

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

**El recurso de anulación como mecanismo de revisión de la aplicación del control difuso en la
jurisdicción arbitral**

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

AUTOR

Eduardo Amilcar Encalada Ortiz de Orue

ASESOR:

Gino Elvio Rivas Caso

CÓDIGO DE ALUMNO:

20206960

2021

RESUMEN

En este artículo académico se analiza la problemática de si es factible se aplique el recurso de anulación como mecanismo de revisión de la aplicación del control difuso en la jurisdicción arbitral, a más de 10 años de haberse regulado la figura del control difuso arbitral, vía precedente vinculante, en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC., Caso Minera María Julia, con el objetivo de que se instituya dicha causal como supuesto de procedencia del recurso de anulación de laudo, antes que como supuesto del amparo arbitral, a fin de determinar si el recurso de anulación se constituye en la vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, más idónea para ejercitar un adecuado control difuso arbitral o si se trata de una vía previa. Así mismo si es legítimo se recurra al amparo cuando un árbitro ha ejercitado control difuso, consciente de que el ejercicio de este por los árbitros aún tiene serios cuestionamientos cuando del control de su constitucionalidad se trata. Con la atingencia de que no existe la posibilidad de recurrir al mecanismo de la consulta, en los extremos de lo prescrito en la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil, por remisión, como bien lo hacen los magistrados en la jurisdicción ordinaria cuando se ha ejercitado control difuso, ante el vacío en su regulación en la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071.

ÍNDICE DEL CONTENIDO

Introducción.....	3
1. Arbitraje y control difuso.....	4
1.1. Marco general del arbitraje.....	4
1.2. Control difuso y su aplicación por los árbitros.....	5
1.2.1. Definición de control difuso.....	5
1.2.2. Reglas para su ejercicio por los árbitros.....	7
1.2.3. Antecedentes del control difuso arbitral desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	9
2. El recurso de anulación arbitral.....	10
2.1. Naturaleza y justificación.....	10
2.2. Supuestos de aplicación.....	12
2.3. Procedimiento.....	13
3. Problemática de no haberse regulado un mecanismo de revisión del control difuso arbitral.....	14
3.1. Descripción de la situación.....	14
3.2. Necesidad de su regulación para ser ejercitada de oficio por los árbitros.....	16
4. Crítica sobre si el recurso de anulación se constituye en la vía procedimental específica, igualmente satisfactoria o solo una vía previa al amparo arbitral.....	18
4.1. Exigencia de tener que formularse un reclamo expreso.....	18
5. Posición.....	19
Conclusiones.....	21
Referencias bibliográficas.....	22

INTRODUCCION

Para entender la relevancia que tiene hoy por hoy el arbitraje debemos poner en contexto que como mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos, la jurisdicción arbitral se ha logrado consolidar como una gran alternativa a la jurisdicción ordinaria, en la solución de controversias, claro está siempre que estén dentro de las materias susceptibles de arbitraje, de conformidad a lo prescrito en el artículo 2 del Decreto Legislativo N°1071, que norma el arbitraje.

Sin embargo, la función arbitral no admite actuación o mandato alguno que deje sin efecto las decisiones del su Tribunal Arbitral, a excepción del control judicial posterior ejercido mediante el recurso de anulación de laudo, bajo responsabilidad como bien se advierte en los términos de lo expuesto en el numeral 4 del artículo 3 de la citada norma especial.

Ciertamente el hecho de su reconocimiento como una forma de jurisdicción excepcional dentro de la constitución en el inciso 1 del artículo 139, podría implicar que el estado haya reconocido la existencia de la función jurisdiccional privada a cargo de los árbitros; pero no con el objetivo de desplazarla sino más bien de complementarla en la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición.

Pero, ¿serán los laudos arbitrales espacios ajenos al control constitucional?, ¿será el recurso de anulación suficiente para cuestionar el correcto ejercicio de control difuso de constitucionalidad o necesariamente debería recurrirse al amparo arbitral para dilucidar este aspecto?, son algunas de las preguntas que a propósito del presente artículo se intentaran dilucidar.

No olvidemos que el control difuso en palabras del Tribunal Constitucional según lo expuesto en el numeral 2.2.3 de la Consulta vista en el Expediente N° 1618-2016, por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, conlleva una labor bastante compleja que inevitablemente debe ser observada por los magistrados, al momento de motivar sus resoluciones, garantizando con ello la supremacía de la norma constitucional, con la atingencia de que su decisión solo alcance a las partes.

1. Arbitraje y control difuso

1.1. Marco general del arbitraje

Antes de hablar propiamente de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, es necesario definir qué se entiende por esta institución. En palabras del Tribunal Constitucional, fue concebida como un mecanismo que pretende apartarse de las formalidades y dificultades de la justicia ordinaria, caracterizado por lo ideal de su estructura, en aras de convertirse en un proceso expedito y efectivo, encaminado a la búsqueda de la verdad. (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC. Fundamento 3)

A partir de ello y del análisis de lo prescrito en el inciso 1 del artículo 139°, de nuestro ordenamiento constitucional, se advierte que el monopolio en la potestad jurisdiccional la tiene el Estado. Sin embargo, toda regla tiene una excepción, y ese es el caso de la jurisdicción arbitral, por lo que de plano queda descartado cualquier intento de vulnerar el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, siempre que se respete, a pesar de ser una jurisdicción independiente, que se van asegurar al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC. Fundamento 7)

Pero, ¿Es constitucionalmente legítimo hablar de una jurisdicción arbitral?, partiré afirmando que según el Tribunal Constitucional existen cuatro requisitos para el ejercicio de jurisdicción, que son los siguientes: “a) Conflicto entre las partes. b) Interés social en la composición del conflicto. c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial. d) Aplicación de la ley o integración del derecho”. (Exp. N° 0023-2003-AI/TC. Fundamento 13)

Requisitos que para el caso de la jurisdicción arbitral no solo concurren, sino que evidencian además lo especial de su naturaleza. Como bien advierte el Tribunal Constitucional:

De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza el Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad básicamente para la solución para las controversias que se generen en la contratación internacional. (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC. Fundamento 10)

De ahí que haya quienes estén de acuerdo en reconocer que la facultad que tienen los árbitros para resolver conflictos de intereses se funde en lo prescrito en el inciso 1 del artículo 139° de la

Constitución Política del Perú; y quienes no, como Narváez (2020), quien afirma que no comparte dicha postura, en razón a que según su análisis si se enfoca al arbitraje desde su real dimensión, este se sostiene en dos pilares primero en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, y segundo en el concepto de jurisdicción que difiere del de función jurisdiccional.

Sin embargo, esté o no de acuerdo con ello, considero que es improbable sostener que la naturaleza del arbitraje, como jurisdicción independiente, la exima de tener que observar los principios constitucionales, en los extremos de lo prescrito en el segundo y tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC. fundamento 8) Así como los principios y derechos de la función jurisdiccional, por el cual los árbitros quedan vinculados

Sin perjuicio de lo expuesto, es pertinente mencionar la clasificación realizada por Landa (2007), que a criterio del suscrito resulta ser una de las más atinadas, cuando las divide en cinco: la contractualista, la jurisdiccionalista, la mixta o ecléctica, la autónoma y la negocial-procesal. Sobre estas no ahondare más por cuanto no es el objetivo del trabajo debatir sobre su origen.

Por lo que retomando la cuestión de la naturaleza del arbitraje convengo con el Tribunal Constitucional en que:

... la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, ... permiten concluir ... que no se trata-del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC. Fundamento 11)

Por lo que concluyo en síntesis que el arbitraje se sostiene en el ejercicio de la función jurisdiccional, en razón a que su autoridad no viene de las partes sino del estado.

Como indica Narváez (2020), quedando con ello zanjado que nuestra postura se aleja de la que prescribe que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses se fundamenta en la autonomía privada de la voluntad de las partes.

1.2. Control difuso y su aplicación por los árbitros

1.2.1. Definición de control difuso

A partir de la definición realizada por el Tribunal Constitucional, sobre control difuso se advierte que este:

... es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (Exp. N° 1680-2005-PA/TC. Fundamento 2)

En la jurisdicción arbitral, parece un concepto nuevo, aunque no desconocido por cuanto en esencia significa lo mismo, es decir, el control de constitucionalidad de las leyes, pero esta vez ejercido ya no por un magistrado integrante del Poder Judicial, sino por un árbitro o tribunal arbitral designado ad hoc o en forma institucional, para cumplir el mismo trabajo que un juez, que es garantizar o conservar la supremacía del bloque de constitucionalidad, afirmando su carácter excepcional y de ultima ratio, en caso no pueda salvarse vía interpretativa la constitucionalidad de las norma. (Exp. N° 1618-2016-Lima Norte. Considerando segundo)

De ahí que este tipo de control se base en el concepto de supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 51 de la Carta Magna, que advierte que la norma constitucional prevalece sobre todas las demás, es decir, las normas de inferior jerarquía. Para dar a entender al magistrado o árbitro, que cuando este ejercite su potestad de administrar justicia lo haga en estricta observancia de lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.

Tómese en cuenta además que esta solo puede operar bajo ciertos parámetros o límites como: a) que se realiza en el seno de un caso judicial o arbitral, b) que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver el caso, c) que quien la plantee acredite que su aplicación le ha causado o puede causarle agravio directo y d) que no se trata de leyes o normas con rango de ley cuya validez ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. (Exp. N° 1680-2005-PA/TC. Fundamentos 4-9)

Todo ello, a fin de que cuando un juez se encuentra ante un supuesto en el que exista conflicto entre una norma legal y una norma constitucional, que no pueda ser armonizada, este, es decir el juez o arbitro prefiera obligatoriamente la última, en defensa y salvaguarda de la Constitución Política del Perú. De manera que con su decisión no se ponga en riesgo la estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico y se afecte la seguridad jurídica.

1.2.2. Reglas para su ejercicio por los árbitros

Aunque no existen reglas para su ejercicio en la jurisdicción arbitral, tal como se advierte de la revisión de la normatividad especializada.

De la búsqueda de las mismas en la jurisdicción ordinaria se encontró que mediante lo expuesto en el Primer Pleno Jurisdiccional en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo, aprobado por Resolución Administrativa N° 440-2015-P-PJ., del 13 de noviembre del 2015, en merito a la Sentencia Consultada del Expediente N° 1618-2016 Lima Norte. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, en calidad de Doctrina Jurisprudencial Vinculante, fijó como reglas para ejercitar el control difuso:

- a) Se parta de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, ello mientras no se cuestione su legitimidad, de ahí que quien afirme la inconstitucionalidad de una norma se vea en la obligación de cumplir con acreditar objetivamente lo contrario.
- b) Se realice un juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando esta esté vinculada al caso, de ahí que se exija que la premisa de hecho se subsuma en el supuesto normativo o de derecho.
- c) Se identifique la norma del caso el juez realice una labor interpretativa exhaustiva, a fin de distinguir entre la disposición y la norma, de manera que solo en caso no admita una interpretación compatible con la Constitución, la inaplique en ultima radio.
- d) Se inicie identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, asimismo el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y en qué grado, para así poder aplicar el test de proporcionalidad en los términos ut supra desarrollados.
(Exp. N° 1618-2016-Lima Norte. Considerando segundo)

Reglas que muy bien se podrían aplicar por los árbitros que ejercitan control difuso en sus laudos arbitrales. Aunque no de forma obligatoria, por cuanto a pesar de que se trata de doctrina jurisprudencial vinculante, esta solo opera o se extiende a los integrantes del aparato judicial regular, en merito a lo prescrito en el artículo 22 de su Ley Orgánica.

Sin embargo, surge la siguiente pregunta ¿Los árbitros deben aplicar el control difuso en todos los casos en que una norma legal o infralegal contradiga la Constitución?, o es que acaso habrá casos en que si y otros en que no.

En palabras del Tribunal Constitucional:

... 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 respecto al derecho de alguna de las partes. (Exp. N° 142-2011-PA/TC. Fundamento 26)

Lo que significa, como dice Bustamante (2019), que dicho control de constitucionalidad es de carácter residual, o como bien advierte el Tribunal Constitucional de *ultima ratio*, por lo que para ejercitarlo el árbitro debe realizar un trabajo interpretativo.

¿Pero de qué forma debe realizarse la interpretación?, en palabras del Tribunal Constitucional basándose no solo criterios clásicos sino, en merito a la particular estructura de sus normas y en métodos de interpretación constitucional que aborden entre otras cosas principios que contribuyan en la labor del juez constitucional, por ejemplo: el principio de unidad de la Constitución, el principio de concordancia práctica, el principio de corrección funcional, el principio de función integradora y el principio de fuerza normativa de la constitución. (Exp. N° 5854-2005-PA/TC. Fundamento 12)

Tómese en cuenta que según Bustamante (2019), además que no se puede inaplicar una norma legal en la ejecución de control difuso, sin más ni más, es necesario antes haber verificado si se ha cumplido con las exigencias derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, conocidas como el test de ponderación.

Que en palabras del Tribunal Constitucional está vinculado con el valor superior de la justicia, en la medida que se constituye en un límite al poder público, que en este caso es la administración de justicia, cuando de se trata de la afectación del ejercicio de un derecho fundamental. Pero, ¿Que implica en esencia el test de ponderación, razonabilidad o proporcionalidad?, en palabras del máximo intérprete de la Constitución, la adecuada utilización de los principios que la integran,

Desarrollando cada uno, se advierte respecto al principio de idoneidad es también conocido como el principio de adecuación, y que está orientado a realizar un control sobre la medida o decisión que

interviene en los derechos fundamentales a fin de determinar su cumplimiento con el objetivo constitucional; respecto al principio de necesidad está orientado a realizar un control sobre el medio para alcanzar el objetivo, y el grado en que este intervenga sea el más benigno con el derecho afectado; y respecto al principio de proporcionalidad propiamente dicho o en *strictu sensu*, está orientado a realizar un control sobre el grado de realización del fin de la medida o el objetivo que por lo menos debe ser equivalente o proporcional al grado de afectación al derecho fundamental. (Exp. N° 0050-2004-AI/TC. Fundamento 109)

Asimismo, es necesario que se observe si se ha cumplido con la exigencia de una motivación adecuada que implica que quien ejerce el control difuso lo haga en forma razonada, evitando caer en argumentos sin sustento fáctico o jurídico, pasibles de posteriores observaciones relacionadas con su legitimidad. Y además porque al tratarse de un razonamiento que obedece a todo un proceso el hecho de caer en subjetividades genera un demérito en el trabajo del árbitro, haciendo eco a la exigencia de un estándar de motivación en los laudos, a fin de no caer en nulidades.

1.2.3. Antecedentes del control difuso arbitral desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Si trazamos una imaginaria línea de tiempo, que muestre la evolución que ha tenido la figura del control difuso sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral, a partir de los casos que han marcado historia para el Tribunal Constitucional. No podemos dejar de mencionar que la primera vez que este tema se sometió a discusión, data todavía del año 1999, con motivo del proceso de amparo promovido por Pesquera Rodga S.A., en el Expediente N° 189-1999-AA/TC., cuando se reconoció que no existía razón alguna que impida se cuestione vía proceso constitucional una resolución expedida por la jurisdicción arbitral. (Exp. N° 142-2011-PA/TC. Fundamento 3 al 5)

Otro de los casos más resaltantes sería el de Felipe Cantuarias Salaverry, visto en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC., a propósito del cual el Tribunal Constitucional sentaría los primeros criterios de control constitucional de las decisiones arbitrales a partir de criterios como que: a) el control judicial es siempre *a posteriori* y se ejerce a través de los recursos de apelación y anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitraje en ese entonces la N° 26572, o que b) el control constitucional se sujeta a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, de conformidad con el artículo 5° numeral 4, del citado Código, no sin antes haber agotado la vía previa. (Exp. N° 142-2011-PA/TC, fundamento 6.)

Criterios que al año siguiente se ampliarían en el caso Corporación Meier S.A.C., y Persolar S.A.C., visto en el Expediente N° 4972-2006-PA/TC., a los siguientes: a) cuando se vulneren o amenacen cualquiera de los aspectos que formal o materialmente integran la llamada tutela procesal efectiva, siempre que se haya agotado la vía previa, o b) cuando la jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsiva o unilateralmente, y c) cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha decidirse tienen carácter indisponible. (Exp. N° 142-2011-PA/TC, fundamento 7.)

Observándose, que su tratamiento ha ido variando, en el caso PROIME Contratistas Generales S.A. visto en el Expediente N° 4195-2006-PA/TC., cuando se advierte que: a) el amparo no procede cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo, b) deberá agotarse la vía previa siempre y cuando se haya agotado los recursos de apelación o anulación, c) el amparo no proceda cuando se cuestione la interpretación de las normas legales a menos que se trate de una manifiesta vulneración a la tutela procesal efectiva y el debido proceso, d) la valoración y calificación de los hechos son de competencia exclusiva del arbitraje, y e) quien alega la violación de un derecho debe acreditarlos objetiva y específicamente. (Exp. N° 142-2011-PA/TC, fundamento 8 al 9)

Llegando al caso que sentaría las bases del control difuso arbitral, que viene hacer el visto en el Expediente N° 142-2011-PA/TC., conocido como María Julia, en el que se plantearía en calidad de precedente vinculante los supuestos de improcedencia y procedencia del amparo arbitral, así como la única regla jurisprudencia con relación al control difuso arbitral, que más adelante ahondaremos. Pero que adelantamos cierra las puertas a quienes acudían al amparo antes que, al recurso de anulación para dilucidar la afectación de derechos constitucionales, aun cuando estos se constituyan en parte del debido proceso o la tutela procesal efectiva.

Alcanzando su cúspide con el caso Octavio Olegario Olivo García, visto en el Expediente N° 0848-2013, que, si bien no se pronuncia sobre el control difuso arbitral, sienta las bases sobre los límites al cuestionamiento de resoluciones arbitrales emitidas en fase de ejecución de laudo, prescribiendo que contra lo resuelto en materia de impugnación de laudos arbitrales solo podrá interponerse proceso de amparo, cuando el agravio provenga de resoluciones arbitrales distintas al laudo arbitral. Es decir, resoluciones que desconozcan, incumplan, desnaturalicen o inejecuten un laudo arbitral.

2. El recurso de anulación de laudo arbitral

2.1. Naturaleza y justificación

Respecto a la naturaleza jurídica del recurso de anulación arbitral creemos que esta, como bien afirma Bullard (2013), "... es una figura más consistente con una acción de naturaleza contractual, que con una figura de naturaleza procesal o de Derecho público." (p.93)

Por cuanto, entendemos no está en debate de si se trata de un medio impugnatorio o no, ya que está claro que la jurisdicción arbitral se agotó con la emisión del laudo correspondiente; o si está orientado a garantizar el derecho de las partes a contradecir una resolución en la vía de la jurisdicción ordinaria, a sabiendas que está prohibido pronunciarse sobre el fondo del asunto o el contenido de la decisión, mucho menos calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

De ahí que, aseveremos se puede hablar de la firmeza del laudo como requisito para su interposición, o de una situación pendiente a resolver que impide la formación de la cosa juzgada, para tratarla de descalificarla.

Por lo que a criterio del suscrito no debe ser entendida como si fuera una segunda instancia, sino más bien como un mecanismo de revisión a manos del Poder Judicial restringido a verificar si el tribunal arbitral cumplió con su deber de garantizar el debido proceso y el principio de legalidad, para caso contrario sancionarlo declarando su nulidad.

Tómese en cuenta además que, de existir algún vicio o error, su origen está en el convenio arbitral, o el ínterin de su prosecución, con lo que se restringe más la posibilidad de su impugnación. Ya que en marco de la normatividad especializada no existe otra vía para su resolución.

Quedando con ello claro que cualquier idea de recurrir a otro mecanismo alternativo de impugnación, está vedado, salvo que se trate de los previstos en el inciso 7 del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, es decir, la rectificación, la interpretación, la integración o la exclusión. Por cuanto de lo contrario no solo no estaría reconocido por el tribunal arbitral sino también por cualquier otro tribunal del Poder Judicial.

Sin embargo, con ello surge la pregunta ¿eso es legal? sí. Si consideramos que son las mismas partes las que se han sometido voluntariamente a la competencia de un árbitro o tribunal arbitral, lo cual también implica un sometimiento a su normatividad y a sus reglas, que no significa se aparten de las garantías y derechos de la administración de justicia, sino que expresamente de no haber convenido

la posibilidad de someterse a una segunda instancia arbitral habrían renunciado a esta; y con ello a cualquier reclamo respecto a la inconstitucionalidad de la misma.

Por lo que en suma la justificación a su regulación sea, proteger el derecho constitucional de defensa de quien considera, se ha afectado la validez de laudo por haberse incurrido en alguno de los supuestos o causales de anulación, previstos en la norma específica que a continuación detallaremos.

2.2. Supuestos de aplicación

Antes de avocarnos en concreto a los supuestos frente a los cuales se puede instar un recurso de anulación en la jurisdicción arbitral, debemos advertir que su nomenclatura no obedece a la de un recurso como tal, en razón a que esta no obedece a la continuación del proceso arbitral, sino que inicia uno nuevo en la jurisdicción ordinaria o regular, a mérito de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 62 de la cita norma.

Hecha tal aclaración, continuamos y pasamos a advertir, que quien solicita la anulación no solo debe cumplir con alegar sino también probar los hechos que invoca como causal, de acuerdo al catálogo descrito en el numeral 1 del artículo 63 de la citada norma legal.

Por cuanto de lo que se está hablando es de anular el laudo arbitral, y no como se preveía anteriormente, en comparación con la normatividad derogada (Ley N° 26572), solo el convenio arbitral.

De ahí que, a partir de la clasificación realizada por Bullard (2013), en dos categorías, pasare a proyectar el siguiente cuadro:

CAUSALES DE ANULACIÓN	
TIPO I	TIPO II
Buscan determinar si se podía pactar lo que se pactó en el convenio, según el vigente marco legal.	Buscan determinar si el convenio se ejecutó según los términos pactados.
Supuestos previstos en el literal a, e y f del numeral 1 del artículo 63 de la norma especial, es decir:	Supuestos previstos en el literal b, c, d y g del numeral 1 del artículo 63 de la norma especial, es decir:
a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.	b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

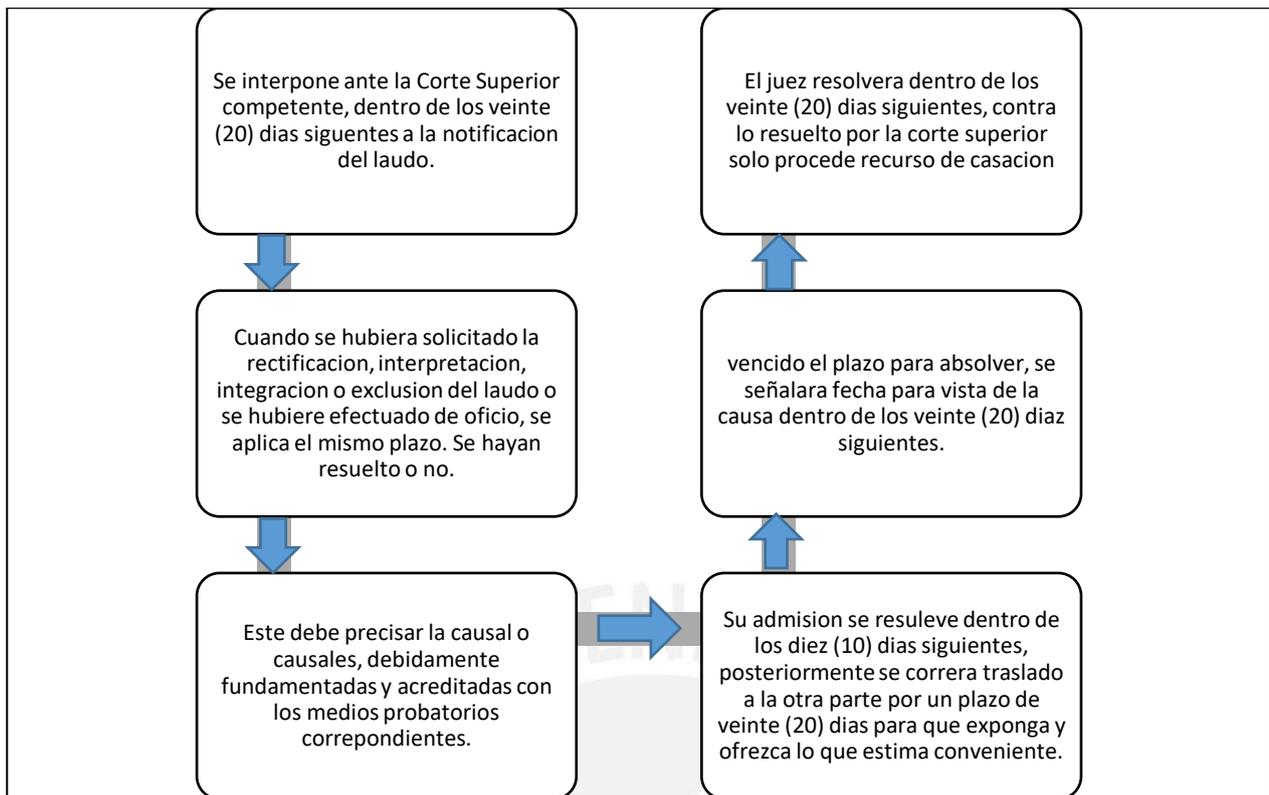
<p>e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.</p>	<p>c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.</p>
<p>f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.</p>	<p>d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.</p>
	<p>g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral</p>

Fuente: elaborado por el autor

Clasificación con la que convengo, por el objetivo que persigue. Pero que por otra parte considero oscura porque no deja claro si es la vía idónea para pronunciarse, en el supuesto que se cuestione la protección de derechos constitucionales.

2.3. Procedimiento

Respecto a su procedimiento se advierte que este se encuentra detallado en el artículo 64 de la citada norma, por lo que para hacer más didáctico su desarrollo plasmarse la secuencia del proceso en el grafico siguiente:



Fuente: elaborado por el autor.

Procedimiento que como se observa es muy célere, puesto que la suma de sus plazos no supera en el peor de los casos los cuatro meses, ello en el supuesto ideal se cumpla con los mismos, en forma estricta.

Y que tiene como consecuencia tres alternativas, mismas que dependiendo del supuesto, pueden concluir con la disposición de que se inicie un nuevo proceso arbitral, se retome desde el momento en que se cometió el vicio, o se demande ante el poder judicial. Resultando que, en cualquiera de los casos, la anulación del laudo no perjudicará la prueba actuada en el curso del Ínterin del procesal, por lo que podrán ser apreciadas con discrecionalidad por el tribunal arbitral o la autoridad judicial. Tal como se advierte de lo prescrito en el artículo 65 de la citada norma.

3. Problemática de no haberse regulado un mecanismo de revisión del control difuso arbitral.

3.1. Descripción de la situación

Antes de hablar propiamente de la problemática que existe producto de la inexistente regulación de un mecanismo de revisión de los laudos sobre los cuales se ha ejercido control difuso arbitral,

explicare cual es el tratamiento que se le ha dado al control difuso arbitral en nuestro marco normativo y jurisprudencial.

De la revisión de la normatividad especializada, es decir lo dispuesto por la Ley de Arbitraje, se advierte que el Estado, a través del poder legislativo, no solo no se ha regulado nada al respecto, sino que al parecer tampoco tiene la intención de hacerlo. Lo cual se evidencia del contenido de la última modificación a su Ley, que data del año pasado, que trata temas que no tienen nada que ver con lo discutido en el presente documento. Evidenciándose con ello lo abstracto que puede resultar dicha figura al momento de su comprensión.

Sin embargo, quien, si parece haberla entendido, es el Tribunal Constitucional, primero porque formaliza su regulación en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC., Caso Sociedad Minera María Julia, con el título de “El control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral” a partir de lo expuesto en el fundamento 22 y siguientes; y segundo porque del contenido del mismo precedente interpreta se trata no solo de una institución propia de la jurisdicción ordinaria sino también de la jurisdicción arbitral.

De ahí que haya decidido de forma muy atinada regularla, disfrazándose por un momento de legislador, fijando la obligatoriedad de su observancia, para el árbitro que quiera ejercitarla, a través de una única regla. Erigiendo que lo haga al amparo de lo prescrito en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante sobre la materia dictada.

Materializando así su verdadero propósito, que resulta ser, cumpla con su finalidad de garantizar la primacía de la constitución, evitando con ello cualquier desviación.

Iniciativa que aplaudimos, claro está, pero que aún consideramos insuficiente. Por cuanto deja entre ver que aún existen espacios faltos de control dentro de la jurisdicción arbitral, que no hacen sino provocar sea objeto de una serie de cuestionamientos, como el de si es necesario constitucionalizar el arbitraje, o yendo más allá, desde la óptica del proceso civil, preguntarse si es necesario procesalizarlo, agravando con ello más su problemática de cara a una inexistente regulación con respecto a un mecanismo de revisión del control difuso arbitral.

Tómese en cuenta que según Cavani (2018), si hacemos una comparación con la jurisdicción ordinaria, notaremos que ahí si existe un mecanismo de control o revisión de constitucionalidad, cuando un juez ejercita control difuso en una sentencia, que es la consulta. Figura de naturaleza

procesal que es entendida como un sucedáneo recursal equiparable a la aclaración, corrección o integración.

El cual desde la óptica del derecho comparado resulta ser más una cuestión prejudicial, que un mecanismo de control de constitucionalidad. Pero que habida cuenta cumple tal fin. Resultando que para su trámite uno debe remitirse a lo prescrito en la Ley Orgánica del Poder Judicial y al Código Procesal Civil. Que tiene por característica ser tramitada de oficio ante la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema a fin sea aprobada y por ende valida la sentencia. Efecto que se constituirá en el punto de partida para lo que más adelante será materia de nuestra propuesta.

Abriendo con ello la posibilidad, de que se regule una figura parecida, sino es igual en la jurisdicción arbitral, a fin de garantizar la protección de derechos como al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

3.2. Necesidad de regular el control difuso arbitral como causal de nulidad de laudo.

Para entender la necesidad de que se regule el control difuso arbitral como causal de nulidad, debemos tener claro que actualmente no existe otro mecanismo legal, aparte del proceso de amparo, que permita cuestionar la validez de un laudo.

Ni siquiera, los reclamos expresos que se manifiestan a través de los pedidos de interpretación, rectificación, integración y exclusión, previstos en el artículo 58 de la normativa especial, pueden hacerlo; por cuando su objetivo no es cuestionar el contenido de la decisión ni mucho menos el fondo del asunto, que por ley resultan inalterables.

De ahí que aun en el primer supuesto antes de interponer una acción de amparo se tome en cuenta lo prescrito en el numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, y lo reglamentado por en el fundamento 20 del Expediente N° 14.2011-PA/TC., a fin de valorar que el recurso de anulación de laudo, se constituye en la vía procedimental específica, igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales, aun cuando estos se constituyan parte del debido proceso o la tutela procesal efectiva.

Fundamento que considero más que suficiente para que se incorpore en la normatividad especial la causal de nulidad de laudo por ejercido control difuso.

Argumento al que sumo lo dicho por el Tribunal Constitucional, cuando advierte que:

En un Estado Constitucional de Derecho no existen (ni pueden auspiciarse) zonas exentas de control constitucional, más allá de aquellas que la propia Constitución pueda haber establecido con carácter excepcional. (Exp. N° 1230-2002-HC/TC, fundamento 5)

Por lo que según Bustamante (2013), estemos a favor o no de su constitucionalización, creemos el arbitraje debe profundizar en sus relaciones al momento de tratar de configurar la normatividad que la regula.

Ya que como bien advierte el Tribunal Constitucional:

La judicialización de la constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, de ahí que no esté sujeta a los pareceres de intereses particulares; y por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido deba manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental. (Exp. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 8)

Ya que de seguirse así se afectará no solo la seguridad jurídica entendida por el Tribunal Constitucional como:

... [Un] principio consustancial al Estado Constitucional de Derecho que proyecta sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico. Aunque no exista un reconocimiento expreso el Tribunal ha destacado que su rango constitucional se deriva de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como ... [lo prescrito en] el inciso 3) del artículo 139° de la Ley Fundamental [por el que] "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, **ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos**, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación" (STC 0016-2002-AUTC, Fund. N° 4). Mediante dicho principio se asegura a todos los individuos una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria (Fund. N° 3, STC 0001-0003-2003-A0TC). (Exp. N° 00010-2014-PI/TC, fundamento 14) Subrayado y ennegrecido nuestro.

Sino también la protección al derecho a la debida motivación entendido por el tribunal constitucional como:

... [Una] garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. (Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7.)

4. Crítica sobre si el recurso de anulación se constituye en la vía procedimental específica, igualmente satisfactoria o solo una vía previa que determina la improcedencia del amparo

Considerando que el concepto de vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, implica la necesaria existencia de una acción, la cual para el caso en concreto viene a ser la acción de garantía constitucional de amparo, que a su vez exige se cumpla con el requisito de firmeza de las resoluciones judiciales, que para nuestro caso opera sobre los laudos arbitrales. Lo cual solo ocurre si se han agotado los recursos impugnatorios previstos por la norma, a fin no sea consentida la decisión que lo agravia.

Entendemos que lo que verdaderamente quiso decirse, era que el recurso de anulación era la vía la previa y no la vía igualmente satisfactoria para la protección de los derechos constitucionales, por lo que, de instarse el proceso de amparo arbitral en esas circunstancias, debía declararse improcedente.

Razonamiento a partir del cual surge la necesidad de que se regule el ejercicio del control difuso por los árbitros, como causal de recurso de anulación en la norma especial, para que sea tramite sin la necesidad de haberse planteado previamente reclamo expreso alguno, por cuanto como se expondrá a continuación esta, forma de ejercer el derecho de contradicción, no constituye el mecanismo legal más adecuado para atacar el fondo de lo laudado, que por naturaleza ya está proscrito.

4.1. Exigencia de tener que formularse un reclamo expreso

Para entender de donde sale tal requisito debemos poner en contexto que este opera en dos contextos, el primero por disposición legal cuando nos encontramos ante alguno de los primeros cuatro supuestos de procedencia de la nulidad arbitral, previstos en el numeral 1 del artículo 63 del citado Decreto Legislativo N° 1071. Y el segundo a tenor de reglamentado en el fundamento 21 del

Expediente N° 142-2011-PA/TC., cuando estamos ante uno de los dos primeros supuestos de procedencia del amparo arbitral.

Resultando que uno de tales supuestos del segundo contexto, es cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o por el Poder Judicial, según corresponda, por contravenirse lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

De ahí que como reproche a tal exigencia sea necesario evidenciar cual es el motivo de que se pretenda diferenciar unos supuestos de otros. Si como es más que evidente, por su naturaleza estos no se constituyen en los mecanismos más adecuados para subsanar vacío o error en la decisión.

Más aún si lo que se pretende es se les reconozca como la vía previa, antes de agotar instancia para poder recurrir a la anulación. Que para tal caso estaría siendo interpretada como una segunda instancia, cuando la firmeza del laudo se consiguió todavía cuando esta se expidió, es decir, antes de que sea siquiera de se haya intentado subsanarla.

Argumento al que se suma, el hecho de que, si verdaderamente se tratara de un recurso, habría un pronunciamiento de fondo. Y no como se advierte en el numeral 3 del artículo 58 de la citada norma especial, se trate de una mera formalidad. Por cuanto en esencia solo están orientados a corregir errores de tipo material, aclarar cualquier aspecto oscuro, impreciso o dudoso, o simplemente pronunciarse respecto o lo resuelto más allá o en déficit de lo peticionado.

De hi que no importe si el tribunal arbitral se pronunció o no al respecto, sino solo resulte relevante observar si ya venció el plazo legal, para así iniciar el siguiente proceso en la vía judicial. Lo que lo convierte en un mecanismo inadecuado (rectificación, interpretación, integración o exclusión), si de lo que se trata es de cuestionar el ejercicio regular del control difuso arbitral.

Situación a la que se suma, el hecho de que no existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de los derechos constitucionales que el ejercitar el control difuso implica, Sentándose con ello las bases para su regulación como causal del recurso de anulación arbitral.

5. Posición

Mi posición al respecto se basa a partir de lo ya argumentado previamente, en el sentido de que habiéndose evidenciado que el recurso de anulación se constituye en la vía previa para garantizar la protección de derechos constitucionales, y no el amparo, se debe modificar el Decreto Legislativo N° 1071, a fin de incorporar el ejercicio del control difuso arbitral como una causal de anulación de laudo.

Garantizando con ello no existan espacios ajenos al control constitucional, en parangón con lo regulado en la jurisdicción ordinaria, a través del Código Procesal Civil y su Ley Orgánica. Bajo el mismo procedimiento, a tenor de lo descrito en el artículo 64 de la citada normatividad especial. De conformidad a la norma constitucional adscrita al artículo 138 de la Constitución Política, de conformidad a lo regulado en el fundamento 26 de la Sentencia del Tribunal Constitucional vista en el Expediente N° 142-2011-PA/TC., en estricto cumplimiento de los requisitos fijados en calidad de doctrina jurisprudencial vinculante, por la Corte Suprema, en la Consulta del Expediente N° 1618-2016 Lima Norte.



Conclusiones

- Que si es factible se implemente el recurso de anulación como mecanismo de revisión de la aplicación del control difuso por los árbitros, cuando estos ejercitan control difuso, porque la norma constitucional adscrita así lo faculta.
- Que el recurso de anulación de laudo no se constituye en la vía procedimental específica, igualmente satisfactoria más idónea, sino en la vía previa para ejercitar un adecuado control difuso, porque lo contrario implicaría se desconozca la firmeza del laudo arbitral.
- Que es legítimo se recurra al amparo, como mecanismo de control de constitucionalidad para evaluar el adecuado ejercicio del control difuso arbitral, solo si antes se ha recurrido previamente a fin de agotar instancia al recurso de anulación y casación de ser el caso.



Referencias bibliografías:

- ALARCÓN, R. B. (2013). 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. *Derecho PUCP*, (71), 387-411.
- Arroyo, C. L. (2007). El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *THEMIS Revista de Derecho*, (53), 29-42.
- Bullard, A. (2013). ¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. *Revista Internacional de Arbitraje*, 55-93.
- Bustamante Alarcón, R. (2019). El control difuso en sede arbitral: Los parámetros constitucionales que se deben seguir según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. <https://doi.org/10.21678/2312-3583>.
- Cavani, R. (2018). Teoría impugnatoria: recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil. *Gaceta Jurídica*.
- Narváez, M. L. L. (2020). Los precedentes del tribunal constitucional en el arbitraje. *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, 1(1), 29-46.
- Priori Posada, G. F. (2012). El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el Precedente Vinculante 142-2011-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú (2002). Sentencia recaída en el expediente 1230-2002-HC/TC. Cesar Humberto Tineo Cabrera contra la Sala de Apelaciones de Procesos Penales Sumarios - Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. 20 de junio. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01230-2002-HC.html>
- Tribunal Constitucional del Perú (2004). Sentencia recaída en el expediente 0023-2003-AI/TC. Defensoría del Pueblo contra la Jurisdicción Militar Policial. 09 de junio. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el expediente 1680-2005-PA/TC. Jorge Luis Borda Urbano contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. 11 de mayo. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01680-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el expediente 0050-2004-AI/TC. Colegio de Abogados del Cusco y otros contra el Poder Legislativo. 03 de junio. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia recaída en el expediente 5854-2005-PA/TC. Pedro Andrés Lizana Puelles contra Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura. 08 de noviembre. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC. Fernando Cantuarias Salaverry contra la Cuarta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. 28 de febrero. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2008). Sentencia recaída en el expediente 00728-2008-PHC/TC. Giuliana Flor de María Llamuja Hilares contra la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima. 13 de octubre. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2011). Sentencia recaída en el expediente 00142-2011-PA/TC. Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia contra Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. 21 de setiembre. Recuperada de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2016). Sentencia recaída en el expediente 00010-2014-PI/TC. Ciudadanos contra el poder legislativo. 29 de enero. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00010-2014-AI.pdf>

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.
(2016). Consulta del 16 de agosto de 2016. Expediente 1618-2016-Lima Norte. Recuperado de

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5d0bf000440e07dbaab7ee8857548753/Resolucion_1816-2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5d0bf000440e07dbaab7ee8857548753

