



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

From the Selected Works of Alan A. Pasco Arauco

May, 2013

El Tribunal Constitucional en el arbitraje. De la intromisión a la seguridad jurídica y... ¿hasta que el Tribunal se contradiga?

Alan A. Pasco, Arauco



Available at: https://works.bepress.com/alan_pasco/13/

CATHEDRA LEX

DERECHO ARBITRAL

El Tribunal Constitucional en el arbitraje. De la intromisión a la seguridad jurídica ¿hasta que el tribunal se contradiga?

Alan Pasco Arauco
Pág. 4-9

DERECHO TRIBUTARIO

Nuevo marco tributario aplicable a la actividad minera a consecuencia de creación del Gravamen Especial a la Minería (GEM), Impuesto Especial a la Minería (IEM), y la modificación de las regalías mineras

Remigio Zumaeta Orellana
Pág. 10-13

DERECHO PENAL

Fundamento de la imputación penal en los delitos contra el patrimonio: especial referencia al caso del hurto en su modalidad básica y sus formas derivadas

Silfredo Hugo Vizcaro
Pág. 14-21

DERECHO REGISTRAL

Sistema registral en materia de estado civil: antecedentes en el derecho peruano y tratamiento en el derecho español

Wuilber Jorge Alca Robles
Pág. 22-28

DERECHO CONSTITUCIONAL

¿Es constitucional proceder al corte de agua y luz en caso de falta de pago en un condominio? Reflexiones sobre la aplicación de tan "común" método de cobranza a la luz de recientes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional

Julio E. Pozo Sánchez
Pág. 30-34

NOTAS DE ALUMNOS

Algunos alcances sobre el tipo penal de insolvencia provocada

Marcos I. Galván Ramos
Pág. 36-38



EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ABRITRAJE. DE LA INTROMISION A LA SEGURIDAD JURIDICA ¿HASTA QUE EL TRIBUNAL SE CONTRADIGA?

Alan Pasco Arauco^{1 2}

1. LOS VAIVENES DEL TC EN LAS DEMANDAS DE AMPARO CONTRA LAUDOS ARBITRALES

En nuestro país, las relaciones entre la acción de amparo - a través de las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante TC) - y el arbitraje, no son de reciente data. Una de las primeras resoluciones - y tal vez la más emblemática entre todos los pronunciamientos que a la fecha ha emitido el TC) es la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, que versó sobre el denominado caso Cantuarias Salaverry. En dicha sentencia, el TC sentó jurisprudencia vinculante poniendo un claro límite a las posibles intromisiones de los órganos jurisdiccionales durante el desarrollo de un proceso arbitral, estableciendo expresamente que únicamente procedía la tutela judicial sólo una vez finalizado el proceso arbitral (tutela ex post).

Es decir, únicamente luego de culminado el proceso arbitral, la parte afectada podría accionar judicialmente contra lo resuelto en el laudo arbitral a través de los recursos de apelación y anulación (ambos reconocidos en la derogada Ley de Arbitraje). La interposición de estos recursos servía como

una vía previa para poder accionar - en caso no la decisión no les haya sido favorable - a través de una demanda de amparo, alegando siempre la afectación del derecho al debido proceso, pero nunca para cuestionar la decisión de fondo de los árbitros respecto de la controversia³.

A partir de ese fallo - emblemático en lo que respecta a las interferencias judiciales en el desarrollo del arbitraje - los jueces fueron muy cautos a la hora de optar por cuestionar lo resuelto por los árbitros en un proceso arbitral.

Siguiendo con esta línea de no intromisión en el arbitraje, el TC, a través de la sentencia recaída en el caso Proime contra Enapu, tramitado bajo el Expediente N° 4195-2006-PA/TC, precisó algunos supuestos adicionales sobre la procedencia del amparo en contra de laudos.

- (i) El amparo resulta improcedente cuando se cuestiona actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso.
- (ii) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, el amparo

1 Abogado por la UNMSM. Miembro del Taller de Derecho Civil "José León Barandiarán" de la referida casa de estudios. Miembro del estudio García Montufar, Arata & Asociados. Asistente de docencia de Derecho Civil en la UNMSM y Universidad de Lima.

2 A la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por haberme brindado la posibilidad de ser abogado.

3 En efecto, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional reafirmó el control jurisdiccional posterior - es decir, luego de culminado el proceso arbitral - por violaciones a la tutela judicial efectiva, o por incumplimiento de la jurisprudencia constitucional o de los precedentes vinculantes del propio Tribunal. Asimismo, sostuvo que el control de legalidad de los laudos a cargo del Poder Judicial incide únicamente en errores in procedendo, pero nunca en cuanto al fondo de la decisión: SANTIESTEVA DE NORIEGA, Jorge, "Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 2, Lima: Grijley, 2006, p. 48.

será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos de apelación o anulación.

- (iii) El amparo resulta improcedente cuando se cuestiona 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.
- (iv) 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 constatar de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional.
- (v) Quien alega una 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 documental en el que se constata dicha vulneración.
- (vi) Una afectación que no esté contemplada como causal de anulación del laudo, y que, sin embargo, compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos⁴.

Si bien todo parecía encaminado hacia una adecuada comprensión de la autonomía del arbitraje y el respeto de su fuero, en los últimos años ha sido el propio TC el que en más de una oportunidad ha atentado contra sus propios precedentes, con lo cual ha terminado tirando por la borda todo lo avanzado hasta la fecha en la tarea de "blindar al arbitraje"⁵.

Un claro ejemplo de ello fue lo resuelto por el TC en el denominado caso CODISA (STC recaída en el Expediente N° 05311-2007-PA/TC), en el cual el Tribunal no sólo consideró que había existido una afectación del derecho al debido proceso (lo cual, más allá de si estamos a favor o en contra

de la forma cómo se resolvió, sí resultaba acorde con el precedente establecido por el TC en el caso Cantuarias), sino que se pronunció sobre el fondo de la controversia, calificando a la cláusula penal pactada voluntariamente por las partes contratantes, como una cláusula draconiana, y exigiendo al Tribunal Arbitral la realización de una nueva pericia para el análisis "adecuado" de los hechos sometidos a arbitraje.

Pero esta no fue la única vez en la que el TC, vía la interposición de una acción de amparo, dio señales de retroceso con miras a las relaciones existentes entre control constitucional y la autonomía e independencia del arbitraje.

Digno de olvidar es el fallo emitido por el TC en el caso Torres Arana – Marina Internacional Holging / Mía Meliá Inversiones Americanas, tramitado bajo el Expediente N° 05923-2009-PA/TC. En esta sentencia, expedida en sesión del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional el 21 de junio de 2010 (sentencia recaída en el proceso de amparo que inició el señor Pablo Hugo Torres Arana contra las resoluciones dictadas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema y por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, la que tras anular el laudo arbitral se negó a emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la materia) el TC, al interpretar el inciso 6 del artículo 78 de la ya derogada Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, señaló que la Sala Superior que declaró nulo un laudo arbitral por pronunciarse sobre materias no sometidas a arbitraje, era la competente para resolver el fondo de la controversia. Esto claramente es un error, en cuanto el órgano competente era el juez de primera instancia. En efecto, en ningún momento la legislación ordinaria señala que "quien conoce el recurso de anulación es el indicado para resolver el fondo de la controversia". Por el contrario, luego de haberse anulado un laudo arbitral porque el tribunal arbitral se pronunció sobre un tema no sometido a su decisión, correspondía iniciar el procedimiento judicial en primera instancia, tal como lo señala el Código Procesal Civil.

Igual de lamentable - y contradictoria con sus anteriores pronunciamientos - fue la sentencia tramitada bajo el Expediente N° 02386-2008-PA/TC, mediante a cual se resolvió el caso de la Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A. (CRASA) contra Red Bicolor de Comunicaciones S.A. (RBC). En este caso, mediante demanda de amparo CRASA cuestionó la interpretación realizada por el árbitro respecto de normas legales, y – no obstante que de tales interpretaciones no se desprendía un agravio manifiesto a la tutela pro-

4 Si bien no se estableció un precedente de observancia obligatoria, la sentencia recaída en el Expediente N° 4195-2006-PA/TC es totalmente relevante en la lucha por la defensa de la autonomía del arbitraje.

5 Los vaivenes del TC se aprecian claramente en la propia sentencia del denominado caso Cantuarias. Allí el Tribunal fue en contra de la forma que él mismo había establecido para emitir una jurisprudencia de carácter vinculante. En efecto, si tenemos en cuenta la teoría del precedente vinculante establecida por el propio TC en la sentencia de fecha 10 de octubre de 2005, recaída en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC, en los seguidos por la Municipalidad Distrital de Lurín, dos son las condiciones para la emisión de un precedente vinculante: a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante (es decir "El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo"); b) Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada (como el propio Tribunal sostuvo, "dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, estimándose o desestimándose la demanda"). Por paradójico - o risible - que parezca, el TC al momento de emitir el precedente vinculante en el caso Cantuarias, no respetó ninguna de las referidas condiciones. En primer lugar, la doctrina sentada como jurisprudencia vinculante no era necesaria para la solución del caso. En efecto, lo establecido como precedente era totalmete ajeno a la *ratio decidendi* del caso concreto. Así, si uno lee detenidamente la sentencia, todos los fundamentos jurídicos del Caso Cantuarias convertidos en precedente no son más que una serie de *obiter dictums* (razones subsidiarias o accidentales) relativos a la materia arbitral. En segundo lugar, la sentencia declaró improcedente la demanda de habeas corpus interpuesta. Es decir, tampoco hubo un pronunciamiento sobre el fondo.

6 Para un análisis de esta intromisión del Tribunal Constitucional en la valoración y calificación de los hechos y medios probatorios sometidos a arbitraje, ver: CASTILLO FREYRE, Mario y Rita MINAYA SABROSO, "¿Otro cuerpo extraño y peligroso en el arbitraje?: Comentarios a la sentencia recaída en el Expediente N° 5311-2007-PA/TC", en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 136, enero, 2010; GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, "¿Decisión contradictoria del Tribunal Constitucional?", en: *Revista Jurídica del Perú*, n° 105, Lima: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 41-48.

7 Al respecto puede verse: GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, "Creación de un procedimiento inédito en materia de anulación de laudo por parte del Tribunal Constitucional", en: *Gaceta Constitucional*, Tomo 33, Septiembre, 2010, pp. 291-296.

cesal o al debido proceso, el TC declaró fundado el amparo, olvidando – o en todo caso, obviando – que la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje son de exclusiva competencia de los árbitros y que ellos deben resolver conforme a las reglas del arbitraje; más aún si en el caso en concreto no se advierte una arbitrariedad manifiesta en dicha valoración o calificación que pudiera constatare de la simple lectura de las piezas del expediente. A ello se suma el hecho de que el TC permitió que un tercero ajeno al convenio arbitral y por ende, al proceso, como lo era CRASA, cuestionara vía una demanda de amparo, lo decidido en relación a un contrato sobre el cual no tuvo injerencia alguna.

Igual de cuestionable es la sentencia recaída en el Expediente N° 02851-2010-PA/TC (Caso Ivesur contra el Concejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima), en la cual el TC se trajo abajo un laudo arbitral por cuestionamientos contra la independencia e imparcialidad de uno de los árbitros, a pesar de que en el proceso de amparo Ivesur nunca acreditó que el árbitro cuestionado – y que fue designado por el Consejo Superior de Arbitraje – pudiera tener con las partes algún tipo de relación personal, profesional o comercial, que implicara dudas justificadas acerca de su independencia e imparcialidad.

Como se puede apreciar, los últimos fallos del TC nos han situado en una atmósfera de incertidumbre con relación a la autonomía del arbitraje frente a las intromisiones – casi siempre no justificadas – del máximo intérprete de la Constitución. Hemos pasado – en pocos años – del absoluto respeto y blindaje a favor del arbitraje, a la intromisión desmedida y arbitraria.

No obstante – y es lo que ansiamos – este panorama parece variar con la última sentencia del TC emitida bajo el Expediente N° 00142-2011-PA/TC, en virtud de la cual se declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia contra un Tribunal Arbitral. A través de dicha resolución, el TC ha resuelto que no verá más demandas de amparo contra laudos arbitrales, salvo en casos excepcionales; y en ese sentido consideró necesario regular los criterios establecidos en su jurisprudencia para dar una visión actualizada de la institución del arbitraje y la fórmula de control constitucional aplicable a éste.

De esta forma, el Colegiado – según entendemos – respetará los laudos arbitrales, fijando – con tal finalidad – nuevas reglas que constituyen precedentes vinculantes en materia de amparo arbitral, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Analizar de cerca lo que el TC establece mediante este último pronunciamiento resulta de vital importancia: hoy en día el arbitraje se ha convertido en un mecanismo importante y ágil de resolución de conflictos, al cual se recurre cada vez más, por el prestigio que esta institución presenta, así como

porque se adecua en muchos aspectos a lo que las partes en conflicto necesitan, permite que la libertad de ellas brote a través de la creación de reglas procedimentales que se adecúan a sus intereses. Sin embargo, dejaremos esto para el final. Antes analizaremos un tema de fondo con relación a todo lo que hasta aquí hemos venido desarrollando: la relación existente entre la concepción que tengamos respecto del arbitraje, y la posibilidad de su control a través de una demanda de amparo resuelta por el TC.

2. UNA ADECUADA CONCEPCIÓN DEL ARBITRAJE Y SU RELACIÓN CON EL CONTROL CONSTITUCIONAL: DESMITIFICANDO LA DENOMINADA “JURISDICCIÓN” ARBITRAL

Se ha creído que cuando se analiza la relación entre el arbitraje y su control constitucional, las consecuencias dependerán de la concepción que se maneje respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje. Con relación a este tema, se han planteado como teorías explicativas la contractualista (Guasp), la jurisdiccionalista (Cordón, Reglero y otros), la ecléctica (Gaspar) y la negocial-procesal (Lorca, Matheus y otros). Veamos brevemente qué sostienen dichas teorías:

- a. Teoría jurisdiccionalista: se basa en la consideración de la función de los árbitros como jurisdiccional aunque sea con carácter temporal y limitado al asunto concreto sometido a su examen.
- b. Teoría contractualista: entiende que el arbitraje no es más que la manifestación de dos convenios o contratos. Por un lado, el convenio arbitral en virtud del cual las partes se comprometen a recurrir a un tercero o árbitro en caso de suscitarse algún conflicto, y en ese caso la resolución de este deviene en obligatoria para las partes al haber sido aceptada previamente por ellas (contrato de compromiso). Y por otro lado, está la obligación que adquiere el tercero de resolver el conflicto con arreglo a derecho o en equidad (contrato de mandato).
- c. Teoría intermedia o ecléctica: la cual armoniza todos los elementos en juego, aceptando por un lado la existencia de elementos contractuales en la relación que vincula a las partes entre sí y a éstas con el árbitro, y por otro reconoce un carácter jurisdiccional no tanto en la función que desempeñan los árbitros como en la eficacia que se le otorga al laudo (eficacia ejecutiva y autoridad de cosa juzgada).
- d. Negocio jurídico impropio: entiende que el arbitraje surge de un negocio jurídico sin consecuencias propias del contrato, sino impropias de un ámbito funcional como es el procesal.

Como se puede apreciar, la naturaleza jurídica del arbitraje es compleja, lo que denota que quien lo defina lo hará desde su punto de vista. Un civilista lo considerará como un contrato o como un acto jurídico. Recordemos que en el

8 Para un análisis de esta sentencia recomendamos ver: GARCIA CALDERON MOREYRA, Gonzalo. “Proceso de amparo contra laudo arbitral”. En: Gaceta Constitucional. Tomo 25. Gaceta Jurídica. Lima. Enero. 2010. Págs. 271-278.

9 El tema es desarrollado ampliamente por: MERCHAN MERINO, José y José CHILLON MEDINA, Tratado de Derecho Arbitral, Prólogo de Rafael Jiménez de Parga Cabrera, Madrid: Editorial Civitas, 2006. Pág.

10 Para una breve explicación de cada una de estas teorías, recomendamos ver: CANTURIAS SALAVERRY, Felipe y Manuel Diego ARAMBURU YZAGA, El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras, Lima: Fundación Manuel Bustamante De La Fuente, 1993, pp. 42-52.

Código Civil de 1984 el arbitraje formaba parte de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Un procesalista lo verá como un proceso jurisdiccional. No olvidemos que nuestro derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 regulaba un capítulo relativo al juicio arbitral. En nuestra opinión, considerar al arbitraje como una especie de jurisdicción resulta insostenible.

Nosotros optamos por tomar al arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos, eso sí, el más parecido al proceso judicial. De allí que muchos pretendan interpolar las instituciones procesales al procedimiento arbitral, pero de allí a sostener que el arbitraje es un tipo de jurisdicción, hay un gran trecho. Esta concepción del arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos, es el fundamento de la denominada teoría autónoma del arbitraje (Rubellin Deviche). Según ella, la naturaleza jurídica del arbitraje debe ser determinada teniendo en cuenta principalmente su uso y propósito, por lo que encuadrarlo dentro de figuras puramente contractuales o jurisdiccionales es un despropósito. El arbitraje constituye una institución independiente, la cual existe ante la necesidad de crear los espacios necesarios para la solución de conflictos fuera del aparato jurisdiccional del Estado.

La consideración del arbitraje como una jurisdicción, ha sido el medio empleado por el TC para darle legitimidad a control constitucional del arbitraje. Es decir, nuestro máximo intérprete de la Constitución ha razonado en el sentido que como la labor que realizan los árbitros es jurisdiccional, y no hay función jurisdiccional que esté fuera del radio de supervisión del TC, la labor de aquellos también debe ser calificada y controlada por el Tribunal.

No obstante, somos de la opinión que el otorgarle al arbitraje la condición de jurisdicción resulta inadecuado. Sólo diremos en este punto, por cuestiones de espacio, que el arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Si así fuera, se quebraría el principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo se postula

ello.

La consideración del arbitraje como una jurisdicción viene del artículo 233 inciso 1) de la Constitución Peruana de 1979, gracias a la iniciativa del constituyente de aquella época Dr. Andrés Aramburú Menchaca. No obstante, el propio autor en alguna oportunidad sostuvo que "es cierto que la materia (acerca de si el arbitraje es o no una jurisdicción) suele ser ajena a los textos constitucionales".

Entonces, "si esta materia suele ser ajena a los textos constitucionales, ¿por qué se reguló así en nuestro país? ¿Acaso se quiere afirmar que nuestra Constitución en el tema del Poder Judicial es tan diferente a las Constituciones extranjeras de las cuales hemos copiado nuestras instituciones como para que sea una de las pocas en el mundo (si no la única) en donde resulta absolutamente necesario incluir al Arbitraje como una jurisdicción para efectos de que se pueda desarrollar como mecanismo privado en la solución de conflictos? Hasta donde tenemos conocimiento ninguna Constitución europea romano-germánica, como las influenciadas por el sistema anglosajón, consideran al Arbitraje como una jurisdicción y sin embargo esta institución se desarrolla libremente. Es más, todas estas constituciones consideran al Poder Judicial como único depositario de la función jurisdiccional al ser el Tercer Poder del Estado".

Entonces, el arbitraje existe y se desarrolla en estos países no porque se auna jurisdicción, sino simplemente porque el Estado que representa a la sociedad ha reconocido que así como existen otros mecanismos privados de resolución de conflictos (léase, desistimiento, transacción, renuncia de derechos, prescripción, mediación, conciliación, etc.), el arbitraje también resulta siendo un legítimo medio privado de solución de controversias al cual necesariamente hay que incentivar.

Del mismo modo, el TC, como máximo garante de la protección de los derechos fundamentales, debe intervenir (ex post) brindando tutela a quien considere que sus derechos fundamentales han sido violentados como consecuencia del desarrollo de un proceso arbitral, independientemente de si concebimos al arbitraje como una jurisdicción. El no abrazar la teoría jurisdiccional de ninguna manera constituye un

- 11 Ambas figuras hoy están derogadas. La cláusula compromisoria importaba el compromiso de las partes de resolver cualquier conflicto que surgiera entre ellas a través de un arbitraje, el cual recién se ponía en funcionamiento a través de un compromiso arbitral. Es decir, el compromiso arbitral era el acto por el cual, en cumplimiento de una cláusula compromisoria, las partes sometían a la decisión arbitral las diferencias concretas y ya surgidas que en él se determinan. De esta forma, la cláusula compromisoria funcionaba como una especie de pre contrato para la firma posterior del compromiso arbitral, que era lo que finalmente obligaba a las partes a recurrir al arbitraje. El problema con esto era que muchas veces luego firmada la cláusula compromisoria, una de las partes - surgido el conflicto - se negaba a firmar el compromiso arbitral, por lo que la contraparte necesitaba acudir al Poder Judicial sólo para que el Juez ordene la firma del compromiso arbitral que permitiría finalmente resolver la controversia mediante un arbitraje. Esto significa que necesariamente una de las partes tenía que acudir al Poder Judicial - precisamente el lugar al que nunca quiso acudir al incluir en su contrato una cláusula compromisoria. Esta diferenciación entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, como se podrá apreciar, era claramente ineficiente.
- 12 No obstante, así lo consideró el Tribunal Constitucional en la referida sentencia de fecha 28 de febrero de 2006 recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC. "14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral (...)". Este mismo criterio fue reiterado poco tiempo después por el propio Tribunal en la sentencia de fecha 30 de abril de 2006, recaída en el Expediente N° 1567-2006-PA/TC, en los seguidos por *Compañía de Exploraciones Algamarca*: "(...) es necesario enfatizar que, en consideración a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y el carácter disponible de la materia sometida a esa jurisdicción, la intervención ordinaria no podrá ser ejercida sino hasta el momento en que se cuenta con un lado arbitral firma o, como ha sido señalado en anterior jurisprudencia, hasta que se hayan agotado las vías previas".
- 13 CHOCRON GIRALDEZ, Ana María, *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 195.
- 14 ABANTO TORRES, Jaime David. "El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, 2006, pp. 137-194.
- 15 La tesis del monopolio estatal judicial considera que los particulares deben someter sus controversias al Poder Judicial por ser un servicio público creado con esa finalidad, no siendo posible otorgar a los particulares la potestad de solucionar sus controversias de forma privada o de delegar a un tercero la facultad de solucionar la controversia. Frente a esta surge la tesis de los medios alternativos según la cual las personas pueden resolver sus controversias solas o con la ayuda de un tercero ajeno al Poder Judicial, siempre que no se vulneren las normas imperativas de orden público y las buenas costumbres: MATHEUS LOPEZ, Carlos Alberto, "Bases para una comparación crítica entre el proceso jurisdiccional y arbitral", en: <http://www.amag.edu.pe/Files/Mathesus-proceso%20jurisdiccional%20y%20arbitral.htm>; también en MATHEUS LOPEZ, Carlos, *Introducción al Derecho de Arbitraje*, Lima: Sempere Veritas Ediciones, 2006, p. 16.
- 16 Así lo estableció claramente el TC en la sentencia emitida bajo el Expediente N° Expediente N° 6167-2005-PHC/TC.
- 17 Sobre el particular puede verse: MONROY PALACIOS, Juan. "Arbitraje, jurisdicción y proceso", en: *Actualidad Jurídica*, Tomo 140, julio, 2005.
- 18 ARAMBURU MENCHACA, Andrés, *El Arbitraje Comercial en el Perú*, en: Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez, Lima: Cultural Cuzco S.A., 1988, p. 28.

impedimento para que sobre la labor de los árbitros exista un control de constitucionalidad.

Independientemente de la teoría asumida, siempre será posible (y necesario) un control constitucional si se acredita la afectación de algún derecho fundamental durante el desarrollo del arbitraje. No debe olvidarse que la vigencia de los derechos fundamentales en el proceso arbitral está garantizada por la denominada "eficacia de los derechos fundamentales inter privados". "El tema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares trae causa de la elaboración doctrinal y jurisprudencial que se llevara a cabo en Alemania en los años cincuenta, acuñándose entonces el término de *Drittwirkung* que alternativamente se ha venido utilizando para referirse a la llamada "eficacia horizontal de los derechos fundamentales", "eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros" o "eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares".

La teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales puede ser sintetizada de la siguiente forma:

Los derechos fundamentales no resultan nunca vulnerados a partir de la sola conducta de un particular, sino, en todo caso, siempre a partir del resultado conjunto de dicha conducta omisiva de unos poderes que han hecho posible, o no han reprimido, la actuación lesiva del particular; esta conducta omisiva puede proceder lo mismo del legislador que de las autoridades administrativas o del Juez.

Dado que el recurso de amparo constitucional o "Verfassungsbeschwerde", aparece configurado como amparo frente a una vulneración por parte de los poderes públicos, la teoría de la eficacia mediata permite acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional frente a actuaciones lesivas por parte de particulares dado que esta conducta es imputada a la actitud omisiva de los poderes públicos"

Entonces, no era necesario sostener lo insostenible, catalogando al arbitraje como una jurisdicción, para poder justificar que el Tribunal Constitucional meta las manos dentro del mismo. Cualquier afectación de un derecho fundamental con ocasión del desarrollo de un proceso arbitral legítima al TC – dentro de los parámetros establecidos por sus propios precedentes vinculantes – para la tutela irrestricta de los derechos fundamentales que se hubiesen visto afectados.

3. LO ÚLTIMO DEL TC SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ARBITRAJE

Como señalamos líneas arriba, el panorama de incertidumbre por la constante y arbitraria intromisión del TC en los asuntos de fondo discutidos en una serie de procesos arbitrales, parece haber variado con la última sentencia en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC.

A través de ella, el TC ha reafirmado que el amparo es la vía excepcional. Por su parte, el procedimiento ordinario para la protección de los derechos fundamentales violados por el "laudo" es el recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje).

En efecto, en el considerando 20 el TC señala que el recurso de anulación es la vía específica para la protección de derechos constitucionales, por lo que no procede el amparo aun cuando busque proteger el derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva. También se establece la improcedencia del amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral, siendo la vía idónea, como ya se indicó, el recurso de anulación. Asimismo, la interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia fijadas en la sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para interponer el recurso de anulación. Por último, establece el Tribunal que contra lo resuelto en anulación de laudo sólo podrá interponerse demanda de amparo conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

A su vez, en el considerando 21 se establece que no podrá declararse la improcedencia del amparo por aplicación del artículo 5.2 del CPC en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se vulnera precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071.

19 CANTURIAS SALAVERRY, Felipe y Manuel Diego ARAMBURU YZAGA, *Op. Cit.*, pp. 42-52.

20 GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid: Editorial Civitas, 1986.

21 CRUZ VILLALON, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Jornadas de estudio. Introducción a los Derechos Fundamentales, Vol. I*, Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988. Pág. 109.

22 Artículo 4° del Código Procesal Constitucional.- "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 e debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

23 Artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional.- "No proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus"

24 Artículo 14° del D.L. 1071.- "El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

25 Vale la pena aclarar que el Tribunal Constitucional comete un error de concepto cuando habla de los "terceros que estén comprendidos en el supuesto del artículo 14 del D.L. N° 1071". En realidad, el referido artículo 14 en ninguna parte regula la actuación de los terceros ajenos al convenio arbitral, sino la de aquellas **PARTES NO SIGNATARIAS** del convenio arbitral, lo cual es cosa distinta. Un tercero es aquél que no puede ser vinculado al convenio arbitral – y por ende al arbitraje – ni de forma expresa ni tácita. Por el contrario, una **PORTE NO SIGNATARIA** es aquella que sí puede – y en algunos casos debe – ser vinculada al arbitraje porque de forma tácita – en algunos casos a través de la denominada conducta social típica o actos concluyentes – participa en la celebración del convenio arbitral y por ende manifiesta o manifestó su voluntad de someterse al arbitraje. La diferenciación no carece de sentido práctico, porque una parte no signataria sí podría interponer una demanda de amparo contra lo resuelto en el arbitraje; por el



En el caso de los supuestos a) y b), quien se considere afectado debe previamente formular un reclamo expreso ante los árbitros y que este haya sido desestimado, a fin de agotar la vía previa. También dispone que la sentencia que declare fundada la demanda de amparo, puede declarar la nulidad del laudo, ordenándose la emisión de uno nuevo bajo los parámetros señalados en la propia sentencia; no obstante, el Juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje (esto nos parece saludable, pero contradictorio – como ya se analizó – con los propios fallos que el Tribunal ha emitido hasta la fecha).

Es importante señalar que la interposición del amparo con desconocimiento de las nuevas reglas de procedencia establecidas, 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.

No obstante, debemos precisar que, respecto de lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales, sólo podrá interponer proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4º del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial. Es decir, sólo procederá el amparo si en sí misma la resolución de la anulación vulnera un derecho constitucional no violado inicialmente en el laudo.

De otro lado, el Tribunal reconoce el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral el cual es objeto de modulación por el Tribunal Constitucional, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar cualquier desviación en el uso de este control.

Por ello se instituye como regla que el control difuso en la

jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del Código Procesal Constitucional. Sólo podrá ejercerse sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto del derecho de alguna de las partes.

4. CONCLUSIÓN

Es beneficioso desde el punto de vista de la seguridad jurídica que se reafirme la protección del arbitraje frente a desmedidas y arbitrarias intromisiones judiciales, estableciéndose de forma expresa que en la anulación de laudo se resolverá toda la discusión sobre derechos constitucionales vulnerados en el desarrollo del proceso arbitral. De esta forma la anulación deja de ser una vía previa para luego iniciar un proceso de amparo a fin de seguir cuestionando los supuestos errores del laudo que no fueron corregidos en la anulación. Entonces, queda claro que la decisión judicial que resuelva la anulación pone fin en definitiva a la discusión sobre los derechos constitucionales violados en el laudo. Por ello, como ya se dijo, sólo procederá el amparo si en sí misma la resolución de la anulación vulnera un nuevo derecho constitucional no violado inicialmente en el laudo.

No obstante, no podemos cantar victoria. Conociendo la volatilidad de nuestro Tribunal Constitucional – la cual ha quedado de manifiesto en este breve trabajo – es probable que en los próximos meses tengamos una nueva sentencia retro trayendo las cosas a un estado anterior a la emisión de esta sentencia, borrando con una mano – o en todo caso, con una resolución – lo que se a la fecha se ha hecho con la otra. Sobre esto último, nada nos haría más felices que estar equivocados.

contrario, un tercero lo que debería solicitar es la inaplicación de los efectos jurídicos del laudo arbitral. Por obviar esta diferencia, el TC incurrió en un error al momento de emitir su – ya mencionada – sentencia recaída en el Expediente N° 02386-2008-PA/TC: no correspondía admitir a trámite la demanda de amparo interpuesta por la Compañía de Radiodifusión Arequipa S.A. (Crasa) - quien solicitaba la nulidad de un laudo arbitral del cual no era parte - sino exigir la inaplicación de sus efectos jurídicos. Para un adecuado análisis de la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias, ver: GRAHAM, James, "La falsa extensión del acuerdo arbitral a terceros: El ejemplo de México", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 7, 2008, pp. 173-187; BULLARD GONZALES, Alfredo, La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana. en: <http://www.latinarbitrationlaw.com>; BULLARD GONZALES, Alfredo, "Extensión del convenio arbitral", en: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Coordinadores Caros Alberto SOTO COÁGUILA y Alfredo BULLARD GONZÁLES, 1era. ed., Tomo 1, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 200-230.

26 Esta proscricción de entrar a ver el fondo de la controversia debe ser interpretada de acuerdo con lo señalado por el propio Tribunal en el Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04195-2006-AA/TC, en la que indicó que sí podría cuestionarse la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje cuando se advierta una arbitrariedad manifiesta, que pueda constatare de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso y sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional.

27 Al respecto se pueden revisar las sentencias emitidas en los Expediente Nos. 05311-2007-PA/TC, 02386-2008-PA/TC, 05923-2009-PA/TC, 02851-2010-PA/PA/TC.