marzo de 2013 en el expediente N° 03416-PA/TC (caso Alejandro Higa Higa), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda.

-STC emitida el 22 de mayo de 2013 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 01439-2013-PA/TC (caso Acuario de Buenos Aires, S.R.L.), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda;

-Resolución emitida el 11 de junio de 2013 en el expediente N° 03270-2012-PA/TC (caso Automotores Gildemeister Perú S.A) con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen,

Eto Cruz y Álvarez Miranda, con fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli;

-Resolución emitida el 21 de agosto de 2013 en el expediente N° 03201-2012-PA/TC (caso Municipalidad Distrital de Jesús María), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda;

-STC emitida el 25 de setiembre de 2013 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 01064-2013-PA/TC (caso Asociación Solaris Perú), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con los votos singulares de los magistrados Urviola Hani y Vergara Gotelli;

-Resolución emitida el 20 de noviembre de 2013 en el expediente N° 03117-2013-PA/TC (caso Municipalidad Distrital de Marcona), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda;

-Resolución emitida el 20 de noviembre de 2013 en el expediente N° 03547-2013-PA/TC (caso Obrascón Huarte Lain S.A. Sucursal del Perú), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda;

-Resolución emitida el 20 de noviembre de 2013 en el expediente N° 06001-2013-PA/TC (caso Minera Shougang Hierro Perú, S.A.A.), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda;

-STC emitida el 28 de noviembre de 2013 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 03841-2012-PA/TC (caso Giovanni Mario Paredes Ruiz), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con los votos singulares de los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen;

-STC emitida el 21 de enero de 2014 en el expediente N° 00506-2012-PA/TC (caso Consorcio Ayacucho Global Plaza), votada por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, alcanzando los votos emitidos mayoría

suficiente para formar sentencia;

-Resolución emitida el 25 de marzo de 2014 en el expediente N° 00144-2011-PA/TC (caso Reyco Associated Oil Well Service S.A.C), suscrita por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, y Eto Cruz, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez;

-STC emitida el 6 de agosto de 2014 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 04189-2012-PA/TC (caso Melquíades Jaime Torvisco Tomateo), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani (Presidente), Miranda Canales (Vicepresidente), Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinoza-Saldaña Barrera, con el voto singular del magistrado Blume Fortini;

-Auto de 3 de setiembre de 2014 en el expediente N° 08448-2013-PA/TC (caso Octavio Olegario Olivo García – Procurador Público del Ministerio de Educación), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinoza-Saldaña Barrera;

-Auto de 7 de enero de 2015 en el expediente N° 02291-2013-PA/TC (caso Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinoza-Saldaña Barrera;

-STC emitida el 7 de enero de 2015 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 02438-2012-PA/TC (caso Compañía Minera Ares S.A.C.), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani (Presidente), Miranda Canales (Vicepresidente), Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinoza-Saldaña Barrera;

-STC emitida el 8 de julio de 2015 (en sesión de Pleno del Tribunal Constitucional) en el expediente N° 04312-2012-PA/TC (caso Infraestructura y Servicios Contratistas Generales S.A.) con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinoza-Saldaña Barrera, con el fundamento de voto del magistrado

Blume Fortini;

-Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 03004-2012-PA/TC (caso Teodoro Narciso Payano Torrejón), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinoza-Saldaña Barrera, con el voto singular del magistrado Blume Fortini;

-Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 04515-2013-PA/TC (caso Servicentro López E.I.R.L.), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez;

-Auto de 10 de noviembre de 2015 en el expediente N° 05653-2013-PA/TC (caso Bertha Eugenia Rebatta Yactayo y otras), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera con votos singulares de los magistrados Urviola Hani, Blume Fortini y Sardón de Taboada;

- STC emitida el 9 de diciembre de 2015 (en sesión de Pleno Jurisdiccional) en el expediente N° 7787-2013-PA/TC (caso Jockey Club del Perú), con asistencia de los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, con el voto singular del magistrado Blume Fortini.

BIBLIOGRAFIA

- ACCATINO, Daniela, La “Teoría clásica” del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N°1. Santiago de Chile, 2015. pp. 35-56.
- ALBORNOZ, María Mercedes, La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 2014. pp. 13-38.
- BARONA VILAR, Silvia (coordinadora), Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Madrid, Civitas, 2004. 1722 pp.
- BIANCA, C. Massimo, Derecho civil, v. 3 El contrato. Traductores Edgar Cortés y Fernando Hinestroza. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo, El acuerdo de arbitraje como cláusula abusiva en los contratos de consumo. En: Arbitraje PUCP, N° 4. Lima, 2014. pp. 39-45.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho. En: Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, Revista de la Facultad de Derecho N° 71. Lima, 2013. pp. 387-411.

- CAIVANO CASTRO, Roque J., Retos del arbitraje frente a la administración de justicia. En: Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Volumen 5. Biblioteca de Arbitraje, Estudio Mario Castillo Freyre Lima, 2008. pp. 33-63.
- CAIVANO CASTRO, Roque J., Arbitrabilidad y orden público. En: Foro Jurídico. Revista de Derecho editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 12. Lima, 2013. pp. 62-78.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO DEVILLE, José Luis, El nuevo potro indomable: el problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. En: Ius et Veritas N° 51. Lima, 2015. pp. 32-45.
- CARBONNEAU, Thomas E., The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements. 36 Vand. J. Transnat'L. 1189. "Penn State Law" Journal, 2003. Pennsylvania, 2003. pp. 1188-1231.
- CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita, Un cuerpo extraño y peligroso en el arbitraje. Comentarios a la sentencia recaída en el expediente N° 5311-2007-PA/TC. En: Revista Jurídica del Perú. Derecho privado y público. N° 105 Noviembre 2009. Lima, 2009. pp. 27-40.
- CASTILLO FREYRE, Mario, El dominio contractual en el arbitraje. En: Ius et Veritas 32. Asociación Civil Ius et Veritas. Lima, 2006. pp. 95-102.
- CASTILLO FREYRE, Mario, SABROSO MINAYA, Rita, CASTRO ZAPATA, Laura, CHIPANA CATALÁN, Jhoel, Las causales de anulación del laudo arbitral en la Ley de Arbitraje del Perú. En: LUMEN Revista de la Facultad de Derecho. N° 10 Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Lima, 2014. pp. 9-20.
- CORCHUELO URIBE, Daniela, Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia. Tesis de Grado 64. Facultad de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013. 109 pp.

- CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS. Organización de las Naciones Unidas. Nueva York, 1958.
- CREMADES, BERNARDO M., El arbitraje en la doctrina constitucional española. En: Lima Arbitration N° 1, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Lima, 2006. pp. 185-220.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del código civil. Primera Parte Tomo I. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1991. 435 pp.
- FERRAND NORIEGA, Alberto, El orden público en el derecho privado. Tesis para optar el grado académico de magíster en Derecho con mención en Derecho Civil. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007. 186 pp.
- FERRI, Giovanni Battista, El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser L. León. Lima, Ara Editores, 2002. 523 pp.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. En: Arbitraje PUCP. Lima, 2014. pp 71-81.
- FRENCH, Robert, Arbitration and Public Policy. En: Asia Pacific Law Review, Vol. 24, N° 1. 2016. pp. 1-15.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José (director), Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación. Tomo II. Barcelona, Bosch, 2004.
- GHODOOSI, Farshad, Arbitrating policy: why the buck should not stop at national courts. En: Lewis and Clark Law Review. Vol. 20 Issue 1. 2016, pp 237-280.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje. México, Porrúa, 2011. 1164 pp.
- GONZÁLEZ SORIA, Julio (coordinador), Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. Navarra, Aranzadi, 2004. 680 pp.

- GRONDONA, Mauro, Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada. En: Revista de Derecho Privado N° 20 Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011. pp. 271-299.
- GRONDONA, Mauro, Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato. En: Revista de Derecho Privado N° 22 Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012. pp. 135-147.
- GUZMAN, Andrew T., Arbitrator liability: reconciling arbitration and mandatory rules. En: Duke Law Journal, Vol. 49, N° 5, Marzo 2000. EEUU, Duke University School of Law, 2000. pp. 1279-1334.
- GUZMÁN GALINDO, Julio César, La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la ley de arbitraje peruana. En: Arbitraje PUCP. Lima 2013. pp. 35-40.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, El expediente N° 05311-2007-PC/TC y una controvertida sentencia del Tribunal Constitucional. En: Revista Jurídica del Perú. Derecho privado y público. N° 105 Noviembre 2009. Lima, 2009. pp. 19-26.
- LANDA ARROYO, César, El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Thémis 53 Revista de Derecho. Lima, 2007. pp. 29-42
- LANDA ARROYO, César, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: recopilación y sistematización de la jurisprudencia del Tribunal constitucional peruano que versa acerca de los derechos fundamentales. Lima, Palestra, 2010. 408 pp.
- LEÓN PASTOR, Ricardo, Anulación de laudo arbitral por defecto de motivación. Estudio de casos en Lima, Perú. Período 2011-2015. Tesis doctoral presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2016. 219 pp.

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE 1985, CON LAS ENMIENDAS APROBADAS EN 2006. Organización de las Naciones Unidas. Nueva York, 2008.

MAMED, Danielle de Ouro y PAZ DE ALMEIDA, Roger Luiz, Arbitraje ambiental en el Brasil: paradojas entre el derecho internacional y la norma interna en la tutela de derechos socioambientales. En: El arbitraje en Brasil. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen 42. Lima, 2017. pp 49-77.

MÁRQUEZ GRANIFO, Stephanie, El orden público y su función como límite a la eficacia, reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales en Chile. En: Revista del Magister y Doctorado en Derecho, N° 3, 2009-2010. Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2011. pp. 189-206.

MEDINA CASAS, Héctor Mauricio, El orden público internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: concepto difuso de aplicación restrictiva. En: Arbitraje Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2014. pp.153-159

MORALES HERVIAS, Rómulo, Estudios sobre teoría general del contrato. Lima, Grijley, 2006. 669 pp.

MORALES HERVIAS, Rómulo, Una contribución a la defensa de la causa del contrato como el signo distintivo del *Civil Law*. En: Libro de Ponencias del IV° Congreso Nacional de Derecho Civil. Lima, Palestra, 2009. pp. 137-156

NUSS, QC, Joseph R., Public policy invoked as a ground for contesting the enforcement of an arbitral award, or for seeking its annulment. En: 7 Dispute Resolution International. Canada, 2013. pp. 119-133

PORTOCARRERO LANATTA, Ramiro, La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje. En: Thémis 46 Revista de Derecho. Lima, 2003. pp. 365-383

- POVEDA CUBILLOS, Guillermo, Tutela contra laudo arbitral: una controversia sin fin. Revista de Derecho Público, (38). Universidad de los Andes. Bogotá, 2017. pp. 3-20
- PRIORI POSADA, Giovanni, El control de la constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú a la luz de lo señalado en el precedente vinculante 142-2011-PA/TC. En: Arbitraje Pontificia Universidad Católica del Perú N° 2. Lima, 2012. p. 26-33
- RACINE, Jean-Baptiste, Las normas que estructuran el orden público en el arbitraje comercial internacional. En: El orden público y el arbitraje. Bajo la dirección de Eric Loquin, Sébastien Manciaux, traducción de Myriam Salcedo Castro. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2016. pp. 3-35.
- RESOLUCIÓN 2/2002 DE LA LXX CONFERENCIA BIENAL DE LA INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Nueva Delhi, 2002. www.ila-hq.org
- ROLDÁN PARDO, Juan Felipe, El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional. En: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Revista de Derecho Privado N° 44. Bogotá, 2010. pp. 1-30
- RUBIO CORREA, Marcial Antonio, El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. 420 pp.
- RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco, BERNALES BALLESTEROS, Enrique, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013. 828 pp.
- SALCEDO CASTRO, Myriam, Presentación. En: el orden público y el arbitraje. Bajo la dirección de Eric Loquin, Sébastien Manciaux, traducción

de Myriam Salcedo Castro. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2016. pp xiii-li

SUNDQUIST, Ashley K., Do judicially created ground for vacating arbitral awards still exist? Why manifest disregard of the law and public policy exceptions should be considered under vacatur. En: Journal of Dispute Resolution, Fall 2015, Vol. 2015 Issue 2. 2015, pp. 407-420.

TOVAR GIL, María del Carmen, Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional. Causa 05311-PA/TC. En: Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia. Tomo 17. Noviembre-2009 año 2. Lima, 2009. pp. 37-43

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia. En: Ius et Veritas N° 12. Lima, 1996. pp. 115 a 124.

VÉLEZ FRAGA, Manuel y GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, Luis, La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En: Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 43-2016 / Foro Actualidad. Madrid, 2016. pp 85-89

VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Instituciones del acto jurídico. En: Instituciones del Derecho Civil Peruano (visión histórica). Lima, Fundación Manuel J. Bustamante De la Fuente-Unifé, 1996. 105 pp.

WILLS MURPHY, Stephen, Judicial review of arbitration awards under state law. En: Virginia Law Review 96(4). EEUU, 2010. pp. 887-937

YANG, Inae, Procedural public policy cases in international commercial arbitration. En: Dispute Resolution Journal vol 69 N° 4 (American Arbitration Association). JurisNet LLC. EEUU, 2014. pp. 59-80

YAÑEZ VELASCO, Ricardo, Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. 1142 pp.

ZAPPALÁ SASTOQUE, Francesco, Arbitrato Internazionale e ordine pubblico internazionale. Origine, Problemática e Teoría Conflittualistica. En: Criterio Jurídico V. 14, N° 2. Santiago de Cali, 2014. pp.153-168

ZAPPALÁ SASTOQUE, Francesco, Arbitrato Internazionale e ordine pubblico internazionale. Precisazione del concetto di ordine pubblico internazionale. En: Criterio Jurídico V. 15, N° 2. Santiago de Cali, 2016. pp. 61-76

