

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“LA EFICACIA DEL ARBITRAJE
COMO MECANISMO DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS
EMPRESARIALES
A LA LUZ DE LA TEORIA CONTRACTUAL
Y LA TEORIA JURISDICCIONAL SOBRE SU NATURALEZA JURIDICA”**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR

Rigoberto Jesús Zúñiga Maravi

ASESOR

Alberto Cairampoma Arroyo

JURADO

Renzo Saavedra Velazco

Gilberto Martínez del Maestro

LIMA – PERÚ

2014

0

Para mi padre Rigoberto y mi madre Layli,
por su ejemplo y amor incondicional.

Para Danna,
por compartir mis sueños y apoyarme a conseguirlos.



INDICE

INTRODUCCION

I. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO IDÓNEO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EMPRESARIALES Y LA CONCEPCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.

1.1 EL ARBITRAJE Y LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EMPRESARIALES

1.2 ¿POR QUÉ LAS EMPRESAS RECURREN AL ARBITRAJE?

1.2.1 Defectos ajenos: Sobrecarga del Poder Judicial

1.2.2 Ventajas propias: El arbitraje es el mecanismo de solución de controversias que mejor responde a las necesidades empresariales

1.3 TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.

1.3.1 Importancia del debate

1.3.2 Teoría contractual

1.3.3 Teoría jurisdiccional

1.4 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

1.4.1 Artículos 62° y 63° de la Constitución

1.4.2 El artículo 139° de la Constitución

1.5 ¿ES EL ARBITRAJE UNA VERDADERA JURISDICCIÓN?

1.5.1 Análisis de la teoría contractual

1.5.1.1 El convenio arbitral como base de la teoría jurisdiccional

1.5.1.2 La voluntad de las partes para arbitrar como justificación de la competencia de los árbitros

1.5.2 Análisis de la teoría jurisdiccional

1.5.2.1 Arbitraje como ejercicio de jurisdicción por delegación del Estado

1.5.2.2 Contradicción Constitucional sobre quienes pueden ejercer función jurisdiccional

1.5.2.3 El arbitraje no comparte ciertas características con la jurisdicción, jurisdiccionales

1.5.2.4 El Laudo Arbitral no goza de la “máxima irrevocabilidad posible” propia de las decisiones jurisdiccionales

1.5.2.5 La cosa juzgada no es aplicable al arbitraje

II. ALCANCES DEL CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL EN SEDE JUDICIAL

2.1 LA EFECTIVIDAD DEL LAUDO ARBITRAL COMO PREMISA DEL CONTROL DEL ARBITRAJE EN SEDE JUDICIAL: EL LAUDO ARBITRAL COMO FIN ÚLTIMO DEL ARBITRAJE.

2.2 Perspectiva de control del laudo arbitral conforme la teoría contractual

2.2.1 Los efectos del convenio arbitral como límites para el control judicial del laudo arbitral

2.2.2 El recurso de anulación como última garantía de los efectos del convenio arbitral

2.2.3 Tratamiento legislativo del Recurso de Anulación

2.2.4 Tratamiento del Recurso de Anulación en la doctrina

2.2.5 Características esenciales del recurso de anulación

2.2.6 La prohibición que los jueces conozcan el fondo de la controversia y las causales taxativas como características esenciales

del recurso de anulación que permiten garantizar los efectos del convenio arbitral

2.3 PERSPECTIVA DEL CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL BAJO LA TEORÍA JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE

2.3.1 Premisa: Analogía entre jueces y árbitros y sentencia y laudo

2.3.2 La “judicialización del arbitraje”

III. CONCEPTO Y CONTROL DEL ARBITRAJE SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1 PRESENTACION DEL TEMA

3.2. LA NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANALISIS CRÍTICO

3.2.1 El arbitraje implica el ejercicio de jurisdicción

3.2.2 Se otorga protección constitucional al arbitraje solamente en cuanto es jurisdicción y se desnaturalizan sus mecanismos de propios

3.2.2.1 Principio de no interferencia no es aplicable al arbitraje, tampoco es necesario

3.2.2.2 Principio Kompetenz- Kompetenz (y el Principio de Separabilidad) se derivan de los efectos del convenio arbitral y no del principio de no interferencia

3.3. EL CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANALISIS CRÍTICO

3.3.1 Es posible el control del laudo arbitral a través de la demanda de amparo

3.3.2 Recurso de anulación es via previa al amparo

3.3.3 El control del laudo vía amparo implica que se pueden cuestionar derechos relativos al debido proceso material (fondo de la controversia) y amparo funciona como vía paralela al recurso de anulación

3.3.4 Intervención residual del Tribunal Constitucional solo en caso de agravio manifiesto a la tutela procesa o al debido proceso

3.3.5 Ejemplificando los males: el caso CODISA

3.3.6 Regla de control actual: anulación es vía igualmente satisfactoria al amparo ¿solución o nuevo problema?

3.3.6.1 Lectura “Arbitralista”: el recurso de anulación en su esencia

3.3.6.2 Lectura “Constitucionalista”: la “amparización” del recurso de anulación

3.3.7 Reglas de improcedencia del amparo

3.3.8 Propuesta de Modelo de Control de Laudo Arbitral

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

He tenido la suerte de conocer el mundo del arbitraje desde mis inicios en la práctica del Derecho, desde mis segundas prácticas pre profesionales en 2008 empecé a trazar un camino constante en el conocimiento del derecho de arbitraje a través del cual he podido seguir de cerca un fenómeno que por ese entonces estaba en plena ebullición, este fenómeno era el referido al control constitucional de los laudos arbitrales a través del amparo constitucional.

Y es que el auge arbitral que se ha desplegado en nuestra realidad jurídica y económica, particularmente al ser usado para la solución de controversias comerciales, desde 1996, año de entrada en vigencia de la Ley General de Arbitraje, hicieron que la parte que perdía el arbitraje en algunas situaciones intente revertir esta situación por todos los medios que el derecho le ofrecía, incluido el amparo constitucional.

Lo interesante de este asunto es que, conforme se verá a lo largo de esta tesis, la posibilidad de aceptar el cuestionamiento de un laudo vía amparo variará radicalmente dependiendo de la teoría sobre la naturaleza jurídica del arbitraje a la que nos acogamos, es decir dependiendo si somos partidarios de la teoría contractual o jurisdiccional.

Nuestra Constitución Política de 1993 replicando lo dispuesto por la constitución de 1979 se acogió a la teoría jurisdiccional del arbitraje y es a través de la aplicación de esta teoría que se ha sido desarrollada la relación entre laudo arbitral y amparo por nuestro Tribunal Constitucional.

Sin embargo, como también se verá a lo largo de esta tesis, esta relación no ha sido lo feliz que el constituyente de 1979 o de 1993 esperaban, fruto de ella han habido serios inconvenientes que han puesto en alerta a la comunidad arbitral por afectar un asunto vital en el arbitraje: la efectividad del laudo arbitral.

Y es que el auge del arbitraje en nuestro país se explica a través de un razonamiento lógico bastante sencillo, las partes recurren al arbitraje para solucionar sus conflictos ante los problemas que experimenta el Poder Judicial y las ventajas propias que encuentran en el arbitraje.

En consecuencia, para que el arbitraje cumpla su finalidad social como mecanismo alternativo de solución de controversias debe ser un sistema capaz de solucionarlas y esto lo logra a través del laudo.

En este orden de ideas un control del laudo arbitral excesivo o no propio de la esencia del arbitraje frustrará esta finalidad, afectando la seguridad jurídica que se necesita en el comercio.

Este trabajo de investigación tiene por finalidad demostrar los inconvenientes que ha causado para la efectividad del laudo arbitral, y en consecuencia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias, el asumir la teoría jurisdiccional sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Pero no solo queremos evidenciarlos, sino explicar porque los consideramos incorrectos y sobre todo explicar los motivos que hacen que la teoría jurisdiccional sobre la naturaleza jurídica del arbitraje no sea la más saludable para la efectividad de éste.

En este orden de ideas, también entraremos a analizar los mecanismos de control del laudo arbitral desde la perspectiva de la teoría contractual sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, que como apreciaremos, es más acorde y armoniosa con la efectividad del laudo arbitral, y en consecuencia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias.

Finalmente una vez efectuado este balance pasaremos a sugerir un modelo de control de laudo arbitral para nuestra realidad jurídica nacional.

II. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO IDÓNEO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EMPRESARIALES Y LA CONCEPCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.

1.1 EL ARBITRAJE Y LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EMPRESARIALES

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias alternativo al poder judicial, esto significa que se plantea como una opción al Poder Judicial y a su facultad y potestad soberana de resolver controversias, en este sentido el arbitraje convive con la posibilidad judicial y ofrece a las partes de un contrato otra opción para resolver sus controversias.

Históricamente es sabido que el arbitraje nació como un uso o una costumbre comercial a través de la cual los comerciantes decidían resolver sus controversias fuera de los aparatos judiciales estatales comprometiéndose a cumplir y respetar la decisión a la que arribe el tercero al cual se sometían.

Conforme pasó el tiempo este uso comercial fue desarrollándose positivamente a través de convenciones o tratados internacionales y directrices, en lo que actualmente conocemos como Convención de Nueva York, Ley Modelo de la CNUDMI y posteriormente en las Leyes de Arbitraje de los distintos países del orbe.

En cuanto al desarrollo internacional señala el profesor Grigera Naón:

“El creciente apoyo gubernamental al arbitraje comercial internacional por los Estados industrializados de Occidente, que fue acompañado por una actitud similar de parte de los Estados entonces pertenecientes al Bloque Socialista, y más recientemente por Estados del mundo en desarrollo. La más clara expresión de dicho apoyo es la ratificación en todas partes del mundo de la Convención de las Naciones Unidas de Nueva York de 1958 en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), que constituye pieza clave en el desarrollo contemporáneo del arbitraje comercial internacional (...) La amplia, decisiva y vital influencia de la Convención de Nueva York ha encontrado confirmación en el texto mismo de la Ley Modelo, de aceptación general, como ya se ha dicho, en muchas jurisdicciones del mundo desarrollado y en desarrollo.”¹

Asimismo sobre el desarrollo de diversas legislaciones nacionales refiere el profesor Fernando Mantilla- Serrano lo siguiente:

“En derecho comparado, la mayoría de los sistemas jurídicos en sus orígenes confiaban la regulación del arbitraje en los códigos procesales nacionales. Con el auge del comercio internacional y el marcado uso del arbitraje como método preferido para resolver controversias comerciales, la segunda mitad del siglo XX dio origen a la tendencia, hoy consolidada, de promulgar leyes de arbitraje autónomas y desligadas de los cuerpos normativos procesales o sustantivos. Esta tendencia es particularmente evidente al analizar las leyes de arbitraje que han sido expedidas en Latinoamérica en los últimos años.”²

Esto es totalmente factible de ser comprado en nuestro país, en efecto desde el año 1992 hasta la fecha y de forma ininterrumpida, contamos con cuerpos normativos que específicamente regulan lo concerniente al derecho de arbitraje, desde el Decreto Ley N° 25935, pasando por la Ley N° 26572 hasta el actual Decreto Legislativo N° 1071.

¹GRIGERA NAÓN, Horacio. Arbitraje Comercial Internacional, Quo Vadis? Estudios de Arbitraje, Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. Editorial Jurídica de Chile, 585-593 (2006). p.589

² MANTILLA SERRANO, Fernando. La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?," En Arbitraje Internacional - Tensiones Actuales 207 (F. Mantilla-Serrano Ed) Legis, 2007p.209

Ha lo dicho hasta ahora debemos añadir que existe la estrecha ligazón que ya mencionáramos entre arbitraje y actividad comercial encuentra su prueba irrefutable de en la importancia en el desarrollo y evolución del arbitraje que han tenido las distintas Cámaras de Comercio a nivel internacional, siendo la pionera de todas la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) y a nivel nacional, lo cual hace patente la indisoluble relación entre el arbitraje y la actividad comercial.

Sobre este tema refiere Grigera Naón lo siguiente:

“El apoyo del mundo de los negocios al arbitraje internacional, -es- percibible y evidenciado de manera específica desde temprana época, a través de los objetivos perseguidos por la Cámara de Comercio Internacional desde su creación en 1919, la adopción por ésta de reglas de arbitraje internacional en 12922, y la instauración de su Corte de Arbitraje e 1923.”³

Se aprecia entonces que la institucionalización del arbitraje a través de las Cámaras de Comercio, que son en buena cuenta gremios de comerciantes, hace evidente la íntima relación que existe entre el comercio y el arbitraje.

El considerar al arbitraje como un mecanismo de resolución de controversias alternativo al Poder Judicial, no significa situarlos en una posición de confrontación ni igualar sus funciones y características.

Al respecto creemos que es muy pertinente citar la opinión del profesor Roque Caivano:

“Ilustrativamente se ha explicado esta interrelación entre la justicia estatal y la arbitral: «El arbitraje no compete con la justicia del Estado, ya que su desarrollo pleno tiene lugar precisamente en aquellos países donde sus legislaciones ofrecen eficaz colaboración a los tribunales arbitrales. De manera que el mito del enfrentamiento entre ambas justicias no es tal. Cada cual, en su ámbito, debe

³ GRIGERA NAÓN, Horacio. Ob. Cit. p.592

cumplir el rol que el Derecho le ha asignado. La justicia del Estado y la justicia arbitral no se encuentran en situación de conflicto. El éxito, es decir, el logro de la paz social como meta indiscutible de ambas vías, se logra tan sólo mediante el delicado equilibrio de su complementariedad, de su interdependencia. De manera que ambas formas o modalidades para lograr poner fin a las disputas se necesitan, se precisan mutuamente.”⁴

Sin ir más lejos, a diferencia de lo que ocurre en el caso del Poder Judicial, en el ámbito del arbitraje se encuentran los límites propios a su aplicación en lo que se conoce como “Arbitrabilidad”.

La Arbitrabilidad está determinada por la habilitación legal de someter cierto tipo de controversias a arbitraje en razón de la materia sobre la que versan estas controversias.

Sobre el particular refiere Mantilla- Serrano:

“Un segundo aspecto, cuya aplicación y ámbito están íntimamente relacionados con la aplicación de un derecho nacional, es el de la arbitrabilidad- denominada arbitrabilidad objetiva por la doctrina anglosajona-, es decir, el de la identificación de aquellas materias o controversias que pueden ser sometidas a arbitraje. Corresponde así a cada ordenamiento jurídico decidir y fijar las cuestiones susceptibles de arbitraje. De hecho, casi la totalidad de leyes de arbitraje contemplan algún tipo de disposición relativa a las materias que pueden ser sometidas a arbitraje, la mayoría de las veces haciendo referencia a aquellas controversias que versen sobre derechos disponibles.”⁵

Por su parte el profesor Santiago Talero señala:

“Se ha sostenido, por ejemplo, que la arbitrabilidad se predica de derechos de contenido económico o patrimonial (...) también se ha sostenido que las materias

⁴ CAIVANO, Roque. “Retos del arbitraje frente a la administración de justicia” En Castillo, Mario (director). Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje. Primera parte. Lima: Palestra, 2008, p.43

⁵ MANTILLA SERRANO, Fernando. Ob. Cit.p.218

arbitrables se refieren a los derechos de libre disposición de las personas, mientras que las no arbitrables recaen sobre los derechos inalienables y no transigibles.”⁶

En este orden de ideas, y a diferencia de lo que ocurre con la resolución de controversias en el ámbito judicial, para poder someter una controversia a arbitraje, dicha controversia deberá cumplir con el requisito que la Ley imponga para su arbitrabilidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, la arbitrabilidad objetiva está regulada en el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 2º.- Materias susceptibles de arbitraje.

2. *Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.*

Esto significa que solo podrán someterse a arbitraje controversias sobre materias de libre disposición, así como materias que no siéndolo tengan autorización expresa en alguna ley o tratado internacional. En otras palabras, a diferencia de lo que ocurre en el Poder Judicial, en el arbitraje solamente se podrán resolver controversias relativas a derechos de libre disponibilidad, o que no siéndolo sean autorizadas a arbitrarse por mandato de una ley.

Sobre el particular refiere Cantuarias Salaverry lo siguiente:

“La referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales o extracontractuales, con o sin contenido patrimonial. la ley de arbitraje se inscribe así en la tendencia mundial de ampliar al

⁶ TALERO RUEDA, Santiago, Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales. En: Revista Lima Arbitration: <http://limaarbitration.net/LAR3-4/Santiago-Talero-Rueda.pdf>, N° 03, 2008- 2009,P. 228

máximo el ámbito de las materias arbitrables y por ello evita enumerar una lista de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje.”⁷

En la práctica ocurre que dentro la definición de libre disponibilidad encaja perfectamente con una serie de relaciones jurídicas que establecen las empresas en sus actividades comerciales, es decir, la calificación de comercial de la controversia que se somete a arbitraje.

La importancia del arbitraje para la resolución de conflictos comerciales es explicada por los profesores Redfern, Hunter, Partasides y Blackaby:

“la idea que el arbitraje constituye un método particularmente adecuado para la solución de controversias derivadas de relaciones de negocios (por contraposición a las relaciones domésticas) es en general ampliamente aceptada (...) en términos amplios, un contrato comercial es un tipo de contrato celebrado entre comerciantes en el curso habitual de sus actividades.”⁸

Si bien es cierto que la libre disposición abarca márgenes más amplios que la definición de comercial, lo cierto es que todo controversia comercial si puede ser definida como materia de libre disposición, por la sencilla razón que al producirse dentro del comercio necesita siempre versar sobre derechos disponibles, es decir que solo los derechos disponibles producen comercio.

Es a partir de esta relación que podemos apreciar con claridad la importancia que tiene el arbitraje en la solución de controversias comerciales. Asimismo las empresas son quienes a través de distintas modalidades legales desempeñan actividad comercial, veamos lo que nos dice sobre ello la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Pequeña y Micro Empresa.

Art 2° Definición de Micro y Pequeña Empresa

⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: Arbitraje comercial y de las inversiones, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007. p.9

⁸ REDFERN & HUNTER on International Arbitration – Fifth Edition. Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. Oxford University Press, 2009. p. 79. 1-31

La Micro y Pequeña Empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios.

A mayor abundamiento, revisemos algunos significados pertinentes dados por la Real Academia de la Lengua Española

La Real Academia de la Lengua Española define a la Empresa como:

“Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles de prestación de servicios con fines lucrativos.”⁹

Por su parte entiende por actividad mercantil como:

“Pertenciente o relativo al mercader, a la mercancía o al comercio.”¹⁰

Asimismo define comercio como:

“Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías...”¹¹

Bajo la luz de estas definiciones, y sobretodo atendiendo a la realidad económica a nivel mundial, es innegable que son las empresas las protagonistas de la actividad comercial a nivel mundial y que son en consecuencia la gran usuaria del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

Es así que en palabras de González de Cossio, *“el arbitraje es el método por excelencia para resolver controversias comerciales”*:

“el arbitraje es el método más adecuado para resolver controversias derivadas de tres nichos: comerciales, internacionales y técnicas complejas o delicadas. Lo anterior por

⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En: <http://lema.rae.es/drae/>

¹⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En <http://lema.rae.es/drae/>

¹¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En <http://lema.rae.es/drae/>

*diversos motivos, dentro de los que destacan la celeridad, especialización, la posibilidad de acudir a juzgadores con una “mentalidad de negocios”.*¹²

Asimismo, este autor refiere además que, en la práctica, desde hace ya un buen tiempo el arbitraje constituye el mecanismo de solución de controversias preferido por los comerciantes, de tal forma que a su juicio *“el arbitraje constituye cada vez más la regla que la excepción”*.

*“Si se observa dentro del contexto de los litigios mercantiles en general, probablemente se considere que es una excepción la posibilidad de acudir a tribunales (nacionales) para solucionar una controversia.”*¹³

Compartimos plenamente esta afirmación, hoy por hoy el arbitraje ha demostrado ser el mecanismo más usado en las actividades comerciales. Quizás uno de los Estudios de Investigación que más datos nos puede proporcionar al respecto sea el Estudio efectuado por Price Waterhouse Coopers titulado “International Arbitration: corporate attitudes and practices 2008”. En este Estudio, conforme el mismo explica tuvo la siguiente metodología:¹⁴

“Conducted over a six-month period, this study summarises data from 82 questionnaires and 47 interviews. We surveyed major corporations that are users of arbitration services. Its key conclusions are:

- International Arbitration remains companies’ preferred dispute resolution mechanism for cross-border disputes*
- International Arbitration is effective in practice*
- When International Arbitration cases proceed to enforcement, the process usually works effectively.”*

¹² GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa, México, 2011.p.244

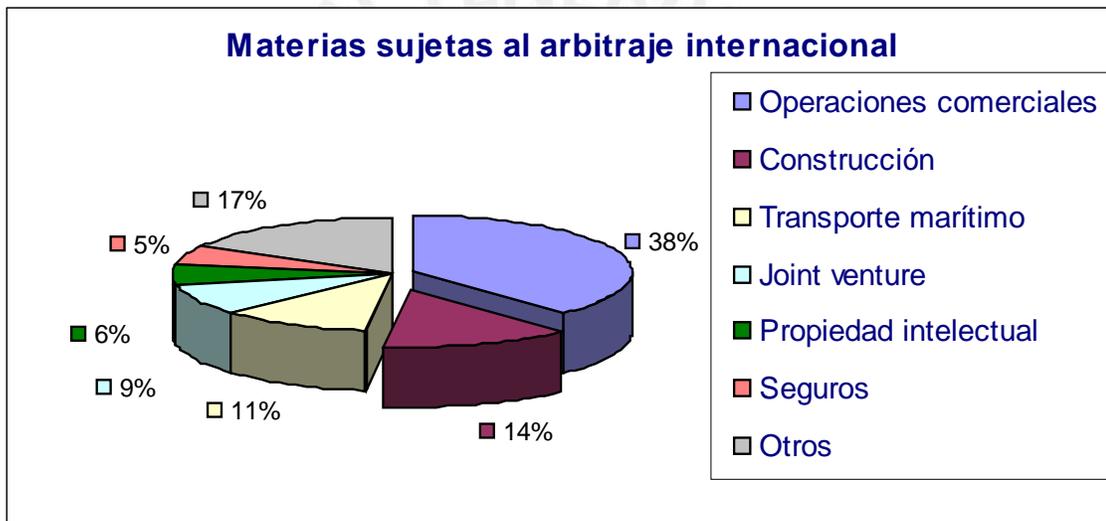
¹³ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Ob.Cit. p.245

¹⁴ PRICE WATERSHOUSE, COOPERS. International Arbitration: corporate attitudes and practices 2008” In: http://www.pwc.co.uk/en_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf p.6

El primer dato interesante que podemos recoger de este Estudio es el “significant support for arbitration (significativo respaldo hacia el arbitraje)” por parte de las compañías materia del estudio, de hecho según éste:

- *88% of the participating corporations have used arbitration.*
- *certain industries, such as insurance, energy, oil and gas and shipping, use International Arbitration as a default resolution mechanism.*¹⁵

El segundo dato relevante es el referido a las materias que se arbitran, lo cual puede ser apreciado en el siguiente gráfico:



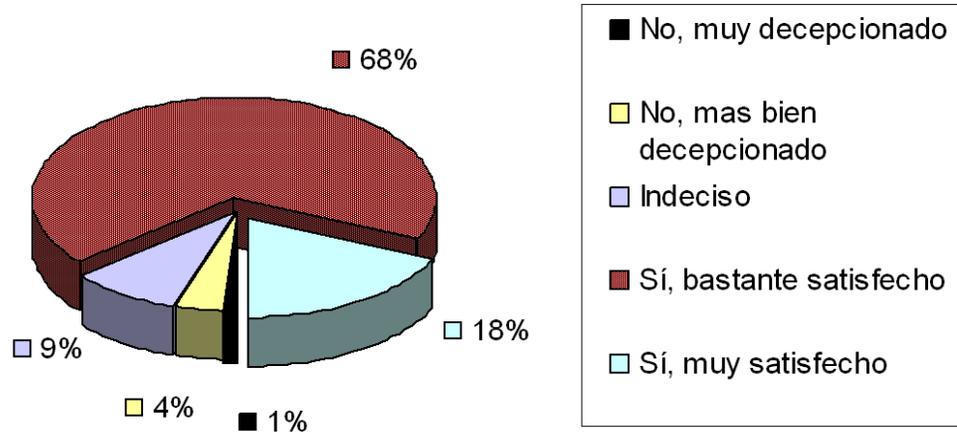
Sin duda alguna las materias referidas en este gráfico son claramente actividades comerciales realizadas por empresas como aseguradoras, constructoras, productoras de tecnología, de transporte marítimo, etc.

Finalmente es pertinente también presentar un gráfico obtenido de éste Estudio referido a la satisfacción respecto del uso del arbitraje por parte de sus usuarios:¹⁶

¹⁵ Ibid. p.6

¹⁶ P.9

¿Si Ud. usó el arbitraje en los últimos diez años, quedó satisfecho con este método de solución de controversias?



En consecuencia se prueba que, conforme ya lo señaló Gonzáles de Cossio, hoy en día la regla general en el mundo del comercio es solucionar sus controversias en arbitraje y que el grado de satisfacción respecto al uso de este mecanismo alternativo de solución de controversias es bastante elevado.

Cierto es que no todos las controversias se llevan a arbitraje, muchas veces la baja cuantía que involucra el litigio hace que no sea eficiente arbitrarlo, pues cierto es también que el arbitraje involucra costos como los honorarios de los árbitros y los tasas administrativas del Centro de Arbitraje. Por ejemplo, conforme el Tarifario del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú el costo mínimo de un arbitraje con árbitro único será de S/. 10788.00 (Diez mil setecientos ochenta y ocho y 00/100 Nuevos Soles), cifra que está compuesta de los siguientes conceptos:¹⁷

Tasa por presentación de solicitud de arbitraje:	S/. 1350
Tasa administrativa del Centro:	S/. 4500
Honorarios del tribunal arbitral:	S/. 12395

¹⁷ En: <http://consensos.pucp.edu.pe/arbitraje/tarifas/>

Honorarios árbitro único:	S/. 4938
---------------------------	----------

Esto implica que no será eficiente someter a arbitraje toda controversia con un valor inferior a S/. 10788.00, pues los gastos del procedimiento serán mayores que el monto a obtenerse. Sin embargo debemos señalar que este costo global se mantiene hasta en un rango de una cuantía valorizada entre S/. 1.00 hasta S/. 145,000.00, lo cual demuestra que será eficiente someter a arbitraje todo monto superior a S/. 10788.00.

Asimismo el auge del arbitraje en el mundo comercial puede ser explicado también a través de un breve análisis de las ventajas inherentes y propias del arbitraje sumadas a una serie de carencias que han afectado a nuestro Poder Judicial, y a muchas otros órganos jurisdiccionales en el mundo entero, han hecho que el arbitraje se convierta en la vía preferida para solucionar estos conflictos, lo cual será efectuado en el siguiente punto de este trabajo.

1.2 ¿POR QUÉ LAS EMPRESAS RECURREN AL ARBITRAJE?

Partamos de una simple afirmación que constataremos poco a poco. El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que tiende a responder en mejor y mayor medida a las necesidades comerciales que los tribunales judiciales. Esta virtud está compuesta en parte de virtudes propias y de defectos ajenos (deficiencias propias del sistema judicial).

1.2.1 Defectos ajenos: Sobrecarga del Poder Judicial

Es muy conocida en el mundo del derecho aquella frase que afirma que “la justicia tardía no es justicia” o dicho de otro modo, la justicia para ser verdadera justicia debe basarse en la solución de controversias en el momento oportuno, que es cuando los litigantes la requieren. Si esto no ocurre, y la resolución de una controversia excede la necesidad temporal de estos litigantes, entonces la solución a la controversia será infructuosa, pues no fue dada en el momento preciso y necesario.

Lo expuesto en el párrafo precedente grafica de cierto modo una de las más grandes ventajas propias del arbitraje: la celeridad y una de las principales desventajas del aparato judicial: la lentitud por la masificación de causas.

Sobre esto último el profesor Fernando Cantuarias señala

*“Son muchas las razones que explican la demora en la administración de justicia en América Latina. Una de las más comunes y más fácilmente comprobable es la masificación de causas que sufren las Cortes debido a la cantidad de casos que se someten a su consideración (...) perjudicando así a la parte que tiene cifrada su esperanza en la justicia estatal (...) para estos efectos, debemos partir de la premisa que en ciertas controversias, como son las patrimoniales y las de libre disposición, no tiene por qué existir un interés del Estado de resolverlas directamente. Este interés debe concentrarse en cambio en velar que existan vías eficientes como el arbitraje que solucionen de manera definitiva estos conflictos”.*¹⁸

Nuevamente se aprecia, la innegable relación entre las controversias de carácter patrimonial (entiéndase en su acepción comercial) y el arbitraje. Es más, este mismo autor nos cuenta que, por ejemplo en la Argentina se trató de descongestionar la sobrecarga judicial con el fomento del arbitraje y la creación de nuevos juzgados.¹⁹

Consideramos que es innegable que el fomento de cualquier mecanismo alternativo de solución de controversias coadyuda a la reducción de carga de las cortes estatales. Sin embargo no podemos desconocer que dentro de los distintos medios alternativos de solución de controversias existen algunos que son más autocompositivos o más heterocompositivos que otros. En este sentido, el arbitraje y el Poder Judicial encabezan la lista de mecanismos con mayor grado de presencia heterocompositiva. En el arbitraje decide un tercero porque así lo han decidido las partes, en el Poder Judicial decide un juez por imperio del Estado.

¹⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Ob Cit p.3

¹⁹ Ibid. p.4

El que un tercero imparcial (juez o arbitro) resuelva una controversia, hace que las partes recurran al arbitraje, en vez de al Poder Judicial, porque ambos comparten una naturaleza adversarial en virtud a su rasgo heterocompositivo. En este sentido, consideramos que por esto último el arbitraje es el mecanismo de resolución de controversias ideal para el descongestionamiento judicial.

A ello debemos sumar lo que señala Cantuarias respecto de las ventajas de fomentar el arbitraje respecto del Poder Judicial, siendo que la primera de ellas consistirá en que la obvia descongestión de la carga procesal de los jueces, lo cual a la larga implica que este poder estatal no tenga que incurrir en gastos excesivos, pero lamentablemente inútiles la gran mayoría de veces, para hacer frente a este congestionamiento, inversiones en infraestructura y trabajadores que son asumidas por nuestros impuestos.

Por ello, creemos que lo principal reside en que el arbitraje le cuesta a los interesados del litigio, no a la sociedad en su conjunto, esto en palabras de Cantuarias significa *“permitir que los litigantes internalicen los costos de litigar.”*²⁰

En efecto, solo basta una mirada para apreciar que en el litigio judicial el costo de este es gran medida asumida por el Estado mientras que en el arbitraje son los litigantes quienes asumen todos los costos que genere su causa.

Si bien hemos intentado describir brevemente el principal problema que aqueja a al Poder Judicial, esto es la sobrecarga, y como el arbitraje se presenta como una alternativa para escapar de ella no podemos perder de vista que el Poder Judicial tiene además otros problemas que muy claramente pone de manifiesto Carlos Soto:

“la experiencia ha demostrado que la congestión de los servicios de administración de justicia impartidos por el poder judicial, así como la demora en los fallos, la incertidumbre, la falta de especialización de los jueces y la falta de confianza en la

²⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Ob Cit. 5

función judicial han servido de alicientes para preferir al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos.”²¹

Decíamos líneas arriba que el arbitraje era el mecanismo idóneo de solución de controversias empresariales por virtudes propias y por defectos ajenos, una vez retratados estos últimos toca entonces conocer brevemente las virtudes que inherentemente guarda el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

1.2.2 Ventajas propias: El arbitraje es el mecanismo de solución de controversias que mejor responde a las necesidades empresariales

Si bien afirmábamos líneas arriba que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias adversarial al igual que el litigio judicial decíamos también que es muy distinto a este.

En efecto, en el arbitraje vamos a poder encontrar características que no están presentes en el litigio judicial pues que son propias de aquel.

Dentro de las ventajas propias del arbitraje Redfern, Hunter, Paratasides y Blackaby refieren 2 de ellas: la flexibilidad y la confidencialidad. Respecto a la primera de ellas manifiestan que:

“No existe un manual estándar que contenga las normas procesales detalladas que deberán seguirse en un arbitraje, las partes y los árbitros tiene la libertad para determinar por si mismos los procedimientos que mejor se adapten a sus necesidades, a las circunstancias particulares de la controversia específica en la que participan.”²²

Compartimos plenamente esta afirmación, a diferencia del excesivo ritualismo procesal y los formalismos existentes en el litigio judicial, el arbitraje es capaz de amoldarse a cada controversia como mejor crean conveniente las partes y los

²¹ SOTO COAGUILA, Carlos. Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú- Ley N° 26572. En: Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El arbitraje en el Perú y el mundo, Lima, 2008, Ediciones Magna, p.30

²² Redfern yHunter. Ob Cit. p.86-87, 1-44

árbitros, solamente partamos del hecho que en los procesos judiciales es de aplicación obligatoria el código procesal civil para entender esta diferencia, mientras que en el arbitraje conforme nuestra Ley de Arbitraje existe plena libertad para establecer las reglas aplicables a las actuaciones arbitrales, es así que la regla de prelación para la regulación de las actuaciones arbitrales es la contenida en el artículo 34° de esta norma, donde se establece lo siguiente:

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

- 1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*
- 2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.*
- 3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.*
- 4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.*

En este sentido, en el arbitraje las partes podrán establecer libremente las reglas aplicables a su arbitraje siempre que respeten el principio de igualdad, en defecto de ello se aplicará el reglamento arbitral pertinente (solo en caso arbitraje institucional), posteriormente lo establecido por los árbitros y supletoriamente la Ley de Arbitraje.

Sobre el arbitraje institucional no faltará quien diga que en ello existe un “pseudo proceso” establecido de antemano y de aplicación obligatoria, sin embargo cada reglamento institucional se esfuerza en privilegiar la flexibilidad en contra de la rigidez, en este sentido las reglas de un reglamento arbitral admiten ser modificadas

por los árbitros siempre que se salvaguarde los derechos de igualdad, audiencia y contradicción de las partes y no se vulnere la eficacia del procedimiento arbitral.²³

Acerca del particular el profesor Grigera Naón comparte nuestra postura, pues afirma lo siguiente:

“Desde el punto de vista procesal, las reglas de arbitraje de las instituciones arbitrales más importantes reconocen y se basan en la autonomía individual de las partes para seleccionar o modelar las reglas que habrán de regir el proceso arbitral sin sujeción a sistemas de derecho procesal nacionales, así como en la autonomía de los mismos árbitros para establecer tales reglas, si las partes nada han acordado al respecto, con igual libertad.”²⁴

Por su parte acerca del arbitraje ad hoc debemos señalar que nuestra actual Ley de Arbitraje no se detiene a establecer el procedimiento arbitral aplicable supletoriamente, sino que deja ésta tarea en manos de las partes y árbitros lo cual es una muestra más de la flexibilidad innata del arbitraje.

Por otro lado, respecto de la confidencialidad, Redfern, Hunter, Paratasides y Blackaby manifiestan:

²³ Al respecto es pertinente citar al Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la PUCP, en cuyo artículo 38° establece lo siguiente:

Facultades de los árbitros

Artículo 38°.-

Los árbitros podrán dirigir el proceso del modo que consideren apropiado, sujetándose a lo previsto en este Reglamento.

Los árbitros pueden dictar en cualquier momento disposiciones complementarias que resulten necesarias para el cabal cumplimiento de este Reglamento, velando por el debido proceso y respetando los principios referidos para el proceso arbitral.

De existir algún hecho que no haya sido regulado por el Reglamento, los árbitros aplicarán la Ley de Arbitraje y, en su defecto, las reglas que estimen pertinentes para el correcto desarrollo del proceso.

Los árbitros son competentes para conocer y resolver todas las cuestiones subsidiarias, conexas, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso arbitral, así como aquellas cuya sustanciación en sede arbitral haya sido consentida por las partes en el proceso.

Los árbitros podrán, de acuerdo a su criterio, ampliar los plazos que hayan establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

²⁴ GRIGERA NAON, Horacio. Ob. Cit. P.587

“A diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales estatales, en los que generalmente la prensa y el público tienen derecho a estar presentes, el arbitraje comercial internacional no es un proceso público. Es fundamentalmente un proceso privado.”²⁵

Por citar un ejemplo el Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP establece que:

“Confidencialidad

Artículo 36º.-

Las actuaciones arbitrales son confidenciales. Los árbitros, funcionarios del Centro, los miembros de la Corte de Arbitraje, peritos, las partes, sus representantes legales, su asesores, abogados, o cualquier persona que haya intervenido en las actuaciones arbitrales se encuentran obligados a guardar reserva de la información relacionada con el proceso arbitral, incluido el laudo.”

La valoración positiva de la confidencialidad como ventaja radica en el hecho que las partes prefieren mantener en reserva sus controversias por diversos motivos, entre ellos la imagen comercial que presenten a sus clientes y proveedores así como la preservación del vínculo comercial con la parte con la que sostienen un arbitraje.

Por su parte Carlos Soto cita otras virtudes propias del arbitraje tales como celeridad, especialización y dedicación sobre las cuales señala lo siguiente:

“Celeridad: el procedimiento arbitral es mucho más rápido que el proceso judicial, especialización: las partes eligen a los árbitros en función de la especialidad y dificultad del conflicto, lo cual determina que la controversia sea analizada en profundidad, dedicación: los árbitros no cuentan con la carga procesal que actualmente tiene un juez peruano, motivo por el cual se pueden dedicar”²⁶

Definitivamente consideramos que el arbitraje brilla por su celeridad frente al proceso judicial, y esta celeridad es apreciada por las empresas que necesitan resolver sus controversias de manera rápida y seguir con sus operaciones. La celeridad brinda

²⁵ REDFERN Y HUNTER. Ob. Cit.. p.91, 1-53

²⁶ SOTO COAGUILA, Carlos. Ob Cit. p.30

además certeza jurídica puesto que la prolongación en el tiempo de la controversia crea ambigüedad y dudas que perjudican el clima de negocios, cierto es que no es que el arbitraje dure poco tiempo, no, pero dura mucho menos que un proceso judicial, es en suma el mecanismo adversarial heterocompositivo de menor duración.

De igual forma la especialización de los árbitros es una ventaja muy valiosa. En el litigio judicial, por el principio del juez natural, el juez que conoce la controversia no es necesariamente experto en esa materia, se dice que en general los jueces deben conocer de todo y sabemos que existe un viejo refrán que señala “quien mucho abarca poco aprieta.”

El surgimiento de nuevas ramas del derecho cada vez más especializadas no se condice con el quehacer judicial normal. En cambio en el arbitraje las partes tienen la posibilidad de buscar a un experto en la materia de su controversia y que sea este experto quien la resuelva, ya que en el arbitraje no rige el principio de juez natural sino de libertad de designación.

La especialidad del árbitro redundante en otro factor muy importante: la calidad de la decisión. Es de esperar que un experto emita una decisión más fundamentada y acorde a la realidad que alguien que desconoce de la materia controvertida.

Finalmente la dedicación que un árbitro puede brindar a un arbitraje es también decisiva, solamente debemos considerar la sobrecarga judicial para determinar esto. Un juez no tiene el suficiente tiempo para atender a un caso como lo puede hacer un árbitro, es humanamente imposible cambiar esto. Bastará con observar como los informes orales ante un juez o una corte duran en el poder judicial de 5 a 10 minutos, mientras que en un arbitraje pueden haber audiencias de informes orales que duren horas o incluso más de una audiencia.

El descontento de la población sobre el funcionamiento del sistema judicial en Perú y sus causas lo podemos apreciar a través una reveladora encuesta efectuada por la Universidad de Lima en setiembre de 2006, en la cual se puede apreciar con claridad

la percepción de la población peruana en torno al nivel educativo de los jueces, lo que en buena cuenta se refiere a la especialización con la que cuentan: ²⁷

“ 2. ¿CUÁNTO CONFÍA EN EL PODER JUDICIAL: MUCHO, BASTANTE, POCO O NADA?”

	2006	NSE				
	Set	A	B	C	D	E
Mucho	0.4	0.0	0.0	0.7	0.0	1.3
Bastante	1.7	0.0	1.3	2.0	0.7	3.8
Poco	51.7	47.5	56.3	51.3	49.3	53.8
Nada	45.3	52.5	42.5	46.0	48.0	40.0
No sabe	0.7	0.0	0.0	0.0	1.3	1.3
No contesta	0.2	0.0	0.0	0.0	0.7	0.0
(Base: Total de entrevistados)	(500)	(40)	(80)	(150)	(150)	(80)

3. EN GENERAL, ¿CÓMO CALIFICA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ?

	2006	NSE				
	Set	A	B	C	D	E
Muy buena / buena	2.8	0.0	2.5	3.3	1.3	5.0
Regular	37.3	27.5	25.0	34.0	38.0	53.8
Mala / muy mala	58.5	72.5	71.3	62.0	58.0	40.0
No sabe	0.9	0.0	0.0	0.7	2.0	0.0
No contesta	0.6	0.0	1.3	0.0	0.7	1.3
(Base: Total de entrevistados)	(500)	(40)	(80)	(150)	(150)	(80)

4. EN GENERAL, ¿CÓMO CALIFICA EL NIVEL PROFESIONAL DE LOS JUECES EN EL PERÚ?

2006	NSE				
Set	A	B	C	D	E

²⁷ GRUPO DE OPINION PÚBLICA DEN LA UNIVERSIDAD DE LIMA: Estudio 327. Barómetro Social: justicia, Lima Metropolitana y Callao, septiembre de 2006. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notibak/2006/09set/28/nota07.htm>

<i>Muy bueno / bueno</i>	5.6	2.5	11.3	7.3	2.0	5.0
<i>Regular</i>	44.5	50.0	33.8	42.0	47.3	51.3
<i>Malo / muy malo</i>	47.8	47.5	55.0	49.3	46.0	42.5
<i>No sabe</i>	1.9	0.0	0.0	0.7	4.7	1.3
<i>No contesta</i>	0.2	0.0	0.0	0.7	0.0	0.0
<i>(Base: Total de entrevistados)</i>	<i>(500)</i>	<i>(40)</i>	<i>(80)</i>	<i>(150)</i>	<i>(150)</i>	<i>(80)</i>

5. ¿CUÁL ES EL PRINCIPAL PROBLEMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL PERÚ?
(RESPUESTA ASISTIDA)

	2006	NSE				
	Set	A	B	C	D	E
<i>Corrupción</i>	62.8	77.5	55.0	65.3	67.3	53.8
<i>Bajo nivel profesional de los jueces</i>	14.4	15.0	13.8	13.3	12.0	21.3
<i>Lentitud de los procesos</i>	7.3	0.0	10.0	8.0	5.3	8.8
<i>Desigualdad de acceso a la justicia</i>	5.6	2.5	10.0	6.7	4.0	3.8
<i>Jueces mal remunerados</i>	3.3	0.0	6.3	2.0	4.0	2.5
<i>Falta de autonomía</i>	2.3	0.0	1.3	2.7	2.0	3.8
<i>Infraestructura deficiente</i>	1.4	0.0	3.8	1.3	1.3	0.0
<i>Falta de tecnología</i>	0.8	2.5	0.0	0.0	0.7	2.5
<i>Centralización</i>	0.7	2.5	0.0	0.0	1.3	1.3
<i>Otro</i>	0.2	0.0	0.0	0.7	0.0	0.0
<i>No sabe</i>	1.1	0.0	0.0	0.0	2.0	2.5
<i>No contesta</i>	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
<i>(Base: Total de entrevistados)</i>	<i>(500)</i>	<i>(40)</i>	<i>(80)</i>	<i>(150)</i>	<i>(150)</i>	<i>(80)</i>

“

Nótese como la percepción general sobre el nivel profesional de los jueces es en su mayoría Mala/Muy Mala (47.8%) y cómo es que se considera al bajo nivel profesional de los jueces como el principal problema del Poder Judicial (14.4%).

En consecuencia, ya sea por factores endógenos o exógenos el arbitraje es hoy por hoy el mecanismo de solución de controversias idóneo para la solución de controversias empresariales, pues se ajusta a las necesidades del comercio de mejor manera que el poder judicial.

Por ende la eficacia del arbitraje, es decir su adecuado funcionamiento para la obtención de un resultado que ponga fin a la controversia resolviéndola es de suma importancia para los agentes empresariales.

Hemos hablado mucho del arbitraje sin mencionar exactamente qué es, toca entonces abordar el arbitraje desde su naturaleza jurídica. Antes de entrar a este punto debemos partir por afirmar que como se demostrará a la largo de este trabajo la concepción jurídica que se privilegie respecto del arbitraje tiene fundamental importancia para la eficacia del arbitraje en la práctica, por lo que hemos preferido demostrar primero la importancia que tiene esta eficacia para las empresas.

2.3 TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.

2.3.1 Importancia del debate

No es raro oír en algunas clases de arbitraje o en algunos congresos posturas que expresen hastío respecto a este debate, incluso es poco lo que la doctrina nacional ha escrito respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje. Diversas razones explican este panorama, quizás las 2 más importantes sean la poca importancia práctica que, erróneamente, se cree tiene el situar al arbitraje en una teoría; por otro lado el segundo motivo podría estar referido a la existencia del artículo 139° de la Constitución de 1993, el cual, al parecer se ha decantado por la tesis jurisdiccional.

Sin embargo, conscientes de la importancia práctica que este tema reviste y sobretodo, partiendo del principio de irrelevancia del nomen iuris, proponemos en esta parte del presente trabajo un análisis de la concepción del arbitraje a la luz de sus principales teorías: la contractual y la jurisdiccional.

En este sentido, no porque el artículo 139° de nuestra Constitución califique al arbitraje como jurisdicción significa que en realidad lo sea, hay que escudriñar más allá de la mera denominación para encontrar la esencia de las cosas.

Más aun en el caso del arbitraje, pues como se verá, la adopción de una u otra teoría tiene serias consecuencias para la eficacia del arbitraje, que como ya vimos líneas

arriba, es de suma importancia para las empresas y el correcto desenvolvimiento de sus actividades económicas.

Conforme afirma el profesor González de Cossio, el debate académico en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, es de suma importancia

“Ya que sí tiene un impacto en la regulación y práctica del arbitraje. La actitud que el derecho local y los tribunales nacionales tomen en relación con los procedimientos y el laudo arbitral, depende en gran medida de la concepción en la que se tenga la naturaleza jurídica del arbitraje.”²⁸

A continuación esbozaremos cada una de estas teorías para luego en el segundo capítulo detallar las consecuencias prácticas que cada una posee para con el arbitraje.

2.3.2 Teoría contractual

Conforme esta teoría el arbitraje tiene su existencia en la voluntad de las partes, la cual se plasma en el convenio arbitral, por medio del cual las partes deciden libremente someter a arbitraje sus disputas y sustraerse de la competencia del poder judicial. Es únicamente este acuerdo de voluntades la que origina el arbitraje y la que es fuente de la facultad exclusiva y excluyente de los árbitros para resolver la controversia. En este sentido, el laudo arbitral que emitan los árbitros es de obligatorio cumplimiento no por ser un acto que el Estado reviste de jurisdicción, sino porque las partes así decidieron que fuera al celebrar un convenio arbitral, es decir porque así lo acordaron y le dieron voluntariamente esa obligatoriedad.

En palabras de González de Cossio

“Hay quienes consideran que el arbitraje tiene naturaleza contractual. Sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes (...) niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y alegan que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y

²⁸ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Ob. Cit. p. 17

consentimiento de las partes (...) tanto el acuerdo como el laudo arbitral reflejan el carácter contractual del arbitraje. Como detalló la Corte de Casación francesa: “los laudos arbitrales que se fundamentan en un acuerdo arbitral constituyen una unidad con el mismo y comparten su naturaleza contractual (...) la naturaleza contractual del arbitraje resulta también de sus consecuencias últimas. Las partes se comprometen a resolver sus controversias mediante un acuerdo arbitral, lo cual es una decisión en la que no influye el Estado. En caso que una de las partes no honre su palabra, el resultado del pacto- el laudo- se ejecutará como un contrato.”²⁹

De similar opinión es César Landa quien señala:

“Los seguidores de esta corriente sostienen que el arbitraje se encuentra dentro del ámbito del derecho contractual y el efecto vinculante del laudo arbitral tiene como fundamento el principio de pacta sunt servanda.”³⁰

Finalmente Marianella Ledesma define esta teoría con las siguientes palabras:

“Considera que el arbitraje es un contrato. El convenio arbitral nace de la voluntad de las partes, ello permite que surja esta institución y se desarrolle (...) así como las partes han acordado celebrar determinados negocios, han convenido también el modo de resolver los posibles diferendos. Es justicia privada por nacer de un contrato que tiene por presupuesto el ejercicio de la autonomía de la voluntad y por detrás encontramos básicamente un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual.”³¹

2.3.3 Teoría jurisdiccional

Conforme esta teoría el arbitraje no existe por el solo hecho que las partes celebren un convenio arbitral, este acuerdo de voluntades no es suficiente para que en la práctica el convenio arbitral produzca efectos sustrayendo a las partes

²⁹ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Ob. Cit. p.19

³⁰ LANDA, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Themis Revista de Derecho. N° 53. 2007. p.31

³¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisdicción y Arbitraje. Fondo Editorial de la PUCP. 2007 p. 31

de la competencia natural del Poder Judicial y haciendo que el laudo que emitan los árbitros les sea obligatorio. La razón final de la competencia de los árbitros para resolver una controversia y de la obligatoriedad que el laudo emita la hayamos en que el Estado delega su jurisdicción en los árbitros cada vez que se celebra un convenio arbitral. El Estado reconoce al arbitraje como ejercicio privado de su labor jurisdiccional y es el hecho que el arbitraje sea ejercicio jurisdiccional el que le da efectos prácticos. Para quienes sostienen esta teoría si no se da este reconocimiento jurisdiccional del arbitraje, este no tiene efecto alguno.

Sobre esta teoría se expresa González de Cossio:

“esta teoría sostiene que el arbitraje tiene en su esencia, naturaleza jurisdiccional. Lo anterior puesto que el origen de la misma, posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar y en ocasiones idénticas (...) puesto que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida por los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado, por consiguiente, si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad ello ocurre porque el Estado así lo admite de forma expresa o tácita (...) el arbitraje es un acto de delegación jurisdiccional, la efectividad del arbitraje depende en última instancia del poder estatal.”³²

Por su parte señala César Landa:

“los partidarios de esta teoría propugnan que la facultad de los árbitros de resolver las controversias de carácter disponible no proviene de las partes, sino del ius imperium del Estado, que les confiere tal atribución y dota al laudo arbitral de la fuerza vinculante de un fallo judicial.”³³

A su vez Marianella Ledesma opina:

³² GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Ob Cit.p.18-19

³³ LANDA ARROYO, César. Ob Cit p.31

“el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es la cosa juzgada. El arbitraje es jurisdiccional debido a que la eficacia de este no depende de la voluntad de las partes de someter a la decisión de un tercero la resolución de la controversia surgida entre ellas, sin duda dicha voluntad es necesaria para que el arbitraje surja, pero una vez manifestado, los efectos de la decisión los establece la ley y son los mismos que los de una sentencia dictada por un tribunal ordinario. Dicho de otro modo los árbitros ejercen su jurisdicción porque las partes lo acuerdan pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley.”³⁴

Conforme hemos podido apreciar, ambas teorías se contraponen en el sustento legal del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Para la teoría contractual es el pacta sunt servanda, es decir la autonomía de la voluntad de las partes que someten su controversia a arbitraje y la excluyen de los jueces. Mientras que, para la teoría jurisdiccional la voluntad de las partes es necesaria pero no suficiente, solo activa la jurisdicción arbitral pero esta es tal y posee efectos prácticos solo porque la ley la considera como jurisdicción.

Una vez descritas ambas teorías, vamos a pasar a ver el estado de las mismas en nuestro ordenamiento jurídico para poder apreciar cual es la concepción que impera en nuestro derecho respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje.

2.4 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

Nuestra Constitución Política de 1993, efectúa una referencia explícita sobre el arbitraje que en sus artículos 62°, 63° y 139° inciso 1. En estos menciona expresamente al arbitraje como medio autorizado para la resolución de conflictos de la contratación privada y estatal y como jurisdicción de excepción.

En este sentido dedicaremos unas líneas a describir brevemente cada uno de ellos, deteniéndonos de manera más exhaustiva en el artículo 139°, ya que es

³⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, Ob. Citp.32-33

aquel que ha recibido mayor tratamiento jurisprudencial como se detallara en el capítulo III.

1.4.1 Artículos 62° y 63° de la Constitución

El artículo 62° se encuentra ubicado en el Título III referido al Régimen Económico y establece textualmente lo siguiente:

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

Por su parte el artículo 63° en su tercer párrafo establece lo siguiente.

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

Resulta por demás curioso que el artículo 62° regule principalmente lo que la doctrina ha denominado como “inmodificabilidad de los contratos”, la cual como el propio TC ha reconocido, se deriva del artículo 2° inciso 14 de la constitución, el cual como ya señalamos en anteriores capítulos, hace alusión al derecho a la libertad de contratar con fines lícitos, siendo que es también este el derecho en el cual se basa la legitimidad constitucional de la Teoría Contractual del Arbitraje.

Precisamente sobre el artículo 2° inciso 14 el TC ha establecido lo siguiente:

“44. La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentiales de conformidad

*con su propia voluntad. Es la expresión de volición, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular.*³⁵

En lo referente al artículo 63° se observa que se autoriza al Estado a recurrir al arbitraje en los contratos que celebre, es decir en sus actos de gestión, con lo cual es legislador parece haber acogido la Teoría de los Actos del Estado, en detrimento de la Teoría de la Inmunidad Soberana, para definir la materia arbitrable en lo que concierne al Estado.

En resumidas cuentas tenemos que el artículo 62° autoriza a los privados a someter la resolución de sus controversias a arbitraje en virtud a la libertad de contratación, mientras que el artículo 63° autoriza al Estado a someter a arbitraje sus actos de gestión en virtud al principio de legalidad.

Esta autorización para arbitrar explícita pareciera ser suficiente para que el arbitraje se encontrara exento de cuestionamientos sobre su constitucionalidad.

A mayor abundamiento podemos mencionar que tanto la Constitución Española de 1978 como la colombiana de 1876, no hicieron mención alguna del arbitraje en sus textos, con lo cual implícitamente se juzgó su constitucionalidad en base al derecho a la libertad de contratación, adoptando ambos países la Teoría Contractual sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje.

Por una cuestión de mera lógica, si una autorización implícita fue suficiente en otras latitudes del civil law, en nuestro caso una autorización explícita, y más aún ubicada en el rubro en donde se regula lo concerniente a los contratos, debería resultar determinante para inclinar la balanza a favor de la Teoría Contractual sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje, como la imperante en nuestro sistema jurídico. Pero ello, contradictoriamente, no es así.

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: PLENO JURISDICCIONAL EXP. N.º 047-2004-AI/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

1.4.2 El artículo 139° de la Constitución

Este artículo tiene su origen en el artículo 233° de la Constitución de 1979³⁶; y es a partir de este artículo que se ha calificado al arbitraje como “jurisdicción de excepción”, pero enmarcada dentro de la “unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”. El objetivo de dicha mención habría sido, al parecer, otorgar credibilidad al arbitraje ante el colectivo social para estimular su uso.³⁷ Este artículo, ubicado en el Capítulo VII referido al Poder Judicial, establece lo siguiente:

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

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

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

No hay proceso judicial por comisión o delegación.”

La existencia de este artículo, bajo una interpretación sistemática de la Constitución, condiciona la lectura del artículo 62° y 63°, por lo que autores como Marcial Rubio y Eguiguren Praelli han señalado al referirse al artículo 62° que “(...) *la potestad de solucionar los conflictos de naturaleza contractual está dada por el texto de la Constitución a los órganos jurisdiccionales*”³⁸, con lo cual se encasilla al arbitraje como un órgano más que ejerce jurisdicción.

³⁶ **Artículo 233 de la Constitución de 1979:** Son garantías de la administración de justicia:

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

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

Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.

³⁷ Al respecto CANTUARIAS y CAIVANO señalan “ (...) el ciudadano común suele padecer una suerte de esquizofrenia en relación al modo de resolver conflictos(...) recela de los mecanismos alternativos-al Poder Judicial- y no termina de utilizarlos(...) se razona sobre la base de dogmas o axiomas populares, que no resulta válida una cláusula convencional que otorgue facultades decisorias a particulares (...) los intentos que se han hecho para erradicar estas creencias (en algunos casos, inclusive, llevando el carácter jurisdiccional del arbitraje a la Constitución) no siempre dan los frutos esperados. En: Ob Cit. p.51-52

³⁸ RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELLI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Ernesto. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal

Es decir, la autorización para arbitrar a la que hemos hecho referencia acerca de los artículos 62° y 63° de la Constitución, al leerse conjuntamente con el artículo 139° se convierte en una autorización para poder recurrir al arbitraje, solamente en cuanto es jurisdicción al igual que el Poder Judicial.

En este orden de ideas el artículo 139° condiciona la lectura de los artículos 62° y 63° de la Constitución, haciendo girar al arbitraje desde su naturaleza contractualista pura y simple hacia una lectura jurisdiccional que ha sido desarrollada en abundancia por nuestro TC, el cual cuando ha tenido que referirse al arbitraje ha dejado de lado cualquier referencia a los artículos 62° y 63° para avocarse únicamente al artículo 139° conforme se comprobará en el Capítulo III.

2.5 ¿ES EL ARBITRAJE UNA VERDADERA JURISDICCIÓN?

Es claro entonces que, para bien o para mal, nuestra Constitución se ha inclinado por la teoría jurisdiccional aunque lo hace de forma confusa, pues exige una lectura forzada de los artículos 62° y 63° a la luz de su artículo 139°.

Consideramos que la pregunta que inspira el título del presente numeral es totalmente válido, a pesar de lo que pueda decir la Constitución, sin perjuicio de la imperatividad de su texto, lo cierto nos corresponde analizar si el haberse decantado por la teoría jurisdiccional ha sido una decisión acertada.

En este sentido corresponde analizar brevemente las razones por las que una u otra teoría pueden tener alguna base que realmente les de soporte o no.

2.5.1 Análisis de la teoría contractual

1.5.1.1 El convenio arbitral como base de la teoría jurisdiccional

Constitucional: Análisis de los artículos 1,2, 3 de la Constitución. Fondo Editorial PUCP. 2011. p. 491

El punto fuerte de la doctrina contractual es sin duda alguna que descansa sobre la base del convenio arbitral, el cual se basa innegablemente en la voluntad de las partes para someter sus controversias a arbitraje y retirarlas de la competencia natural del poder judicial.

Nuestra propia Ley de Arbitraje es clara en precisar el componente volitivo fundamental que posee el convenio arbitral:

“Art. 13° Ley de Arbitraje:

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

Se aprecia con claridad que la Ley define al convenio arbitral como un acuerdo que trae aparejadas la decisión de someter controversias a arbitraje.

Por su parte la Ley Modelo de la CNUDMI también resalta la importancia del efecto volitivo

“Artículo 7°.- Convenio Arbitral

- 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”*

La doctrina arbitral también es clara en poner de manifiesto la importancia que tiene la voluntad de las partes para someter las controversias a arbitraje.

En este orden de ideas Redfern, Hunter, Partasides y Blackaby lo definen en los siguientes términos:

“El convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje comercial internacional. Registra el consentimiento de las partes de decidir someter sus controversias a arbitraje- un consentimiento que es indispensable para cualquier proceso de resolución de conflictos fuera de los tribunales nacionales.”³⁹

De similar opinión es María paula All quien lo define como contrato y como pacto a la vez, siendo que en ambos casos es protagonista la voluntad de las partes quienes decidieron remitirse al arbitraje.

“El convenio arbitral, como contrato, obliga a las partes a someterse al arbitraje pactado y acatar la decisión de los árbitros, como pacto procesal, otorga competencia a los árbitros para conocer y decidir la controversia con efectos vinculantes.”⁴⁰

Otra prueba concluyente de la importancia de la autonomía de la voluntad en el arbitraje es el requisito que esta debe ser inequívoca para que el convenio arbitral despliegue efectos, lo cual realza aún más la importancia de la voluntad de las partes en el arbitraje.

Por tal motivo González de Cossio es enfático en señalar que:

“El consentimiento es el acuerdo de voluntades sobre la producción o transmisión de derechos y/u obligaciones. En el contexto del acuerdo arbitral, el consentimiento consiste en el acuerdo de las partes en someter al arbitraje una controversia, sea presente o futura. El consentimiento para arbitrar no puede suponerse, debe ser claro, la ambigüedad es fatal, lo anterior puesto que, dado que el consentimiento de someter al arbitraje trae aparejada una renuncia a acudir a un tribunal estatal.”⁴¹

³⁹ REDFERN Alan y MARTIN Hunter, Ob cit. p.55

⁴⁰ ALL, Paula María, “Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional”, en DeCITA 02-2004, Editora Zavalía,p.27

⁴¹ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Ob Cit.p.140-141

Muy ilustrativa sobre este asunto resulta la opinión del magistrado Julio Martín Wong, quien citando a Fazzalari refiere lo siguiente:

“El compromiso arbitral es un contrato, precisamente porque los celebrantes disponen, in parte qua, de su patrimonio (objeto de la controversia), confiándose y vinculándose a la voluntad del tercero, también ella privada.”⁴²

1.5.1.2 La voluntad de las partes para arbitrar como justificación de la competencia de los árbitros

Queda fuera de toda duda entonces la importancia que desempeña la voluntad de las partes dentro del arbitraje, sin convenio arbitral, sin acuerdo de voluntades el arbitraje no sería posible.

La voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral otorga a los árbitros la facultad de resolver sus controversias

El planteamiento de la teoría contractual establece que este acuerdo de voluntades basta y sobra para que el arbitraje pueda llevarse a cabo y que el laudo sea obligatorio para las partes, mientras que según la teoría jurisdiccional la voluntad de las partes es necesaria pero no suficiente porque solo sirve para activar a la jurisdicción arbitral, la que es válida y su decisión (laudo) obligatoria al constituir un ejercicio de jurisdicción delegada del Estado.

En otras palabras ambas teorías le dan un rol a la voluntad de las partes, la contractual un rol fundamental mientras que al jurisdiccional un rol mucho menos importante.

Si bien es cierto que la teoría contractual encuentra una gran fortaleza en la preponderancia a la autonomía de la voluntad que todas las definiciones, legales y doctrinarias hacen del convenio arbitral, creemos que esta fortaleza se ve

⁴² WONG ABAD, Julio Martín. La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión a la Jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial. Lima, Jurista Editores. 2013. P.64

complementada por una idea bastante simple de entender y de apreciar en la práctica: la autonomía de la voluntad no necesita un puente jurisdiccional que valide sus efectos, puede generar efectos per se.

Pensemos un momento en otros mecanismo de solución de controversias alternativos al poder judicial como una transacción extrajudicial producto de una negociación.

Revisemos el concepto de transacción extrajudicial que establece el Código Civil:

“Artículo 1302º.- Noción

Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que esta iniciado.

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada.”

Se aprecia entonces que el simple acuerdo de voluntades produce un acto que tiene los efectos de cosa juzgada tal cual un laudo arbitral.

En el caso del arbitraje ocurre algo muy similar, mientras que en la transacción las partes deciden sobre su controversia de manera directa y personal, en el arbitraje las partes deciden que decida por ellas un tercero: el árbitro.

A pesar de esta sutil diferencia, en ambos casos las partes han utilizado su autonomía de la voluntad para solucionar sus controversias, entonces ¿Por qué en un caso lo pueden hacer si requerir ningún puente jurisdiccional y por qué en el otro caso su voluntad no es suficiente sino que se les exige encontrar un motivo jurisdiccional que la valide?

A la luz de este ejemplo comprobamos que la teoría contractual es válida, la en uso de la autonomía de la voluntad las partes pueden decidir cómo solucionar su conflicto, y el resultado de esta elección (ya sea a través de una transacción o a través de un arbitraje) es válido y de obligatorio cumplimiento porque así lo decidieron las partes, por la obligatoriedad de los contratos en la aplicación del principio pacta sunt servanda.

Para finalizar este breve análisis nos parece muy ilustrativo citar a Luis Puglianini Guerra, quien a su vez citando a Fernando Vargas García señala como características principales de la teoría jurisdiccional las siguientes:

“

- *El arbitramiento (arbitraje) tiene naturaleza privada. Deriva de un acuerdo de voluntades entre las partes, que convienen en someter su diferencia a la decisión de los árbitros.*
- *Los árbitros son particulares designados por las partes, que igualmente son personas privadas. El vínculo entre árbitros y partes, es privado y contractual.*
- *El árbitro en consecuencia, no ejercita acto jurisdiccional alguno, deriva su poder de la facultad que le han conferido las partes en virtud de un contrato, no tiene el poder de coacción, es reminnerado por las partes y, en fin, no es funcionario sino un individuo privado.*
- *El laudo no es una verdadera sentencia, sino que deriva su obligatoriedad de la voluntad misma de las partes que han querido someterse a él. Es, pues, obligatorio por sí mismo, como son obligatorios los contratos.”⁴³*

2.5.2 Análisis de la teoría jurisdiccional

1.5.2.1 Arbitraje como ejercicio de jurisdicción por delegación del Estado

Conforme ya se dijo, la teoría jurisdiccional se basa en no poder concebir una resolución de conflictos fuera de la jurisdicción estatal, por lo cual el arbitraje tiene que ser una jurisdicción delegada, activada por el acuerdo de partes, para resolver sus controversias.

⁴³ PUGLIANNI GUERRA, Luis. La relación partes- árbitro. Biblioteca de Arbitraje, Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. N° 19. Lima: Palestra, 2012.pp.30-31

Como bien se puede apreciar de las definiciones de esta teoría citadas líneas arriba, esta teoría remarca mucho la similitud entre los jueces y los árbitros y el laudo y la sentencia.

Sobre el particular, Puglianini Guerra nuevamente citando a Vargas García establece las principales características que trae aparejadas para el arbitraje la teoría jurisdiccional:

“

- *Los árbitros son jueces que realmente ejercitan actividad jurisdiccional del Estado.*
- *Los árbitros, no obstante ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha conferido a las partes la facultad de colocar en cabeza de ellos, y por mientras desempeñen sus funciones, una parte de la soberanía del Estado para que en desarrollo de ésta decidan obligatoria y definitivamente el conflicto que se ventila.*
- *El laudo es una verdadera sentencia.*
- *La responsabilidad de los árbitros es idéntica a la que pesa sobre los jueces del Estado.”⁴⁴*

Las falencias de estas analogías y comparaciones erróneas serán puestas al descubierto en el Tercer Capítulo al analizar la inconsistencia de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, ahora solo limitémonos a plantearlas de modo general.

1.5.2.2 Contradicción Constitucional sobre quienes pueden ejercer función jurisdiccional

Sin embargo resulta muy importante hace manifiesta la contradictoria redacción que tiene nuestra Constitución en tres de sus artículos más relevantes para el tema que nos ocupa.

⁴⁴ PUGLIANNI GUERRA, Luis. Ob. Cit.pp..25-26

En efecto, una lectura simple de los artículos 39° y 138° de la Constitución nos dará a conocer que los árbitros no pueden ejercer jurisdicción, a pesar que el artículo 139° establezca esta posibilidad, pues el artículo 138° establece taxativamente quienes ejercen función jurisdiccional y así mismo el artículo 39° establece de la misma forma quienes ejercen función pública.

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

“Artículo 138°. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.”

En tal sentido es inexacto, a la luz del propio texto constitucional, afirmar que el árbitro puede desempeñar función jurisdiccional, la cual es una potestad pero también un deber del Estado de ofrecer a sus ciudadanos una vía de resolución para sus conflictos en uso de su soberanía.

Esta imposibilidad se configura en la medida que la función jurisdiccional es una manifestación del ejercicio de la función pública del Estado, y en consecuencia para poder ejercerla se necesita ser funcionario o trabajador público perteneciente a los órganos jerárquicos del Poder Judicial.

Es así que el Magistrado Julio Martín Wong Abad esboza la siguiente definición de jurisdicción:

“En tal sentido, consideramos que en nuestro sistema jurídico es posible definir la Jurisdicción como la potestad soberana ejercida o reconocida por el Estado

*destinada a resolver los conflictos e incertidumbres jurídicas que proponen los sujetos de derecho. Esta potestad solo puede ejercerse, en forma única y exclusiva, a través de la estructura de instituciones señaladas por la Constitución. La jurisdicción solo puede cumplirse a través del proceso.*⁴⁵

A su vez, resulta muy ilustrativa lo que señala González de Cossio sobre las diferencias entre un árbitro y un juez a pesar de la analogía errada que la teoría jurisdiccional efectúa sobre ambos:

“Es un juez privado- el árbitro- designado por aquellos quienes desean que resuelva sus controversias (...) el que sea un juez privado implica que la misión del árbitro y del juez son las mismas. La única diferencia es la fuente. Comparte las facultades de un juez pero su régimen es el de un prestador de servicios profesionales.”⁴⁶

De otro lado este ilustre autor cita algunos antecedentes judiciales mexicanos en donde se distinguió totalmente al arbitraje de la jurisdicción:

“Arbitraje: el arbitraje es una convención que la ley reconoce y que por cuanto implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, tiene una importancia procesal negativa. Ese contrato es el llamado de compromiso, y en virtud de él, las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares, de ese modo, se sustituye el proceso con algo que es afín a él, en su figura lógica, supuesto que en uno u otro casos, se define una contienda mediante un juicio ajeno; sin embargo, el árbitro no es funcionario del Estado ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley (...).”⁴⁷

⁴⁵ WONG ABAD, Julio Martín . Ob.Cit. p. 27

⁴⁶ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Ob. Cit. p.155

⁴⁷ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA. Corte Suprema de Justicia, Quinta época, Tercera sala, Tomo XXXVIII. p. 800

Nos parece que resulta evidente que las analogías que asimilan la función jurisdiccional de los jueces con la labor de los árbitros y en consecuencia el producto de la primera (sentencia) con el de la segunda (laudo) son erradas.

Sin embargo más allá de estas cuestiones existen cuestionamientos desde la propia perspectiva jurisdiccional para desechar al arbitraje como actividad que devenga de ella.

1.5.2.3 El arbitraje no comparte ciertas características con la jurisdicción, jurisdiccionales

Al respecto nos referiremos al excelente trabajo de tesis de Maestría en Derecho Constitucional de nuestra casa de estudios, realizada por el profesor David Lovatón Palacios, quien descarta la posibilidad que el arbitraje sea jurisdicción y opta por la tesis contractual por las siguientes razones:⁴⁸

- En primer lugar señala que el arbitraje es un mecanismo privado de heterocomposición de controversias, es fruto del acuerdo entre particulares y no de la soberanía que emana del pueblo, la cual origina la jurisdicción.
- En segundo lugar lo decidido en el arbitraje- laudo- esta finalmente sometido a la tutela judicial a través del recurso de anulación y por tanto el laudo arbitral carece de la máxima irrevocabilidad posible, que es la característica esencial de la jurisdicción.

Después de señalar estas razones como fundamentales a los largo de su tesis nos explica que la jurisdicción encuentra sus antecedentes históricos en la abolición de la justicia privada, contradictoriamente a ella el arbitraje, como ya hemos demostrada es ejercida por privados, no por funcionarios públicos.

⁴⁸ LOVATÓN PALACIOS, Miguel David, Los principios constitucionales de la independencia, unidad y exclusividad jurisdiccionales. Tesis. Escuela de Posgrado PUCP. Maestría en Derecho Constitucional, 1999.

Señala además que la actividad jurisdiccional es un fin primario del Estado, el Estado tiene la obligación de hacer justicia y para ello ha investido a sus ciudadanos del derecho a la tutela jurisdiccional.

El artículo 138° de la Constitución es claro en delimitar quienes ejercen la función jurisdiccional: esta emana del pueblo y la ejerce el Poder Judicial.

El concepto de jurisdicción no implica solamente una función, sino también una potestad del Estado en ejercicio de su imperium, es decir a su soberanía.

La jurisdicción en su concepto tiene determinadas características, pero no todas ellas la definen como tal, el profesor Lovatón escudriña cada una de ella para luego determinar cuál es la característica esencial de la jurisdicción:

- Decir derecho: la jurisdicción se caracteriza por aplicar el derecho a cada caso concreto, es decir administrar justicia, sin embargo a juicio de Lovatón esta característica no es suficiente para diferenciar a a jurisdicción de otras funciones estatales ni de otras actividades.

Hemos apreciado que varios de los postulados de la teoría jurisdiccional asimilan la labor de jueces con la de los árbitros por esta característica, pero pensemos en el arbitraje de conciencia, en donde el árbitro no aplica el derecho, sino su leal saber y entender, ¿entonces para la teoría jurisdiccional el arbitraje de conciencia no sería jurisdiccional y el arbitraje de derecho sí? Sin duda esto muestra la debilidad en la que suele apoyarse la teoría jurisdiccional. Y es que el árbitro al resolver una controversia, ya sea en arbitraje de derecho o arbitraje de conciencia, no ejerce jurisdicción sino que cumple con una prestación de servicios por la cual recibe un honorario.

- Potestad de juzgar y hacer ejecutar lo decidido: esta característica está ligada al concepto del poder judicial como poder del Estado. Implica que solo los órganos jurisdiccionales pueden ejercer la coertio y la fuerza pública al ser los últimos ratios del derecho.

Este es el objetivo de la actividad jurisdiccional, y es una actividad reservada para ella. En este orden de ideas apreciamos como el arbitraje, conforme lo señala la propia Ley de Arbitraje, encuentra sus propios límites en el uso de la fuerza pública para hacer cumplir el laudo.

Si bien es cierto que una de las novedades de nuestra actual Ley de Arbitraje fue darle facultades ejecutivas a los árbitros el texto normativo es sumamente claro al referirse al uso de la fuerza pública como límite infranqueable para estas facultades.

Es por tal motivo que el artículo 67° de la Ley de arbitraje dispone lo siguiente:

“Artículo 67°.- Ejecución arbitral.

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.”

Si el arbitraje fuera en realidad una jurisdicción delegada podrían los árbitros hacer uso de la fuerza pública por ser este uso una característica de la jurisdicción.

- Ajenidad del juez: esta característica consiste en que el juez que resuelve la causa es extraño a los intereses sobre los que ha de decidir.

A juicio de Lovatón, esta característica es propia del debido proceso, por lo que no se remite solamente a la jurisdicción sino a todo ámbito en donde se deba presente este derecho, ya sea frente a un tribunal administrativo, en el arbitraje o en juzgamiento hecho por tribunales de instituciones privadas (clubes,

asociaciones) lo que el TC ha denominado como debido proceso corporativo. Compartimos plenamente esta postura.

- Incorporación del proceso: Lovatón manifiesta que el proceso no es una característica relevante de la jurisdicción sino solo un instrumento de aquella, sin embargo manifiesta que solo se realiza un proceso en sede jurisdiccional en los demás campos se realizan procedimientos.

Ya hemos señalado la importancia de la flexibilidad en el arbitraje y que en él no existe un proceso sino que el procedimiento puede ser pactado por las partes o decidido por árbitros en mayor o menor grado dependiendo de si es ad hoc o institucional.

Hemos dicho también que la propia Ley de Arbitraje no contiene la regulación de proceso alguno como si lo hace el Código Procesal Civil. Del mismo modo tanto la Ley de Arbitraje así como los diversos Reglamentos Arbitrales del medio, no usan el termino proceso para referirse al desarrollo del arbitraje, sino que usan la denominación de “actuaciones arbitrales”.

En definitiva en el arbitraje no existe proceso alguno, sino procedimiento arbitral u actuaciones arbitrales, y este último no es proceso porque presenta una nota distintiva de flexibilidad que no es propia del proceso jurisdiccional.

1.5.2.4 El Laudo Arbitral no goza de la “máxima irrevocabilidad posible” propia de las decisiones jurisdiccionales

- Máxima irrevocabilidad de la decisión jurisdiccional: Para Lovatón la característica esencial de la jurisdicción es la máxima irrevocabilidad de sus decisiones. Esto quiere decir que una sentencia judicial cumplidas todas las instancias que prevé la Ley alcanzará grado de cosa juzgada y no podrá ser revertida bajo concepto alguno.

Esta máxima irrevocabilidad es justamente la nota distintiva de la jurisdicción y la que no posee el arbitraje.

Si bien es cierto que el artículo 59° de la Ley de Arbitraje establece la calidad de cosa juzgada del laudo:

“Artículo 59°.- Efectos del laudo.

- 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.*
- 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.*

Cierto es también que el artículo 62° establece la procedencia del recurso de anulación en contra del laudo arbitral: “

“Artículo 62°.- Recurso de anulación.

- 1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63°.*
- 2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.”*

Se aprecia entonces que a pesar que conforme el artículo 59° el laudo arbitral es cosa juzgada, lo cual no resulta exacto conforme veremos líneas más adelante, puede recurrírsele a través del denominado recurso de anulación, en el cual por motivos de forma podrá dejarse sin efecto dicho laudo arbitral.

El arbitraje empieza con la conformación del tribunal arbitral y termina con la expedición del laudo o el trámite de alguna solicitud que se presente en su contra, ahí acaba la misión de los árbitros.

El recurso de anulación tiene por finalidad que la justicia estatal garantice a los usuarios del arbitraje el cuidado del debido proceso, este recurso puede

interponerse en contra del laudo ya emitido, es decir cuando el Tribunal Arbitral ya cesó sus funciones y cuando el arbitraje ya concluyó, por lo que en realidad no es un recurso, pues no constituye una etapa más de las actuaciones arbitrales.

Al respecto refiere el magistrado Wong:

“En nuestro caso quien pretende la nulidad de un laudo arbitral desarrolla claramente una actividad impugnatoria las duda, sin embargo, se produce por la relación de esta actividad impugnatoria respecto al precedente proceso arbitral (...) en términos breves se dibuja, generalmente, la siguiente alternativa. ¿estamos frente a un proceso o frente a un recurso?”⁴⁹

Esta precisión es sumamente importante pues el laudo recibe la confirmación final de su validez no dentro del propio arbitraje sino en un acto judicial.

En cambio el proceso civil empieza con la postulación de la demanda y termina cuando se agotan todas las instancias previstas en la ley (primera instancia, segunda instancia y de ser el caso casación), una vez concluida la misión jurisdiccional la sentencia no admite revocabilidad o anulación alguna.

Partamos por entender a todas las instancias judiciales como un todo orgánico que combinadas representan el acceso a la justicia a través de la función jurisdiccional, una vez transitadas todas esas instancias (primera, segunda y casación) la sentencia que sea emitida luego de ese tránsito esta sentencia gozará de la máxima irrevocabilidad posible que nuestra legislación consagra.

En cambio una vez finalizado el arbitraje el laudo no goza de esta máxima irrevocabilidad, pues para estarlo el laudo no debería admitir revocabilidad alguna una vez finalizado el arbitraje, en consecuencia el laudo no es un acto jurisdiccional.

⁴⁹WONG ABAD, Julio Martín. Ob. Cit. pp.81-82

He ahí la diferencia esencial entre una y otra y el por qué el arbitraje no es jurisdicción, la razón es que a diferencia de la sentencia el laudo no está provisto de la mayor irrevocabilidad posible que consagra nuestro ordenamiento y no podría estarlo porque el arbitraje no es ejercicio de la función jurisdiccional.

Creemos acertada la opinión de LaCruz Mantecón, quien es citado por el magistrado Wong:

“(…) se quiere resaltar que el laudo arbitral no es el producto de una actividad jurisdiccional, sino arbitral, y por tanto que contra el mismo no se ejercita un recurso, sino una acción de invalidez, de anulación, como la que procede contra un acto o negocio en que concurre un motivo validante.”⁵⁰

1.5.2.5 La cosa juzgada no es aplicable al arbitraje

Para finalizar este apartado recordemos que lo que señala el artículo 59° de la Ley de Arbitraje acerca del Laudo Arbitral:

“Artículo 59°.- Efectos del laudo.

- 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.*
- 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.*

Si bien es cierto que nuestra Ley de arbitraje se empeña en remarcar el carácter de cosa juzgada del laudo lo cierto es que en ninguna parte de la Ley Modelo de la CNUDMI encontramos alguna referencia a una conexión posible entre el laudo y la cosa juzgada, lo único que hace la Ley Modelo es establecer el carácter definitivo.

⁵⁰ WONG ABAD, Julio Martín. Ob. Cit. p.82

“Artículo 32 Ley Modelo UNCITRAL. Terminación de las actuaciones

- 1) *Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el párrafo 2) del presente artículo.”*

El carácter definitivo del laudo es dado por voluntad de las partes, en la medida que ellas suscriben un convenio arbitral buscando justamente que a través de un laudo que solucione su controversia, es decir, valga la redundancia, un laudo definitivo y final.

Evidentemente para los partidarios de la teoría jurisdiccional el laudo si podrá tener cosa juzgada por ser un acto jurisdiccional, pero en realidad esto no es así porque la cosa juzgada requiere ciertas características para poderse aplicar a un acto.

Citando a Couture, el magistrado Wong define a la cosa juzgada como:

“la piedra de toque del acto jurisdiccional. Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional.”⁵¹

En este orden de ideas Wong agrega lo siguiente:

“En un Estado de Derecho está reservada a la Jurisdicción la revisión última de toda actividad pública o privada que constituya un caso justiciable. En este contexto, se dice que una decisión ha adquirido la autoridad de cosa juzgada cuando, salvo los casos expresamente previstos en la ley, ni siquiera la propia autoridad jurisdiccional puede modificarla. Hoy puede determinarse que con relativa precisión que, cuando una sentencia no puede ya ser objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un procedimiento posterior, se está en presencia de una situación de cosa juzgada formal (...) solo podemos hablar de cosa juzgada cuando nos referimos a la cosa juzgada sustancial o material, pues esta se extiende fuera del proceso del cual se origina a través de sus efectos negativo y positivo”⁵²

⁵¹ WONG ABAD, Julio Martín. Ob. Cit. p.36

⁵² WONG ABAD, Julio Martín . Ob. Cit.pp.36-37

En consecuencia podemos apreciar que el laudo des cosa juzgada solamente formal, es si bien es cierto que no admite cuestionamiento dentro del arbitraje si lo hace fuera de él, a través del proceso de anulación que se tramita en vía judicial.

Esto no significa que el arbitraje no produzca efectos, los produce la voluntad de las partes y el recurso de anulación solo existe para cuidar el respeto al debido proceso por parte de los árbitros conforme se verá en el Capítulo II, es un filtro necesario, idóneo y garantista del debido proceso para el laudo arbitral. Así mismo el recurso de anulación conforme lo aquí expuesto es la prueba más clara de que el arbitraje no es jurisdicción.

Después de todo lo expuesto en esta parte del trabajo consideramos que han quedado demostradas las debilidades de la teoría jurisdiccional y la sostenibilidad de la teoría contractual.

Si bien es cierto que este análisis ha sido bastante doctrinario y teórico nos ha servido para comprender que teoría es la más sólida.

Sin embargo una vez demostrados los aciertos de la teoría contractual y los defectos de la teoría jurisdiccional en la teoría, corresponde ver como se interrelacionan ambas teorías con lo aquello que explicamos en la primera parte de este capítulo: La efectividad del arbitraje en cuanto es el mecanismo idóneo de solución de controversias empresariales.

Es por esta razón que en nuestro siguiente capítulo analizaremos que cual de ambas teorías se condice mejor con la efectividad que necesita el arbitraje para servir realmente como mecanismo idóneo de solución de conflictos empresariales.

II. ALCANCES DEL CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL EN SEDE JUDICIAL

2.1 LA EFECTIVIDAD DEL LAUDO ARBITRAL COMO PREMISA DEL CONTROL DEL ARBITRAJE EN SEDE JUDICIAL: EL LAUDO ARBITRAL COMO FIN ÚLTIMO DEL ARBITRAJE.

Antes que nada debemos tomar en cuenta que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias, por lo que las partes al recurrir a él tienen la expectativa legítima que su controversia pueda efectivamente resolverse a través del arbitraje.

En este escenario, Philippe Fouchard define al laudo del siguiente modo:

“Es la pieza procesal emitida en un arbitraje que cumple con la expectativa de las partes de solucionar su controversia de manera definitiva y vinculante.”⁵³

De similar opinión es González de Cossio, quien señala:

“El arbitraje encuentra su leitmotiv en la posibilidad de contar con una solución emitida por un tercero que reúna las cualidades deseadas por las partes y que, en caso que la parte desfavorecida por el mismo no cumpla con su deber de acatar sus términos, pueda ser ejecutada sin que sea revisitada.”⁵⁴

Las partes resuelven su conflicto a través de la emisión del laudo arbitral, el cual como ya vimos, es de obligatorio cumplimiento para las partes porque ellas así lo decidieron al celebrar el convenio arbitral.

Podemos afirmar entonces que el laudo arbitral es el objeto, el fin último del convenio arbitral, por ende las partes se remiten al arbitraje en busca de un laudo arbitral que resuelva sus controversias.

⁵³FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN on International Commercial Arbitration, Gaillard and Savage (ed) (1999). Kluwer Law International.p.46

⁵⁴ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Ob cit.p. 727

Es por esta razón que la efectividad del arbitraje para funcionar como un mecanismo idóneo de resolución de conflictos empresariales va a recaer necesariamente en darle efectos a aquello que las partes han buscado al someterse al arbitraje: el laudo arbitral.

El esquema de control de laudo arbitral más sano será entonces aquel que privilegie que la decisión de los árbitros, al menos en cuanto al fondo de la controversia, para que éste permanezca inmutable, cumpliendo con la voluntad de las partes de encargárselos a ellos la resolución de la controversia.

Como ya adelantamos líneas arriba, el laudo arbitral tiene un mecanismo de control jurisdiccional por excelencia el cual es el recurso de anulación, a través de éste solo se controla el laudo en aspectos formales dejando inmutable la decisión de los árbitros en cuanto al fondo, ya que solo se avoca a asegurar el debido proceso a las partes.

Sin embargo el enfoque que se tiene del recurso de anulación y del control del laudo arbitral en general, va a variar sustancialmente según se aplique la teoría jurisdiccional o la teoría contractual para concebir el arbitraje.

En las próximas líneas describiremos las concepciones de control del laudo arbitral bajo ambas teorías y apreciaremos las serias distorsiones y riesgos que implica la aplicación de la teoría jurisdiccional para salvaguardar la efectividad del laudo arbitral, mientras que en contrapartida a ello, el control del laudo arbitral bajo la teoría contractual se muestra más sano, equilibrado y respetuoso de la efectividad del laudo arbitral.

En este orden de ideas probaremos que no solamente en la teoría sino también en la práctica la teoría jurisdiccional del arbitraje no es la más adecuada.

2.2 PERSPECTIVA DE CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL CONFORME LA TEORÍA CONTRACTUAL.

2.2.1 Los efectos del convenio arbitral como límites para el control judicial del laudo arbitral

Es sabido que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias alternativo al Poder Judicial, en este escenario las partes deciden sustraerse de la jurisdicción natural que este poder del Estado detenta para la solución de conflictos y deciden voluntariamente otorgarle a unos señores denominados árbitros la facultad para que sean ellos y no el Poder Judicial quien resuelva sus controversias y que esta decisión será de obligatorio cumplimiento y vinculante para ellos, esto lo lograran a través de la suscripción de un convenio arbitral.

Esta exclusión natural del Poder Judicial como consecuencia del sometimiento de las controversias a arbitraje es lo que la doctrina conoce como los efectos del convenio arbitral.

Explica el recordado maestro Jorge Santistevan, que el efecto positivo del convenio arbitral consiste en que las partes por propia voluntad le otorgan a los árbitros la competencia para resolver sus controversias, lo que al mismo tiempo genera un efecto negativo en detrimento de la jurisdicción natural de los jueces a quienes se les quita la competencia para conocer dicha controversia, esta última consecuencia es la que se conoce como efecto negativo del convenio arbitral. De este modo expresa el maestro Santistevan.

“Así se podrá en acción el efecto positivo del convenio arbitral que le da derecho a cada una de las partes de obligar a la otra al sometimiento a los árbitros de una controversia cubierta por el convenio, siendo este el fundamento y la fuente de resolver con calidad de cosa juzgada que les corresponde a los árbitros (...) a dicho efecto le corresponde concomitantemente a el efecto negativo del convenio arbitral que consiste en la exclusión de la jurisdicción estatal a una controversia que este cubierta por dicho convenio y, además, se prohíbe a los jueces conocer de oficio dichas controversias (...) se llega incluso a cercenar a los jueces la posibilidad de conocer las cuestiones de fondo relacionadas con el laudo arbitral, aun en la

*eventualidad en que este haya sido impugnado mediante recurso de anulación ante el Poder Judicial.*⁵⁵

Es así que los efectos del convenio arbitral se derivan del entendimiento de este último como el acuerdo de voluntades por medio del cual las partes someten sus controversias a arbitraje. El consentimiento de las partes expresado en él es lo que determina que lo resuelto en el arbitraje a través del laudo arbitraje sea vinculante para las partes y es por este motivo el que finalmente hace que las partes hayan acordado someterse al arbitraje y en consecuencia hayan renunciado el recurrir al Poder Judicial.

Tanto la Ley General de Arbitraje en su momento como la Ley de Arbitraje actual han regulado el concepto del convenio arbitral, haciendo ambas normas hincapié en el elemento volitivo que contiene.

El artículo 9° de la LGA, establecía lo siguiente:

Artículo 9o.- Definición de convenio arbitral.- El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial (...) (subrayado agregado)

Por su parte, el artículo 13° de la LA establece:

Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

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

⁵⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Inevitabilidad del arbitraje ante la Nueva Ley Peruana (DL N° 1071) En: Revista Peruana de Arbitraje N°7, Lima, Año 2008. pp.95 y 96

Cabe resaltar que ambas normas utilizan un lenguaje común para definir al convenio arbitral, como el “acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje”, con lo cual es claro que la voluntad de las partes es la protagonista del convenio arbitral.

En este sentido el convenio arbitral, es definido por Redfern, Hunter, Partasides y Blackaby como:

“La piedra angular del arbitraje comercial internacional. Registra el consentimiento de las partes de decidir someter sus controversias a arbitraje- un consentimiento que es indispensable para cualquier proceso de resolución de conflictos fuera de los tribunales nacionales.”⁵⁶

Por su parte la profesora María Paula All señala

“El convenio arbitral, como contrato, obliga a las partes a someterse al arbitraje pactado y acatar la decisión de los árbitros, como pacto procesal, otorga competencia a los árbitros para conocer y decidir la controversia con efectos vinculantes.”⁵⁷

El hecho que las partes hayan consentido someter sus controversias a arbitraje a través del convenio arbitral hace que éste opere otorgando competencia a los árbitros, en detrimento de la competencia natural de la justicia estatal. Esto significa que donde son competentes los árbitros, no pueden ser competentes los jueces.

Es así que el principio de impenetrabilidad de la materia, el cual explica que “dos cuerpos no pueden ocupar un mismo espacio al mismo tiempo”, podría traducirse términos arbitrales como “la justicia estatal y un tribunal arbitral, no pueden ser competentes para conocer la misma controversia al mismo tiempo”. Y el convenio arbitral justamente establece quien es competente.

De este modo se puede comprender que el otorgar competencia a los árbitros, es conocido como el efecto positivo del convenio arbitral, mientras que el negar dicha competencia a la justicia estatal es conocido como su efecto negativo.

⁵⁶ REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Ob. Cit. p.131

⁵⁷ ALL, María Paula. Ob. Cit.p. 30

En este sentido refiere González de Cossio:

“El efecto principal del acuerdo arbitral es obligar a las partes a recurrir al arbitraje para resolver todas sus diferencias. La doctrina francesa desdobra este resultado en dos efectos: uno positivo y uno negativo. En términos generales, el efecto positivo consiste en darle jurisdicción al tribunal arbitral. De igual manera, el negativo le impone el deber a los jueces de dejar de conocer la controversia.”⁵⁸

Acerca del efecto negativo del convenio arbitral, explica Hassan Ali Radhi, lo siguiente:

“ uno de los efectos más significativos derivados de la celebración de un acuerdo de arbitraje, ya sea en forma de una cláusula compromisoria incluida en un determinado contrato o un acuerdo de arbitraje en la forma de un documento aparte, es la pérdida del derecho de sus partes a recurrir a los tribunales estatales, de esta manera, los tribunales estatales dejan de tener jurisdicción para examinar las controversias sometidas al acuerdo de arbitraje.”⁵⁹

Dentro de la jurisprudencia constitucional en torno al arbitraje, podemos encontrar una ligera mención al efecto negativo del convenio arbitral en la Sentencia recaída en el Exp. N° 3261-2005-PA/TC, en cuyo fundamento N° 5 se dijo lo siguiente:

5.

(...)

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

⁵⁸ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Ob. Cit.p. 132-133

⁵⁹ HASSAN, Ali Radhi. Judiciary and arbitration in Bahrain: A historical and analytical study (Arab and Islamic Laws Series) (Arab & Islamic Laws Series). Brill Academic Pub (May 1, 2003). P.173

Por ende, podríamos entender a los efectos del convenio arbitral, en especial a su efecto negativo, como la primera pieza de la protección natural que el convenio arbitral edifica en torno a sí mismo, a las actuaciones arbitrales y al laudo arbitral, para salvaguardar al arbitraje de la intervención o injerencia de la justicia estatal, ya que funciona como un mandato general que destierra toda competencia del fuero judicial y por ende prohíbe toda injerencia en la competencia de los árbitros. Todo con una única finalidad: velar por la eficacia y cumplimiento del convenio arbitral que tiene por finalidad el que sean los árbitros y no otras personas quienes resuelvan las controversias de las partes.

Entender esto es vital, los efectos del convenio arbitral son cruciales para entender la relación que debe existir entre arbitraje y Poder Judicial, en este sentido un sistema jurídico respetuoso del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias deberá intentar darle plena vigencia y aplicación a estos 2 efectos para así crear un sistema arbitral autónomo sano e independiente.

Así lo ha entendido la Ley de Arbitraje en donde el legislador se ha forzado notablemente por articular la relación arbitraje- Poder Judicial y de forma tal, preservar la competencia arbitral de cualquier injerencia judicial y más otorgarle un rol de colaborador para con los árbitros para permitirles en ejercicio de la función arbitral.⁶⁰

El laudo arbitral es el objeto del convenio arbitral, las partes celebran un convenio arbitral con la finalidad de si llegara a surgir una controversia, obtener un laudo que resuelva la misma.

A través del laudo son los árbitros y exclusivamente los árbitros, quienes por voluntad de las partes resuelven la controversia, es así que los mecanismos de control judicial del laudo arbitral deben partir esta premisa, es decir el sistema de control del laudo arbitral debe respetar el fondo de la decisión de los árbitros, de lo contrario se estaría

⁶⁰ Puede el lector revisar a modo de ejemplo el artículo 3° de la Ley de Arbitraje donde se hace mención a la independencia entre la función de los árbitros y las posibles intrusiones del Poder judicial, el artículo 8° que de manera específica establece que el Poder Judicial brindará colaboración al tribunal arbitral para el cumplimiento de sus facultades y el artículo 16° que regula el trámite de la excepción de convenio arbitral.

vulnerando el efecto positivo del convenio arbitral y se estaría contraviniendo su efecto negativo, lo cual conforme señalaría el recordado maestro Santistevan de Noriega iría en contra de la “inevitabilidad del arbitraje.”

Sobre el particular es sumamente ilustrativa la opinión de Juan Luis Avendaño y Raffo Velásquez:

*“Visto así, no es muy difícil notar que el interés del Estado frente al arbitraje no sea el mismo que respecto de las demás vías jurisdiccionales, pues aquí, principalmente, debe facilitar y asegurar que sean los mismos particulares quienes procuren la resolución de sus controversias de manera definitiva y vinculante. Para ello importa tanto asegurar que el arbitraje sea una efectiva manifestación de la autonomía privada, como limitar las posibilidades de que se revise lo decidido por los árbitros, evitar que la controversia sea interrumpida o trasladada sin más del espacio arbitral a la sede judicial.”*⁶¹

En este escenario, veremos a continuación cómo es que el recurso de anulación del laudo arbitral cumple cabalmente con esta premisa, lo cual apreciaremos a continuación al comentar lo que se entiende por recurso de anulación y cuáles son las características que lo definen.

2.2.2 El recurso de anulación como última garantía de los efectos del convenio arbitral

En la medida que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias, existe un innegable interés social en que este mecanismo funcione de manera adecuada, ya que tal como señala Fernando Cantuarias citando a Reismann *“el arbitraje es una delegación restrictiva de poderes – de las partes hacia los árbitros- para resolver*

⁶¹ AVENDAÑO VALDÉZ, Juan Luis y VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo. Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional: Control Constitucional y Arbitraje N° 4, 2011, Nueva Época Ediciones. pp.80-81

*ciertas controversias, por lo que necesariamente debe existir algún mecanismo de control.*⁶²

El recurso de anulación de laudo arbitral es el mecanismo de control por excelencia del laudo arbitral, porque tal como ya lo adelantamos es una manifestación clara y tangible de los efectos del convenio arbitral.

En realidad es la manifestación más importante de estos 2 efectos ya que se materializa frente al producto último del arbitraje: el laudo y cuando la competencia arbitral ya ha concluido.

Abrimos un pequeño paréntesis para señalar que conforme se manifestó en líneas anteriores el recurso de anulación no es en realidad un recurso sino que configura un sistema control judicial independiente al arbitraje, es decir un proceso autónomo. En este orden de ideas debería denominársele como “proceso de anulación” sin embargo, debido a que nuestra Ley le da el nomen iuris de recurso de anulación nos referiremos a él de éste modo.

El recurso de anulación consiste entonces en el último muro de la fortaleza arbitral para asegurar la efectiva aplicación de los efectos del convenio arbitral, toda vez que de su adecuada aplicación dependerá finalmente que sean los árbitros quienes finalmente sean los que resuelvan la controversia y esta resolución no sea modificada, alterada o reemplazada por los jueces, es decir que se plasmen en ultima ratio tanto el efecto positivo como el efecto negativo del convenio arbitral.

Acerca de esto señalan Avendaño y Velásquez:

“Si queremos que el arbitraje sea una real alternativa al Poder Judicial para resolver conflictos y no un simple mecanismo para obtener un consejo, es necesario que la decisión arbitral goce de exigibilidad y eficacia. Por tanto, no debe bastar con la decisión unilateral de una de las partes en desconocer el convenio arbitral que suscribió antes para sortear la eficacia de la decisión, sino que, al contrario, se debe

⁶² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Recursos contra el laudo arbitral. En Themis Revista de Derecho N° 53, 2007, P. 44.

conferir a esa decisión el máximo nivel de protección jurídicamente posible para que sea eficaz, lo que no niega obviamente, alguna posibilidad de control judicial (...) el ejercicio de tal derecho se hace viable a través del llamado recurso de anulación de laudo, que, como veremos, supone dilatar la tutela jurisdiccional efectiva, pues exige esperar hasta el final del arbitraje para activar el control judicial y además limita las posibilidades de tutela, dado que la revisión judicial solo procede por causales taxativamente previstas y no por cualquier injusticia que se invoque.”⁶³

Una vez entendido el importante rol del recurso de anulación como garante final de los efectos del convenio arbitral pasaremos a repasar su tratamiento legislativo y algunas opiniones doctrinarias sobre el mismo para pasar a establecer cuáles son las principales características que lo definen, o mejor dicho, como debe ser para cumplir con este rol garantista.

2.2.3 Tratamiento legislativo del Recurso de Anulación

Empecemos por analizar escuetamente nuestra legislación nacional, de este modo encontramos que el Artículo 62° de la LA establece lo siguiente:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral. (Subrayado agregado)

Se aprecia con claridad que para la Ley Peruana los rasgos preeminentes del recurso de anulación son:

⁶³AVENDAÑO, Juan Luis y VELÁSQUEZ, Raffo, Ob. Cit.p.78

- vedar al juez el conocimiento del fondo del litigio y
- que el recurso de anulación solamente se pueda plantear a la luz de causales taxativas.

Por su parte la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI establece lo siguiente:

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

1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.(Subrayado agregado)

Si bien parecería ausente en la Ley Modelo una disposición parecida a la de la Ley Peruana en la cual se prohíbe a los jueces conocer a través de la anulación el fondo del laudo, compartimos plenamente la opinión de Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides quienes al respecto refieren:

“En efecto esta cuestión reviste especial importancia ya que la Ley Modelo no contiene disposición alguna que permita apelar un laudo arbitral por cuestiones de hecho o de derecho, o revisar la cuestión de fondo. Su el tribunal es competente, se observan los procedimientos correspondientes y se respetan las formalidades el laudo-bueno, malo o regular-es definitivo y vinculante para las partes. Esta es la cuestión fundamental. En las naciones donde el comercio ha tenido mayor difusión, el laudo del tribunal arbitral, independientemente de que se trate de un laudo parcial, provisional o definitivo, resuelve las cuestiones en disputa, es vinculante para las partes (a menos que se anule) y en principio, procede su ejecución contra la parte perdedora no solo en el lugar donde se llevó a cabo el arbitraje sino en cualquier otra jurisdicción.”⁶⁴

En consecuencia, aunque no lo diga expresamente, tal como señalan estos autores no se aprecia causal alguna en la Ley Modelo que permita la revisión del fondo de los laudos vía anulación, por lo que apreciamos que para la Ley Modelo los rasgos característicos del recurso de anulación son también:

⁶⁴ REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Ob. Cit.p. 213 (9-35)

- vedar al juez el conocimiento del fondo del litigio y
- que el recurso de anulación solamente se pueda plantear a la luz de causales taxativas.

2.2.4 Tratamiento del Recurso de Anulación en la doctrina

Sobre las características del recurso de anulación Santiago Talero refiere acertadamente lo siguiente:

“De este modo, se debe admitir que los laudos arbitrales, a diferencia de las sentencias judiciales, no están sujetos, en general, a una segunda instancia, vale decir a una revisión sobre el fondo del asunto. Por ende se afirma que la decisión judicial sobre la validez del laudo arbitral no puede llegar a sustituir la decisión de fondo adoptada por los árbitros. De ahí que la anulación. Como tal, proceda por errores de procedimiento-in procedendo- y no por errores de fondo-in iudicando-. Estos errores de procedimiento determinan la anulación del laudo arbitral. (...) Es así como las causales de anulación de laudos arbitrales, al referirse a errores de procedimiento, no abarcan propiamente la correcta interpretación de los supuestos de hecho o de derecho analizados por el respectivo tribunal arbitral”⁶⁵ (subrayado agregado)

A su vez, Marianella Ledesma señala:

“El recurso de anulación tiene un contenido limitado y va dirigido a velar por el cumplimiento de la pureza del procedimiento arbitral y su procedencia pero nunca a revisar el fondo del asunto ni la decisión que sobre el mismo los árbitros hayan podido adoptar. Si las partes han querido someterse a la decisión de un tercero no parece lógico que esa decisión pueda ser sometida a revisión por los tribunales jurisdiccionales (...) la LGA prevé la anulación del laudo por motivos concretos y no permite que fuera de estos se ejerza control alguno sobre la actuación de los árbitros,

⁶⁵ TALERO RUEDA, Santiago. Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones básicas y Derecho aplicable. Bogotá, 2008, Temis Editores. pp.388-389

*de ahí que consideramos a los motivos de la nulidad como numerus clausus.*⁶⁶
(Subrayado agregado)

Finalmente Fernando Cantuarias señala:

*“Este control judicial de la actividad arbitral que hemos identificado, pretende evitar el exceso de poder de los árbitros, no puede estar dirigido a revisar el fondo de la controversia (apelación) simplemente porque las partes, para bien o para mal, expresamente acuerdan en su convenio arbitral que sus derechos sustantivos sean resueltos fuera del aparato jurisdiccional del Estado (...) Por esta razón se recomienda restringir los medios de impugnación del laudo a un solo recurso, detallando en forma específica las razones por las cuales se podrá usar dicho recurso. Este recurso único se denomina anulación o nulidad del laudo arbitral y tiene por exclusiva finalidad controlar el exceso de poder de los árbitros, sin que quepa, en forma alguna la revisión del fondo de la controversia.”*⁶⁷ (Subrayado agregado)

Asimismo, este autor en su excelente obra “Arbitraje Comercial y de Inversiones” detalla como principales características del recurso de anulación: i) no cabe a través de la anulación la revisión del fondo de la controversia, ii) las causales que lo habilitan son taxativas y deben ser interpretadas de manera restrictiva y iii) las causales deben ser, en principio alegadas y probadas por quien se opone a la eficacia del laudo arbitral.⁶⁸

Como podemos observar la doctrina es unánime en reconocer exactamente las mismas características que legislativamente se le atribuyen a la anulación, siendo estas:

- vedar al juez el conocimiento del fondo del litigio y
- solamente se pueda plantear a la luz de causales taxativas.

⁶⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Laudos Arbitrales y Medios Impugnatorios. En: Gaceta Jurídica. Lima, Cuadernos Jurisprudenciales N° 17.pp.17- 19

⁶⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Ob. Cit p.45

⁶⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Ob. Cit pp.463-467

2.2.5 Características esenciales del recurso de anulación

A modo de conclusión sobre este punto es evidente señalar que las 2 características esenciales del recurso de anulación, vale decir los elementos que configuran la esencia del recurso de anulación serán:

- a) La prohibición expresa o tácita a los jueces que conocerán el recurso de conocer el fondo de la controversia
- b) Que su interposición responda a causales taxativas sobre vicios únicamente procedimentales.

2.2.6 La prohibición que los jueces conozcan el fondo de la controversia y las causales taxativas como características esenciales del recurso de anulación que permiten garantizar los efectos del convenio arbitral

En líneas anteriores hemos señalado que el recurso de anulación funciona como la última garantía para la aplicación de los efectos del convenio arbitral. Para lograr este cometido el recurso de anulación del laudo arbitral posee las dos características fundamentales que ya hemos determinado.

La primera de estas características sirve para asegurar el efecto negativo del convenio arbitral ya que impide a los jueces que el recurso de anulación puedan entrar al análisis de las interpretaciones o razonamientos del tribunal arbitral y modificar su decisión, lo que en buena cuenta también significa una afirmación indirecta del efecto positivo del convenio arbitral pues se blindan la resolución de la controversia emitida por los árbitros de modo tal que son ellos quienes exclusiva y excluyentemente resuelven dicha controversia.

Sobre el particular señala Cantuarias:

“En ningún caso el Poder Judicial podrá reexaminar el fondo de la controversia, ya que lo que han decidido los árbitros es irrevisable. En otras palabras, aun cuando los jueces encuentren que los árbitros han incurrido en errores de los hechos o que han aplicado erróneamente el derecho, por ningún motivo podrán modificar lo decidido en

*el laudo, simplemente porque dicha función, para bien o para mal, fue asignada libremente por las partes de manera exclusiva a los árbitros.*⁶⁹

De similar opinión son Avendaño y Velásquez quienes expresan:

“Como se ha dicho, la finalidad última del arbitraje es alcanzar la propia solución extrajudicial de un conflicto, se vería desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pueda ser revisada en cuanto al fondo por los órganos judiciales.

*De ahí que la regla en los arbitrajes sea que el fondo de lo resuelto en el laudo no pueda ser materia de revisión judicial, que debe ser protegido de revisiones extremas adquiriendo una suerte de cosa juzgada.”*⁷⁰

En tanto la segunda característica, esto es la posibilidad de interponer la anulación solo por causales taxativas hace que los supuestos en los que el laudo arbitral pierde sus efectos, y en consecuencia decaen hasta cierto punto o del todo los efectos del convenio arbitral, sean del todo explícitos, por lo cual debe hacerse sobre ellos una interpretación restrictiva.⁷¹ Asimismo, al versar sobre errores in procedendo y no sobre errores in iudicando, las causales aseguran con su aplicación, en la práctica y en un momento posterior a la prohibición general, que los jueces no se avoquen a conocer el fondo de la controversia.

Sobre esto último Cantuarias señala:

*“Estas causales- las del recurso de anulación- están exclusivamente dirigidas a garantizar las legítimas expectativas de las partes referidas a que el tribunal arbitral actuará conforme a las facultades otorgadas y a que el procedimiento arbitral respetará el acuerdo de las partes, el debido proceso y el derecho de defensa.”*⁷²

O dicho en otras palabras ninguna causal de anulación permitirá a los jueces conocer el fondo de la controversia o cuestionar la interpretación de hechos o de

⁶⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Ob Cit. pp.464-466

⁷⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Ob. Cit p.82

⁷¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Ob. Cit. p.467

⁷² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Ob. Cit.p.46

derecho de los árbitros, ya que las únicas causales existentes no entrar al fondo de la controversia y al ser éstas taxativas existe la seguridad que los jueces lo harán así.

Como se puede apreciar hasta el momento, la importancia del recurso de anulación para la eficacia del arbitraje es vital. Un recurso de anulación cuya regulación legal se soporte en sus características típicas desarrolladas en este punto ayudará a que el arbitraje realmente sirva y funcione, ya que se aseguraran el efecto positivo y el efecto negativo del convenio arbitral.

2.3 PERSPECTIVA DEL CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL BAJO LA TEORÍA JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE

2.3.1 Premisa: Analogía entre jueces y árbitros y sentencia y laudo

Recordemos que esta teoría parte de asimilar la labor de los árbitros con la de los jueces por considerar que los primeros ejercen jurisdicción directa y los segundos jurisdicción delegada, pero finalmente ambos ejercen jurisdicción.

Esto trae una consecuencia adicional. Si se establece una analogía entre la labor jurisdiccional de los jueces y la labor “jurisdiccional” de los árbitros entonces se pueden tratar de similar manera las sentencias que los laudos arbitrales al momento de su control.

Sobre el particular se expresa González de Cossio:

“Bajo la teoría jurisdiccional, el laudo- es un acto de justicia delegada que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal. Esta teoría postula una función pública cuasi judicial del árbitro como una alternativa al juez local. El árbitro y el juez se parecen en varios sentidos. Ambos derivan sus facultades del derecho nacional.”⁷³

A su vez Marianella Ledesma opina que bajo esta teoría:

⁷³ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Ob. Cit. p.18-19

“El arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es la cosa juzgada (...) los efectos de la decisión los establece la ley y son los mismos que los de una sentencia dictada por un tribunal ordinario.”⁷⁴

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

“Asimismo, a partir de una posición jurisdiccionalista se entiende que el árbitro tiene la misión de juzgar y por esa razón su decisión, el laudo arbitral, queda asimilado a una sentencia y, en tal virtud, puede ser objeto de un recurso ante la jurisdicción ordinaria. Pues su actividad dimana de esta última o implica una derogación de la jurisdicción. Según esta corriente el arbitraje es jurisdiccional, no por la función que desarrollan los árbitros, que no s jurisdiccional en sentido técnico-político, sino por la especial eficacia que el derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del derecho contractual o privado y se tornan en procesales, al otorgarles la propia ley, la tutela jurídica que concede a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas.”⁷⁵

El laudo arbitral se controla al igual que una sentencia: recurso de anulación pierde exclusividad

El que se controle un laudo arbitral igual a una sentencia judicial traerá como consecuencia inmediata que el recurso de anulación dejará de funcionar como el mecanismo idóneo y exclusivo de control del laudo arbitral que asegura sus efectos y se habilitarán nuevas vías de control como el amparo constitucional, conforme se apreciará en nuestro Capítulo III.

Esto también ocurrió en Colombia, en donde vía una interpretación jurisdiccional del arbitraje luego de una reforma constitucional se permitió cuestionar los laudos

⁷⁴ LEDESMA, NARVÁEZ Marianella. Ob. Cit. p. 37

⁷⁵ FERNANDEZ ROSAS, José Carlos. “Elementos configuradores de la justicia arbitral”. Revista Internacional de Arbitraje. Julio- Diciembre de 2009. p.162

arbitrales vía la acción de tutela – demanda de amparo-. El profesor Eduardo Zuleta comentando esta realidad manifiesta:

“A pesar de tratarse de un proceso de única instancia, La decisión tomada en un proceso arbitral podría llegar a ser cuestionada por la vía de la acción de tutela cuando un eventual desacuerdo de los árbitros respecto de las normas sustanciales atinentes al caso, bien por falta de aplicación de la ley, por interpretación errónea o por indebida aplicación o por falta o indebida valoración probatoria, pudiera violar un derecho fundamental. Esto significa que la acción de tutela puede llegar a funcionar, frente a una decisión arbitral, como una especie de recurso de apelación o de casación (...) -lo que- trajo consigo la desaparición de la noción de arbitraje como un proceso de única instancia y sentó las bases para que por vía de la acción de tutela y so pretexto de la violación de derechos fundamentales, un juez pudiera modificar la decisión de los árbitros en relación con el mérito de la disputa.”⁷⁶

Se va apreciando entonces como es que la lectura del arbitraje bajo la teoría jurisdiccional trae aparejado el riesgo de imponer al arbitraje controles que van más allá que el recurso de anulación y que afectan en gran medida su efectividad.

2.3.2 La “judicialización del arbitraje”

Es así que en esta realidad se presenta un gran contrasentido, y es el fenómeno de “judicialización del arbitraje”. El asimilar la labor de los árbitros con la de los jueces y en consecuencia tratar a los laudos como sentencias, atenta contra los ya mencionados efectos del convenio arbitral puesto que crea el riesgo que a través del amparo constitucional es finalmente el Poder Judicial quien resuelve una controversia que por voluntad de las partes debieron resolver única y exclusivamente los árbitros.

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

“El amparo constitucional latinoamericano abrirá las vías y puertas para que una

⁷⁶ZULETA, Eduardo. “La protección constitucional del arbitraje”. En: “Arbitraje Internacional: Tensiones actuales. MANTILLA – SERANO, Fernando. Editorial Legis S.A. Primera edición. 2007p.76

parte recalcitrante y hostil hacia el arbitraje intente escaparse de los efectos obligatorios y obligacionales derivados del acuerdo de arbitraje, por el simple hecho de alegar una violación constitucional,. En este sentido el amparo constitucional latinoamericano es un mecanismo capaz de traer a los arbitrajes comerciales internacionales con elementos latinoamericanos todo el bagaje cultural anglosajón de los anti suit injunctions y los consecuenciales anti.arbitration injunctions.”⁷⁷

Por su parte González de Cossio es explícito en denunciar el contrasentido que produce la aplicación de la teoría jurisdiccional al control del laudo arbitral:

“Si bien las diferencias de opinión sobre la conveniencia de cuál postura adoptar son, no sólo admisibles, sino bienvenidas, debo mencionar que, de las posturas soslayadas, la que menos aceptación tiene es la jurisdiccional. Se considera que es la más superada, además de los argumentos brindados por las demás, por dos verdades importantes: (1) al acudir al arbitraje, las partes buscaron salirse de la judicatura para resolver su controversia; y (2) puesto que lleva a resultados negativos cuando en presencia de problemas procesales arbitrales (...)El adoptar una postura jurisdiccional del arbitraje invita soluciones que con facilidad pueden resultar en justamente lo que se deseó evitar: acabar en tribunales nacionales. Por lo anterior, cualquiera que sea la postura del lector, invito a que se considere esta situación al aquilatar, no sólo su preferencia por la teoría que considera que es más acorde con la institución arbitral, sino también el resultado que puede tener.”⁷⁸

Al respecto señala el profesor Franz Kundmüller:

“En el Perú hay una errónea tendencia a la “jurisdiccionalización” y por ende, a la “procesalización” innecesaria del arbitraje, que hoy incluso se ha desbordado, al punto de que ya podemos hablar de la “hiperconstitucionalización” del arbitraje peruano, ante las diversas sentencias “legalmente correctas” que el Tribunal

⁷⁷ DE JESUS, Alfredo, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”. Revista Lima Arbitration N°3. 2008/2009. p. 180

⁷⁸ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. El árbitro ¿autoridad responsable para el juicio de amparo?. En: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRO%20AUTORIDAD%20RESPONSABLE%20PARA%20EL%20JUICIO%20DE%20AMPARO.pdf>. P.24

Constitucional ha emitido durante los últimos años, bajo el pretexto de la aplicación de la doctrina de la “Drittwirkung”, atropellando así a las principales disciplinas del Derecho Arbitral.

A diferencia de otros países, existe aún en nuestro medio la duda respecto de si es lo mismo litigar en sede judicial o hacerlo en sede arbitral, otorgando protagonismo principal a una confusión conceptual, jurídica e institucional, que resulta urgente superar, para enmendar el rumbo y para beneficiar así a los actores económicos y comerciales, aplicando los conceptos del Derecho Arbitral en toda su extensión y no en forma mediatizada o parcializada, a partir de la óptica miope, que implica abordar el arbitraje desde la perspectiva de otras disciplinas jurídicas.”⁷⁹

Una vez apreciados como se interrelacionan ambas teorías con la eficacia del arbitraje, específicamente del laudo arbitral, en el capítulo final de este trabajo apreciaremos en los hechos lo probado en esta parte.

Y es que apreciaremos como es que las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, bajo la tesis de la teoría jurisdiccional del arbitraje han distorsionado totalmente es sistema de control del laudo arbitral y en consecuencia la efectividad del arbitraje.

⁷⁹ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. Es urgente arbitralizar al arbitraje. En: Revista Arbitraje PUCP N° 01, 2010, CARC PUCP. p. 58

VI. CONCEPTO Y CONTROL DEL ARBITRAJE SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6.1 PRESENTACION DEL TEMA

Hemos podido leer y analizar la gran mayoría de las Sentencias del TC, hasta la recaída en el Exp N° 00142-2011-AA/TC, en donde se hace mención al arbitraje en causas conocidas por este colegiado vía recurso extraordinario y/o recurso de agravio constitucional, casi todas por haberse declarado infundada o improcedente en segunda instancia una demanda de amparo que pretendía enervar los efectos de un laudo arbitral. De estas, hemos seleccionado aquellas en donde la posición del TC sobre ambos temas es expresada con mayor claridad.

En este sentido, apreciaremos el pensamiento de dicho colegiado sobre estos temas y como la concepción de la labor de los árbitros como ejercicio de la función jurisdiccional, asimilando incluso los efectos del laudo arbitral a los de una sentencia judicial, hacen que el TC postule:

En un primer momento (Precedente Cantuarias)

- i) el control sucesivo del laudo en sede ordinaria (anulación y luego amparo), al considerar al recurso de anulación como vía previa para la interposición del amparo, con la demora que esto significa en detrimento de la celeridad propia del arbitraje y lo que es peor;
- ii) la posibilidad que a través de la intervención de los jueces constitucionales por una demanda de amparo, se modifique el fondo de la decisión de los árbitros, lo que va en contra de lo expresado por las partes al celebrar un convenio arbitral.⁸⁰

⁸⁰ Sobre el particular, en opinión de De Jesús “La constitucionalización del arbitraje es un fenómeno específicamente latinoamericano que se ha producido, o por la incorporación de disposiciones específicas sobre el arbitraje en los textos constitucionales o por el reconocimiento por vía jurisprudencial del arbitraje como una opción constitucional. Por constitucionalismo nos referimos a una corriente del pensamiento constitucional francés, animada desde los años 1980 sobre la que volveremos más adelante (...) De este modo sostenemos que la simple consagración del arbitraje en los textos constitucionales latinoamericanos no es el origen del problema cultural que señalamos (...) lamentablemente la relación armoniosa, entre por un lado la consagración constitucional de una política pública de

Y finalmente, en la actualidad (Precedente María Julia)

- iii) que la anulación es una vía idónea igualmente satisfactoria al amparo para la protección de derechos constitucionales.

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

3.2. LA NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANALISIS CRÍTICO

3.2.1 El arbitraje implica el ejercicio de jurisdicción

SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 189-99-AA/TC PESQUERA RODGA S.A. (26 DE OCTUBRE DE 1999)⁸¹

Fundamento N°3:

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

favorabilidad al arbitraje y, por el otro, el desarrollo por vía legislativa del arbitraje comercial internacional, y la ratificación de las principales convenciones internacionales, ha sido empañado por un nuevo sector de la comunidad jurídica latinoamericana: los constitucionalistas (...) (Construyendo lo que en palabras del decano Georges Vedel es un peligroso universo jurídico sobre el fundamento de un imperialismo “constitucionalista”, en el cual la Constitución su juez y sus comentaristas poseen todas las llaves y vigilan todas las vías. DE JESUS, Alfredo, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”. Revista Lima Arbitration N°3. 2008/2009.p.153-156.

⁸¹SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 189-99-AA/TC PESQUERA RODGA S.A En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00189-1999-AA.html>

que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral(...) (subrayado agregado)

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

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

SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.° 3261-2005-PA/TC. COMPAÑÍA DE RADIODIFUSIÓN AREQUIPA S.A.C. (8 de julio de 2005)⁸²

Fundamento N° 5 a):

5.

(...)

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

El TC en este fundamento, hace una referencia directa a los efectos del convenio arbitral. El efecto positivo: a través del cual la celebración del convenio arbitral otorga

⁸²SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.° 3261-2005-PA/TC. COMPAÑÍA DE RADIODIFUSIÓN AREQUIPA S.A.C En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03261-2005-AA%20Resolucion.html>

a los árbitros la competencia para resolver una determinada controversia y el efecto negativo, el cual priva de esta misma competencia a la justicia ordinaria.⁸³

Nos parece importante resaltar lo aquí señalado porque rescata de forma visible la importancia de la autonomía de la voluntad para el arbitraje y las consecuencias que esto conlleva, sobre todo si recordamos que la autonomía de la voluntad es la base de la Teoría Contractual sobre la Naturaleza del Arbitraje.

PRECEDENTE VINCULANTE: SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N. ° 6167-2005-PHC/TC FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (28 de febrero de 2006)⁸⁴

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

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

Fundamento N° 8:

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

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

- a) *Conflicto entre las partes.*
- b) *Interés social en la composición del conflicto.*
- c) *Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.*
- d) *Aplicación de la ley o integración del derecho^{85[2]}.*

⁸³A mayor abundamiento ver: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. La Inevitabilidad del Arbitraje ante la Nueva Ley Peruana (DL N° 1071). Revista Peruana de Arbitraje. N° 7. 2008. P.95

⁸⁴SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N. ° 6167-2005-PHC/TC FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

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

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

Y es que el TC efectúa una analogía entre la función de los árbitros con la de los jueces, basándose en que ambos administran justicia. Esto último es cierto, ambos administran justicia pero la fuente de este encargo es distinta y además la administración de justicia es tan solo uno de los aspectos de la jurisdicción, pero no el determinante conforme se dejó claro en el Capítulo I al momento de realizar el análisis de la Teoría Jurisdiccional sobre la Naturaleza Jurídica del arbitraje. Debemos decir además que esta enumeración efectuada por el TC, se olvida mencionar la característica de máxima irrevocabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la cual no tienen los laudos arbitrales por estar sujetos al filtro final del recurso de anulación.

Más allá de todo lo anteriormente señalado, ¿hace bien el TC peruano en equiparar la función judicial con la función arbitral? Creemos rotundamente que no, reafirmamos nuestra postura en el sentido que los jueces administran justicia por encargo del

Estado y en cumplimiento de una función pública conforme el artículo 39° (que regula la función pública) y el artículo 143° (que expresa que el Poder Judicial administra justicia a nombre de la Nación) de la Constitución.⁸⁶ Por su parte, los árbitros administran justicia por encargo y decisión de las partes.⁸⁷

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

*“El árbitro es un juez privado investido de una misión jurisdiccional de origen contractual (...) el que sea un “juez privado” implica que la misión del árbitro y el juez son las mismas. La única diferencia es la fuente. Comparte las facultades de un juez, pero su régimen es el de un prestador de servicios profesionales”.*⁸⁸

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

“Perspectiva reductora” en detrimento del arbitraje ya que “pasa de ser una institución autónoma, regida por principios y reglas propias a ser una institución más del derecho constitucional, regida por los principios y normas constitucionales, el

⁸⁶ **Artículo 39°.** Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

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

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

⁸⁷ A mayor abundamiento Fernández Rozas señala que “En tanto que las competencias del juez provienen directamente de la ley, el árbitro no ostenta una competencia delegada de la autoridad pública más allá de la habilitación general que las leyes estatales proporcionan a la institución arbitral en abstracto. El árbitro, está limitado, por la voluntad de las partes “En: FERNANDEZ ROSAS, José Carlos. “Elementos configuradores de la justicia arbitral”. En: Revista Internacional de Arbitraje. Julio- Diciembre de 2009.p.152

⁸⁸ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. La Naturaleza Jurídica del Arbitraje: Un ejercicio de balance Químico. En: Lima Arbitration. N° 2. 2007 En: En: <http://www.limaarbitration.net/LAR2.htm>.203.

árbitro sería entonces, un delegado de la función constitucional de administrar justicia y el laudo arbitral debería garantizar la vigencia de los valores constitucionales ⁸⁹.

Fundamento N° 11:

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

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

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

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales. (Subrayado agregado)

Siguiendo en la misma línea, el TC ratifica con toda claridad su posición sobre este tema, la cual consideramos bastante sesgada, ya que el derecho a la autonomía de la voluntad es un derecho fundamental reconocido por la propia Constitución y no se le

⁸⁹ DE JESÚS, Alfredo. Ob. Cit. p. 158

puede minimizar hasta el punto de afirmar que los particulares no pueden decidir libremente como quieren resolver sus controversias (más aún si se trata de materias disponibles y si la propia Constitución les reconoce éste derecho en su artículo 62°), ya que la interpretación que realiza el TC señala que a través del arbitraje se administra justicia pero no por la celebración del convenio arbitral, sino y exclusivamente, por su mención en el artículo 139 ° inciso 1 de la Constitución referido al ejercicio de la “función jurisdiccional”.

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

“(…)el planteamiento del tema en Perú en donde resulta altamente controvertido, pues, tras, la lectura del artículo 233.1º de la Constitución de 1979 y, posteriormente, del artículo 139.1 de la vigente, se ha afirmado con rotundidad por parte de ilustres miembros del poder judicial la “jurisdiccionalización” y ello ha sido secundado, curiosamente, por conspicuos sectores dedicados a la práctica arbitral llegando a postular, por ejemplo, la presencia de una administración arbitral de justicia, lo que ha sido objeto de certeras críticas por tratarse de una línea argumental puramente exegética del precepto constitucional.”⁹⁰

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

” (...) En todo caso, es esta posición exclusivista del derecho constitucional la que ha llevado a algunos constitucionalistas latinoamericanos a proponer una lectura publicista o constitucional del arbitraje, tratando de forzar la incorporación del arbitraje comercial internacional, en contra de su naturaleza esencialmente privada, esencialmente voluntarista, dentro del orden jurídico constitucional.”⁹¹

Nuestra postura, como la de los autores citados, como ya hemos señalado en líneas anteriores, es totalmente opuesta a la concebida por el TC, estamos plenamente convencidos de que es el derecho a autonomía de la voluntad de las partes, o la

⁹⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Ob. Cit. p.169

⁹¹ DE JESUS, Alfredo. Ob Cit. p.160-162

libertad de contrato, contenido en los artículo 2° inciso 14 y 62° de la Constitución la que faculta a las partes a la celebración del convenio arbitral.

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

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

La legalidad del convenio arbitral está regulada por estos artículos y por las normas sobre arbitraje (la Ley General de Arbitraje y posteriormente la Ley de Arbitraje), en donde se regula lo concerniente al convenio arbitral y sus efectos.⁹²

Es pertinente resaltar el elemento voluntarista en ambas disposiciones a través del uso del término “decisión” de las partes. Incluso la Ley General de Arbitraje iba más allá y resaltaba los efectos obligacionales del convenio arbitral por lo que no queda duda sobre su origen contractual.⁹³

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

⁹² Es así, que la LGA señalaba en su artículo 9 que “El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.”

Es así que el artículo 13° de la Ley de Arbitraje señala

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

⁹³ Sobre el particular, con acierto señala María Paula All que “el convenio- arbitral- produce para las partes una obligación contractual pura de someterse al juicio de árbitros y de estar y pasar por la decisión que recaiga. ALL, María Paula. “Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional”. DeCita. N° 02. 2004”p.30

Esta tesis es fuertemente respaldada por numerosa doctrina, como ya vimos en el Capítulo I al analizar que la Teoría Contractual tiene como base al convenio arbitral, esta doctrina en resumidas cuentas concibe la voluntad de las partes como principio y fin del arbitraje, por ejemplo a decir de De Jesús:

“La naturaleza voluntarista del arbitraje comercial es la esencia del arbitraje. Es en la voluntad (...) expresada a través del acuerdo de arbitraje (...) que se encuentra la fuente del poder jurisdiccional de los árbitros del comercio internacional, los términos y los límites de su misión y la fuerza obligatoria de sus órdenes y decisiones. (...) es un mecanismo autónomo de resolución de las controversias relativas al comercio internacional producto de la voluntad de los operadores del comercio internacional (...)”⁹⁴

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

“Se erige el árbitro en tal sentido, como una manifestación de la libertad de los ciudadanos y como expresión subjetiva de la autonomía de la voluntad respaldada por las constituciones (...) en el proceso arbitral tanto las partes como el árbitro están relacionadas por el vínculo contractual establecido en el compromiso arbitral. El origen es esencialmente el contrato, cuya eficacia se manifiesta creando una competencia especial para los árbitros.”⁹⁵

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

“La potestad de los árbitros de llevar a cabo la resolución de controversias, sobre materias de libre disposición para las partes, conforme a derecho, encuentra precisamente su fundamento en la libertad y autonomía de la voluntad de los particulares, materializada en el convenio arbitral”.⁹⁶

En consecuencia es claro que los árbitros administran justicia por un encargo de las partes y en cumplimiento de una obligación que asumen frente a ellas. No podemos

⁹⁴ DE JESÚS, Alfredo. Ob. Citp.160

⁹⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Ob. Cit. p. 153,172

⁹⁶ CREMADES, Bernardo. “El arbitraje en la doctrina constitucional española”. Revista Internacional de Arbitraje. N° 6. 2007. p.14

aceptar que, como manifiesta el TC, esta potestad de administrar justicia sea producto de un precepto constitucional que considera al arbitraje como “jurisdicción excepcional” y no de la autonomía de la voluntad de las partes.

Para demostrar la debilidad de la postura del TC basta con hacernos una sola pregunta, ¿si el artículo 139° inciso 1 de la Constitución no mencionara al arbitraje como “jurisdicción excepcional” ello significaría que las partes se podrían someter a este mecanismo para resolver sus controversias?. Para nosotros la respuesta es sí, porque existe el derecho fundamental a la autonomía de la voluntad plasmada en los artículos 2° inciso 14 y 62° de la Constitución. Tan es así que el arbitraje se ha desarrollado con éxito en países que no incluyen una mención al arbitraje en sus constituciones, como ya señalamos al citar las experiencias colombiana y española.

Fundamento N° 17:

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

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

Al respecto se vuelve a observar la dificultad del TC para entender la génesis contractual del arbitraje, y por ende sin otorgarle un rol fundamental a la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. En este orden de ideas el TC se aferra a encasillar al arbitraje a toda costa dentro de una institución de constitucional: la función jurisdiccional.⁹⁷

⁹⁷ Las consecuencias de esto, son según De Jesús que” (...) Bajo esta concepción el arbitraje comercial internacional dejaría de ser un producto de la voluntad de los operadores del comercio internacional para convertirse en una institución constitucional. El árbitro se convertiría en una especie de delegado de la “función constitucional” de administrar justicia, estaría obligado a aplicar el derecho constitucional y sus decisiones estarían sujetas al control

PRECEDENTE VINCULANTE: SENTENCIA RECAIDA EN EL EXPEDIENTE N° 00142-2011-PA/TC SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA MARIA JULIA (21 de septiembre de 2011)

Esta sentencia reviste singular importancia por declarar como precedentes vinculantes sus fundamentos 20, 21 y 26, los cuales establecen el vigente modelo de control del laudo arbitral en nuestro sistema jurídico (anulación es vía igualmente satisfactoria al amparo), apartándose del modelo de control del Precedente Cantuarias (anulación es vía previa al amparo).

Sin embargo, por la importancia de ello, creemos que es importante apreciar cual es el razonamiento que el TC razona sobre la naturaleza jurídica del arbitraje para arribar a una concepción tan distinta sobre el control del laudo.

Fundamento N° 10:⁹⁸

10. De acuerdo con el Artículo 138° de la Constitución Política del Perú: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. A su turno el artículo 139° inciso 1) de la misma norma fundamental, prevé como un principio a la par que un derecho ante la función jurisdiccional, “La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”, quedando claramente establecido que “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral”.

Fundamento N° 11:

constitucional ejercicio por los órganos y los mecanismos de la justicia constitucional.” DE JESUS, Alfredo. Ob. Cit.p.162

⁹⁸SENTENCIA RECAIDA EN EL EXPEDIENTE N° 00142-2011-PA/TC SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA MARIA JULIA. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>

11. *A partir de lo establecido por la norma fundamental, “el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al 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 de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10). Desde esta perspectiva, “este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14).*

Fundamento N° 12:

12. *Sin embargo de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, “la naturaleza de jurisdicción independiente del 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. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).*

Fundamento N° 13

13. *Ello es así por cuanto 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.

Se aprecia a lo largo de estos fundamentos que el TC vuelve sobre los ya manidos argumentos sobre la naturaleza jurisdiccional del arbitraje establecidos en el Precedente Cantuarias, para de este modo volverle a dar un carácter publicista a una figura de derecho privado.

3.2.2 Se otorga protección constitucional al arbitraje solamente en cuanto es jurisdicción y se desnaturalizan sus mecanismos de propios

3.2.2.1 Principio de no interferencia no es aplicable al arbitraje, tampoco es necesario

PRECEDENTE VINCULANTE: SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N. ° 6167-2005-PHC/TC FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (28 de febrero de 2006)⁹⁹

Fundamento N° 12:

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

⁹⁹En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes. (Subrayado agregado)

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

Si bien creemos que la aplicación del principio de no interferencia beneficia al arbitraje, no podemos dejar de mencionar que este principio, regulado en el artículo 139° inciso 2 de la Constitución, tiene un origen estrictamente jurisdiccional, ya que está diseñado para la “función jurisdiccional”, la cual conforme ya referimos en líneas anteriores es ejercida por los funcionarios públicos pertenecientes al Poder Judicial, por lo que atendiendo a la génesis contractual de la competencia de los árbitros de administrar justicia, no resulta convincente su aplicación.¹⁰⁰

En este sentido, su aplicación contribuye a asimilar la labor de los árbitros con la de la justicia estatal. Debido a ello consideramos que una adecuada comprensión de la autonomía de la voluntad inherente al convenio arbitral y de los efectos de este pacto, en esencia del efecto negativo del convenio arbitral, traerían la misma consecuencia que la aplicación del principio de no interferencia debido a la renuncia a la jurisdicción estatal que efectúan las partes al someterse al arbitraje.¹⁰¹

Nos explicamos, EL TC considera al arbitraje como jurisdicción y es en virtud de dicha consideración que le aplica el principio de no interferencia, que es en palabras del propio TC, *un principio propio de la función jurisdiccional*, a pesar de lo señalado por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la función jurisdiccional.

¹⁰⁰ En efecto es mencionado en el artículo 139 2) de la Constitución en donde se señala que “(...) Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (...)”.

¹⁰¹ Al respecto, señala la All “(...) del convenio arbitral se deriva un efecto negativo ya que niega competencia a los jueces y tribunales estatales (...). ALL, María Paula. Ob. Cit. p.31.

- EL TC considera al arbitraje como jurisdicción y es en virtud de dicha consideración que le aplica el principio de no interferencia, que es en palabras del propio TC, *un principio propio de la función jurisdiccional*, a pesar de lo señalado por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la función jurisdiccional.
- El TC entiende que como producto de la aplicación del principio de no interferencia surge implícitamente un reconocimiento al principio del Kompetenz. Kompetenz, al cual considera como una herramienta útil para evitar que una de las partes pueda desvincularse de los efectos del convenio arbitral recurriendo a la jurisdicción estatal, con lo que (i) hace una alusión indirecta al efecto negativo del convenio arbitral, (ii) hace necesario entender como necesario para este propósito el principio de separabilidad y (iii) hace una mención indirecta al efecto negativo del convenio arbitral, (iv) y sobretodo reconoce la equivalencia en las consecuencias de aplicar el principio de no interferencia y el principio del Kompetenz. Kompetenz.

El principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido, o principio de no interferencia, se infringe, según el fundamento 1 a) de la Sentencia recaída en el Exp. N° 1091-2002/HC/TC (...) *-cuando- por su propia naturaleza, que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y, en su lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera sea su clase.*¹⁰²

Este principio esta recogido en el artículo 139° inciso 2 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) en donde se establece lo siguiente:

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

(...)

¹⁰² En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01091-2002-HC.html>

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno. (subrayado agregado)

Nótese que el presente artículo 139° se encuentra destinado a la función jurisdiccional, tal como lo hace patente su inciso 2 al señalar que lo que busca el principio de no interferencia es la independencia del ejercicio de la función jurisdiccional por parte del órgano jurisdiccional.

Pero, ¿Qué debemos entender por función jurisdiccional y por órgano jurisdiccional? La respuesta la encontramos en los artículos 39° y 143° de la Constitución y en el artículo 26° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

Respecto de la función jurisdiccional tenemos que el artículo 39° de la Constitución establece lo siguiente sobre la función pública:

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

Por su parte el artículo 143° establece sobre el Poder Judicial:

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

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

En este sentido debemos entender que los magistrados y jueces son funcionarios públicos pues cumplen la función pública, valga la redundancia, de administrar justicia a nombre de la nación.

Ahora bien, esta función de administrar justicia a nombre de la nación es cumplida por el Poder Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales, los cuales son, conforme señala el artículo 26° de la LOPJ, los siguientes:

Artículo 26.- Órganos Jurisdiccionales.

Son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial:

- 1.- La Corte Suprema de Justicia de la República;*
- 2.- Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales;*
- 3.- Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las Provincias respectivas;*
- 4.- Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede; y,*
- 5.- Los Juzgados de Paz.*

En consecuencia, se aprecia con total nitidez que el principio de no interferencia, al que hace alusión el artículo 139° inciso 2 de la Constitución está dirigido solamente a los órganos jurisdiccionales a los que hace mención el artículo 26° de la LOPJ, en la medida que ejercen la función pública de administrar justicia a nombre de la Nación, es decir ejercen la función jurisdiccional que les encarga la Constitución.

El arbitraje, ni los Tribunales Arbitrales constituyen órganos jurisdiccionales, no solo debido a que no se encuentran en la lista taxativa del artículo 26° de la LOPJ, sino porque el encargo de administrar justicia que reciben los árbitros no emana del cumplimiento de una función pública encargada por la Constitución, sino de la voluntad de la partes expresada en el convenio arbitral.

A su turno Lohmann refiere que “*si bien un tribunal arbitral forma parte del sistema constitucional de justicia (...) ciertamente no es uno de los órganos jurisdiccionales (...) que no son otros que los que componen la estructura orgánica del Poder Judicial (artículo 26° de la Ley Orgánica del Poder Judicial- LOPJ), Y por es, un tribunal arbitral no tiene más permanencia que la requerida mientras dure el proceso respectivo, ni participa ni se integra a ninguna jerarquía*”¹⁰³

De lo expuesto, podemos reafirmar nuestra premisa inicial acerca de que el principio de no interferencia no es un mecanismo de protección natural del arbitraje.

Y es que las ventajas aparentes de su aplicación no son tales, ya que existen principios y mecanismos propios del arbitraje como ciencia jurídica que cumplen con esta misión de protección de modo más eficiente, sin perder de vista su génesis contractual.

Al respecto, ni la ya derogada Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, (en adelante LGA), ni la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, (en adelante, LA) hacen mención alguna al principio de no interferencia y más, bien abordan la protección del arbitraje frente a la justicia estatal como una consecuencia de la autonomía del arbitraje frente a la justicia estatal

Es así, que el artículo 4° de la LGA refería lo siguiente:

Artículo 4o.- Intervención del Poder Judicial.- Salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral.

(subrayado agregado)

Es más, la Ley de Arbitraje, en cuyo artículo 3° regula los principios que rigen las funciones de los árbitros no incluye mención del “principio de no interferencia”. Y es que este artículo debe ser leído de forma sistemática con el artículo 13° inciso 1 de

¹⁰³ LOHMANN, Guillermo. Interferencia Judicial en los Arbitrajes. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 1, 2005, p.276.

dicho Decreto Legislativo en donde se define al convenio arbitral para comprender que dichos principios se desprenden enteramente de la voluntad de las partes y de la competencia otorgada al Tribunal Arbitral a través de su uso.¹⁰⁴

Principio Kompetenz- Kompetenz (y el Principio de Separabilidad) se derivan de los efectos del convenio arbitral y no del principio de no interferencia

PRECEDENTE VINCULANTE: SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (28 de febrero de 2006)¹⁰⁵

Fundamento N° 13:

13 Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje –Ley N.º 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el

¹⁰⁴Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

¹⁰⁵En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>

proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

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

Si bien es un acierto del TC que reconozca el principio Kompetenz Kompetenz, pues es uno de los principios de protección del convenio arbitral, efectúa dicho reconocimiento como consecuencia de la aplicación del principio de no interferencia, lo cual no es correcto, el Kompetenz- Kompetenz verdaderamente es consecuencia del respeto a la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral de someter sus disputas a la competencia de los árbitros renunciando a la justicia estatal.¹⁰⁶

El Principio Kompetenz- Kompetenz y el Principio de la separabilidad del convenio arbitral, son los mecanismos de protección del convenio arbitral, y de sus efectos, por excelencia. A través de ellos se logra proteger la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje.

Ambos persiguen una tarea común: conservar la competencia de los árbitros pero ante diferentes supuestos. En el caso del Kompetenz. Kompetenz, frente a un cuestionamiento de forma, es decir del propio convenio arbitral, y en el caso del

¹⁰⁶Sobre el kompetenz-kompetenz nos dice el Eduardo Silva que” (...) busca garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o nulidad del contrato de arbitraje no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral. En efecto, el principio “competencia- competencia” permite a los árbitros resolver cualquier controversia relativa a la existencia, a la validez o al alcance del contrato de arbitraje. Si dicho principio no fuera reconocido por el derecho arbitral (...) acarrearía necesariamente por una parte la suspensión del procedimiento arbitral, y, por otra parte, la necesidad jurídica de recurrir a la justicia estatal para que esta resuelva la controversia relativa a la existencia o validez del contrato de arbitraje, antes de que los árbitros puedan, si es el caso, proceder a dirimir el fondo del litigio. SILVA, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio competence competence. El Contrato de Arbitraje. Legis S.A... Bogotá. 2005.p.580

principio de separabilidad ante un cuestionamiento de fondo, es decir ante un cuestionamiento del contrato principal.

Es así que el artículo 41° de la Ley de Arbitraje establece una lectura conjunta de ambos principios.

Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (subrayado agregado)

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral. (subrayado agregado)

La relación de ambos principios es explicada por el profesor Eduardo Silva Romero:

*“La aplicación de ambos principios busca en la práctica, proteger la autonomía e independencia de la justicia arbitral con relación a la justicia estatal y, por esta vía, lograr que la justicia arbitral sea verdaderamente eficaz”.*¹⁰⁷

¹⁰⁷SILVA, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio competence competence. El Contrato de Arbitraje. Legis S.A... Bogotá. 2005.pP.579

Empecemos por referirnos al Kompetenz- Kompetenz. Señala el mismo Silva Romero que “(...) -el- Kompetenz-Kompetenz (...) busca, en la práctica proteger la autonomía y la independencia de la justicia arbitral con relación a la justicia estatal, y por esa vía, lograr que la justicia arbitral sea verdaderamente eficaz.”¹⁰⁸

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

” (...) dar efectos al pacto de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio”. Señala además que la falta de aplicación del Kompetenz Kompetenz significaría “(...) un resultado irónico además de contrario a la voluntad de las partes: para arbitrar hay que litigar: de desear evadir acudir a tribunales-estatales- es necesario acudir a tribunales-estatales- para definir la competencia del árbitros”.¹⁰⁹

Para un mejor entendimiento partamos de la siguiente pregunta ¿Qué pasaría si alguna de las partes cuestionara esta competencia?

Muchos afirmarían que al no haber consenso respecto de la competencia de los árbitros, alguien más a parte de ellos debería determinar si son competentes o no, con lo cual se asoma la figura de la justicia estatal para cumplir este rol.

De ser esto así, sería muy sencillo poder escapar de los efectos del convenio arbitral, bastaría el simple hecho de cuestionar o no reconocer la competencia de los árbitros para judicializar la controversia. Este resultado, en opinión de González de Cossio sería:

“Irónico, además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar, de desear evitar acudir a los tribunales, es necesario acudir a los tribunales para definir la competencia del árbitro”¹¹⁰

¹⁰⁸ Ibid. p.579

¹⁰⁹ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. “El principio competence- Competence revisitado. En: http://www.camex.com.mx/COMPETENCE_REVISITADA_Final_.pdf. p. 3-4

¹¹⁰ Ibid. p.4

Para evitar situaciones como esta existe el Principio del Kompetenz. Kompetenz., el cual establece una regla en el tiempo para que sean los árbitros los primeros en resolver todo lo concerniente a la existencia o validez del convenio arbitral, es decir, decidan si son competentes o no. La decisión de los árbitros sobre este tema, únicamente una vez finalizadas las actuaciones arbitrales y emitido el laudo podrá ser cuestionada, de ser pertinente vía recurso de anulación.¹¹¹

En este sentido, la mayor ventaja del Principio Kompetenz. Kompetenz radica en que evita judicializar una disputa sobre la competencia de los árbitros, lo que significaría la paralización del arbitraje hasta que esto se haya decidido y retrasaría de forma muy grave el conocimiento del fondo de la controversia que fue sometida a los árbitros.

Esto es reafirmado por María Paula All, quien manifiesta:

“La consecuencia más importante que se deriva de la Kompetenz Kompetenz, es que el árbitro no debe interrumpir el procedimiento arbitral si se impugna su competencia, ya sea por inexistencia o nulidad del contrato que contiene el convenio arbitral, o porque directamente lo que se está atacando es la validez de la cláusula misma que le otorga competencia.”¹¹²

Por otro lado, el Principio de Kompetenz Kompetenz permite cumplir con una premisa fundamental para la independencia y autonomía del arbitraje: el control ex post del laudo arbitral, vía recurso de anulación.

Si no existiera el Principio Kompetenz. Kompetenz, la intervención judicial para decidir la competencia de los árbitros se tendría que realizar a través de un control ex ante del arbitraje, es decir durante las actuaciones arbitrales lo que implicaría su inminente paralización, esto convertiría al arbitraje en un mecanismo inútil de resolución de conflictos pues tardaría demasiado en producir efectos o simplemente nunca se volvería eficaz.

¹¹¹ SILVA ROMERO, Eduardo. p.580

¹¹² ALL, Maria Paula. Ob Cit. p. 36

Es así, que el precitado artículo 41° inciso 1 de la Ley de Arbitraje, debe ser leído conjuntamente con el también ya señalado inciso 4 del artículo 3° de esta misma norma, ya que de este modo se entiende con claridad esta regla de tiempos establecida por el principio Kompetenz. Kompetenz, toda vez que la palabra final sobre la decisión de competencia de los árbitros se decidirá a través de la tramitación del recurso de anulación.

Ahora bien, acerca del Principio de Separabilidad del convenio arbitral, imaginemos que una de las partes cuestiona, ya no el convenio arbitral, sino la validez, eficacia o existencia del contrato principal que incorpora el convenio arbitral. Si entendiéramos que el convenio arbitral es parte de dicho contrato, los vicios alegados sobre el mismo traerían como consecuencia que estos afecten también al convenio arbitral, por lo que el laudo que se emita en virtud a un convenio nulo no tendría ningún efecto jurídico, en este escenario no faltaría quien alegue que debido a que la nulidad o cualquier vicio del contrato principal son también propios del convenio arbitral, la controversia que es sometida a arbitraje en virtud a este convenio no debe ser sometida a arbitraje sino a la justicia ordinaria.

Para evitar situaciones como la descrita es que el Principio de Separabilidad, en palabras de Silva Romero:

*“Ha sido elaborado con miras a garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o nulidad del contrato principal que comprende el pacto arbitral o al que éste está relacionado no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral (...) y por otra parte la necesidad jurídica de recurrir a la justicia estatal para que resuelva la controversia relativa a la existencia o validez del contrato principal”.*¹¹³

Comparte esta posición Fernández Rozas, para quien el objetivo del Principio de Separabilidad es *“(...) precisamente, garantizar que el convenio arbitral tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual que es para lo que se pacta.”*¹¹⁴

¹¹³ Silva, Eduardo. Ob Cit. P. 279

¹¹⁴ Fernández Rozas, José Carlos. El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. En: Estudio de Derecho de Arbitraje. Editorial Jurídica de Chile. p. 715

Debemos entender entonces que el Principio de Separabilidad permite conservar la competencia de los árbitros ante el cuestionamiento de cualquier vicio del contrato principal, en la medida que estos vicios no afectarán al convenio arbitral, por considerarse éste una relación jurídica autónoma.

Actuando conjuntamente ambos principios (Kompetenz Kompetenz y Separabilidad) logran plasmar los efectos del convenio arbitral puesto que evitan que los árbitros puedan perder su competencia y que la justicia estatal pueda recuperarla en determinadas situaciones.

Notemos entonces que estos principios actúan como verdaderos garantes de la independencia y autonomía de la función arbitral en el desarrollo de las actuaciones arbitrales y que tienen además una base y contenidos propios basados en instituciones propias del derecho de arbitraje tales como el convenio arbitral y sus efectos, a los cuales ya nos referimos profusamente en el Capítulo II.

En consecuencia, se hace evidente que no es necesario subsumir al arbitraje como manifestación jurisdiccional para proteger el desarrollo de las actuaciones arbitrales a través del Principio de no Interferencia conforme lo hace el TC, sino que lo más natural sería aplicar los mecanismos de protección propios del derecho de arbitraje aquí descritos, los que se basan en la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral (Teoría Contractual del Arbitraje) y no en una forzada categorización jurisdiccional.

3.3. EL CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANALISIS CRITICO

3.3.1 ES POSIBLE EL CONTROL DEL LAUDO ARBITRAL A TRAVES DE LA DEMANDA DE AMPARO

SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 189-99-AA/TC PESQUERA RODGA S.A.
(26 DE OCTUBRE DE 1999)

Fundamento N° 3

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

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

Fundamento N° 5 y N° 6

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

implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional. (Subrayado agregado)

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

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

3.3.2 RECURSO DE ANULACION ES VIA PREVIA AL AMPARO

PRECEDENTE VINCULANTE: SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (28 de febrero de 2006)

Fundamento N° 14:

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

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

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

La razón de esto para el TC es el artículo 5° inciso 4 del Código Procesal Constitucional (en adelante, CPC), el cual establece como requisito para la

procedencia del amparo el agotamiento de las vías previas. Para su aplicación el TC vuelve sobre su argumento de establecer un símil entre la labor de jueces y árbitros al establecer que si el amparo puede controlar sentencias, también puede controlar laudos.¹¹⁵

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

El CPC en su artículo 4° regula la procedencia del amparo contra las resoluciones judiciales, pero nada nos dice acerca de la procedencia del amparo en contra de un laudo arbitral. Haciendo una interpretación literal y teleológica consideramos que la razón de esto es que el amparo no estaba pensado para el control un laudo arbitral, máxime si la LGA ya estaba vigente al momento de entrar en vigencia el CPC.¹¹⁶ Es el TC quien a través de una interpretación forzada deriva el control de un laudo arbitral de este artículo del CPC, el cual, al parecer, estuvo pensado exclusivamente para el caso de sentencias judiciales.

Fundamento N° 18

18. En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve a posteriori cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI

¹¹⁵ **Artículo 5.- Causales de improcedencia**

No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

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

¹¹⁶ **Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales**

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

in fine y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. (Subrayado agregado)

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

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

Fundamentos N° 15 y N° 16:

15. *Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulte lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje –Ley 26572 – prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo. (Subrayado agregado)*

16. *Este requisito de procedibilidad se sustenta en el artículo 5°, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, que señala: "No proceden los procesos constitucionales cuando: 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus". En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, además, en el artículo 45° del citado Código, que dispone: "El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo". Ambos artículos refieren en su texto el concepto "vía*

previa", que debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional; y que resulta exigible a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional.
(Subrayado agregado)

En estos fundamentos se aprecia la reiterada vocación del TC de "regular las mismas situaciones", a través del control escalonado, es lo que permite la posibilidad de cuestionar vía amparo un laudo arbitral a pesar de que el laudo arbitral tiene un mecanismo de control por excelencia reconocido a nivel internacional: el recurso de anulación, sobre el cual ya nos referimos en el Capítulo II del presente trabajo.¹¹⁷

Es muy valioso resaltar que el recurso de anulación, por propia su propia naturaleza, a diferencia de lo que ocurre con el amparo, prohíbe expresamente la revisión del fondo de la controversia.¹¹⁸

Entonces, reafirmamos que el recurso de anulación es el mecanismo idóneo para el control de laudo, toda vez que i) prohíbe el análisis del fondo del laudo y, ii) solo puede interponerse por causales taxativas, lo cual, a diferencia de lo que ocurre con

¹¹⁷ Concuera con nosotros Zuleta, quien sobre el caso colombiano señala "Una de las características de la justicia arbitral es la de ser de única instancia. El mérito de la controversia solamente puede ser decidido por los árbitros mismos. En consecuencia, en Colombia solamente proceden recursos de naturaleza extraordinaria contra un laudo arbitral, Sin embargo el hecho de considerar que los laudos arbitrales son sentencias judiciales abrió la puerta para que se pudiera cuestionar las decisiones arbitrales por vía de la acción de tutela." ZULETA, Eduardo. "La protección constitucional del arbitraje". En: "Arbitraje Internacional: Tensiones actuales. MANTILLA – SERANO, Fernando. Editorial Legis S.A. Primera edición. 2007. p.75

¹¹⁸ Es así que el artículo 62° de la LA establece sobre el recurso de anulación lo siguiente:

"(...) Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral."¹¹⁸(Subrayado agregado)

el amparo, limita su uso tendencioso y generalizado. Estas características también eran enarboladas por la Ley General de Arbitraje¹¹⁹

Respecto de la trascendencia de esta prohibición sobre el análisis del fondo, Redfern & Hunter la califican de suma importancia para preservar la eficacia del arbitraje:

“En efecto esta cuestión reviste especial importancia ya que la Ley Modelo no contiene disposición alguna que permita apelar un laudo arbitral por cuestiones de hecho o de derecho, o revisar la cuestión de fondo. Si el tribunal arbitral es competente, y se observan los procedimientos correspondientes y se respetan las formalidades el laudo-bueno, malo o regular-es definitivo y vinculante para las partes. Esta es la cuestión fundamental. En las naciones donde el comercio ha tenido mayor difusión, el laudo del tribunal arbitral, independientemente de que se trate de un laudo parcial, provisional o definitivo, resuelve las cuestiones en disputa, es vinculante para las partes (a menos que se anule) y en principio, procede su ejecución contra la parte perdedora no solo en el lugar donde se llevó a cabo el arbitraje sino en cualquier otra jurisdicción,”¹²⁰

3.3. EL CONTROL DEL LAUDO VIA AMPARO IMPLICA QUE SE PUEDEN CUESTIONAR DERECHOS RELATIVOS AL DEBIDO PROCESO MATERIAL (FONDO DE LA CONTROVERSIA) Y AMPARO FUNCIONA COMO VIA PARALELA AL RECURSO DE ANULACION

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

Fundamentos N° 12 y N° 13:

¹¹⁹ Sobre este tema señala Rubio que “De otro lado cuando las soluciones de la ley arbitral o las decisiones de los árbitros no satisfacen los intereses de las partes se promueve una intervención judicial no prevista en la norma con la misma finalidad de entrapar u obstruir el arbitraje, Estas dos vertientes de la judicialización del arbitraje son la mayor amenaza a la funcionalidad del sistema”. RUBIO, Roger. “Ruido en Lacalle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. Themis Revista de Derecho. N° 53. 2007.p.12

¹²⁰ REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Ob. Cit .p. 213 (9-35)

- 12 (...) El arbitraje constituye, por tanto, una alternativa al Poder Judicial para la solución de conflictos que versen sobre materia de carácter disponible por las partes. No es, pues, anómalo, que los justiciables opten por recurrir a esta vía cuando, por ejemplo, se discutan materias de considerable cuantía económica. Se trata, presumiblemente, de controversias que oponen en mayor medida a empresas, bajo la consideración de que el importante interés económico en discusión y las dilaciones en las que puede incurrir la jurisdicción ordinaria, franquean oportunamente el proceso arbitral. (Subrayado agregado)
13. Pese a que el arbitraje puede ser entendido como una jurisdicción de carácter privado que versa sobre materias de carácter disponible, no se debe perder de vista que su reconocimiento constitucional implica que su ámbito trasciende lo meramente establecido en el convenio arbitral y en la Ley General de Arbitraje. En efecto, en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el derecho al debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución. (Subrayado agregado)

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

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

*en su dimensión material analiza los estándares de razonabilidad y proporcionalidad de la decisión sometida al amparo constitucional.*¹²¹

De este modo se observa como esta errónea concepción jurisdiccional del arbitraje genera la riesgosa posibilidad de un indebido control del fondo del laudo arbitral, ajeno a los fines del arbitraje que busca justamente impedir que la justicia estatal conozca el fondo de la controversia.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE: SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 4972-2006-PA/TC CORPORACIÓN MEIER S.A.C. Y PERSOLAR S.A.C. (4 de agosto de 2006)¹²²

Fundamento N° 17

17. (...), serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.). (subrayado agregado)

En el fundamento N° 17, el TC desarrolla 3 muy cuestionables hipótesis en las cuales

¹²¹ CASTILLO FREYRE. Mario. Impugnación de Laudos arbitrales en sede constitucional: Comentarios a la sentencia del expediente N° 4195-2006-PA/ TC.en: <http://www.castillofreyre.com/articulos/117> Impugnacion de Laudos arbitrales en sede constitucional comentarios a la sentencia del expediente N.pdf, p.3

¹²² SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 4972-2006-PA/TC CORPORACIÓN MEIER S.A.C. Y PERSOLAR S.A.C En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04972-2006-AA.html>

cabe el control constitucional de un laudo arbitral. A través de estas hipótesis el TC lesiona la efectividad del recurso de anulación como mecanismo de control natural del laudo arbitral, ya que:

- i) permite el análisis del fondo del laudo vía amparo y
- ii) establece un control repetitivo e ineficiente del laudo sobre extremos del laudo que también se analizan a través del recurso de anulación, lo que en buena cuenta convierte al amparo en una vía paralela al amparo.

Primero analicemos lo referente a la posibilidad de conocer el fondo del laudo:

Fundamento N° 18

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

Volviendo a la ya manida posición de entender como iguales a las sentencias judiciales y a los laudos arbitrales, la primera hipótesis determina un control del laudo arbitral en su aspecto sustantivo.

A decir del Ex magistrado del Tribunal Constitucional, el Dr. César Landa, este control del debido proceso material de los laudos arbitrales implicaría que el amparo procederá en contra de un laudo también para cuestionar el fondo de dicha decisión:

“ No solo cuando se haya vulnerado el debido proceso adjetivo o formal, sino también cuando el proceso arbitral no se haya llevado de acuerdo al debido proceso material o sustantivo (...) en materia de amparo contra resoluciones judiciales existe un pronunciamiento reciente sobre el tema. En efecto en la sentencia recaída en el expediente 3179-2004-AA/TC dicho Colegiado ha reconocido que le corresponde –realizar- legítimamente , el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, -el cual- está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia y finalmente por el examen de suficiencia (...) nada impide que, a la hora de evaluar si una resolución arbitral es regular o irregular, el juez constitucional verifique si esta se encuentra en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales; tarea que debe ser llevada a cabo modulando la intensidad del control constitucional sobre las resoluciones arbitrales, bajo el canon interpretativo desarrollado por el T.C. en la citada sentencia; vale decir, siguiendo los exámenes de razonabilidad, coherencia y suficiencia .”¹²³

Nótese que el ilustre ex magistrado basa su opinión en la Sentencia del Exp N° 3179-2004-AA/TC, la cual señala textualmente, desarrolla en sus fundamentos N° 22 al N° 24 el “Canon de Control para Sentencias Judiciales” (compuesto por un examen de razonabilidad, suficiencia y coherencia del fondo de la decisión)¹²⁴ el cual según su

¹²³ LANDA, César. “Ob. Cit.p.39

¹²⁴El Canon de Control para Sentencias Judiciales implica tres etapas:

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

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

opinión debe aplicarse también al control del laudo arbitral, sin reparar que el laudo arbitral no es lo mismo que una sentencia judicial.

Esto demuestra, una vez más los graves inconvenientes de asimilar la “función jurisdiccional de los árbitros” a la de la justicia estatal, sin reconocer el carácter contractual del arbitraje y del encargo de los árbitros.

De similar opinión a la nuestra es el magistrado Wong, quien opina lo siguiente:

“Las conclusiones parecen lógicas, si el laudo arbitral no es más que otro acto del poder jurisdiccional como la sentencia por qué no deberíamos controlarla de la misma forma. Sucede sin embargo, que esta opinión- la del Dr. Landa- desconoce la particular naturaleza de la jurisdicción arbitral; se olvida que la soberanía de las partes involucradas sobre los asuntos que son de su libre disposición (la cual incluso les permite renunciar a la motivación de la decisión que emitirán los árbitros), impide que cualquier otro poder público o privado pueda controlar el fondo de la decisión de las personas que ellos han elegido libremente para juzgar su conflicto.

Consecuentemente los jueces constitucionales no pueden, y como es obvio, menos los ordinarios, juzgar la razonabilidad de una decisión, en tanto afecte derechos fundamentales de contenido económico que puedan ser considerados disponibles por las partes en el marco de un conflicto jurídico.”¹²⁵

Opinan en este mismo sentido Redfern, Hunter, Partasides y Blackaby quienes expresan el riesgo inherente a tener un sistema jurídico que permita la revisión del fondo de los laudos arbitrales por la justicia estatal:

“La experiencia ha demostrado, sin embargo, que un sistema de arbitraje que confiere un derecho ilimitado de apelación de los laudos arbitrales presenta también serias desventajas. En primer lugar, las decisiones de los jueces nacionales pueden acabar sustituyendo a las del tribunal arbitral especialmente

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

¹²⁵ WONG ABAD, JULIO. Ob. CitP.107

*seleccionado por las partes o nombrado a petición de las mismas. En segundo lugar, una de las partes puede verse en una audiencia pública y ante un tribunal nacional en contra de su voluntad, aun a pesar de haber seleccionado el arbitraje como método privado de resolución de la controversia. En tercer lugar, el procedimiento de apelación ante los tribunales podría ser empleado simplemente como método para posponer el día de pago, desvirtuándose así uno de los fines principales del arbitraje comercial internacional como es la celeridad del procedimiento”.*¹²⁶

SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 07532-2006-PA/TC LIDER GROUP EIRL Y OTROS (8 de noviembre de 2007)¹²⁷

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

Resulta preocupante que en una Sentencia posterior el TC reafirmó con claridad que tiene la potestad de anular un laudo y no solo eso, sino lo que es más preocupante, de revisar el fondo de la controversia, sin embargo no lo hace en este caso tan solo porque no se agotó la vía previa exigida por el amparo.

Respecto de considerar el amparo como vía paralela al amparo, distorsionando la regla de vía previa establecida en el Precedente Cantuarias, veamos cual ha sido el razonamiento el TC al respecto.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE: SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 4972-

¹²⁶ REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Ob Cit.p. 214

¹²⁷ SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 07532-2006-PA/TC LIDER GROUP EIRL Y OTROS En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/07532-2006-AA.html>

2006-PA/TC CORPORACIÓN MEIER S.A.C. Y PERSOLAR S.A.C. (4 de agosto de 2006)

Fundamentos N°17, N° 18 y N° 19

17. (...), serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser incoada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.). (subrayado agregado)

18. En lo que respecta a la segunda hipótesis enunciada, queda claro que la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados. Desde dicha perspectiva, es evidente que toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional. (...) (subrayado agregado)

19. Finalmente, y en lo que respecta a la tercera hipótesis de control, este Colegiado estima que, aun cuando la jurisdicción arbitral tenga su origen en el consentimiento de quienes participan de una relación contractual, ello de ninguna manera justificará el que hacia su estructura se reconduzcan asuntos

por su propia naturaleza indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación. Es eso precisamente lo que ocurre cuando se trata de derechos fundamentales que, como se sabe, no pueden ser objeto de negociación alguna ni siquiera en los casos en que exista la voluntad expresa de prescindir de los mismos o alterarlos en todo o parte de su contenido (...)
(subrayado agregado)

Las hipótesis b) y c) del considerando N° 17 son también reguladas dentro de las causales de anulación del laudo en el texto de la Ley de Arbitraje y son la inexistencia o nulidad del convenio arbitral y el sometimiento a arbitraje de materias no arbitrables. Las mismas también eran reguladas por la Ley General de Arbitraje de forma casi idéntica.¹²⁸

En este sentido la Ley de Arbitraje en su artículo 63° incisos a) y e) señala como causales de anulación.

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

(...)

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

Sobre la segunda hipótesis b) del Fundamento N° 17, creemos que la falta de consentimiento a la “jurisdicción arbitral” a la que se refiere el TC “o la “imposición de modo compulsivo” de la misma desencadenarán un supuesto de inexistencia o nulidad del convenio arbitral.

¹²⁸La LGA en sus artículo 73 incisos 1 y 7 señalaba como causales de anulación:

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

(...)

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

Sobre la hipótesis c) del Fundamento N° 17, basta decir que es prácticamente es una copia de la causal del artículo 73° inciso 7 de la LGA y de la del artículo 63° inciso e del DLA. Sin embargo es importante resaltar otra contradicción del TC, esta hipótesis se basa en la no arbitrabilidad de las materias sometidas a arbitraje, ergo si lo que se somete a arbitraje son materias arbitrables referidas a derechos disponibles, lo cual es válido conforme el propio TC ha establecido en el fundamento N° 12 de la Sentencia del Caso Algamarca, ¿Por qué controlar a través del amparo, lo que por encargo de las partes los árbitros han determinado sobre estas materias?

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

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

“ (...) Respetar la Constitución no implica sus disposiciones de forma directa, pasándose por encima todo el marco regulatorio de rango infraconstitucional o supraconstitucional. Sería absurdo sostener, por ejemplo, que la supremacía constitucional implica la creación, sobre la base de la Constitución de un derecho paralelo y concurrente al derecho de rango legal dentro del orden jurídico estatal con vocación a regular las mismas situaciones.”¹²⁹

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

¹²⁹ DE JESUS, Alfredo. Ob cit. p.175

Es más a través de habilitar el amparo directo para las cuestiones reguladas en los literales b) y c) del Fundamento N° 17 a pesar que cada una de estas situaciones tiene un tratamiento específico en una causal de anulación, lo que en la práctica hace el TC es considerar al amparo como vía paralela a la anulación, conforme ya adelantáramos.

3.3.4 INTERVENCION RESIDUAL DEL TC SOLO EN CASO DE AGRAVIO MANIFIESTO A LA TUTELA PROCESA O AL DEBIDO PROCESO

SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.° 04195-2006-PA/TC PROIME SAC (16 de noviembre de 2007)

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

Consideramos esta sentencia como la mejor versión, efectuada hasta ahora, de un intento comprensivo del TC hacia las finalidades del recurso de anulación.

Fundamento N° 4

- a) "(...) Cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral.;
- b) *Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos respectivos (apelación o anulación), de acuerdo a lo establecido en los fundamentos 2 y 3 supra.*
- c) *(...) cuando se cuestione la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral respecto a normas legales, siempre que de tales interpretaciones no se desprenda un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso.*

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 vulneración.” (Subrayado agregado)

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

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

El supuesto c) parte del reconocimiento de la competencia de los árbitros de resolver el fondo del pleito, por lo que en principio no se pueden cuestionar sus interpretaciones legales. Lo positivo es que no se menciona la posibilidad de cuestionar vía amparo otro derecho que no sea el debido proceso y la tutela procesal efectiva. Sin embargo, queda abierta la puerta de hacerlo ante una vulneración manifiesta al debido proceso material. De ser este el caso se podría posibilitar el análisis del fondo del laudo aunque con ciertos matices: i) solo ante una vulneración

manifiesta y ii) en caso de duda de asumirá que la interpretación de los árbitros es la correcta.

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

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

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

3.3.5 EJEMPLIFICANDO LOS MALES: EL CASO CODISA

SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 05311-2007-PA/TC COMPAÑÍA DISTRIBUIDORA S.A. (5 de octubre de 2009)¹³⁰

Concebimos esta sentencia como el resultado claro de lo que un control invasivo del laudo arbitral a través de la “judicialización del arbitraje” puede implicar para la efectividad de los laudos arbitrales bajo la Teoría Jurisdiccional de la Naturaleza Jurídica del Arbitraje. El TC declara fundada una demanda de amparo interpuesta en contra de un laudo arbitral y lo declara nulo por razones de fondo relativas a la interpretación de los hechos y la aplicación del derecho realizada por los árbitros.

¹³⁰ SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 05311-2007-PA/TC COMPAÑÍA DISTRIBUIDORA S.A. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.html>

Esta Sentencia, es una clara muestra de los efectos nocivos que pueden tener tres concepciones erradas sobre el arbitraje que ha esbozado el TC y sobre las cuales ya nos hemos pronunciado:

- i) el origen jurisdiccional de la función de los árbitros en virtud del artículo 139° de la Constitución y no de la autonomía de la voluntad de las partes,
- ii) la “judicialización” del arbitraje en torno al encargo que reciben los árbitros de administrar justicia, convirtiendo a los laudos en equiparables a las sentencias judiciales, iii) y a raíz de esto la habilitación del amparo como mecanismo de control del laudo en forma y fondo, a través del cuidado del debido proceso formal y material, pese a la existencia de un idóneo recurso de anulación que tutela el debido proceso formal, sin entrar al fondo del laudo respetando la naturaleza del arbitraje y el deseo de las partes.

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

Fundamento N° 8:

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

caso de duda o incertidumbre sobre el cumplimiento de las condiciones de procedibilidad de la demanda. (subrayado agregado)

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

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

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

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

Fundamento N° 11:

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

contractualmente, sino un imperativo vital a los efectos de prevenir una futura controversia. (Subrayado agregado)

El TC se pronuncia respecto de la observancia a las acciones y requisitos preprocedimentales señalados en el convenio arbitral y argumenta, que sobre ellos el Tribunal Arbitral ha efectuado una incorrecta apreciación de hecho y de derecho, por lo que desvirtúa lo resuelto por los árbitros al respecto, lo que constituye claramente una intromisión en una cuestión de fondo del laudo.

Sobre la participación de COFIDE en el arbitraje y la ley aplicable a las actuaciones arbitrales, si bien no desvirtúa lo resuelto por los árbitros, si lo analiza y califica a pesar de tratarse cuestiones sobre la interpretación de hechos y la aplicación del derecho, no obstante les da su venia luego de corroborar su razonabilidad y no arbitrariedad.¹³¹

Fundamentos N° 23 y N° 24:

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

¹³¹ Sobre estos extremos, se pronuncia el TC en los fundamentos 13 y 15

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

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

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 precisarlo, 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. (Subrayado agregado)

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

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

El TC justifica esta acción en la “judicialización” de la jurisdicción arbitral, en donde desconociendo su naturaleza privada, le intenta dar una lectura constitucional forzada y relacionada a derechos fundamentales, sin percatarse que lo que las partes someten a arbitraje son materias de libre disposición en donde lo que debe tutelar el TC es el respeto de la autonomía de la voluntad.

Fundamento N° 25:

25).(…) En dicho contexto y siendo evidente no solo el contraste entre las conclusiones de ambas pericias de parte sino la notoria incidencia que ante un supuesto incumplimiento se generaría tras la aplicación de la anteriormente citada cláusula penal, lo razonable o compatible con el sentido común era exigir una pericia

dirimente, opción que sin embargo y en ningún momento fue tomada en cuenta por el Tribunal Arbitral, denotándose por el contrario y con el citado comportamiento un notorio proceder parcializado. (Subrayado agregado)

Es notoria la falta de respeto acerca de la facultad de valoración probatoria que poseen los árbitros, la cual se ejerce de manera discrecional, y que finalmente es valoración de los hechos, descalificando su valoración de las pruebas por considerarla parcializada.¹³² Incluso establece como debió proceder el Tribunal Arbitral en uso de dicha facultad.

Fundamento N° 26:

26). Los suscritos Magistrados hemos de reiterar que el proceso arbitral no puede ser un pretexto para desvincularse de los derechos que la Constitución reconoce. Evidentemente, una cosa es que se tenga la capacidad para decidir las controversias derivadas de relaciones estrictamente privadas y otra distinta que so pretexto de las mismas y del fuero especializado en el que se les dilucida, puedan convalidarse criterios opuestos a los que la Constitución y su cuadro de valores materiales, postulan. En tales circunstancias es pues, como ocurre en el presente caso, el juzgador constitucional quien tiene la última palabra. (subrayado agregado)

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

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

¹³² RUBIO, Roger. Ob Cit. p.24

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

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

Finalmente, hacemos nuestro un párrafo muy elocuente del profesor Grigera Naón

“En la gran mayoría de las legislaciones nacionales en la materia, el poder de revisión de los tribunales nacionales se limita a cuestiones que hacen al respeto del principio de defensa en el juicio y el debido proceso (...) Otro factor sustancial relacionado con la eficiencia esperada en del arbitraje por los medios de negocios, se relaciona con el grado de efectividad de las directivas y laudos emitidos por los árbitros (...) lo cual dependerá a su vez del apoyo brindado al arbitraje por los tribunales estatales (...) absteniéndose de interferir indebidamente en el procedimiento arbitral, como una vez que el proceso arbitral ha culminado en un laudo, procediendo a su ejecución sin desconfianzas, dilaciones injustificadas ni trabas..”¹³³¹³⁴

3.3.6 REGLA DE CONTROL ACTUAL: ANULACION ES VIA IGUALMENTE SATISFACTORIA AL AMPARO ¿SOLUCION O NUEVO PROBLEMA?

PRECEDENTE VINCULANTE: SENTENCIA RECAIDA EN EL EXPEDIENTE N° 00142-2011-PA/TC SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA MARIA JULIA (21 de septiembre de 2011)

¹³³ REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. Ob Cit. p 214

¹³⁴ GRIGERA NAON, HORACIO. Ob. Cit. pp. 588- 590

Como ya adelantamos líneas arriba este precedente regula en la actualidad el canon de control que debe existir para con los laudos arbitrales. En este precedente se deja de tomar a la anulación como una simple vía previa a la interposición al amparo sino que le da un peso específico, la de ser una vía igualmente satisfactoria al amparo para la tutela de derechos fundamentales.

Si bien es cierto que esto ha sido recibido con entusiasmo por la comunidad arbitral, ya se han encendido algunas voces de alerta respecto a las consecuencias de declarar a la anulación como vía igualmente satisfactoria al amparo, lo cual a continuación se abordará.

Es así que establece lo siguiente:

Fundamento N° 14:

14. Como se ha visto, han sido diversos los criterios que de una u otra manera, han venido perfilando las aspectos del control constitucional de la jurisdicción arbitral. No obstante, considera este Colegiado que aun cuando buena parte de dichos criterios no han perdido su importancia, requieren ser acoplados de una manera mucho más directa a lo expresamente previsto por el Código Procesal Constitucional, en cuanto referente obligado de cualquier fórmula procesal tendente a defender la Constitución.

Se manifiesta a favor de los criterios en torno a la naturaleza jurídica jurisdiccional del arbitraje esgrimidos en el Precedente Cantuarias aunque señala que, algunos de ellos (los referidos al control del laudo arbitral) deben ser actualizados a la luz del Código Procesal Constitucional, lo que no deja de llamarnos la atención ya que el Precedente Cantuarias fue emitido bajo la vigencia de éste Código.

Fundamentos 15° al 19°:

15. Es pertinente recordar que un cambio radical entre el modelo procesal actualmente vigente y el anterior, vino representado por el paso de un amparo alternativo a uno de carácter subsidiario o residual. Este cambio supuso la

conversión del amparo en un instrumento procesal que habiéndose concebido en sus inicios como un mecanismo indiscutiblemente amplio y flexible en sus alcances, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional sólo podía y debía ser usado, en casos de extrema urgencia o cuando las necesidades de tutela normalmente dispensables en la vía judicial ordinaria no fueran suficientes para defender o tutelar los derechos constitucionales reclamados. Es ese el sentido del artículo 5º inciso 2) del Código Procesal en materia constitucional.

16. *En el modelo de control arbitral actualmente existente no parece, sin embargo, haberse reparado mayormente en dicho cambio, pese a existir elementos que conducirían a este propósito.*
17. *En efecto, aun cuando uno de los criterios que actualmente existe es el de considerar que la procedencia del amparo arbitral se condiciona al agotamiento de las vías previas, no parece ser ese el razonamiento más pertinente, ya que el ordenamiento ha considerado el proceso arbitral stricto sensu como aquel que opera sólo y por ante la jurisdicción arbitral. Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (como en la derogada Ley General de Arbitraje se establecieron los recursos de apelación y de anulación) como fórmula a posteriori, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate.*
18. *Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias*

quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible a posteriori acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

19. Que opere este cambio en la manera de concebir el recurso judicial de anulación no significa que el amparo arbitral esté condenado a su desaparición. Simplemente se trata de reacomodarlo a su verdadera naturaleza que no es otra que la de un mecanismo corrector absolutamente excepcional, sujeto a supuestos excepcionales que esta sentencia señalará a continuación.

Lo señalado en estos precedentes es una muestra más de lo ya explicado acerca de la visión iuspublicista del arbitraje, tan criticada por autores como De Jesús y Fernández Rosas, nótese que no es que el TC reconozca a la anulación como la vía que por excelencia es, nivel doctrinario e incluso en la Ley Modelo de la CNUDMI, la vía idónea de control judicial del laudo arbitral, repetimos por prohibir el conocimiento del fondo y responder a causales taxativas.

Nada más lejos de la realidad, en TC lo que hace es rescatar la residualidad del amparo implantada en el Código Procesal Constitucional para limitar su uso frente a los laudos arbitrales, es decir llega a construir por la vía constitucional algo que es de sobra conocido en el mundo arbitral.

Decíamos hace solamente líneas atrás que este cambio, aunque válido legalmente, dejaba más sombras que luces, algunas de las cuales pasaremos a abordar para ver si realmente se ha conseguido limitar la actuación de una figura tan basta e imprecisa como el amparo en contra del laudo arbitral o si simplemente se ha “amparizado el recurso de anulación” lo que en buena cuenta significa desaparecer el amparo directo pero tramitarlo a través del recurso de anulación contraviniendo sus características más esenciales como son la prohibición de analizar el fondo de la litis y responder a causales eminentemente taxativas.

Creemos que el resultado a estas dudas dependerá de cómo se lea la regla establecida por el Precedente María Julia

3.9.1 Lectura “Arbitralista”: el recurso de anulación en su esencia

Algunos podrán pensar en este punto que nuestros temores sobre la “amparización de la anulación” son fundados, es más, algunos dirán que la propia Ley de Arbitraje ya había intentado algo parecido. Ciertamente establece lo siguiente en su Duodécima Disposición Complementaria:

“Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.”

Pareciera ser entonces que el Precedente María Julia solamente reproduce esta Disposición, pero hay una distinción muy sublime que es de capital importancia. Esta disposición califica al anulación como “vía específica o idónea”, mas no como “vía igualmente satisfactoria” conforme hace el Precedente María Julia, las consecuencias de emplear una u otra frase son completamente disimiles.

Tal y como ya hemos señalado, la Ley de Arbitraje establece al recurso de anulación como la única vía de impugnación de laudo y lo dota de las características de prohibición del conocimiento del fondo de la controversias y de las causales taxativas para garantizar la efectividad del laudo arbitral.

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

Como se aprecia la Ley de Arbitraje, enfatiza el carácter exclusivo y excluyente del recurso de anulación para efectuar el control de un laudo arbitral, tal cual también lo hacía la LGA¹³⁵

En este sentido, basándose en el principio de especialidad de la norma, lo que la Ley de Arbitraje plantea en su Duodécima Disposición Complementaria una redundancia respecto a lo ya afirmado en su artículo 62°, en otras palabras particulariza la regla general del artículo 62° frente al caso de las acciones de garantía.

Es decir, podríamos entenderlo de esta manera:

No es necesario el control vía amparo del laudo arbitral ya que en su texto la Ley de Arbitraje regula de forma específica lo concerniente al recurso de anulación, el único que puede interponerse en contra de un laudo arbitral al ser el más idóneo para salvaguardar la efectividad del arbitraje pues tutela los efectos del convenio arbitral. En buena cuenta, el control del laudo arbitral bajo esta lectura no admite al amparo, sino que como su propio texto lo señala, la anulación es la vía idónea y específica de impugnación del laudo arbitral, no hay otra vía posible.

Ahora bien, intentemos leer a la luz del artículo 62° de la Ley de Arbitraje la regla de “vía igualmente satisfactoria” establecida en el Precedente María Julia.

Partamos de que esta regla se inspira plenamente en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, el cual establece en su inciso 2:

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

¹³⁵En efecto, el artículo 59 de la LGA señalaba que “Los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos no procede recurso alguno, salvo los previstos en los Artículos 60o y 61o (apelación y anulación). E l laudo tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo Sexto de esta Sección.”

Bajo los alcances del Código Procesal Constitucional no basta con que una vía sea específica para que se produzca la improcedencia del amparo por la regla de residualidad contenida en el artículo 5° inciso 2 del Código Procesal Constitucional, sino que además será necesario que sea una vía igualmente satisfactoria.

Entonces la lectura se vuelve un poco más complicada pero no imposible y bastante lógica. Si leemos la regla del Precedente María Julia conjuntamente con el artículo 62° de la LA llegaremos a la siguiente conclusión:

El recurso de anulación es igualmente satisfactorio que el amparo, ya que tutela el debido proceso en su aspecto formal, lo que en teoría también debería limitarse a hacer en un control constitucional de laudo vía amparo pues las partes decidieron que sean los árbitros quienes de forma exclusiva y excluyente resuelvan las controversias que sometieron a su competencia.

En consecuencia, desde una lectura “arbitralista” el Precedente María Julia impide la interposición del amparo en contra del laudo arbitral, privilegiando su efectividad.

No obstante ello el riesgo se genera cuando se efectúa una lectura constitucional de esta regla.

3.9.2 Lectura “Constitucionalista”: la “amparización” del recurso de anulación

Partamos nuevamente de lo que establece el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, en su inciso 2:

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

Por su parte, la regla del citado precedente establece las siguientes reglas de improcedencia del amparo.

Fundamento 20°:

20. *De acuerdo con lo indicado líneas arriba y con la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:*

Improcedencia del amparo arbitral

a) *El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5°, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.*

Bajo una lectura constitucional podemos afirmar válidamente que si la anulación es una vía específica igualmente satisfactoria al amparo, entonces para satisfacer en la misma medida que este debe, lógicamente, tutelar los mismos derechos que protege el amparo, esto es toda la lita establecida en el artículo 37° del Código Procesal Constitucional, no solamente los derechos relativos al debido proceso. Esta idea se nutre aún más de la siguiente regla de improcedencia.

b) *De conformidad con el inciso b) del artículo 63° del Decreto Legislativo N.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal*

efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26572.

De lo expuesto entendemos que no se podrán someter a amparo las vulneraciones o amenazas que provengan de los derechos constitucionales, incluso los referidos al debido proceso, los cuales deberán tramitarse conforme la causal b) del artículo 63º de la LA, con lo cual se vuelve a la misma pregunta, ¿Es decir que todos los Derechos señalados en el artículo 37º del Código Procesal Constitucional, además de los referidos al debido proceso podrán tramitarse vía anulación a través de esta causal?

Este asunto reviste especial importancia porque cabe mencionar que las causales reguladas en la Ley General de Arbitraje se han mantenido casi intactas en la Ley de Arbitraje¹³⁶.

A efectos del presente artículo nos avocaremos al análisis de la causal del artículo 73º inciso 2 de la LGA y de la causal del artículo 63º inciso b de la LA, ya que son las que se han invocado en agravio del debido proceso.

El artículo 73º inciso 2 de la Ley General de Arbitraje prescribía lo siguiente:

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:(...) 2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente. (Subrayado agregado)

Por su parte el artículo 63º inciso b de la Ley de Arbitraje establece:

¹³⁶ AVENDAÑO, Juan Luis. "Anulación y Ejecución del laudo". En: "Comentarios a la Nueva Ley Peruana de Arbitraje. Lima, 2011, Soto, Carlos y Bullard, Alfredo Editores. Instituto Peruano de Arbitraje p.692

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

Comparando la redacción de ambos artículos los principales cambios son dos:

- i) que la Ley de Arbitraje no requiere que el no haber podido hacer valer sus derechos-los del potencial recurrente- haya perjudicado de forma manifiesta su derecho defensa, sino que se contenta con señalar que bastará con que no haya podido hacer valer sus derechos para que se configure la causal y,
- ii) La Ley de Arbitraje no exige el reclamo expreso de la situación lesiva ni que su falta de su subsanación sean necesarios para que se configure la causal.

Sobre lo primero señala Avendaño, que la LGA necesariamente requería “*un estado de indefensión*” del potencial recurrente, ya que no se hacía referencia al derecho al debido proceso, sino a una de sus manifestaciones: el derecho de defensa.¹³⁷

Esto último trajo como consecuencia que se considerara muchas veces que, dado el carácter excepcional y taxativo, de las causales de anulación esta causal solo estaba prevista para tutelar al derecho de defensa, como manifestación del debido proceso, pero no al debido proceso en general.¹³⁸

Sin embargo, creemos que lo correcto era realizar una interpretación extensiva de esta causal, procediendo invocarla por vulneración del debido proceso en general.¹³⁹ Esto también fue entendido así por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima (EXP N° 1153-2005).¹⁴⁰

¹³⁷ AVENDAÑO, Juan Luis. Ob cit. p. 695

¹³⁸ ARRARTE, Ana María. “Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo”. En: http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA-4-6.pdf p.7

¹³⁹ AVENDAÑO, Juan Luis. Ob. Cit.p. 695

¹⁴⁰ Al respecto menciona a Arrarte que en dicha Sentencia se señala lo siguiente:

La regulación que propone la Ley de Arbitraje de esta causal, tal cual ya se dijo, se encuentra exenta de este problema. Sin embargo, una vez en vigencia la norma surgió de inmediato una pregunta, al haberse eliminado la parte relativa al derecho de defensa, ¿Qué derechos abarca esta causal? ¿Todos o solamente los relativos al debido proceso?

La respuesta es que este inciso debe ser interpretado de forma sistemática con el segundo párrafo del artículo 62° de Ley de Arbitraje, el cual establece la prohibición bajo responsabilidad, de pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

En consecuencia, a raíz de dicha prohibición, esta causal solo tutela el derecho al debido proceso, pero solamente el debido proceso adjetivo, es decir la aplicación de los principios de audiencia, igualdad y contradicción¹⁴¹, puesto que el control del debido proceso sustantivo implicaría poder revisar el fondo de la decisión y las apreciaciones de los árbitros.

Lo señalado hasta aquí funciona perfectamente mientras nos movamos en torno a la anulación, su naturaleza y sus características esenciales, pero es evidente que estas características no son suficientes para convertirla en una vía igualmente satisfactoria al amparo sin desnaturalizar a la anulación. No se puede hablar de vías igualmente satisfactorias sin que se existan 2 vías que protejan los mismos derechos.

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

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

¹⁴¹ CREMADES, Bernardo. Ob cit. p.33- 35

Como ya señalamos los derechos protegidos por el amparo no son solamente los relativos al debido proceso sino señalados en el artículo 37° del Código Procesal Constitucional, veamos lo que dice este artículo:

“Artículo 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

- 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;*
- 2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;*
- 3) De información, opinión y expresión;*
- 4) A la libre contratación;*
- 5) A la creación artística, intelectual y científica;*
- 6) De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;*
- 7) De reunión;*
- 8) Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;*
- 9) De asociación;*
- 10) Al trabajo;*
- 11) De sindicación, negociación colectiva y huelga;*
- 12) De propiedad y herencia;*
- 13) De petición ante la autoridad competente;*
- 14) De participación individual o colectiva en la vida política del país;*
- 15) A la nacionalidad;*
- 16) De tutela procesal efectiva;*
- 17) A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;*
- 18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales;*
- 19) A la seguridad social;*
- 20) De la remuneración y pensión;*
- 21) De la libertad de cátedra;*

- 22) *De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución;*
- 23) *De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;*
- 24) *A la salud; y*
- 25) *Los demás que la Constitución reconoce.”*

Nótese la infinidad de derechos adicionales a los relativos al debido proceso que se protegen mediante el amparo, derechos como el de asociación, propiedad y libre contratación que son el día a día de los procedimientos arbitrales debido a su arbitrabilidad en virtud a su contenido patrimonial y económico.

Existen autores que ya señalan que bajo los alcances del Precedente María Julia si se deben incluir los derechos del artículo 37° del Código Procesal Constitucional al leer la causal b) de anulación del artículo 63° de la Ley de Arbitraje.

Por ejemplo el magistrado Wong opina al respecto:

“Es decir, se convierte al proceso de nulidad de laudo arbitral en una vía igualmente satisfactoria con el fin de concentrar en él la discusión sobre cualquier afectación a un derecho constitucional, esté o no contemplado como causal de nulidad de laudo en la ley correspondiente.”¹⁴²

Por su parte el profesor Giovanni Priori manifiesta:

“Lo cierto es que de acuerdo a lo establecido en la duodécima disposición final del Decreto Legislativo No. 1071 y ahora en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional bajo comentario, el recurso de anulación es el medio procesal para cuestionar los laudos arbitrales, denunciando la afectación de cualquier derecho constitucional.”¹⁴³

Cierto es que el profesor Priori confunde algo que ya hemos explicado, no es lo mismo lo que dice la duodécima disposición final de la Ley de Arbitraje que lo que señala el Precedente María Julia. Sin perjuicio de ello compartimos la opinión de Priori en cuanto a afirmar que el Precedente María Julia bajo una lectura

¹⁴² WONG ABAD, Julio. Ob. Cit.p. 92

¹⁴³ Ibid

constitucional, posee el serio riesgo de extender como causal de anulación la afectación a cualquier derecho constitucional.

En este orden de ideas también compartimos la preocupación de Priori cuando manifiesta lo siguiente:

“Hay dos tipos de derechos fundamentales que pueden ser vulnerados por un laudo arbitral, (i) aquellos que a pesar de ser derechos fundamentales son disponibles, y por lo tanto, pueden ser objeto de discusión en un arbitraje (propiedad, autonomía de la voluntad, etc.); y, (ii) aquellos que versan sobre las garantías mínimas que deben respetarse en un arbitraje para que sea cual fuera la decisión, pueda entenderse que la decisión es válida constitucionalmente hablando.

Respecto de los derechos fundamentales sobre los que las partes han decidido conferirles la facultad de decisión a los árbitros, no existe posibilidad de revisión alguna ¿Por qué? Porque la Constitución reconoce la competencia de los árbitros para hacerlo. Lo único trascendente es que sean derechos sobre los cuales se pueda disponer, respecto de esta decisión, no debería existir posibilidad alguna de control constitucional ni del Poder Judicial ni del Tribunal Constitucional. En cambio, respecto de las garantías mínimas que deben presentarse para que un laudo pueda ser considerado válido constitucionalmente hablando sí cabe control de constitucionalidad, pues es la revisión de las condiciones mínimas que deben presentarse para entender que la decisión expedida ha sido válida, además, estas garantías, son, por regla general indisponibles, a diferencia de lo que ocurre con los derechos que se discuten en el arbitraje. La razón por la que son indisponibles son por la necesidad de legitimar constitucionalmente las decisiones arbitrales y por el valor y fuerza que tienen en nuestro ordenamiento, que trasciende al propio interés de las partes.”¹⁴⁴

Reglas de improcedencia del amparo

Por su parte en el Precedente María Julia también se establecen las siguientes reglas de improcedencia para el amparo en contra de laudos arbitrales:

c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 1071; o el recurso de

¹⁴⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. **El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el Precedente Vinculante 142-2011-PA/TC.** En. Revista Arbitraje PUCP N° 02, Lima, 2012, CARC- PUCP. P.84

apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65º e inciso 1 del artículo 73º de la Ley N.º 26572, respectivamente.

d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63º [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65º [inciso 1] y 73º [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).

Las causales de improcedencia c) y d) establecidas en este Precedente nos llevan a 2 supuestos típicos de anulación que ya comentamos al referirnos a la Jurisprudencia Vinculante del Caso Corporación Meier, estos son los supuestos de inexistencia y nulidad del convenio arbitral, por lo cual nos ahorraremos mayores comentarios al respecto.

e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.

f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4º del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Lo establecido en el literal f) de nos parece sumamente valioso y es como se razona en países como España y México conforme la apreciamos en el Capítulo II. Sin embargo estos países no parten por calificar a la anulación como una vía igualmente satisfactoria al amparo, simplemente no conciben el amparo en contra de un laudo

porque han adoptado la Teoría Contractual de la Naturaleza Jurídica del Arbitraje, por lo que solo cabe el amparo contra sentencias judiciales.

En cambio en nuestro sistema jurídico la Teoría Jurisdiccional de la Naturaleza Jurídica del Arbitraje hace que la figura del amparo sea casi indesligable del arbitraje, al considerarlo, valga la redundancia, como jurisdicción y consecuentemente equiparar sus efectos al de una sentencia judiciales.

Esto trae como consecuencia que, tal como acabamos de describir se generen problemas en torno a relacionar 2 figuras tan disímiles como la anulación y el amparo, catalogando una como igualmente satisfactoria a la otra, lo que genera toda la serie de dudas que hemos esbozado en este apartado.

Toca entonces tratar de esbozar un modelo de control en base a lo expuesto.

Propuesta de Modelo de Control de Laudo Arbitral

En un país como el nuestro, que profesa una ferviente cultura de litigio y confrontación, es sumamente riesgoso ofrecer vías de litigio a los usuarios del sistema de justicia, en el caso específico del arbitraje se ofrece a la parte vencida en un arbitraje la posibilidad de burlar los efectos del laudo, y finalmente litigar ante la justicia estatal y que esta tenga la “última palabra” sobre el fondo del pleito.

Esto significa un total contrasentido para el deseo de justicia oportuna que las partes buscan en el arbitraje y la competencia que por propias decisión les otorgan a los árbitros para resolver sus controversias al celebrar un convenio arbitral.

Bajo esta premisa, a lo largo de este trabajo hemos demostrado que la teoría jurisdiccional del arbitraje que pregona nuestra Constitución a la luz de su artículo 139° no es la más acorde para que voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral cumpla su cometido y en consecuencia tampoco lo es respecto de los efectos del laudo arbitral como instrumento que pone fin a sus controversias.

En buena cuenta la teoría jurisdiccional del arbitraje no aporta ninguna ventaja significativa al arbitraje que la teoría contractual no pueda aportar, sino que además es caldo de cultivo para una serie de problemas para la eficacia del arbitraje, lo que no ocurre en aplicación de la teoría contractual.

En este orden de ideas se debe privilegiar la teoría contractual del arbitraje y desarrollar un sistema de control del laudo arbitral en base a ella.

Creemos que sobre este punto resulta esclarecedora la opinión del magistrado Wong, quien afirma lo siguiente:

“Por tal razón, afirmamos que la sujeción a un arbitraje privado conlleva un abandono legítimo de muchos de los derechos que conforman el derecho a un debido proceso judicial. Concluimos, asimismo, que cuando los particulares, para resolver sus conflictos disponibles, excluyen a la jurisdicción ordinaria excluyen por ese mismo hecho a todos los derechos contenidos en el debido proceso distintos al derecho a la defensa o de los otros derechos cuya lesión constituye una causal expresamente contemplada en la ley como de nulidad del laudo arbitral .”¹⁴⁵

“Consecuentemente los jueces constitucionales no pueden, y como es obvio, mucho menos los ordinarios, juzgar la razonabilidad de una decisión en cuanto afecte derechos fundamentales de contenido económico que puedan ser considerados como disponibles por las partes en el marco de un conflicto.”¹⁴⁶

Consideramos que conforme dice Wong, el modelo de control del laudo no debe jamás permitir el control del fondo del laudo. Sin embargo esto es muy difícil de conseguir bajo la teoría jurisdiccional puesto que, como ya dijimos, la errada equiparación entre laudo y sentencia en cuanto productos jurisdiccionales, no permite que esto ocurra.

En este sentido ya hemos referido que nuestra Constitución Política de 1993 contiene en sus artículos 62° y 63° una habilitación constitucional para que tanto los privados y

¹⁴⁵ WONG ABAD, Julio. Ob. Cit. p. 95

¹⁴⁶ Ibid.p.107

el propio Estado puedan someter a arbitraje sus controversias. Hemos dicho además que ambos artículos son una extensión o manifestación de la autonomía de voluntad que es protegida por el derecho a la libertad de contratar tutelado en el artículo 2° inciso 14 de la Constitución.

Por este motivo, creemos que la presencia del artículo 139° enturbia la lectura de los artículos mencionados en el párrafo anterior. Somos de la idea que, sin la presencia del artículo 139° estos otros artículos constituirán la base para construir un sistema de control del laudo arbitral.

Este sistema de control del laudo arbitral debe basarse, conforme establece la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, únicamente en el recurso de anulación como vía idónea, específica y exclusiva de control del laudo arbitral por contener la regla general de prohibir a los jueces el conocimiento del fondo de la controversia y por a causales taxativas basadas en errores in procedendo que en la práctica aseguran la aplicación de la regla general.

Articular un sistema de control de laudo arbitral basado exclusivamente en la anulación podría lograrse a través de las siguientes formas:

- Modificación constitucional en el extremo de retirar la mención del arbitraje como jurisdicción en el artículo 139° de la Constitución: Sin duda la opción más radical y definitiva pero la más complicada también.
- Que el TC utilice su facultad interpretativa de la Constitución y realice una interpretación sistemática de sus artículos 62° y 63° y el derecho a la libertad de contratar tutelado en su artículo 2° inciso 14 para acogerse a la teoría contractual del arbitraje, explicando además las razones por las que el artículo 139° no refleja la verdadera naturaleza del arbitraje en cuanto mecanismo alternativo de solución de controversias.

Creemos que esta última alternativa es la más sensata, por lo que exhortamos al colegiado del TC a revisar su postura sobre este tema y edificar una lectura acorde al

desarrollo de la doctrina y derecho comparado sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y los controles del laudo arbitral.

Sin duda alguna la actividad empresarial en general agradecería este esfuerzo pues contribuiría a dotar al arbitraje de una mayor eficacia y en consecuencia otorgar mayor seguridad jurídica a la contratación comercial

VII. CONCLUSIONES

En vista de lo expresado en el presente trabajo, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. En la actualidad el arbitraje es el mecanismo de solución de controversias más usado por las empresas en cuanto agentes de la actividad comercial, esto se debe a las ventajas propias e inherentes del sistema arbitral y las deficiencias del Poder Judicial.
2. Las empresas recurren al arbitraje en busca de la legítima expectativa de resolver sus controversias a través de él, ya que es un mecanismo alternativo de solución de controversias, en consecuencia el laudo arbitral y su efectividad son vitales para que el arbitraje sea una herramienta verdaderamente útil para resolver conflictos empresariales.
3. Los artículos 62° y 63° de la Constitución habilitan a los privados y al Estado a someter sus controversias a arbitraje, coincidentemente ambos artículos se encuentran dentro del Título referido al Régimen Económico donde se regula

también la inmodificabilidad de los contratos, por lo que parecería ser que desde esta perspectiva la habilitación para arbitrar está marcada de un notable tinte contractual, lo que en buena significaría que el legislador constitucional a interrelacionado tan estrechamente al arbitraje y a los contratos que lo que en el fondo ha hecho es decantarse por la teoría contractual.

4. Esta idea cobra aún más certeza si reflexionamos acerca de ordenamientos jurídicos como el español y el colombiano, los cuales sin habilitar en sus textos constitucionales una habilitación expresa para arbitrar, han juzgado la constitucionalidad del arbitraje a través del derecho humano a la libertad de contratación o autonomía de la voluntad que en nuestro caso está establecido en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución resultando además que el artículo 62° es considerado por la doctrina como una extensión de dicho artículo al establecer el principio pacta sunt servanda.
5. Si existen ordenamientos que en donde sin una habilitación expresa a arbitrar se han orientado hacia la teoría contractual, el caso peruano parece tener razones de sobra para orientarse a esta teoría sin duda alguna.
6. Sin embargo, el artículo 139° inciso 1 de la Constitución condiciona la lectura de los artículos 62° y 63° puesto que considera al arbitraje como una jurisdicción de excepción, lo cual significa que se habilita la resolución de conflictos en sede arbitral en tanto es jurisdicción, lo cual hace que nuestro ordenamiento vire sorprendentemente hacia la Teoría Jurisdiccional, la cual más allá de haber sido rebatida en el análisis correspondiente efectuado en el Capítulo II, ha hecho que en el Perú se produzca un “fenómeno de judicialización” del arbitraje.
7. En cuanto se considera al arbitraje como “ejercicio de la función jurisdiccional” la cual le es encomendada por el ya citado artículo 139° inciso 1 de la Constitución, asimila los efectos del laudo arbitral a los de una sentencia judicial, lo cual “judicializa el arbitraje”.

8. Esta curiosa analogía tiene como consecuencia que se le dé al arbitraje el mismo tratamiento que a la justicia estatal en cuanto al control de sus decisiones vía amparo, por lo que según el razonamiento del TC si una sentencia se puede controlar vía amparo un laudo también, y lo que es peor aplicando incluso los mismos criterios y alcances a ambos supuestos.
9. El considerar al arbitraje como jurisdicción no le reporta ninguna ventaja de protección frente a las interferencias judiciales pues el arbitraje, bajo la teoría contractual, posee mecanismos de protección propios que cumplen la misma misión que el principio de no interferencia.
10. Para el TC el control del laudo arbitral entonces, al igual que una sentencia, a lo largo del tiempo el TC ha establecido distintos parámetros de control constitucional para el laudo arbitral: primero estableció que debe ser escalonado, considerando a la anulación como vía previa al amparo y habilitando a los jueces a avocarse fondo de la controversia a través de la tutela del debido proceso material (a través de un análisis de coherencia, suficiencia y razonabilidad).
11. En un momento posterior estableció una relación de paralelismo desconociendo pues reguló como causales de procedencia del amparo causales ya reguladas por la anulación.
12. Todo esto atenta contra la competencia de los árbitros para resolver de forma exclusiva la controversia en virtud de la voluntad de las partes que suscribieron el convenio arbitral.
13. En su empeño de controlar el laudo vía amparo, el TC no ha valorado la existencia del recurso de anulación como garante idóneo de los principios de audiencia, igualdad y contradicción de las partes en el desarrollo de las actuaciones arbitrales, ignorando sus virtudes y haciéndolo pasar a un segundo plano al establecer el control escalonado del laudo arbitral en un primer momento, a través de considerar a la anulación como vía previa del amparo.

14. En la actualidad el TC ha “amparizando” al recurso de anulación, al considerarlo una vía igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales equivalente al amparo, lo cual, resulta un despropósito.
15. A diferencia del recurso de anulación que prohíbe el conocer el fondo del laudo y tiene causales taxativas de interposición, el amparo se presenta como un mecanismo de control gaseoso pues abarca una lista abierta de derechos conforme el Código Procesal Constitucional.
16. En consecuencia, a pesar de que la Ley General de Arbitraje, y ahora la Ley de Arbitraje, han venido regulando con acierto el control del laudo arbitral a través del recurso de anulación, el TC con sus interpretaciones relativiza lo señalado por estas normas; estableciendo criterios de control del laudo arbitral contrarios a la eficacia del laudo arbitral y a la eficiencia del recurso de anulación llegando incluso a desnaturalizarlo.
17. En este orden de ideas creemos que el modelo a establecerse debería construirse sobre la Teoría Contractual sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje, la cual a todas luces presenta 2 ventajas: (i) Conserva la eficacia del laudo entendido como objeto del contrato de arbitraje y la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje (ii) Otorga al recurso de anulación el peso doctrinario e internacional que tiene ganado como mecanismo de control por excelencia del laudo arbitral.
18. Esto implicaría la eliminación del arbitraje del artículo 139° 1 de la Constitución, siendo las normas bajo las que se juzgue su constitucionalidad los artículos 2° inciso 14, 62° y 63° de la Constitución, lo cual resulta más lógico con la conexión innegable que existe entre estos 2 primeros artículos, por lo que la base constitucional del arbitraje sería el derecho a la autonomía de la voluntad.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- GRIGERA NAÓN, Horacio. Arbitraje Comercial Internacional, Quo Vadis? Estudios de Arbitraje, Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. Editorial Jurídica de Chile, 585-593 (2006).
- MANTILLA SERRANO, Fernando. La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?," En Arbitraje Internacional - Tensiones Actuales 207 (F. Mantilla-Serrano ed) Legis, 2007.
- CAIVANO, Roque. "Retos del arbitraje frente a la administración de justicia" En Castillo, Mario (director). Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje. Primera parte. Lima: Palestra, 2008, pp. 33-63.
- TALERO RUEDA, Santiago, Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales. En: Revista Lima Arbitration: <http://limaarbitration.net/LAR3-4/Santiago-Talero-Rueda.pdf>, N° 03, 2008-2009, pp. 213-236.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: Arbitraje comercial y de las inversiones, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, 974 pp.

- REDFERN & HUNTER on International Arbitration – Fifth Edition. Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. Oxford University Press, 2009; 904 pages
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Arbitraje. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004. 1164pp
- PRICE WATERSHOUSE, COOPERS. International Arbitration: corporate attitudes and practices 2008” In:
http://www.pwc.co.uk/en_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf. 28 pp.
- SOTO COAGUILA, Carlos. Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú- Ley N° 26572. En: Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El arbitraje en el Perú y el mundo, Soto Carlos. Editor. Lima, 2008, Ediciones Magna. 546 pp.
- GRUPO DE OPINION PÚBLICA DEN LA UNIVERSIDAD DE LIMA: Estudio 327. Barómetro Social: justicia, Lima Metropolitana y Callao, septiembre de 2006. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notibak/2006/09set/28/nota07.htm>
- LANDA, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Themis Revista de Derecho. N° 53. 2007
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisdicción y Arbitraje. Fondo Editorial de la PUCP. 2007
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: PLENO JURISDICCIONAL EXP. N.º 047-2004-AI/TC. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>
- RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELLI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Ernesto. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Análisis de los artículos 1,2, 3 de la Constitución. Fondo Editorial PUCP. 2011.
- WONG ABAD, Julio Martín. La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión a la Jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial. Lima, Jurista Editores. 2013. 213 pp.

- PUGLIANNI GUERRA, Luis. La relación partes- árbitro. Biblioteca de Arbitraje, Estudio Mario Castillo Freyre, Vol. N° 19. Lima: Palestra, 2012. 252 pp.
- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA. Corte Suprema de Justicia, Quinta época, Tercera sala, Tomo XXXVIII
- LOVATÓN PALACIOS, Miguel David, Los principios constitucionales de la independencia, unidad y exclusividad jurisdiccionales. Tesis. Escuela de Posgrado PUCP. Maestría en Derecho Constitucional, 1999.
- FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN on International Commercial Arbitration, Gaillard and Savage (ed) (1999). Kluwer Law International. 1244 pp.
- SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Inevitabilidad del arbitraje ante la Nueva Ley Peruana (DL N° 1071) En: Revista Peruana de Arbitraje N°7, Lima, Año 2008.
- HASSAN, Ali Radhi. Judiciary and arbitration in Bahrain: A historical and analytical study
(Arab and Islamic Laws Series) (Arab & Islamic Laws Series). Brill Academic Pub (May 1, 2003). 239 .pp
- AVENDAÑO VALDÉZ, Juan Luis y VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo. Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional: Control Constitucional y Arbitraje N° 4, 2011, Nueva Época Ediciones.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Recursos contra el laudo arbitral. En Themis Revista de Derecho N° 53, 2007.
- TALERO RUEDA, Santiago. Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones básicas y Derecho aplicable. Bogotá, 2008, Temis Editores
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Laudos Arbitrales y Medios Impugnatorios. En: Gaceta Jurídica. Lima, Cuadernos Jurisprudenciales N° 17.
- FERNANDEZ ROSAS, José Carlos. "Elementos configuradores de la justicia arbitral". En: Revista Internacional de Arbitraje. Julio- Diciembre de 2009.

- ZULETA, Eduardo. “La protección constitucional del arbitraje”. En: “Arbitraje Internacional: Tensiones actuales. MANTILLA – SERANO, Fernando. Editor. Editorial Legis S.A. Primera Edición. 2007
- DE JESUS, Alfredo, “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”. Revista Lima Arbitration N°3. 2008/2009
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. El árbitro ¿autoridad responsable para el juicio de amparo?. En:
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRO%20AUTORIDAD%20RESPONSABLE%20PARA%20EL%20JUICIO%20DE%20AMPARO.pdf>.
- KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. Es urgente arbitralizar al arbitraje. En: Revista Arbitraje PUCP N° 01, 2010, CARC PUCP. p. 58
- SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 189-99-AA/TC PESQUERA RODGA S.A En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00189-1999-AA.html>
- SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 3261-2005-PA/TC. COMPAÑÍA DE RADIODIFUSIÓN AREQUIPA S.A.C En:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03261-2005-AA%20Resolucion.html>
- SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY En:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.html>
- FERNANDEZ ROSAS, José Carlos. “Elementos configuradores de la justicia arbitral”. En: Revista Internacional de Arbitraje. Julio- Diciembre de 2009.
- GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. La Naturaleza Jurídica del Arbitraje: Un ejercicio de balance Químico. En: Revista Lima Arbitration. N° 2. 2007 En: En:
<http://www.limaarbitration.net/LAR2.htm>
- CREMADES, Bernardo. “El arbitraje en la doctrina constitucional española”. En: Revista Internacional de Arbitraje. N° 6. 2007

- SENTENCIA RECAIDA EN EL EXPEDIENTE N° 00142-2011-PA/TC SOCIEDAD MINERA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA MARIA JULIA. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>
- LOHMANN, Guillermo. Interferencia Judicial en los Arbitrajes. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 1, 2005
- SILVA, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio competence competence. El Contrato de Arbitraje. Legis S.A... Bogotá. 2005
- GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. “El principio competence- Competence revisitado. En: http://www.camex.com.mx/COMPETENCE_REVISITADA_Final_.pdf
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. En: Estudio de Derecho de Arbitraje. Editorial Jurídica de Chile. 2008
- RUBIO, Roger. “Ruido en La calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. Themis Revista de Derecho. N° 53. 2007
- CASTILLO FREYRE. Mario. Impugnación de Laudos arbitrales en sede constitucional: Comentarios a la sentencia del expediente N° 4195-2006-PA/TC.en: http://www.castillofreyre.com/articulos/117_Impugnacion_de_Laudos_arbitrales_en_sede_constitucional_comentarios_a_la_sentencia_del_expediente_N.pdf
- SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.° 4972-2006-PA/TC CORPORACIÓN MEIER S.A.C. Y PERSOLAR S.A.C En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04972-2006-AA.html>

- SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 07532-2006-PA/TC LIDER GROUP EIRL Y OTROS En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/07532-2006-AA.html>
- SENTENCIA RECAIDA EN EL EXP. N.º 05311-2007-PA/TC COMPAÑÍA DISTRIBUIDORA S.A. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.html>
- AVENDAÑO, Juan Luis. “Anulación y Ejecución del laudo”. En: “Comentarios a la Nueva Ley Peruana de Arbitraje. Lima, 2011, Soto, Carlos y Bullard, Alfredo Editores. Instituto Peruano de Arbitraje
- ARRARTE, Ana María. “Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo”. En: http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA-4-6.pdf
- PRIORI POSADA, Giovanni. El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el Precedente Vinculante 142-2011-PA/TC. En. Revista Arbitraje PUCP N° 02, Lima, 2012, CARC- PUCP. P.84